



# BOLETÍN OFICIAL DE LAS **CORTES DE ARAGÓN**

---

Número 54  
Fascículo 4.º  
Año XXVI  
Legislatura VII  
29 de abril de 2008

## **Sumario**

### 10. JUSTICIA DE ARAGÓN 10.1. INFORME ANUAL

Informe sobre el estado de observancia,  
aplicación e interpretación del ordenamiento  
jurídico aragonés (*continuación*) . . . . . 3238



## f.— Sucesión Intestada:

— Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 25 de junio de 2007. Sucesión a favor del cónyuge viudo: Separación de hecho libremente consentida y pactada por los cónyuges. Efectos:

«PRIMERO.— Para la adecuada solución del recurso de casación formulado es útil consignar de forma previa los siguientes datos de hecho:

- D. José D O y D.ª M.ª Josefa L O (posteriormente modificó sus apellidos y pasó a llamarse D.ª M.ª Josefa R L) contrajeron matrimonio el día 6 de septiembre de 1958 en Fuenterrabía (Guipúzcoa), de cuya unión no tuvieron descendencia.

- Tras varios años de convivencia conyugal, pasaron a vivir separados. Según la certificación del padrón municipal del Ayuntamiento de Madrid D. José D en la renovación de 1975 figura con domicilio en la C/ S, n.º 39, 4º, izda, donde vivía con su hermano, D. Felipe D O, y la hija de éste, D.ª Esther D N. En el padrón de 1981 y en el de 1986 continuó en el mismo domicilio, y desde el 6 de noviembre de 1992 hasta el 25 de junio de 2003, fecha en que causó baja por defunción, aparece empadronado en Zaragoza, en la residencia para personas mayores sita en la C/ A, n.º 9, 1º.

- Los cónyuges D. José D O y D.ª M.ª Josefa R L antes de separarse vivían en la C/ A, n.º 6, de Madrid, en unión de los padres de ésta, y tras la separación la Sra. R L continuó en el mismo domicilio, donde sigue viviendo en la actualidad.

- En fecha 30 de septiembre de 1983, D. José D O y D.ª M.ª Josefa R L, que ya llevaban varios años separados, otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales, en la que cambian el régimen matrimonial de gananciales por el de separación de bienes y expresan que carecen de bienes comunes; asimismo, dicha escritura recoge los diferentes domicilios de ambos esposos.

- D. José D O falleció en Zaragoza el 25 de junio de 2003 sin haber otorgado testamento, y por acta de notoriedad de fecha 15 de enero de 2004 D.ª M.ª Josefa R L fue declarada única heredera abintestato de su esposo, declaración de herederos que se impugna en el presente juicio ordinario.

SEGUNDO.— La sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia n.º 15 de Zaragoza, que fue confirmada en apelación por la Audiencia Provincial, acuerda, entre otras cosas, la nulidad de la escritura de 15 de enero de 2004, por la que se declara única heredera abintestato del causante D. José D O a su viuda D.ª M.ª Josefa R L, y frente a ese pronunciamiento se alza la recurrente en casación aduciendo infracción del art. 216.1 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, toda vez que, en su opinión, no se dan los requisitos precisos para excluir el llamamiento en favor del cónyuge viudo.

El mentado precepto de la Ley de Sucesiones Aragonesa dispone que el llamamiento al cónyuge sobreviviente no tendrá lugar, entre otros supuestos, si al fallecimiento del causante "estuviera separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente", radicando la cuestión litigiosa en dilucidar si en el supuesto de autos se dan o no los requisitos exigidos por el

transcrito inciso para que no tenga lugar la llamada sucesoria del cónyuge viudo.

Esta norma no constituye una novedad legislativa, toda vez que recoge lo establecido en el artículo 945 del Código Civil, tras la modificación operada por la ley estatal 11/1981, de 13 de mayo; los debates parlamentarios con ocasión de dicha reforma de 1981 ponen de relieve que se buscó una fórmula que por un lado reconociese efectos sucesorios a la separación de hecho y por otro tuviese en cuenta que ésta es propicia a situaciones de variada naturaleza; con el texto aprobado se pretendía evitar las dudas que la separación de hecho es susceptible de provocar, dada la propia ambigüedad de la situación, propicia a equívocos de variada naturaleza y a los distintos matices o grados con que puede aparecer configurada en la realidad.

Se exige que al tiempo del fallecimiento los cónyuges estén separados de hecho por mutuo acuerdo y que esa separación conste fehacientemente, con lo que se trata de excluir de la norma aquellas separaciones de hecho impuestas unilateralmente por uno de los cónyuges, así como las propicias al equívoco y a las dudas, pues la exégesis de los dos requisitos trascendentales ("mutuo acuerdo" y "fehacientemente") debe realizarse de una manera finalista y acorde con la realidad social, y así la exigencia de que la separación de hecho conste de manera fehaciente no requiere necesariamente constancia documental, sino que basta con que en el juicio haya prueba que la acredite sin lugar a dudas.

Pues bien, de la prueba practicada resulta que la mujer consintió desde el inicio la separación de hecho, que los esposos vivieron separados durante más de veinticinco años, y que cuando ya llevaban unos ocho años en domicilios distintos, sitios ambos en Madrid (D. José D vivía con su hermano y D.ª M.ª Josefa vivía con sus padres) procedieron a regular, de mutuo acuerdo y en escritura pública, esa situación de cara al futuro, a cuyo fin otorgaron las capitulaciones matrimoniales de fecha 30 de septiembre de 1983.

En dicha escritura de capitulaciones matrimoniales los cónyuges hacen constar que ambos viven en domicilios distintos, D. José D en la C/ S, n.º 39, y D.ª M.ª Josefa en la C/ A, n.º 6 (separación personal), y "que carecen de bienes comunes", lo cual significa que en dicha fecha ya habían llegado a un acuerdo de liquidación del régimen de sociedad de gananciales, sistema al que estuvieron sujetos desde la celebración del matrimonio, el 6 de septiembre de 1958, y como esa situación de separación de hecho va a continuar en el futuro, proceden, tras el reparto de mutuo acuerdo de los bienes comunes, a sustituir el sistema de gananciales por el de absoluta separación de bienes, estableciendo que "pertenerán a cada uno de los cónyuges con carácter privativo todos los bienes y derechos que adquieran en el futuro por cualquier título, tanto oneroso como lucrativo, igualmente sus frutos, intereses, rentas o productos y los rendimientos o beneficios de su trabajo o actividades profesionales o de cualquier otra índole", y que podían actuar "libremente para adquirir, poseer y enajenar los que en lo sucesivo entren en sus respectivos patrimonios".

Si los cónyuges tras vivir en domicilios distintos al menos desde 1975 proceden a otorgar en 1983 escritura de capitulaciones matrimoniales en la que hacen

constar que carecen de bienes comunes, lo cual supone una previa liquidación de la sociedad de gananciales de mutuo acuerdo, y pactan de cara al futuro el sistema de absoluta separación de bienes, dado que la separación personal va a continuar, es llano que nos encontramos ante una separación de hecho de mutuo acuerdo que consta de manera fehaciente.

Cuando D. José D y D.ª M.ª Josefa R otorgan la mentada escritura de capitulaciones matrimoniales están efectuando una declaración de voluntad expresa, de la que se desprende de forma clara e inequívoca que uno y otro están de acuerdo con la separación de hecho: viven en domicilios distintos, han procedido previamente al reparto de los bienes comunes y pactan para el futuro el régimen de absoluta separación de bienes.

TERCERO.— Se aduce por la recurrente infracción del principio "standum est chartae" recogido en el artículo 3 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, en relación con el 216.1 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, alegando que en la escritura de capitulaciones matrimoniales de fecha 30 de septiembre de 1983 se pactó la separación de bienes, pero no la separación de hecho de los cónyuges.

A este respecto conviene recordar lo expresado en la sentencia de esta Sala de fecha 28 de marzo de 2003, en la que se dijo lo siguiente:

"Para interpretar adecuadamente el sentido del principio aragonés "standum est chartae", es fundamental tener en cuenta su propio origen histórico; este se encuentra sobre todo en la Observancia 16ª De fide instrumentorum, que dice así: "El Juez debe estar siempre a la carta, y juzgar según lo que se contiene en ella, salvo que se contenga algo imposible o contrario al derecho natural" (Iudex debet stare semper et iudicare ad cartam y secundum quod in ea continetur, nisi aliquid impossibile vel contra ius naturale continetur in ea); el significado de dicho texto es que el Juez debe atenerse a la voluntad consignada en la carta, y también mandan al Juez que esté a la carta la Observancia 6ª, De confessis, y la 24ª, De probationibus faciendis cum carta; pues bien, ninguna de estas tres Observancias contiene norma alguna de interpretación y ninguna de ellas tiene nada que ver con la Observancia 1ª, De equo vulnerato, que versa sobre la interpretación de la ley; se refieren a documentos (cartas), no a leyes, y tratan de la eficacia de la voluntad en ellos consignada, no de su interpretación.

La Observancia 16ª establece (expresado en lenguaje moderno) el principio de autonomía de la voluntad, que surge como una reacción frente al sistema de contratos típicos, así como frente a la tendencia de colmar las lagunas positivas del derecho aragonés con el derecho supletorio, proclamando la supremacía de la voluntad sobre éste, lo que supuso la supresión de sus prohibiciones, y en general de sus reglas imperativas, que no se aplican en Aragón más que para suplir las lagunas de la voluntad; aparece así la "charta" como expresión de la voluntad de los otorgantes para moldear a su arbitrio las relaciones entre particulares, con el límite de que no se establezca algo de imposible cumplimiento o contrario al Derecho natural.

No obstante, los fueristas (siglos XVI al XVIII) también atribuyeron al principio "standum est chartae" un

valor interpretativo; fue corriente la creencia de que dicho apotegma vedaba la interpretación extensiva, prohibiendo que los autores trataban de salvar ampliando las posibilidades hermenéuticas del documento.

Con ocasión del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880, en el cuestionario enviado a los asistentes se hallaba el tema de si debía mantenerse el principio "standum est chartae", como si este fuera sólo una regla de interpretación; en el curso de los debates se aclaró el sentido genuino del apotegma (sobre todo gracias a la intervención de Joaquín Costa), negándose a la Observancia 16ª, con razón, cualquier valor o función interpretativa; desde entonces el principio "standum est chartae" se entiende en la doctrina únicamente como expresión de la libertad de pactar, rechazándose su aplicación como regla de interpretación.

En la jurisprudencia, si bien diversas sentencias ordenan atenerse al sentido literal del documento, sin darle interpretación extensiva (sentencias de la Audiencia de Zaragoza de 5 de marzo de 1892, 6 de abril de 1894, 7 de julio de 1898, etc.), sin embargo, cuando las palabras son contrarias a la intención del otorgante u otorgantes, el Tribunal sigue un camino distinto (sentencias de la Audiencia de Zaragoza de 31 de marzo de 1882, 27 de diciembre de 1899, 2 de abril de 1904, etc.); en este mismo sentido se manifiesta la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1935, la cual señala que el principio standum est chartae, "piedra angular de la legislación aragonesa, aún en el supuesto de que contenga, no solo una consagración del principio de la libertad de pacto, sino también un criterio hermeneútico, en modo alguno impone una sumisión ciega a la letra del documento, con postergación de los demás factores que pueden y deben tomarse en consideración para fijar el verdadero contenido de las declaraciones de voluntad, como así lo viene reconociendo los más autorizados fueristas cuando sostienen que no se debe estar a la letra (litterae) sino a la carta (cartae), esto es, al contenido de todo el documento", y bajo el Apéndice de Derecho foral de Aragón, aprobado por Real Decreto de 7 de diciembre de 1925, la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1952 atribuye a los tribunales "la función interpretativa sin restricciones".

Por último, esta Sala tiene declarado que "la necesidad de estar a la carta no excluye la interpretación del contenido del documento, precisamente para alcanzar la voluntad real de los que la otorgaron" (sentencia de 5 de octubre de 1998).

En suma, el principio "standum est chartae" no encierra una limitación de las posibilidades hermenéuticas del documento, prevaleciendo, en su caso, sobre el sentido literal de las palabras la verdadera voluntad del declarante o declarantes".

Aclarado esto, es de señalar que la escritura notarial de fecha 30 de septiembre de 1983 no se limita a sustituir el régimen matrimonial de sociedad de gananciales por el de separación de bienes, si no que va más allá. En esa fecha los cónyuges vivían en domicilios distintos desde 1975, por lo que la mentada escritura se limitó a constatar la separación de hecho que en la vida real se daba, consignando en ella los respectivos domicilios, el de D. José D en la calle S (con su hermano) y el de D.ª M.ª Josefa R en la C/ A (con sus pa-

dres), y como ya habían llegado a un acuerdo sobre la liquidación de la sociedad conyugal, se limitaron a expresar que carecían de bienes comunes; por último, como dicha separación personal iba a continuar, estando ambos de acuerdo en ello, procedieron a pactar para el futuro el régimen de separación de bienes, de forma que pusieron fin a todo lo que antes tenían en común (separación personal y patrimonial), lo que nos sitúa ante una separación de hecho de mutuo acuerdo que consta de manera fehaciente, separación que se prolongó hasta el fallecimiento de D. José D O en fecha 25 de junio de 2003.

Para entender que la separación tiene lugar de mutuo acuerdo no se precisa de ninguna expresión determinada, de la utilización de una fórmula concreta, como por ejemplo decir que los cónyuges convienen la separación de hecho o que conceden a los capítulos que otorgan la cualidad de separación libremente consentida, u otra similar que contenga literalmente el término separación, sino que basta con que se pueda deducir, como voluntad real y efectiva, que están consintiendo la separación de hecho (consistente en el cese de la convivencia conyugal), sin que sea necesario que se contenga expresamente dicho término. Es más, el mutuo acuerdo no exige constancia documental. El documento facilitará la prueba, pero aquel puede ser tácito, o sea derivado de actos concluyentes ("facta concludentia"). En suma, el recurso de casación entablado debe ser desestimado.

CUARTO.— Los otros dos motivos de impugnación admitidos a examen por esta Sala se fundan en infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia (art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 218 de la misma), aduciendo el recurrente que la resolución de instancia incurrió en motivación insuficiente y en incongruencia.

En cuanto al primer extremo, reiteradamente viene admitiendo el Tribunal Supremo que no es necesario un razonamiento exhaustivo y pormenorizado sobre todas las alegaciones y opiniones de las partes, ni todos los aspectos y perspectivas que las mismas puedan tener de la cuestión que se decide, pues resulta suficiente que se exprese la razón causal del fallo, consistente en el proceso fáctico-jurídico que sirve de soporte a la decisión, lo que no es obstáculo a la parquedad o brevedad de los razonamientos, pues la ley no impone una determinada extensión o desarrollo, si permiten conocer los elementos fácticos y jurídicos esenciales que fundamentan la decisión jurídica (véase las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de marzo y 12 de junio de 2000, 25 de mayo, 4 de junio y 15 de octubre de 2001, 1 y 28 de febrero, 3 de mayo, 13 de junio, 9 y 26 de julio y 4 de noviembre de 2002, 17 de junio de 2004, 31 de marzo de 2005, así como las sentencias del Tribunal Constitucional 146/90, de 1 de octubre, 27/92, de 9 de marzo, 116/93, de 20 de mayo, 91/95 de 19 de junio, entre otras).

Pues bien, en el caso de autos la sentencia recurrida expresa de modo claro la fundamentación fáctica, y a partir de ahí formula la argumentación jurídica que le lleva a la desestimación del recurso de apelación formulado por la demandada, siendo de reseñar que la motivación, en lo que afecta a la cuestión fundamental, es amplia y exhaustiva, y en cuanto a los demás aspectos planteados resulta suficiente, por lo que cum-

ple las exigencias legales contenidas en el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Aduce, asimismo, la recurrente que la sentencia impugnada incurre en incongruencia respecto del derecho de usufructo del cónyuge viudo. En cuanto a este extremo, nos encontramos con que ni el actor, ni la demandada por vía de reconvencción, han formulado pretensión alguna relativa al usufructo viudal, por lo que, a la vista del acotamiento efectuado, no cabe pronunciarse sobre dicho derecho, tal como señala acertadamente la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. Ahora bien, si la mentada materia es ajena al objeto del proceso, tal como quedó delimitado por las partes, es llano que tampoco cabe efectuar pronunciamiento alguno que presuponga la extinción del usufructo viudal, so pena de incurrir en incongruencia.

El artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil indica que las sentencias deben ser "congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito", por lo que la congruencia se resuelve en una comparación entre dos extremos: uno, las pretensiones de las partes, y otro, la parte dispositiva de la resolución judicial, consistiendo el vicio de incongruencia en un desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus pretensiones, bien porque concede aquél más o cosa distinta de lo pedido, bien porque omite resolver sobre alguna de las pretensiones formuladas (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de julio y 30 de diciembre de 2002, así como las sentencias del Tribunal Constitucional 311/1994, de 21 de noviembre, 11/97, de 27 de enero, y 169/2002, de 30 de diciembre, entre otras).

Pues bien, resulta que el Sr. A D pide en su demanda la intervención judicial del caudal hereditario (medida cautelar de la que luego desiste), la nulidad de la escritura de declaración de herederos abintestato de D. José D O a favor de D.ª M.ª Josefa R L, la nulidad de la escritura de aceptación de herencia otorgada por la Sra. R L y la declaración de herederos abintestato de D. José D O a favor de diversos parientes colaterales, de tercer y cuarto grado, y sin embargo la sentencia del Juzgado, la cual fue confirmada íntegramente en apelación, va más allá, pues no sólo se pronuncia sobre dichos extremos, sino que además ordena a D.ª M.ª Josefa R L que devuelva el dinero del fallecido, más los intereses legales, a sus herederos, petición que nadie formuló y que requiere, en caso de discrepancia entre las partes, como aquí ocurre, de un previo pronunciamiento de extinción del derecho de usufructo, tema que nadie planteó en momento procesal oportuno.

Por lo tanto, la sentencia de instancia incurre en falta de congruencia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, pues otorga más de lo pedido (incongruencia por ultra petitum), infringiendo las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto la exigencia legal de congruencia establecida en el art. 218.1, inciso segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que conduce a la anulación parcial del fallo de instancia.

QUINTO.— A la vista de lo prevenido en los arts. 398 y 394 de la mentada Ley Procesal Civil, no ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas

devengadas por los recursos formulados ante esta Sala, y tampoco procede efectuar expresa imposición de las causadas en la apelación, toda vez que se anula parcialmente el fallo de instancia.

FALLAMOS: Que conociendo del recurso de casación y del extraordinario por infracción procesal interpuestos por la Procuradora D.ª N A D, en nombre y representación de D.ª M.ª Josefa R L, contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 16 de noviembre de 2005, debemos declarar y declaramos:

1. Se desestima el recurso de casación interpuesto por la citada representación.

2. Se estima el recurso extraordinario por infracción procesal, y en su consecuencia se anula parcialmente, por vicio de incongruencia, el inciso final del fallo de instancia, quedando éste redactado así: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por el Procurador Sr. Alamán Forniés en nombre y representación de D. Antonio A D contra D.ª M.ª Josefa R L, debo declarar y declaro herederos abintestato de D. José D O, a D. Joaquín D L, D. Mariano D L y D. José C D L (hijos de su hermano Mariano D O); a D. Eduardo y D.ª Julia A D (hijos de la hija fallecida de Mariano D O, Pilar D L); a D. Octavio D N y D.ª Esther D N (hijos de su hermano Felipe D O) y a D. Antonio A D (hijo de Fausto D A) y de las siete cuotas hereditarias referidas, y asimismo debo declarar y declaro la nulidad de la Escritura del Acta de Declaración de Herederos Abintestato otorgada por María Josefa R L respecto a D. José D O, de fecha 15 de enero de 2004 ante el Notario de Zaragoza D. Enrique Velilla Esteban".

3. No se hace imposición de costas en ninguna de las instancias, y tampoco en cuanto a las causadas por los recursos ante esta Sala.»

— Sentencia de la Sala de lo Civil de Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 1 de octubre de 2007. Bienes troncales de abolitorio: Permanencia del bien en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores:

«PRIMERO.— La cuestión litigiosa radica en dilucidar si determinados bienes son troncales de abolitorio, siendo útil reseñar con carácter previo los siguientes extremos:

— D.ª Eusebia y D.ª María Dolores B. C. fallecieron, en estado de solteras, el día 19 de agosto de 2003, y como el testamento que otorgaron devino ineficaz por conmorienca, se promovieron los correspondientes expedientes de declaración de herederos abintestato, recayendo sendos autos en los que se declaran herederos abintestato de dichas causantes a:

1. D. Martín y D.ª Irene O. C., por mitades e iguales partes, respecto de los bienes no troncales, así como de los troncales simples y de abolitorio de la línea materna y troncales simples de la línea paterna.

2. D. José Manuel, D.ª María Antonia y D. Luis Antonio B. M., y D. Blas, D.ª Guadalupe, D.ª María Isabel, D.ª Sara, D.ª Carmen y D.ª María José B. C., por novenas e iguales partes, respecto de los bienes troncales de abolitorio pertenecientes a la línea paterna.

- La actora recurrente, D.ª Sara B. C., interpuso en fecha 22 de diciembre de 2005 demanda en la que solicitó se declarase que eran bienes troncales de abolitorio de la línea paterna de las causantes, D.ª Eusebia y D.ª Dolores B. C., las 49 fincas que relaciona en el he-

cho tercero, de las que 18 (las sitas en Siresa) provenían de D. Antonio B. C. (abuelo paterno de dichas causantes) y las demás, 31 (las ubicadas en Pina de Ebro, Hecho y Zuera) procedían de D.ª Sixta G. B. (pariente colateral de sexto grado de D.ª Eusebia y D.ª Dolores B. C. y prima hermana de su abuela paterna).

- La sentencia dictada en primera instancia declara que las fincas de Siresa son bienes troncales de abolitorio, ya que provienen del abuelo paterno de las causantes, D. Antonio B. C., denegando tal condición a los restantes inmuebles reclamados (los sitios en Pina de Ebro, Hecho y Zuera).

- Contra dicha sentencia la actora interpuso recurso de apelación, en el que solicitaba se declarase que eran bienes troncales de abolitorio de la línea paterna de las causantes la totalidad de las fincas relacionadas en la demanda, no solo las ubicadas en la localidad de Siresa, recayendo sentencia desestimatoria en base a que los inmuebles sitios en Pina de Ebro, Hecho y Zuera provenían de una prima hermana de la abuela paterna de las causantes, por lo que no se daban los requisitos exigidos por el artículo 212 de la Ley de Sucesiones aragonesa para ostentar tal condición, contra la que se entabló el presente recurso de casación.

SEGUNDO.— Los bienes respecto de los que hay que dilucidar si son o no troncales de abolitorio fueron adquiridos (la totalidad o su mayoría) por actos inter vivos que efectuó D. Francisco G. B., obrando en autos referencial registral expresa a varias escrituras de compraventa, y a su muerte, ocurrida en el año 1914, le heredó su hermana de doble vínculo D.ª Sixta G. B., quién falleció en 1934, dejando como herederos a los hermanos B. C., nietos de una prima hermana.

Sostiene la recurrente que al ser D.ª Sixta G. B. prima hermana de la abuela paterna de los hermanos B. C. (dos generaciones anteriores a la de éstos), se da el requisito de permanencia de los bienes "en la casa o familia del causante durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya", pues dicha permanencia en la familia durante dos generaciones no quiere decir que los bienes hayan pertenecido al patrimonio de miembros de cada una de esas dos generaciones, ya que la ley no exige transmisiones intermedias, a tenor de lo prevenido en el artículo 212.2 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, según el cual "se entiende que el bien ha permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores, cuando perteneció a algún pariente de la generación de los abuelos del causante o más alejada y no ha salido luego de la familia, cualquiera que haya sido el número de transmisiones intermedias".

Ciertamente carece de relevancia el número de transmisiones intermedias de los bienes hasta llegar al causante, por lo que pueden pasar directamente de la generación de los abuelos a la de los nietos sin llegar a pertenecer en ningún momento a la generación intermedia, pero la duda versa sobre la exigencia de que los bienes "hayan permanecido en la casa o familia del causante durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya" (art. 212.1 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero).

Por lo que se refiere a este requisito, la controversia de autos radica en dilucidar en manos de qué pariente

han de permanecer los bienes durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del causante para que puedan considerarse troncales de abolorio, esto es, si es preciso que pertenezcan solo a ascendientes, o por si el contrario pueden pertenecer también a tíos carnales, o incluso a otros parientes colaterales.

A este respecto en la sentencia del TSJ de fecha 26 de abril de 2002, se dijo lo siguiente:

... "la palabra "generación" debe entenderse en sentido natural como conjunto de parientes pertenecientes a un determinado grado de parentesco con respecto al titular de los bienes. Dicha palabra ("generación") no tiene otro sentido que la sucesión de descendientes en línea recta, de modo que puede afirmarse que unos bienes han permanecido en la familia DURANTE DOS GENERACIONES anteriores a la del disponente, tanto si han pertenecido a sus abuelos, como si han sido propiedad de sus tíos-abuelos y de ellos proceden".

Esta sentencia, aunque dictada en un caso de retracto de abolorio o de la saca (ámbito obligacional), sienta una doctrina perfectamente aplicable a la presente contienda hereditaria por la identidad de la situación jurídica contemplada: permanencia del bien en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores. Es de esencia al derecho de abolorio o de la saca que los bienes sobre los que se ejercita tengan el carácter de troncales de abolorio, y para determinar cuando un bien tiene ese carácter, la Compilación del Derecho Civil de Aragón habla de que haya "permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente" (art. 149.1), y por su parte el mentado artículo 212.1 de la Ley 1/1999 define los bienes troncales de abolorio como "aquéllos que hayan permanecido en la casa o familia del causante durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya", desprendiéndose de la lectura de uno y otro precepto la identidad sustancial entre ambos en cuanto al requisito de permanencia del bien en la familia.

Entre los autores clásicos algunos consideraban que para que unos bienes tuvieran el carácter de troncales de abolorio precisaban haber pertenecido solo a ascendientes; otros, por el contrario, estimaban esta postura excesivamente estricta y admitían que pudieran pertenecer también a tíos carnales; por último, se manifestó asimismo alguna voz que defendía que los bienes también podían pertenecer a otros parientes colaterales.

Para dilucidar el mentado problema interesa de forma especial aclarar que significado tiene la palabra "familia" que expresamente usa el legislador, dado que dicho término sin ninguna otra precisión tendría un sentido muy amplio, comprensivo de todas aquellas personas unidas por lazo de parentesco consanguíneo.

La solución la da el propio legislador cuando habla de permanencia "en la casa o familia del causante" (art. 212.1 de la Ley 1/1999), de donde se deduce la equivalencia de ambos términos. Como el concepto familia, sin más concreción, tiene un sentido excesivamente amplio, ha añadido la palabra casa, y en la identidad conceptual de ambos términos para el ordenamiento jurídico aragonés es donde hay que buscar

el significado del término familia empleado por el precepto.

Pues bien, los elementos subjetivos de la casa aragonesa vienen normalmente constituidos por personas ligadas por estrechos lazos de parentesco, por lo general ascendientes (progenitores) y descendientes (hijos —entre si hermanos, y posteriormente tíos respecto de los hijos de los hermanos—), si bien nada se opone a que también figuren en ella personas más alejadas en su relación parental.

No obstante, la realidad jurídica nos ofrecerá casos dudosos, y, a la postre, serán los Tribunales los que habrán de determinar, ante cada supuesto y a la vista de las concretas circunstancias concurrentes, si los bienes han permanecido o no en la casa o familia del causante durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya. En todo caso, la figura jurídica de la "casa" debe entenderse en un sentido amplio, acorde con la realidad actual.

Sentado lo anterior, y por lo que se refiere al caso de autos, como ni la transmitente de las fincas controvertidas (D.<sup>a</sup> Sixta) ni su hermano (D. Francisco) formaron parte de la casa B. C., y por otro lado las mentadas fincas nunca pertenecieron a un ascendiente de las causantes, o a un hermano/a de un ascendiente de aquéllas, o a pariente que formase parte de la casa B. C., se llega a la conclusión de que no se dan los requisitos que el citado artículo 212 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, exige para que nos encontremos ante bienes troncales de abolorio de dicha casa, lo que acarrea la desestimación del presente recurso.

La transmitente, D.<sup>a</sup> Sixta G. B., solo era prima hermana de la abuela paterna de las causantes y tal parentesco sin más es insuficiente para otorgar a las fincas controvertidas la condición de bienes troncales de abolorio de la casa B. C.

TERCERO.— Aduce también la recurrente inaplicación o incorrecta aplicación de los arts. 915 a 918 del Código Civil; a este respecto señala que "cuando el artículo 915 indica que cada generación forma un grado no limita la generación a los ascendientes o descendientes de la línea recta (artículo 917), sino que regula también la línea colateral (artículo 916) constituida por la serie de grados entre personas que no descienden unas de otras pero que proceden de un tronco común, de tal forma que en el artículo 918 se describe el cómputo entre colaterales por la referencia hasta el tronco común, ascendiendo o descendiendo también entre los colaterales de cada generación".

Lo que se alega sobre el sentido de los mentados artículos es cierto, pero no se ha incurrido en inaplicación o incorrecta aplicación de dichos preceptos. Aquí simplemente se ha examinado en manos de qué parientes han de permanecer los bienes durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del causante para que puedan considerarse troncales de abolorio, y la solución dada en nada contraviene o deja sin aplicar la regulación general que sobre el parentesco y su cómputo contienen los artículos 915 a 918 del Código Civil.

CUARTO.— Dado que el caso de autos presenta serias dudas jurídicas, tal como señala acertadamente la sentencia de la Audiencia, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso,

a tenor de lo prevenido en el art. 398, en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el presente recurso de casación núm. 9/2007, interpuesto por la Procuradora D.<sup>ª</sup> María Pilar Serrano Méndez, en nombre y representación de D.<sup>ª</sup> Sara B. C., contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 20 de marzo de 2007, sin que se haga especial pronunciamiento sobre las costas del mismo.»

— Sentencia de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20 de marzo de 2007. Sucesión troncal: Permanencia familiar:

«PRIMERO.— Contra la Sentencia dictada en la instancia que estimó parcialmente la demanda deducida por doña SBC, se alza esta última suplicando su íntegra estimación, y se declare que son bienes troncales de abolorio de la línea paterna de las causantes la totalidad de las fincas relacionadas en el hecho tercero de su escrito de demanda, y no sólo las que radican en la localidad de S (Huesca) como ha verificado dicha resolución.

SEGUNDO.— La parte demandada opone frente al recurso, en su escrito de oposición al mismo, dos alegaciones una previa de inadmisibilidad, por infracción de lo dispuesto en el apartado 2º del artículo 457 de la L.E.C., al no citar la apelante los pronunciamientos impugnados y otra preliminar en la que interesa, ante la falta de modificación de la cuantía de la demanda, la determinación de la cuantía del recurso, proponiendo la de 1.500.000 Euros.

Respecto a la primera de las cuestiones suscitadas, esta Audiencia provincial ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el valor de lo previsto en el citado precepto, considerando que la falta de cita de los pronunciamientos impugnados en el escrito de preparación no constituye un requisito de admisibilidad del recurso, no sólo porque el apartado 4 de dicha norma sólo hace referencia a los requisitos del apartado anterior, es decir, del tercero, para determinar los presupuestos de admisibilidad de la preparación, sino y, además, porque es evidente que existiendo un posterior escrito de formalización del recurso del que se da traslado a la contraparte, nunca se generaría indefensión a ésta al permitirle articular su escrito de oposición, o, en su caso, de impugnación de la Sentencia, con pleno conocimiento de los pronunciamientos recurridos.

Por lo que concierne a la cuantía del recurso, la parte demandada, a parte de no haber formulado recurso alguno, lo que impide estimar cualquier petición que no sea la de la desestimación del recurso formulado de contrario, confunde la fase de apelación con la referente a la tasación de costas, anticipando fases procesales, dado que la exigencia de la determinación indirecta de la cuantía del pleito con la finalidad de que se tasen correctamente las costas que se causen en la alzada (cuando todavía no hay condena) es una cuestión ajena a la que aquí nos ocupa y a plantear en fase de tasación si la hubiere y procediera.

TERCERO.— La demandante solicitó en su demanda se declarase que eran bienes troncales de abolorio de la línea paterna de las causantes, D.<sup>ª</sup> E y D.<sup>ª</sup> DBC, todas las fincas que relacionaba, existentes unas en

Pina de Ebro, otras en Zuera, otras en Hecho (Huesca) y otras en Siresa (Huesca).

La Sentencia impugnada sólo concedió tal declaración respecto de las fincas de Siresa, denegándola en cuanto a las restantes, sin hacer declaración de las costas causadas, y, ahora la actora interesa en esta vía la declaración preconizada respecto de las fincas omitidas en dicha resolución, alegando, en esencia, en su extenso y prolijo recurso, que habiendo adquirido las causantes las fincas por herencia de D.<sup>ª</sup> SGB, prima hermana de doña EGB, abuela paterna de las causantes y bisabuela de la actora, se cumplen los requisitos previstos en el art. 212 de la Ley de Sucesiones Aragonesa de 1999, es decir, la pertenencia de D.<sup>ª</sup> S y las causantes a la misma familia, ya que la rama paterna de las causantes viene a estar formada por ambos abuelos paternos y sus respectivos familiares, entendiendo que la trascendencia de abolorio también se da respecto de bienes procedentes de ascendientes colaterales y dado que doña S es el antepasado común de las causantes y de los aquí herederos, hermanos BM y BC.

Evidentemente, la cuestión controvertida es eminentemente de interpretación jurídica, a saber, qué debe entenderse por “casa” o “familia” del causante y “generación”, así como “pariente” de la generación de los abuelos del causante, términos que emplea el art. 212 citado que regula los bienes troncales de abolorio, dado que no existe discrepancia sobre los demás hechos concurrentes.

CUARTO.— El apartado primero del art. 212 establece que son bienes troncales de abolorio aquellos que hayan permanecido en la casa o familia del causante durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya.

Dicho precepto contiene una previsión similar a la del antiguo art. 133 de la Compilación, respecto del que don José Luis Merino Hernández, siguiendo a Lacruz, señaló que la “permanencia familiar” impone el hecho de que los bienes no hayan salido en ningún momento de la familia, es decir, que la pertenencia a esas dos o más generaciones anteriores al causante haya sido ininterrumpida. Debiendo interpretarse el concepto “generación” en sentido natural, como conjunto de parientes pertenecientes a un determinado grado de parentesco respecto al titular de los bienes, y, por tanto, debe entenderse la generación en sentido vertical y nunca horizontal.

En la misma línea se pronuncia la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que cita la parte apelada de 26 de abril de 2002.

Además, el apartado segundo del art. 212 debe interpretarse en correlación con el primero, no pudiendo deducir conforme a él que es pariente de la generación de los abuelos o más alejada del causante, cualquiera en sentido vulgar, como una prima hermana de la bisabuela paterna de las causantes, que nunca pertenecería a esas generaciones en el plano de verticalidad aludido, sin que las citas que enuncia la recurrente de los profesores Martínez, Lacruz Berdejo y Merino Hernández (Notario) permitan deducir lo contrario.

Consecuentemente, adquiridas las fincas controvertidas por las causantes de una prima hermana de su abuela paterna, no se cumplen los requisitos prevenidos en el tan citado art. 212 de la Ley de Sucesiones,

lo que obliga al rechazo de la pretensión deducida y del recurso planteado.»

— Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 18 de enero de 2007. Sucesión a favor de hermanos, de medio hermanos y de sobrinos:

«PRIMERO: 1. Los apelantes discrepan de la "forma en que se divide la herencia" en el auto impugnado, aunque en realidad cuestionan solo los porcentajes allí atribuidos a uno y otro heredero, para lo cual defienden, principalmente, una determinada interpretación sobre el artículo 217.4 de la Ley aragonesa 1/1999, de 24 febrero, de Sucesiones por causa de muerte, a cuyo tenor "si concurren hijos y nietos de hermanos, la herencia se defiende por sustitución legal, pero si concurren sólo hijos o sólo nietos de hermanos, la herencia se defiende por cabezas".

2. El supuesto de hecho del que debemos partir para resolver la controversia (y teniendo en cuenta que, en sentido estricto, no parece que aquí hubiera mediado una institución recíproca de herederos, sino testamentos paralelos otorgados en 1966 por la causante y su esposo cuando ostentaban la vecindad civil catalana, si bien antes de morir ambos recuperaron la originaria vecindad civil aragonesa) es el siguiente: La causante, (Nombre de la parte eliminado), falleció el 26 de marzo de 2004 sin descendencia. La institución de heredero a favor de su marido devino ineficaz (artículo 122 de la Ley de sucesiones por causa de muerte), dado que él premurió a su esposa, la causante no previó ninguna sustitución voluntaria y la sustitución legal solo procede cuando el sustituido es descendiente o hermano del causante, pero no cuando, como aquí ocurre, el marido es el llamado a la herencia (artículo 21 de la Ley de sucesiones por causa de muerte). En concreto, la causante tenía tres hermanos de doble vínculo y otros tres medio hermanos. Los seis hermanos premurieron y todos dejaron descendencia. Sobrevivieron siete de los ocho sobrinos de los hermanos de doble vínculo (uno de tales sobrinos es la promotora del expediente) y el sobrino premuerto tuvo tres hijos, sobrinos nietos, por tanto, de (Nombre de la parte eliminado), que son los ahora apelantes. De los ocho sobrinos procedentes de los medio hermanos, sobreviven tres sobrinos, uno premurió sin descendencia y los demás premuertos (cuatro) han dejado descendencia (sobrinos nietos de la causante).

3. El auto apelado asume una sustitución por estirpes a partir de los hermanos de la causante, por lo que divide la herencia en tantas partes como hermanos, aunque respetando la regla de atribución establecida por el artículo 218.1 de la Ley de Sucesiones por causa de muerte para el caso de concurrencia de medio hermanos con hermanos de doble vínculo. De todo ello, resultan nueve partes principales (seis correspondientes a los hermanos de doble vínculo y tres para los medio hermanos), cuya sucesión es atribuida en la resolución impugnada a las estirpes y subestirpes de descendientes de los hermanos (sus hijos y nietos, es decir sobrinos y sobrinos nietos de la causante).

4. Sin embargo, aunque la cuestión no deja de ser discutible en Derecho debido a la imprecisa redacción del legislador aragonés en este punto, las interpretaciones doctrinales defendidas por todos los autores consultados sobre el indicado artículo 217.4 corroboran unánimemente la tesis que funda el recurso en caso

de premoriencia de todos los hermanos del causante y premoriencia de alguno o algunos de sus sobrinos dejando descendencia (sobrinos nietos del causante), como acontece en el supuesto debatido. La expresión si concurren sólo hijos "o" sólo nietos de hermanos utilizada en los artículos 23.2 y 211-1.º para deferir la herencia por cabezas no significa que esta solución deba ser rechazada —para aplicar la división por estirpes partiendo de los iniciales sustituidos— cuando concurren hijos de hermanos supervivientes con ("y") nietos de hermanos en sustitución de los sobrinos carnales premuertos del causante. La interpretación aparentemente literal nos llevaría a alterar la distribución de la herencia sobre la base de un hecho que racionalmente no nos parece relevante para tamaña distinción, cual es si ha premuerto algún hijo de hermano al que le sobreviven hijos. Como con acierto argumentan los apelantes citando al profesor SERRANO GARCÍA, el artículo 217.4 debería decir que "si concurren por sustitución legal hijos y nietos de hermanos, los primeros dividen la herencia por cabezas y los segundos por estirpes, pero si concurren sólo hijos o sólo nietos de hermanos, la herencia se defiende por cabezas". La misma solución hemos de dar en la sucesión troncal, conforme al artículo 211-1.º de la Ley de Sucesiones.

5. Por todo ello, procede estimar el recurso y reconocer las cuotas de distribución reseñadas por los apelantes.»

— Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 29 de marzo de 2007. Sucesión Intestada:

«PRIMERO: Aceptamos y damos por reproducidos los expuestos por el Juzgado, ya que, como se señala en el Auto apelado, en donde a su vez se cita una resolución dictada por esta Sala, el objeto y finalidad de la declaración de herederos abintestato no es otro que designar quiénes son los herederos de una persona fallecida sin disposición de última voluntad, por lo que cuanto ha de determinarse en dicho expediente es que una persona ha fallecido intestada, que mantenía una relación de parentesco con el solicitante o solicitantes y que éste o éstos, solos o en unión de otros, son los únicos herederos de aquél, sin que, por tanto, el expediente pueda tener por objeto la declaración de que el finado no tenía parientes de una determinada clase, que es lo que se pretende por la parte apelante, la cual, al tener interés en que se declare que los bienes troncales de la fallecida (Nombre de la parte eliminado) deben ser heredados por el cónyuge de ésta —tío de la recurrente— a falta de parientes troncales conforme a la Compilación Aragonesa —pues la sucesión se abrió con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Sucesiones por causa de muerte—, deberá instar la correspondiente acta notarial de notoriedad conforme a los arts. 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, aún vigente en el aspecto que ahora nos ocupa, y 209 bis y concordantes del Reglamento Notarial aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944.»

— Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 18 de diciembre de 2007. Sucesión troncal:

«PRIMERO: Antes de proceder a examinar los motivos del recurso conviene situar el supuesto de hecho: la causante (Nombre de la parte eliminado), falleció sin descendientes el 13 de diciembre de 1991. Le sobreviven una prima hermana (Nombre de la parte eliminado), y cuatro sobrinos (hijos de primos hermanos)

(Nombre de la parte eliminado) y (Nombre de la parte eliminado), por una parte, y (Nombre de la parte eliminado) y (Nombre de la parte eliminado), por otra. La sucesión se regirá por los preceptos de la Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho Civil de Aragón, con las modificaciones posteriores principalmente la Ley de las Cortes de Aragón 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho civil de Aragón (en adelante Compilación), conforme ordena la Disposición transitoria primera de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte. La resolución recurrida ha declarado única y universal heredera ab intestato de los bienes troncales de abolorio de la causante (Nombre de la parte eliminado) a su prima hermana (Nombre de la parte eliminado), que le sucederá por derecho propio, excluyendo a los demás solicitantes, hijos de otros primos hermanos ya fallecidos, que también pretendían la declaración herederos por derecho de representación de sus fallecidos padres (Nombre de la parte eliminado) y (Nombre de la parte eliminado). El argumento en que se basa esta resolución es que el artículo 133 de la Compilación remite al anterior para determinar el orden de los llamamientos, y este artículo 132.3 defiere la sucesión a "los más próximos colaterales del causante", condición que reúne la designada frente a los demás solicitantes, que ocupan un puesto más remoto al ser sobrinos suyos, hijos de sus hermanos.

SEGUNDO: El recurso alega que el artículo 141 de la Compilación regula la sustitución legal, de aplicación a toda clase de sucesiones, por lo que han de ser llamados los recurrentes —hijos de primo hermano de la causante— en representación de sus padres, junto con su tía —prima hermana de la causante—. Es verdad que el artículo 141 por estar incluido en el Título VII De las normas comunes a las diversas clases de sucesiones se ha declarado de aplicación también a la sucesión intestada (vid nuestro auto de 20 de marzo de 1997), pero no consideramos que lo sea en este supuesto. Dispone el artículo 133 de la Compilación que, "tratándose de bienes troncales de abolorio, [1/4], sucederán por su mismo orden los llamados en el artículo anterior, aunque sin limitación de grado". A su vez, el artículo 132 establece en el punto 3 un doble llamamiento, "a los más próximos colaterales del causante hasta el cuarto grado", que en el caso de los bienes troncales de abolorio quedaría sin limitación ex artículo 133, y a "los que sean parientes de mejor grado de la persona de quien los hubo dicho causante a título gratuito", también sin limitación de grado (vid nuestro auto de 21 de abril de 1999). No obstante, en ambos casos se defiere "a los más próximos" y a "los de mejor grado", lo que quiere decir que se excluye a los de ulterior grado, o dicho de otro modo, el más próximo excluye al más remoto, que es el supuesto de la presente declaración de herederos, que los parientes de cuarto grado excluyen a los de quinto grado.

TERCERO: La exposición de motivos de la Compilación destaca: "Salvada la postergación de los padres son llamados después los más próximos colaterales entre aquellos que descienden de un ascendiente común que hubiera sido propietario de los bienes y, en su defecto, los que sean parientes de mejor grado de la persona de quien los hubo el causante a título gratuito". Esta mención a la proximidad viene recogida en el

artículo 132.3 "a los más próximos colaterales del causante". La indicada expresión ha de interpretarse en sentido literal, lo que quiere decir que no es de aplicación la sustitución legal prevista en el artículo 141 de la Compilación, por más que este precepto haya sido declarado de aplicación a toda clase de sucesiones (vid nuestro auto de 20 de marzo de 1997). Esta exclusión viene avalada por varios argumentos: en primer lugar porque este artículo 132 declara el derecho de representación (sustitución legal) expresamente en el primer supuesto, con la introducción precisamente del término "representarán", que tantos comentarios ha suscitado en la doctrina. Con este precepto se introduce expresamente la representación en esta clase de sucesión y para este concreto supuesto, de lo que cabe deducir que lo excluye para los demás y proscriba la entrada de la previsión general del artículo 141. En segundo lugar, por que, como ya hemos adelantado, la mención a la proximidad de grado con que comienza el artículo 132.3 resulta incompatible con el derecho de representación o sustitución legal. Es un mecanismo de exclusión de la sustitución legal. En tercer lugar, dada su naturaleza de norma común es aplicable en defecto de una norma específica que regule la sustitución legal (derecho de representación) o expresamente lo excluya, que es lo que sucede en este caso.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 15 de noviembre de 2007. Sucesión de bienes troncales de abolorio:

«PRIMERO. La sentencia de instancia, estimando parcialmente la demanda, declara la nulidad de la escritura pública de aceptación de herencia de 30 de enero de 1.996 otorgada por D.ª J A E en todo lo relativo a la adjudicación de la Masía denominada Casa B formada por varios edificios y tierras de labor que constituyen una unidad orgánica de explotación agrícola, así como de la escritura pública de donación a favor de D. D B B de la misma fecha, en lo relativo a dicha Masía, declarando la nulidad de las consiguientes inscripciones causadas en el Registro de la Propiedad y la pertenencia de la citada finca por título de herencia a D. L B E, D. J R y D.ª C B P y D.ª J B C por partes iguales. Frente a dicha resolución se alza ahora el demandado D. D B B impugnando los pronunciamientos de instancia por los siguientes motivos: A/ Considera el apelante que ha operado respecto a él la prescripción adquisitiva contemplada en el art. 1957 del Código Civil ("El dominio y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles se prescriben por la posesión durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título") por cuanto debe sumarse al tiempo de posesión del poseedor actual el tiempo de posesión de su causante; B/ Entiende que la actora y sus primos hermanos no tienen la declaración de herederos troncales por ser parientes colaterales de séptimo grado respecto a la causante D.ª M P B A sin derecho a heredar el bien indicado. C/ Insiste en la nulidad de los autos dictados por el juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel en fechas: a/ 1 de febrero de 2005 en autos núm./2004 por el que fue declarada D.ª C B B heredera abintestato de D.ª M P B A exclusivamente de los bienes troncales de abolorio; y b/ 15 de febrero de 2005 en autos núm. /2004 por el que se declaran únicos y universales herederos abin-

testato de D.<sup>ª</sup> CBB a sus sobrinos J R B P, C B P, J B C y L B E, tanto de los bienes troncales como de los no troncales.

SEGUNDO. Antes de entrar en el estudio de las cuestiones objeto de recurso debe hacerse la siguiente precisión. Teniendo en cuenta que D.<sup>ª</sup> P B A falleció en el año 1995, es aplicable al supuesto que nos ocupa la Compilación de Derecho Civil de Aragón en su redacción dada por la Ley 3/1985 de las Cortes de Aragón ya que, como acertadamente explica la Juzgadora de instancia, con arreglo a la Disposición transitoria primera de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte en Aragón, las sucesiones por causa de muerte se regirán por la ley vigente en el momento de apertura de la sucesión, diciendo el artículo 5.1 de la misma que la sucesión se abre en el momento de la muerte del causante, y en el lugar de su último domicilio. No puede tenerse en cuenta la argumentación del apelante conforme a la cual "si bien es cierto que la Disposición transitoria primera de la Ley establece como norma general que las sucesiones por causa de muerte se regirán por la ley vigente en el momento de apertura de la sucesión, también lo es que la Disposición derogatoria de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, produce la derogación del Libro II entero "Derecho de sucesión por causa de muerte", artículos 89 a 142 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón" (dice textualmente en el párrafo tercero de la alegación segunda de su recurso), pues de todos es sabido cuál es la función de las Disposiciones Transitorias de las Leyes, determinando si es la ley ya promulgada o la derogada la que debe ser aplicada en determinados supuestos que contempla, como sucede en el caso de autos.

TERCERO. Ha quedado probado que el bien reivindicado, Casa B, donada por D. J A B C en fecha 25 de agosto de 1989 a su hija D.<sup>ª</sup> P B A, había perteneció al padre de aquél, D. A B I, de quien la heredó, y éste a su vez de su padre D. J B B. Tiene por lo tanto la condición de bien troncal de abolorio conforme a lo dispuesto en el artículo 133 de la Compilación de 1985, que define dichos bienes como los adquiridos por el causante a título lucrativo y que hubieran permanecido en la casa o familia durante dos o más generaciones. En dichos bienes, según este precepto, sucederán por su mismo orden los llamados en el artículo anterior, aunque sin limitación de grado (a los efectos que nos ocupan los más próximos colaterales del causante entre los que desciendan de un ascendiente común propietario de los bienes).

Al morir D.<sup>ª</sup> P B A el 16 de noviembre de 1995 sin descendencia fue declarada heredera abintestato su madre D.<sup>ª</sup> JA E, quien en virtud de acta de notoriedad de 30 de enero de 1996, otorgada ante la Notaria de Mora de Rubielos D.<sup>ª</sup> M.<sup>ª</sup> Ángeles Anciones Ferreras, aceptó la herencia y se adjudicó la finca, inscribiéndose en el Registro de la Propiedad de Mora de Rubielos, finca del Ayuntamiento de Rubielos de Mora, Libro, tomo, inscripción . En la misma fecha la Sra. A E donó la Masía a D. D B B en virtud de escritura otorgada ante la misma Notaria inscrita como inscripción 3.<sup>ª</sup> Pues bien, con arreglo al precepto indicado, 133 de la Compilación de Derecho civil de Aragón, debieron suceder los más próximos colaterales de la causante sin limitación de grado. El auto dictado por el Juzgado

de Primera Instancia núm. 2 de Teruel en procedimiento núm. /2004 en fecha 1 de febrero de 2005 declaró heredera abintestato de P B A, exclusivamente de los bienes troncales de abolorio, a D.<sup>ª</sup> C B B, y por auto de 15 de febrero de 2005 dictado por el mismo Juzgado en procedimiento núm. /2004 fueron declarados la actora y sus primos herederos abintestato de los bienes troncales y no troncales. Es por ello que la Casa B pertenece a la actora y sus primos por derecho de transmisión de su causante D.<sup>ª</sup> C B B.

CUARTO. En relación al primero de los puntos planteados, es decir, la prescripción del dominio por el demandado por el transcurso del tiempo, ya argumentó la juzgadora de instancia con acierto que no es de aplicación al caso que nos ocupa el artículo 1960 del Código Civil conforme al cual "En la computación del tiempo para la prescripción... el poseedor actual puede completar el tiempo necesario para la prescripción, uniendo al suyo el de su causante", ya que D.<sup>ª</sup> M.<sup>ª</sup> P B A poseyó la Masía como indiscutida propietaria y no como poseedora a los efectos de la prescripción adquisitiva. Dice ahora el apelante que ello no es obstáculo para realizar el cómputo porque la posesión en los bienes y derechos puede tenerse en concepto de dueño o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona. Olvida con ello el apelante que D.<sup>ª</sup> M.<sup>ª</sup> P no poseyó "en concepto de dueña", es decir, con la intención de haber la cosa como suya, sino como auténtica dueña porque el bien era ya de su propiedad. Por ello únicamente puede computarse el tiempo en que estuvo poseyendo D. D, por lo que no habría transcurrido el plazo previsto legalmente aun cuando se comenzara a contar desde la fecha de las escrituras de aceptación de herencia y de donación de 30 de enero de 1996, pues la demanda fue interpuesta en fecha 22 de diciembre de 2005.

QUINTO. Impugna el apelante la consideración de herederos troncales que concede la sentencia a la actora y a sus primos ya que parte de que son parientes colaterales de séptimo grado de la causante sin derecho, por tanto, a heredar los bienes troncales.

En primer lugar debe decirse que es D.<sup>ª</sup> C B B quien debe reunir el requisito de colateralidad de sexto grado a los efectos del artículo 133 de la Compilación, pues es ella la heredera abintestato de D.<sup>ª</sup> P B A en los bienes troncales de abolorio. La actora y sus primos son los herederos abintestato de D.<sup>ª</sup> C B B de los bienes troncales y no troncales. No discute el apelante la condición de colateral de quinto grado de esta última con la causante.

Pero es que también D.<sup>ª</sup> J B C y sus primos D. J R y C B P y D. L B E tendrían la condición de herederos troncales respecto a D.<sup>ª</sup> P B A, al ser colaterales de sexto grado. Este parentesco ha sido combatido por el recurrente que los considera de séptimo grado, lo cual es erróneo según resulta de lo dispuesto en el artículo 918 del Código Civil: "En las líneas se cuentan tantos grados como generaciones o como personas, descontando la del progenitor... en la colateral se sube hasta el tronco común y después se baja hasta la persona con quien se hace la computación. Por esto, el hermano dista dos grados del hermano, tres del tío, hermano de su padre o madre, cuatro del primo hermano y así en adelante". Con arreglo a este cómputo, partiendo

de la causante y subiendo hasta el tronco común, es decir, D. J B B, serían tres grados, y bajando hasta la actora y sus primos, otros tres, por lo que son parientes de sexto grado. Ahora bien, este dato no tiene relevancia pues al ser de aplicación la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 1.985, suceden los parientes de la línea de donde proceden los bienes sin limitación de grado. También en el supuesto de que hubiera sido de aplicación la actual Ley 1/1999, de 24 de febrero de Sucesiones por causa de muerte de Aragón correspondería la Casa B a la actora, por cuanto tratándose de bienes troncales de abolorio la sucesión se deferiría a los más próximos colaterales del causante hasta el sexto grado (art. 211. 3º).

SEXTO. La nulidad de los autos de fechas 1 y 15 de febrero de 2005 dictados en expedientes de declaración de herederos abintestato núm. /2004 y /2004, respectivamente, fue interesada por el demandado en el suplico de su escrito de contestación a la demanda sin haber formulado la correspondiente reconvencción, razón por la que la juzgadora a quo entendió que no procedía resolver sobre dicha pretensión ya que debió formularse por vía de reconvencción dada la naturaleza de la petición so pena de causar indefensión a la parte demandante. Frente a ello opone ahora el apelante que a/ "en ningún momento se ha producido indefensión a la parte demandada porque en todo momento ha sido consciente de cuál ha sido la situación", b/ que "lo que esta parte pretende es la nulidad del auto de fecha 1 de febrero de 2005 y la nulidad de la aceptación de la herencia practicada por la actora y sus primos, materia que no se podría conocer en juicio ordinario"; c/ cabe la posibilidad de que la pretensión del actor no se formule necesaria y obligatoriamente como reconvencción sino como mera oposición, diciendo el artículo 408.2 Ley de Enjuiciamiento Civil que "si el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al tribunal, que así lo acordará, mediante providencia, contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plano establecido para la contestación a la reconvencción".

Debe argüirse a lo manifestado por el recurrente que este último precepto, 408.2 de la ley procesal civil, no es aplicable por cuanto lo que pretende el demandado es la nulidad de unas resoluciones judiciales, por lo que el cauce adecuado hubiera sido la reconvencción, que no puede suponerse en este caso porque no se ha formulado con los requisitos establecidos en el artículo 406.3 Ley procesal civil vigente, sin que sea posible con el nuevo sistema establecido en esta ley la reconvencción implícita consistente en cualquier petición del demandado que no sea la absolución total o parcial de la demanda.»

— Derecho de Bienes:

a.— Relaciones de Vecindad:

b.— Régimen normal de luces y vistas:

— Sentencia de la Audiencia de Huesca de 13 de febrero de 2007. Régimen normal de luces y vistas:

«PRIMERO: Ambas partes discrepan de los pronunciamientos emitidos en primera instancia. El demandante porque considera que su demanda debería ser íntegramente acogida y los demandados porque

entienden que lo procedente es estimar su reconvencción y suprimir la condena a proteger el hueco C). No obstante, debemos indicar con carácter previo que, aunque no consta siquiera en el acta del Audiencia Previa, según resulta de la grabación que complementa dicha acta, la actora, en el trámite de alegaciones complementarias lo que hizo es añadir una petición a su demanda inicial, para que, además de en las ventanas, se colocara reja y red en las terrazas. La parte demandada no se opuso a tal petición alegando razones procesales al amparo del artículo 412 y 426.3 de la Ley procesal sino que dio a entender en dicho acto que se mostraba conforme con tal adición, si bien se oponía al fondo de la misma por las razones de hecho y de derecho ya expuestas en su contestación, que las "extendió" a tal fin, para oponerse al fondo de la ampliación. Es más, ordenada en la sentencia apelada la protección del balcón o terraza superior, los demandados tienen incluso alegado, al folio 322, que dicho pronunciamiento no ha sido objeto de recurso por esa parte, considerando firme dicho pronunciamiento, por lo que el objeto de este procedimiento, tal y como lo han configurado las partes, no es sólo obtener la protección de las ventanas aludidas en el suplico de la demanda sino, también, la de las terrazas que dan a la propiedad del actor, de las que ya es firme el pronunciamiento que ordena la protección de la terraza superior.

SEGUNDO: Procede resolver en primer lugar la reconvencción pues si existiera una servidumbre de luces y vistas el actor ya no podría exigir la protección de los huecos desde los que se hubiera ganado dicha servidumbre. No obstante, lo cierto es que la reconvencción ha sido correctamente desestimada por el Juzgado. No se alega acto obstativo alguno y el vuelo del alféizar existente en las ventanas no es suficiente para poder hablar de una servidumbre positiva de luces y vistas con la apariencia exigida por el artículo 147 de la Compilación Aragonesa, en relación con el 145, siendo completamente intrascendente que hasta ahora el actor no haya construido en su propiedad cerrando o entorpeciendo los huecos a menos de tres metros pues esa es una facultad imprescriptible que le asiste dentro de las relaciones de vecindad ordinarias entre ambos predios. Que el actor, por ser esa su voluntad, condicionada o no por normas urbanísticas, decidiera construir junto al lindero su rampa de garaje que, conforme a la naturaleza que le es propia, queda a la altura del suelo, mientras que fue más allá donde elevó sus construcciones hacia lo alto, es algo completamente irrelevante. El actor, como dueño de su finca y en cuanto ésta colinda con la de los demandados, desde la óptica civil y sin perjuicio de los condicionamientos urbanísticos, puede construir donde mejor le parezca y puede mantener también su propiedad sin elevación alguna, también, donde mejor le parezca. Otra cosa es la discusión en torno a los voladizos pero, aun prescindiendo de que muchos de ellos no parecen sobresalir más allá del contrafuerte o requiebro existente entre los huecos D y E ni más allá tampoco de la línea exterior marcada por la parte de fachada en la que está ubicado el hueco B, ni más allá del vuelo mismo del alero tejado, lo cierto es que los mismos no son más que unos vierteaguas o, si así lo prefieren los demandados (por entender que la función de vierteaguas

podría hacerse obtenido con menor anchura), un adorno de su fachada que no guarda relación funcional alguna con el hecho de asomarse y sacar el torso, desde el hueco, fuera del exterior de la fachada. Es decir, aunque se diera por sentado que el límite de la propiedad de los demandados no llega, como mínimo, hasta la línea más exterior de su casa, a cualquier altura del suelo, y se partiera de que el límite entre las dos propiedades es una línea quebrada definida, en cada punto de colindancia (de entre los infinitos puntos de referencia que se pueden tomar), por la parte más saliente de la fachada de los demandados en ese punto y ello, precisamente, a nivel del suelo y no a una u otra altura, consideramos que el saliente representado por el vuelo del alféizar en las ventanas, aun en la hipótesis de que vuele realmente sobre la finca del actor y no sobre suelo propio, es insuficiente para poder hablar de una servidumbre positiva de luces y vistas, por más que los 10-15 centímetros de alféizar en el aire (8 centímetros según la cinta métrica fotografiada al folio 207) formen, como es habitual, una unidad con el resto del alféizar que ocupa todo el ancho del muro en el que está abierto el hueco hasta alcanzar, según los mismos demandados (folio 299) unos 40 ó 60 centímetros de ancho más los 10-15 centímetros que afirman de vuelo, pues lo que tiene que usarse para apoyarse y proyectar las vistas sacando el torso tiene que ser el propio saliente mismo volando por encima de la finca del vecino (no el ancho del muro propio ni un vuelo sobre el terreno propio) y no nos parece que esto sea posible con un voladizo de estas dimensiones tras un muro, según los propios demandados, de 40-60 centímetros de ancho, con más razón cuando estamos ante ventanas y no huecos abiertos a la altura de los pies. Sólo con un uso llamativamente temerario podemos imaginar a una persona apoyándose en un vuelo de esas características para sacar el torso más allá de línea exterior de la fachada después de salvar el espesor de un muro que oscila, según los propios demandados, entre 40 y 60 centímetros. Es más, aun sacando sólo la cabeza y no el torso, muy pocas personas conseguirían mantener los pies en el suelo pues, como ya ha quedado dicho, estamos ante unas ventanas y no ante cualquier otra clase de hueco abierto, visto desde el interior, a la altura de los pies. La relación funcional del vuelo de un alféizar en la base de una ventana, para sacar el torso fuera de la línea exterior del hueco y proyectar vistas, no viene condicionada sólo con la anchura del propio vuelo sino que, además, en esa relación funcional inciden también la anchura del muro donde se abre el hueco y la altura de éste en relación con el suelo interior desde el que se puede mirar. Cuanto más alto es el hueco (en relación con el suelo interior) y más ancho es el muro en el que el hueco se abre, más difícil es para una persona acceder al voladizo mismo para apoyarse y sacar el torso fuera de la línea exterior del hueco. Por todo ello, consideramos que el saliente de los alféizares de las ventanas no son en el caso un voladizo a los efectos de una servidumbre de luces y vistas, careciendo así de toda relevancia si merecen ser calificados como vierteaguas, adornos o como mejor les parezca a los demandados.

Siendo así correcta la desestimación de la reconvencción, es igualmente procedente el pronunciamiento emitido por el Juzgado en relación con las costas cau-

sadas por la misma, conforme al principio del vencimiento del artículo 394 de la Ley procesal.

TERCERO: Descartada así la existencia de una servidumbre de luces y vistas, es cierto, como dice el actor, que las pruebas practicadas no permiten afirmar que los actuales huecos hubieran sido abiertos con anterioridad al Apéndice. Es cierto que la casa es antigua pero en ella se han hecho modificaciones al cabo de los años y no podemos afirmar que los actuales huecos fueran los iniciales. No obstante, aun partiendo de que los huecos no son anteriores al apéndice, aunque la ausencia de protecciones no genere servidumbre alguna y el actor pueda en consecuencia edificar en cualquier momento a cualquier distancia, la acción para exigir la colocación de dichas protecciones sí que prescribe a los treinta años conforme al artículo 1963 del Código civil, tal y como lo declaramos en nuestra sentencia de 31 de marzo de 2001. Tal prescripción, excepcionada por los demandados, teniendo en cuenta las manifestaciones de los testigos recogidas en la grabación videográfica, se ha producido en relación con alguna ventana, pero no en todas, pues las fotos obrantes en la causa, especialmente las unidas al acta notarial de 1991, evidencian que los testigos extendían la ausencia de toda protección a todas las ventanas (salvo, algunos, a las de los corrales), cuando en dichas fotos se aprecia la existencia de reja en más ventanas antes de las obras de 1990-1991, todo ello aparte de la generalizada y llamativa obsesión de los testigos por afirmar a toda costa, como los demandados, que las ventanas tenían voladizos para apoyarse asomándose. Por ello, corrigiendo la testifical con la evidencia que resulta de las fotos, sólo podemos considerar que no ha existido variación durante más de treinta años en la protección de las ventanas en relación con aquellas que en las fotos vemos que efectivamente carecían de toda protección antes de la reforma de 1990-1991, aparte de que hay varias que, simplemente, entonces, ni siquiera existían, por estar tapiadas o encontrarse en otro lugar. Así tenemos que uniendo las fotografías a la testifical, tenemos que al menos en treinta años, no ha habido ninguna variación en los huecos 1, 2 y 3 del folio 201 (hoja seis del informe del Sr. (Nombre de la parte eliminado). El hueco A, según lo apreciamos en las fotos, se encontraba bastante más abajo y era más pequeño. No es pues el mismo hueco, aparte de que, además, por más que tengamos en cuenta la testifical, en absoluto podemos afirmar que lleve más de treinta años sin protección alguna. Procede, por ello, ordenar su protección. El hueco B, tal y como lo indicó el perito del actor, aparte de que era más pequeño, tenía antes de la reforma de 1990-1991 reja remetida en la pared, luego no lleva más de treinta años sin protección alguna pues es claro que la reja se ha retirado hace menos de treinta años. Procede, por ello, ordenar su protección. El hueco C estaba tapiado antes de la reforma de 1990-1991, luego tampoco lleva más de treinta años sin protección y procede por ello ordenar su protección. El hueco D estaba provisto antes de la reforma de 1990-1991 de reja remetida en la pared luego tampoco lleva más de treinta años sin protección y procede por ello ordenar su protección. El hueco E, aunque desde él no se ejerza una servidumbre de luces y vistas, conforme al artículo 1963 del Código Civil, ha prescrito la

acción para exigir la colocación de protecciones pues lleva más de treinta años sin protección alguna. Lo mismo cabe decir del hueco 8 y de los huecos 9. Los huecos F, I y J son nuevos, luego no llevan más de treinta años sin protección y procede por ello estimar la demanda en relación con ellos por más que anteriormente, más abajo de los huecos I y J y desplazados hacia la derecha (mirando a esta fachada) existieran otros dos huecos hoy cerrados (los 10 y 11 de la hoja 5 del informe pericial), siendo de destacar que, además de la opinión técnica del Sr. (Nombre de la parte eliminado), su posición inicial en relación con el contrafuerte o requiebro existente entre ellos cuadra con las manchas más claras que indica el actor en su recurso. Los huecos G son tres, pero sólo uno de ellos es ventana. Los otros dos, con sus conducciones, nada tienen que ver con el régimen normal o anormal de las luces y vistas ni, por ello, con las protecciones de las que habla el artículo 144 de la Compilación Aragonesa. Y la ventana comprendida en los huecos G, según resulta de las fotos, estaba tapiada en las fotos tomadas antes de la reforma de 1990-1991 y el demandado José Antonio reconoció al final de en su declaración que en 2005 abrieron un hueco nuevo que estaba tabicado y, siendo que en las obras de 1990-1991 se abrió el hueco C tal y como declaró el Sr. (Nombre de la parte eliminado), no cabe duda alguna de que el hueco que se abrió en las obras terminadas en enero de 2005 no es otro sino el G, luego no lleva más de treinta años sin protección y procede por ello estimar la demanda en relación con dicha ventana. Lo mismo sucede con los huecos H que en absoluto llevan más de treinta años. En cuanto a las terrazas es ya firme que debe protegerse la superior y, estimando el recurso del actor, debe ordenarse también la protección de la inferior pues con relación a la situación existente antes de la reforma de 1990-1991, que resulta de las fotos, debemos afirmar que ha cambiado por completo su estructura y configuración de forma que la terraza actualmente existente (la inferior) no lleva más de treinta años sin proteger, por lo que procede estimar también la demanda en relación con ella.

CUARTO: Y cuanto ya ha quedado razonado en relación con las protecciones no puede verse impedido por las actuales contraventanas o postigos, ni siquiera a los limitados efectos que dijimos en nuestra sentencia de 31 de mayo de 2005. En primer lugar, a los demandados les correspondía probar los hechos impositivos a la pretensión del actor, cuya propiedad se presume libre de toda carga mientras no se demuestre lo contrario, y lo cierto es que dudamos si las contraventanas se colocaron en la reforma de 1990-1991 o en la de 2005 (cuyo certificado final de obra es de 21 de enero de 2005, folio 171), pues una cosa es que una ventana siempre haya tenido una contraventana incluso con anterioridad a la reforma de 1990-1991 (si bien, según el albañil Sr. (Nombre de la parte eliminado), los propietarios habían quitado la madera de las contraventanas) y otra que la misma siempre se haya abierto hacia el exterior, como ahora sucede. Por otra parte, partiendo de la testifical del Sr. (Nombre de la parte eliminado) sí puede afirmarse que las obras de 1990-1991 se adecentaron los huecos incluyendo su carpintería (hasta notarialmente se constató, al folio 216, que, al día uno de abril de 1991, cinco ventanas

tenían "los marcos de madera nuevos y todavía sin cristales"), pero el cambio de la carpintería de una ventana no tiene necesariamente que incluir la colocación de una contraventana hacia el exterior, es decir, que en 1990-1991 se hiciera la carpintería de las ventanas no es incompatible con que las contraventanas actualmente existentes se colocaran con posterioridad, en las obras terminadas en enero de 2005, como sostiene el demandante. Desde luego, en las fotos incorporadas al acta notarial de 1991 (cuyo número tres, folio 218, quedó ampliado en la pericial del actor al folio 200), no vemos ninguna contraventana abierta al exterior, pese a que la representación de los demandados alega todo lo contrario, siendo de resaltar que ya tenemos en cuenta que tales fotos incorporadas al acta notarial de 1991 (folios 214 y siguientes), según manifestó entonces el propio actor, reflejan el estado de la fachada "anterior" a la reforma de 1990-1991.

En segundo lugar, tenemos que las actuales contraventanas, lógicamente, sólo en las ventanas donde están instaladas, sí que se abren hacia el exterior pero, como lo denuncia el actor, con sus bisagras ubicadas no en el exterior de la fachada sino dentro del hueco, pegadas al marco y cristal de la ventana, de modo que si la contraventana vuela o no más allá de la fachada sólo se ve cuando el postigo está completamente abierto de modo que el vuelo fuera de la fachada, si existe, no está continuamente a la vista por signos exteriores como requiere el artículo 532 el Código Civil para permitir hablar de la apariencia precisa para que, a continuación, pueda entrar en acción lo dispuesto en el artículo 147 de la Compilación Aragonesa al regular la usucapión de las servidumbres aparentes.

En tercer lugar, a la vista de las fotos del acta notarial de doce de enero de 2005 que invocan los demandados, únicamente podemos afirmar que, cuando está completamente abierta, sobresale algo de la línea más exterior del hueco, la contraventana de la ventana que en la pericial quedó identificada como hueco C, si bien el acta notarial habla en plural sin concretar los huecos a los que se refiere, lo cual, puesto en relación con las fotos obrantes a los folios 160, 161 y 163, nos permite afirmar que, cuando están completamente abiertas, sí sobresalen algo del hueco las contraventanas de las ventanas identificadas en la pericial como huecos C y B, pero este vuelo es tan pequeño que, al menos con las pruebas practicadas en estos autos, no podemos afirmar que llegue a alcanzar la propiedad del actor, en los términos que ya explicamos en el fundamento de derecho segundo, pues existen otros elementos de la fachada que sobresalen todavía más hacia la propiedad del actor (aparte del abombamiento que, según resulta de las fotos citadas, aportadas por los demandados, hace la parte de fachada donde se abre el hueco B la cual, antes de la reforma de 1990-1991, según se ve en las fotos del folio 200 y 218, también tenía en su parte más alta un alero con un vuelo superior al ahora considerado), por lo que, no teniendo por qué suponer que la casa de los demandados se levantó ya en origen rebasando, a cualquier altura, el límite de su propiedad, en modo alguno podemos afirmar, con las pruebas practicadas en estos autos, que las contraventanas abiertas invadan la finca del actor y, en consecuencia, por las tres razones que han quedado dichas, no podemos afirmar que la finca

de los demandados ha adquirido derecho alguno sobre la del actor que impida la colocación de reja y red, ni siquiera sobre los huecos C y B y a los limitados efectos que dijimos en la sentencia antes citada de 31 de mayo de 2005.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 28 de febrero de 2007. Régimen normal de luces y vistas. Usucapión de servidumbre aparentes:

«PRIMERO: El actor ahora apelante solicita la estimación de su demanda en todos aquellos extremos que no fueron acogidos por el juzgador de instancia. Con relación a los huecos y ventanas, en primer lugar, interesó dicha parte la condena a colocar reja y red, o protección semejante o equivalente, en todos los huecos y ventanas, sin excepción, abiertos en las fachadas norte y oeste del edificio del demandado, colindante por ambas caras con el solar del actor, pues en la Sentencia tan sólo se ha estimado dicha pretensión con respecto a los huecos que se consideran de nueva creación, en tanto abiertos tras la realización de las obras de rehabilitación del referido edificio que tuvieron lugar, según se señala en el fallo, en el año 1998.

Dado que el recurrente, tras admitir que la acción para exigir la colocación de reja y red prescribe a los treinta años, insiste en que todos los huecos actualmente existentes son de nueva apertura, resulta fundamental para decidir esta cuestión llevar a cabo una comparación entre los huecos o ventanas que había antes de las obras de 1998 y los que pueden apreciarse en la actualidad. Sin embargo, tan sólo obran en autos tres fotografías en donde se refleja el estado del inmueble del demandado con anterioridad a su rehabilitación, que son las que aparecen como números 6 y 7 en el informe pericial aportado junto con la demanda y la que consta como documento número 3 en el escrito de contestación, con relación a la cual el demandante reconoció durante el juicio que era así como se encontraba la casa antes de las obras, y ha de apreciarse que en la primera de estas tres fotografías no aparece ninguna de las dos fachadas litigiosas, la norte y la oeste, mientras que sólo esta última fachada puede verse en las demás fotografías, de modo que la documentación gráfica obrante en autos tan sólo puede servir para decidir sobre los huecos de la fachada oeste. Dicho esto, la comparación entre estas fotografías, fundamentalmente la que constituye el documento número tres de la contestación, y las que reflejan el estado actual de la fachada, como por ejemplo la fotografía número uno del informe del perito designado judicialmente, debe dar lugar, sin duda, a la estimación de lo solicitado por el actor respecto de la fachada oeste, pues ninguna de las ventanas actualmente existentes se corresponde, en cuanto a dimensiones y ubicación exacta en la pared, con los huecos anteriores a la reforma, pese a que algunas de las primeras se hallen en la misma planta, o más o menos próximas, con relación a los segundos. Las fotografías, por tanto, revelan que en la rehabilitación no se han respetado los huecos preexistentes en la forma exacta que tenían, sino que se han abierto unos nuevos, aunque algunos de ellos se hallen en las mismas zonas de la pared en donde estaban los anteriores. En suma, todos los huecos que actualmente pueden apreciarse en la fachada oeste del edificio del demandado deben considerarse

distintos de los que existían antes de las obras que tuvieron lugar en 1998, por lo que, al aceptar el Tribunal que la acción para exigir la colocación de reja y red no ha podido prescribir desde la rehabilitación del edificio hasta la presente reclamación, pues ya señalábamos en nuestra Sentencia de 31 de marzo de 2001, así como en la más reciente de 13 de febrero de 2007, que dicha acción real prescribía a los treinta años conforme al art. 1.963 del Código Civil, la demanda debe estimarse en este concreto particular.

En cuanto a los huecos abiertos en la fachada norte, sin embargo, nos encontramos con que ninguna de las fotografías obrantes en autos refleja mínimamente el estado de dicha fachada con anterioridad a la rehabilitación del inmueble. No ha de olvidarse, sin embargo, que al menos uno de los testigos, a la sazón alcalde de la localidad en donde se hallan los inmuebles litigiosos, señaló durante el juicio que había aberturas a tres caras, que lógicamente tenían que ser, además de la oeste, la norte y la sur, ya que por el lado este el referido inmueble linda con otras dos construcciones. No consta, sin embargo, si los huecos que ahora interesan, los de la cara norte, han sido modificados o no durante la rehabilitación del edificio, ya que, aunque en el informe pericial aportado junto con la demanda (que no llegó a ser ratificado en el juicio, pero que en este aspecto no fue cuestionado por el perito judicial) se habla de "los huecos abiertos en la fachada norte" al describir el estado actual del inmueble, sólo se habla de ellos para mencionar que en su mayor parte carecen de protección, y no para precisar si fueron mantenidos o reformados durante el año 1998. De este modo, dado que corresponde a la parte que alega la prescripción de la acción para exigir reja y red, esto es, al demandado, la carga de probar que dicha acción ha prescrito, sin que tal extremo pueda entenderse acreditado al desconocerse si los huecos actuales son o no los mismos que había antes de la rehabilitación, también debe accederse a lo solicitado por el actor en cuanto a la colocación de reja y red o protección semejante o equivalente, siempre conforme a lo dispuesto en el art. 144.2 de la Compilación Aragonesa, en las ventanas de la fachada norte.

SEGUNDO: Con relación ahora a los aleros del tejado del edificio del demandado, respecto de los cuales se interesa que se lleve a cabo el retranqueo de la parte que vuela sobre la finca del actor, pretensión que fue rechazada en su totalidad por el juzgador de instancia al considerar que los aleros ya volaban sobre dicha finca antes de la rehabilitación, conviene clarificar en primer lugar que, tanto en las dos paredes litigiosas como en la cara sur, el alero sobresalía de la correspondiente línea de fachada antes de la rehabilitación del inmueble, tal y como manifestaron el alcalde de la localidad y el técnico que redactó la memoria para la rehabilitación (bien que finalmente no dirigiera la obra), extremo que, por otra parte, no fue negado por el perito judicial a la vista de las fotografías obrantes en autos. En cualquier caso, alega el apelante que la Sentencia es incongruente al reconocer al contrario una servidumbre de vertido de tejado que no ha sido objeto del proceso, ya que lo que invocó aquél en apoyo de su tesis no fue otra cosa que el derecho real de propiedad de los arts. 348 y concordantes del Código Civil. Sin embargo, ningún vicio de incongruen-

cia detectamos en la resolución impugnada cuando afirma que el demandado ha consolidado un derecho real con relación a la finca del actor al haber mantenido los aleros volando sobre dicha finca durante el tiempo necesario para adquirir la servidumbre por usucapión conforme al art. 147 de la Compilación Aragonesa, esto es, diez años, pues precisamente el motivo por el que el demandado se ha opuesto a lo solicitado por el actor no es otro que este derecho ganado con el transcurso del tiempo, sin que, por tanto, la estimación de este motivo de oposición deba suponer incongruencia alguna.

Todo ello no obstante, es cierto que de la prueba practicada se desprende que las obras de rehabilitación del año 1998 supusieron un alargamiento de los aleros del tejado que ya antes de las obras volaban sobre el fundo del actor, ya que, pese a que el técnico que redactó la memoria no se atrevió a asegurarlo, el perito judicial se mostró de acuerdo con lo dictaminado por la autora del informe acompañado junto con la demanda. Así las cosas, la Sala considera que el demandado no tiene derecho a agravar la servidumbre invadiendo una zona mayor de la que ya quedaba bajo los antiguos aleros antes de las obras, pues éstas tuvieron lugar dentro de los diez años anteriores a la promoción del presente pleito, lo que debe dar lugar a la condena del demandado a reponer los aleros a la longitud que tenían antes de la reforma con el consiguiente recorte de los aleros actuales. Tan sólo resta, dicho esto, determinar cuál debe ser el alcance de dichos recortes. Con relación a la pared oeste, debemos acudir al informe acompañado con la demanda, que en este particular también ha sido asumido por el perito judicial, según el cual (hoja 5 del informe) con anterioridad a las obras el alero "podría sobresalir sobre el plano de esta fachada unos 30 ó 40 centímetros aproximadamente", en tanto que en la actualidad dicha cubrición sobresale "unos 65 centímetros aproximadamente", por lo que consideramos que procede cercenar el alero actual hasta que sobresalga unos 35 centímetros sobre la línea de la fachada oeste. En cuanto a la pared norte, se señala en el referido informe que se ha construido "un alero de unos 55 centímetros aproximadamente", mas no se llega a determinar la longitud del que existía antes de la reforma, pues el informe no contiene fotografías que reflejaran siquiera si lo había o no, pese a lo cual el perito judicial no descartó que antes no lo hubiera. Sí que puede verse un alero, en cambio, en la fotografía aportada junto con la contestación, a partir de la cual, y dado que no existe ningún otro elemento de juicio, ni objetivo ni tan siquiera subjetivo, el Tribunal calcula, a su prudente arbitrio, que dicho alero debía tener una longitud similar a los que en la misma fotografía pueden verse también en las otras dos fachadas, oeste y sur, de modo que optamos con relación a la pared norte por la misma solución que hemos aplicado para la pared oeste.

TERCERO: En cuanto al conducto de evacuación de humos y olores que el demandado construyó en la fachada norte, respecto del cual la demanda tampoco fue estimada dado que el juzgador de instancia entendió que la tubería se encontraba bajo el vuelo del alero y no causaba ningún perjuicio para los vecinos, invoca el apelante su derecho de propiedad para

afirmar que ni se ha probado la inexistencia de otra alternativa para la evacuación de los humos ni tampoco cabe sostener que el alero pueda dar cobertura para que bajo él se construya todo lo que el demandado tenga a bien. Hemos de señalar al respecto que aceptamos el criterio del perito judicial, quien no pudo asegurar que la tubería pudiera causar molestias o perjuicios, y que no desconocemos que dicha canalización se extiende de arriba a abajo por la fachada norte prácticamente pegada a dicha pared y sin llegar a tocar el suelo de la finca del actor, pues se introduce en el edificio unos centímetros antes, de igual modo que es claro que la tubería también habría quedado bajo el alero aunque éste no se hubiera prolongado en el año 1998. Sin embargo, no consideramos que la consolidación de un derecho de vuelo del alero sobre la propiedad contigua autorice al titular del predio dominante para seguir invadiendo de otras maneras el espacio que queda bajo dicho alero, al menos sin haber adquirido por usucapión una nueva servidumbre, todo lo cual nos inclina a estimar de nuevo la demanda en este concreto aspecto.

CUARTO: Finalmente, y en cuanto a la última de las pretensiones formuladas por el actor, insiste dicha parte en que el demandado repare el encuentro entre las fachadas de las viviendas de uno y otro, rejuntando dicho encuentro hasta su estanqueidad y el saneamiento del daño producido por el agua filtrada en el interior de la casa del demandante, todo lo cual tampoco fue acogido en la Sentencia recurrida. El juzgador apoya su decisión en las dudas que se le suscitaron al perito judicial en cuanto al origen de las humedades que aparecieron en la vivienda del actor. En el recurso se combate dicha apreciación alegando que en casa del demandado sólo se hicieron obras en ese encuentro de fachadas, que el perito judicial no pudo acceder a la parte superior del tejado para comprobar el encuentro y que, en todo caso, la visita de dicho perito tuvo lugar varios años después de que se manifestara el problema, motivos por los cuales entiende el actor que debe estarse a lo dictaminado por la autora del informe acompañado junto con la demanda. Hemos de señalar, sin embargo, que en absoluto puede reprochársele al Sr. Juez de Primera Instancia haber seguido el criterio del perito judicial, cuya imparcialidad parece fuera de cualquier duda, y que la grabación del juicio oral puso de manifiesto las serias dudas que albergó el perito cuando fue preguntado por el origen de las humedades, concluyendo el técnico, después de un largo interrogatorio cruzado, que el mal estado de conservación de la cubierta del edificio del actor pudo haber contribuido a la causación de los daños, por todo lo cual la Sala se inclina por no apreciar error de valoración en la decisión del juzgador de instancia sobre este particular.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 8 de junio de 2007. Régimen normal de luces y vistas:

«PRIMERO: El actor reproduce en su recurso las pretensiones planteadas en la demanda. Así, sigue manteniendo que el patio de luces controvertido —según denominación empleada en este juicio— constituye un elemento común de las casas propiedad de la señora (Nombre de la parte eliminado) —en cuyo nombre actúa aquí su marido— y de los demandados

(Nombre de la parte eliminado), situadas en la calle de LF de Barbastro, números 20 y 22, respectivamente; o, de forma subsidiaria, una especie de comunidad de utilización o aprovechamiento que genera un derecho a su uso desde ambos edificios. En todo caso, solicita la condena de los demandados a derribar el forjado construido a la altura de la planta primera, a modo de prolongación de la terraza o galería que daba al patio, y que corta la ventana de la planta primera de la casa número 20 casi por su mitad; así como la demolición del muro que va adosado a la pared de cierre del edificio número 20 por su parte de atrás (cerca a la calle de HS, aunque sin llegar a ella, dada la configuración de la casa número 18 de la calle de LF) y levantado desde el suelo del patio hasta el dintel de esa misma ventana, lo que también ha supuesto el cierre de la ventana del garaje o almacén situado en la planta baja del edificio número 20. Implícitamente, el actor se conforma con la absolució del codemandado (Nombre de la parte eliminado) por falta de legitimación pasiva.

SEGUNDO: 1. Con relación a la propiedad del patio, tras el examen de los autos y el visionado de la extensa grabación videográfica, no apreciamos error alguno en las conclusiones a las que llega la sentencia de primer grado, de acuerdo con sus propios argumentos, los cuales damos aquí por reproducidos para evitar repeticiones innecesarias. Es decir, el actor no ha demostrado que ambos edificios pertenecieran originariamente a una sola propiedad y, lo más importante, que, en esa hipótesis, ya estuviera construido el patio de luces antes de la supuesta división. No es reprochable que el juzgador de instancia no haya considerado convincente la declaración del arrendatario de la casa número 22 durante los años sesenta, (Nombre de la parte eliminado), conforme a los propios razonamientos desarrollados en la sentencia apelada. Por otro lado, aun suponiendo que las dos fotografías aéreas de la zona unidas a los autos (folios 191 y 192) fueron sacadas antes de 1970, merced a lo indicado por lo que el apelante llama "certificado" expedido por el fotógrafo (Nombre de la parte eliminado) (f. 236), el tribunal, tras examinar y cotejar tales fotografías, no ha podido identificar indubitablemente el patio discutido, cuya construcción parece que data, en efecto, de 1977, cuando el padre de los demandados señores (Nombre de la parte eliminado) amplió su casa por la parte de atrás, hasta llegar a terreno agrícola, hoy calle de Huertas de Suelves, según lo que resulta del expediente administrativo (folio 240) y planos unidos a los autos. Además, el catastro y el uso exclusivo del patio por parte de la familia (Nombre de la parte eliminado) son datos que favorecen la tesis de los demandados. Hemos de resaltar que nunca ha habido puerta de comunicación entre el patio y la casa número 20 de la calle de Las Fuentes, sino solo ventanas y con protección (malla o reja, como se aprecia en alguna fotografía), con independencia de que alguna haya podido desaparecer últimamente.

2. En definitiva, valorando todas las pruebas, el patio pertenece exclusivamente al edificio número 22. Tampoco se ha acreditado la constitución de una comunidad especial de uso más allá de las relaciones de vecindad derivada de los huecos abiertos en finca ajena, cuyas normas reguladoras están contenidas en

el artículo 144 de la Compilación del Derecho civil de Aragón.

TERCERO: 1. Respecto a la última pretensión, hemos de resaltar primeramente que el alero de la casa número 20 que ocupa parte del vuelo del patio, en una extensión de unos 25 cm, no es signo exclusivo de propiedad, en los términos indicados en la sentencia apelada. Asimismo, no vemos ningún inconveniente en que el muro de nueva construcción esté adosado o arrimado al inmueble contiguo, aun suponiendo que su pared de cierre sea privativa, pues no carga sobre ella ni la utiliza estructuralmente y los demandados tienen derecho a aprovechar la finca hasta su límite sin retranqueo alguno, siempre que se respeten las normas urbanísticas y como es costumbre en casas adosadas, sobre todo dentro del casco antiguo de una población.

2. Sentado lo anterior, no podemos considerar que las obras ejecutadas por los propietarios del edificio número 22 sean ilícitas, pues tienen derecho a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna, según el artículo 144.3 de la Compilación.

3. Tampoco se ha acreditado que esa actuación suponga un abuso de derecho a través de un acto de emulación o realizado con la finalidad de perjudicar a los ocupantes de la finca limítrofe. La utilidad del forjado está acreditada, pues prolonga la originaria galería y proporciona más espacio a las plantas baja y primera de la casa número 22 (con independencia de su extensión originaria y ya se usen o no para que el demandado señor (Nombre de la parte eliminado) —a pesar de que reside habitualmente en Alemania— desarrolle su actividad de escultor con mayor comodidad y seguridad), aparte de que evitará humedades en el suelo del patio a causa del agua de lluvia racheada que pudiera entrar por el hueco libre del patio. Partiendo de todo ello, si bien la pared debatida no tiene finalidad estructural (el forjado se apoya en el otro tramo del muro construido en forma de "L") y su objetivo es, en efecto, el cierre de las dos ventanas de la casa número 20, los demandados tienen derecho a salvaguardar su privacidad e intimidad de las miradas e injerencias de sus vecinos, lo que difícilmente es posible si no se cierra el patio de luces por la parte contigua a la casa número 20. Esta es la tesis que sostuvimos en nuestra sentencia de 7-III-1994, cuyo criterio es seguido por las sentencias de la Audiencia provincial de Zaragoza de 8-VI-2004 -Id. Cendoj: 50297370022004100242- y 19-XI-2004 -Id Cendoj: 50297370052004100547-, secciones 2.ª y 5.ª, respectivamente, en la segunda, de forma expresa, todas ellas referidas a una terraza, al igual que nuestra sentencia de 26-VI-1992.

4. Por todo ello, procede desestimar el recurso.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 26 de diciembre de 2007. Concepto de "voladizo". Artículo 144 de la Compilación: La acción para exigir la colocación de las protecciones previstas en este precepto prescribe a los treinta años, ex artículo 1963 del Código Civil. Artículo 147 de la Compilación: Servidumbre aparentes; Servidumbre de salida de vapor o de gases: Inexistencia.

«PRIMERO: Los actores interesan en la súplica de su recurso la estimación íntegra de la demanda, si bien a lo largo del recurso van especificando los concretos

motivos que dan lugar a la apelación sobre las pretensiones que no han sido acogidas en la sentencia apelada, con arreglo a los términos imprecisos recogidos en su fallo, pues se remite a sus fundamentos de Derecho quinto y sexto, en cuyos extensos argumentos constan las decisiones —no siempre sin matices— que deberían haber sido puntualizadas en la parte dispositiva de la resolución impugnada, conforme a los requisitos de claridad y precisión exigidos en los artículos 209.4 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por su parte, la demandada impugna también la sentencia para que se desestime la demanda con relación a los balcones de la planta primera y segunda de la fachada posterior del edificio de su propiedad destinado a hotel —colindante con el solar perteneciente a los primeros—, al entender que se ha constituido una servidumbre de luces y vistas dado el tiempo transcurrido desde la apertura de los huecos.

SEGUNDO: 1. Comenzando, por razones sistemáticas, por el segundo recurso, la demandada impugna la sentencia “en el extremo relativo a la consideración de que no existe servidumbre de luces y vistas en relación con el primer y segundo balcón de la fachada del edificio” o, como aclara el cuerpo del escrito de oposición al recurso e impugnación de la sentencia, respecto de los balcones abiertos en las plantas primera y segunda de la misma fachada posterior del hotel, los cuales consisten en los huecos segundo y tercero, contados desde arriba, de las fotografías unidas a los autos. Aún sin calificarlo de forma expresa, la demandada aduce la usucapión como medio de adquisición de la servidumbre de luces y vistas, la que planteó en la contestación a la demanda de modo principal a la excepción de prescripción de la acción para la colocación de reja y red. Al no haber formulado reconvencción, la ahora impugnante pretende la desestimación de la solicitud formulada de contrario relativa a la colocación de reja y red sobre tales huecos con fundamento en la constitución de una servidumbre de luces y vistas.

2. En cuanto a la ventana —o balcón, como lo denomina la parte— de la planta primera, un pequeño saliente de unos diez centímetros de ancho —como señala la juez de instancia— que ya existía antes de la realización de las obras para la rehabilitación del hotel (por ejemplo, se observa en la fotografía primera del documento 16 de la contestación a la demanda: folio 108) no tiene la condición de voladizo ni, por tanto, de signo aparente de servidumbre de luces y vistas, conforme a lo previsto en el artículo 145 de la Compilación. De acuerdo con la doctrina científica y con el criterio sustentado por esta Audiencia de Huesca (sentencias de 31-III-2001, 31-V-2005, 26-I-2006, 30-VI-2006, 29-XII-2006 y 13-II-2007), y también por la de Zaragoza (sentencias de 15-X-90, 12-XI-93 y 19-VI-2000), así como por el Tribunal Supremo en su sentencia de 20-X-87, el voladizo, a que se refiere el artículo 145 de la Compilación a fin de convertir la servidumbre de negativa en positiva y permitir la usucapión (sin necesidad incluso de acto obstativo), no solo requiere de cierta estabilidad que permita apoyarse en él, sino, además, debe sobresalir suficientemente para facilitar la proyección de las vistas sacando el torso; y es evidente que de estas circunstancias no goza un pequeño saliente como el mencionado. Es in-

diferente que la ventana esté abierta desde al menos el año 1904, como reflejan las fotografías antiguas unidas a los autos, pues en Aragón siempre han podido ser abiertos huecos como mera relación de vecindad, sin que por este simple hecho se constituyera servidumbre alguna; y el párrafo tercero del artículo 14 del Apéndice Foral de Aragón de 1925 recogía expresamente la necesidad del acto obstativo para el comienzo del plazo de usucapión en las servidumbres aparentes.

3. Por otro lado, la barandilla que se aprecia en cada uno de los dos huecos no constituye tampoco signo aparente de servidumbre de luces y vistas, pues delimita el propio vano de la respectiva ventana y no supone un voladizo.

4. Aparte de todo lo dicho hasta ahora, hemos de indicar con relación al hueco de la planta segunda que se trata de una ventana nueva y no puede ser considerada, por sus características y ubicación, de acuerdo con lo ya argumentado en la sentencia apelada, la “sucesora” de los dos pequeños huecos abiertos en la misma planta con anterioridad, según lo que se observa en las fotografías unidas a los autos. Así, como dijimos en nuestras sentencias de 21-XII-2004 y 31-V-2005, puesto que los huecos han sido eliminados físicamente y el nuevo tiene unas características muy distintas a los anteriores, la hipotética servidumbre se habría extinguido en todo caso —de haber existido, lo que tampoco consta— por destrucción o eliminación del espacio físico que le daba cobertura. Además, la demandada admite que las antiguas ventanas abiertas en esa planta estuvieron cerradas durante algún tiempo y la actual fue abierta nuevamente con motivo de las obras de rehabilitación del hotel —durante el año 2003—. También desapareció —seguramente, hace al menos cincuenta años, según lo que se desprende de las declaraciones que constan en la grabación videográfica— la originaria ventana que se aprecia en las fotografías antiguas que aparecen en los autos.

5. Por todo ello, procede desestimar la impugnación adhesiva, con el consiguiente pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada por ese recurso (artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite su artículo 398.1).

TERCERO: 1. Primera cuestión objeto de recurso de los actores [pretensión primera de la súplica de la demanda]: supresión del canalón colocado por la demandada en la cubierta del edificio. Los demandantes admiten a favor de la parte contraria la servidumbre de vertiente de aguas pluviales desde el tejado que cae sobre su fundo, pero no de la manera en que recientemente ha sido configurada, mediante la indicada canalera y una gárgola o caño que la remata, sino tal como ha venido siendo hasta la realización de las obras de rehabilitación del hotel, con caída libre de las aguas. El motivo debe ser estimado, pues la demandada ha modificado y agravado unilateralmente la servidumbre en contra de los intereses de los actores, los cuales no desean que el agua se concentre en un solo punto merced a la acción del tubo final o gárgola y pueda favorecer la erosión de la tierra que cubre la superficie de su parcela.

2. Segunda cuestión objeto de recurso. Colocación en los huecos de la fachada posterior de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente [los dos huecos superiores de

la fachada han merecido una acogida favorable en la sentencia de primer grado, lo que, como hemos dicho, ha sido motivo de impugnación adhesiva por parte de la demandada].

A) El tercer hueco contado desde arriba situado inmediatamente encima de las rejillas de aire acondicionado. Los actores admiten de forma expresa en su recurso que la existencia de este hueco desde hace muchos años es cuestión pacífica entre las partes. Hemos de añadir concretamente que, como se aprecia en las fotografías unidas a los autos, las obras de remodelación no afectaron a esta ventana —al menos sustancialmente—, cuya apertura data de principios de siglo o, en el peor de los casos para la demandada, desde hace más de sesenta años. De este modo, como con acierto concluyó la juez de instancia, procede acoger la prescripción de la acción para la colocación de reja y red, de acuerdo con los precedentes sentados por esta Sala. Así, en nuestras sentencias de 31-III-2001 y 13-II-2007 dijimos que la acción para exigir la colocación de dichas protecciones prescribe efectivamente a los treinta años, conforme al artículo 1963 del Código civil. Procede, pues, desestimar este motivo del recurso.

B) El hueco situado en la parte inferior de la fotografía unida a la página 22 del informe pericial presentado por la parte demandante en la audiencia previa [folio 240]. La reja allí colocada, como alegan los apelantes, no está remetida en la pared, sino superpuesta, es decir, que sobresale de la línea exterior del vano, lo que no se adecua a lo dispuesto en el artículo 144 de la Compilación del Derecho civil de Aragón relativo al régimen normal de luces y vistas, y, además, crea una apariencia de ocupación del vuelo ajeno. Por ello, procede estimar el recurso sobre este extremo.

3. Tercera cuestión objeto de recurso: supresión de los vertidos y extracciones de aire.

A) Secadora semiindustrial [según denominación de la parte]. De acuerdo con el precedente sentado en nuestra sentencia de 3-VII-2006, la salida de vapor de este aparato a través de un tubo que termina en un orificio o hueco circular, de unos 10 cm de diámetro, abierto en la pared posterior del hotel y da a la finca de los demandantes no es inocua desde el punto de vista jurídico, pues supone la apariencia de un gravamen impuesto sobre un predio en beneficio de otro y, por tanto, la posibilidad de adquirir una servidumbre de salida de vapor o gases por usucapión de diez años entre presentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, conforme al artículo 147 de la Compilación. Los demandantes nada indican en su recurso con relación a otro orificio de similares dimensiones, seguramente porque ha quedado probado que está destinado a ventilación de una habitación y, dadas las dimensiones del hueco, no tendría sentido solicitar ningún tipo de protección. Es decir, el régimen normal de luces y vistas en Aragón permite salidas de aireación natural, incluso usando un tubo; pero excede de ese régimen ordinario propio de las relaciones de vecindad la ventilación forzada para la expulsión de gases —como el vapor de agua procedente de una secadora— y humos. Así, los actores tienen derecho a pedir la condena de la demandada a no dar salida de aire por el orificio conectado a la secadora a fin de impedir la constitución de una servidumbre. Por todo

ello, debemos estimar el recurso sobre la pretensión examinada.

B) Aire acondicionado. Al respecto, los demandantes se quejan en su recurso, en primer lugar, de los ruidos cuando el aparato de climatización está funcionando. Sin embargo, con independencia de que los apelantes son propietarios de un fundo yermo e inhabitado, por lo cual no parece que tales quejas tengan mucho sentido, hemos de atender a la pretensión 3 de la súplica de la demanda, que dice lo siguiente: “se condene a la parte contraria a no dar salida o entrada de aire por los huecos o tuberías existentes en el edificio de la actora que están abiertos sobre la finca de mi principal, y en particular al aire que entra o sale de sus instalaciones de climatización el cual deberá entrar o salir por la cumbre del edificio de la actora o por otra de sus fachadas”. Es decir, hemos de analizar si procede o no la supresión de las salidas de aire y, más en concreto, de la rejilla para la salida del aire expulsado por el aparato de climatización situado en la parte superior de la cuarta ventana contada desde arriba, con independencia de las molestias personales por los ruidos, pues este hecho no constituye la causa de pedir y el recurso no puede plantear cuestiones nuevas que cambien los términos de la litis. La sentencia de primer grado solo estima la demanda para obligar a que la rejilla (hemos de entender sus baldas) sea colocada hacia arriba en lugar de hacia abajo, como está ahora. Sin embargo, la rejilla, aun en esa posición, implica una ventilación forzada (se trata de aire expulsado por el ventilador exterior de la unidad) y crea una apariencia de un gravamen a favor del edificio de la demandada y en contra del terreno propiedad de los actores, cual es una salida de aire proveniente del climatizador, susceptible de ser adquirido por usucapión. En consecuencia, de acuerdo con lo indicado al hablar sobre la evacuación de vapor procedente de la secadora, debemos estimar el recurso y la demanda sobre este punto. No obstante, no podemos acoger la demanda para imponer a la demandada el punto por el que puede extraer el aire procedente del aparato de climatización, pues se trata de una facultad que deberá ser ejercida por la propietaria del hotel con arreglo a Derecho. Tampoco podemos aceptar la restricción de entrada o extracciones de aire, tal como se pide en la súplica de la demanda junto con la salida (en este caso, mediante la acción del aparato de aire acondicionado, a través del hueco de la ventana en cuyo alféizar interior está situado, a más de un metro de la fachada), pues no consta que ese acto de extracción del aire exceda del ámbito de las relaciones de vecindad. Por último, debemos aclarar que la condena relativa al orificio conectado a la secadora y a la rejilla de aireación del aparato de climatización respetará los términos literales comprendidos en el apartado 3 de la súplica de la demanda, como diremos en la parte dispositiva de esta sentencia.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 19 de septiembre de 2007. Relaciones de vecindad; doctrina general sobre el régimen normal de luces y vistas:

«PRIMERO. Alegó el actor D. M P G en su demanda que los demandados D. C C P y D.ª M R I S, propietarios de una edificación sita en el núm. 10 de la plaza S de la localidad turolense de A (Teruel), colindante

con la del actor, procedieron a realizar en la misma una terraza practicable en el techado del inmueble, lo que, dice, le supuso el cerramiento de la ventana de su casa que daba a la finca de los demandados por el levantamiento de un muro que éstos han realizado sobre la nueva terraza, así como el desmonte de parte del alero del inmueble núm. 11 por la modificación de la chimenea existente en la casa núm. 10, "con los daños evidentes que ello ha producido y el riesgo de filtraciones que sobre la pared en la que se ha adosado tal chimenea se puede producir al escurrir por la misma las aguas pluviales de la cubierta del inmueble 10 al romper la unidad de techumbre". Solicitó el actor la condena de los demandados a realizar a su costa los trabajos necesarios para que su propiedad vuelva a su estado original. Los Sres. C I se opusieron a dicha pretensión, dictándose sentencia por el Juzgado de instancia desestimándola por entender que, no teniendo la finca del actor a su favor una servidumbre de luces y vistas, la ventana existente en la pared medianera que daba al antiguo tejado, hoy terraza, respondía al régimen normal en las relaciones de vecindad para dar luz y ventilación a una de las estancias de la casa (antigua despensa y hoy baño), debiéndose el cerramiento de la ventana a fines objetivamente permitidos como facultades dimanantes del derecho de propiedad inmobiliaria y no a perjudicar al actor sin beneficio o utilidad propia. Respecto a la chimenea reconoce la juzgadora a quo que se han ocasionado desperfectos en el tejado del actor como consecuencia de su montaje pero no de una magnitud correspondiente a la cuantía que reclama en la demanda.

Frente a dicha resolución se alza ahora el actor alegando la doctrina del abuso del derecho sobre la base de que el cerramiento de la ventana no ha obedecido a utilidad alguna para el inmueble de los demandados y en cuanto a la rotura del alero invoca incongruencia de la sentencia apelada por cuanto a pesar de reconocer dicho daño producido por la colocación de la chimenea no se ha condenado a los demandados a su reposición al estado anterior. Los demandados se oponen al recurso.

SEGUNDO. No ofrece duda, y así lo han admitido ambas partes, que las relaciones entre los contendientes se encuadran dentro de las relaciones de vecindad. Según autorizada doctrina jurisprudencial territorial aragonesa (S. Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª de 11 julio 1992 y S. Audiencia Territorial de Zaragoza de 1 junio 1979, citada por la anterior) los huecos a los que se refiere la Compilación y todo el Derecho histórico aragonés tienen por objeto recibir luces y permitir vistas a las piezas o habitaciones de un edificio, se trate de ventanas o miradores, debiéndose poner en relación el liberal régimen aragonés de luces y vistas con el derecho constitucional a la intimidad; diciendo a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 octubre 1964 (RJ 1964\4140) que se trata de un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación en quien lo soporta, por lo que en cualquier momento puede hacer cesar la situación, todo ello según dispone el artículo 144.3.ª de la Compilación Foral. Sobre la base de estas relaciones de vecindad, para que sea factible el cerramiento de estas ventanas, no habiendo servidumbre de luces y vistas,

es necesario que se haga una construcción propiamente dicha y que esa construcción conlleve la necesidad de cerrar los huecos y ventanas que se abren, bien en pared propia del que disfruta de ellos, bien en pared medianera. El problema que se dilucida en el presente proceso es el cierre de la ventana abierta en el inmueble del actor por la construcción de una terraza practicable en el techado del inmueble núm. 11 y consiguiente levantamiento de un muro realizado sobre la nueva terraza.

El artículo 7 del Código Civil impone a cualquier titular de un derecho, de la naturaleza que sea, ejercerlo conforme a las exigencias de la buena fe, expresando a renglón seguido que la Ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo; por lo que todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.

Ha quedado acreditado, como acertadamente argumenta la resolución impugnada, que la realización de una cubierta plana transitable y dado que solo existía una fachada recayente a la terraza, hubo que construir los otros tres paramentos verticales, uno de ellos en el propio antepecho sobre el patio de luces y los otros dos colindando con los predios vecinos, ya que si no se hubiese realizado de esta forma habría sido necesario realizar apertura de rozas, para entregar la lámina, sobre el cerramiento colindante, esto es, el de la finca núm. 11. La técnica constructiva utilizada fue la correcta desde un punto de vista arquitectónico; la altura que se le ha dado a ese cerramiento perimetral, de un metro, es coincidente con la altura del antepecho y de cualquier forma necesaria para acabar correctamente tanto la impermeabilización como el remate superior de dicho cerramiento. Hemos de partir de la base de que la ejecución de la terraza por los demandados en su vivienda no ha sido un mero capricho, sino que ha obedecido a la necesidad de reformar y acondicionar la vivienda para mejorar las condiciones de habitabilidad de la misma, obras ejecutadas dentro de los límites del ejercicio de su derecho de propiedad sobre el inmueble. Una de las obras que acometieron fue la tendente a garantizar las condiciones de estanqueidad de la zona de la edificación que contiene planta baja yalzada; el tejado de teja sobre tablero de cañizo y vigas de madera se encontraba prácticamente en ruina. A la hora de elegir uno de los distintos sistemas constructivos existentes para ejecutar la nueva cubierta decidieron realizar una cubierta planta transitable, ya que por una parte conseguían un techo horizontal con altura libre suficiente que garantizase las condiciones higiénico-sanitarias de la habitación que se sitúa en la zona inmediata inferior a la terraza y, por otra parte, dado que el acceso a dicha terraza se efectúa al mismo nivel del suelo de la planta bajo cubierta de la otra zona del edificio, se dotaba a dicha planta bajo cubierta de una iluminación y ventilación naturales de las que antes carecía. El cierre de la ventana no obedeció al simple deseo de tapar el hueco sin más, como pretende hacer ver el apelante, además de que dicha ventana constituiría hoy un acto

de inmisión en propiedad ajena dada la nueva configuración arquitectónica del edificio de los demandados. No puede valorarse como una construcción tendente exclusivamente a perjudicar, sin beneficio o utilidad propia. Los supuestos en que se ha apreciado la existencia de abuso de derecho han sido aquellos en que la construcción carecía de interés para el dueño del predio, salvo el de tapar las ventanas del colindante, lo que, como se ha expuesto, no sucede en el caso enjuiciado. A esta conclusión llega esta Sala, al igual que lo hizo la juzgadora de instancia, tras el estudio conjunto y detallado de todas las pruebas practicadas en autos, entre ellas tanto el informe emitido por el Arquitecto Técnico D. M, aportado con la demanda, como el redactado por el también Arquitecto Técnico D. J a instancia de los demandados, sin que el hecho de que el primero de ellos no sea mencionado expresamente en la sentencia apelada suponga "desprecio" por dicha prueba como pretende hacer ver el apelante. Téngase en cuenta que dicho informe no estudia la técnica constructiva utilizada para poder luego determinar si fue la correcta desde un punto de vista arquitectónico, sino que se limita en este punto a dar su opinión con relación al cierre de la ventana que califica de "inadmisible", diciendo textualmente: "este hecho de cerrar una ventana que daba ventilación e iluminación a una dependencia, no es admisible y habría que volver a abrirla", pero sin dar dato alguno para poder determinar si existió el abuso de derecho que invocan. Por otra parte, tampoco la circunstancia de no haber sido ratificado en el acto del juicio oral el informe emitido por el Sr. P ha dejado en indefensión al actor, quien no formuló protesta o recurso alguno ante la decisión adoptada por la Juzgadora a quo de considerar como prueba documental el dictamen tras la alegación de la parte demandada de no poder asistir a la vista dicho perito.

Por todo ello debe ser rechazado el recurso en este punto.

TERCERO. Invoca también el apelante infracción del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alegando que la sentencia de instancia adolece de incongruencia en cuanto a la petición relativa a la rotura del alero, "pues a pesar de que se reconoce por todas las partes que efectivamente se ha producido, no se ha tratado de restaurar el ordenamiento jurídico violentado ilegítimamente por parte de los demandados".

En la demanda origen de los presentes autos solicitó el actor la condena de los demandados a reponer su inmueble al estado anterior, no solo la ventana sino también el alero desmontado por la colocación de la chimenea al lado de la pared medianera, lo cual, dijo textualmente, supuso la producción de unos "daños" y "el riesgo de filtraciones que sobre la pared en la que se ha adosado tal chimenea se pueden producir al ocurrir por la misma las aguas pluviales de la cubierta del inmueble 10, al romper la unidad de techumbre".

Dos cuestiones suscita esta pretensión: A) con relación al riesgo de filtraciones argüido, ninguna prueba se ha realizado que acredite dicho extremo. Nada apuntó en este sentido el perito Sr. P en su informe quien aludió únicamente a que los demandados desmontaron parte de alero de la casa núm. 11 para poder adosarla a la pared. B) Ha sido un hecho incontrovertido el recorte de tejas de dicho alero, a él se

refieren los dos informes técnicos obrantes en autos y ha sido admitido por la sentencia apelada. Dicho "desmonte", necesario para poder acoplar y elevar la chimenea del núm. 10, consistió en cortar unas cuatro tejas, aproximadamente, de un remate lateral del tejado de la casa núm. 11 que vuela unos 20 cms. sobre la propiedad colindante, es decir, la casa núm. 10 sobre la cual, además, vierten las aguas pluviales que recoge. No consta si el remate lateral del tejado del inmueble del actor vuela sobre la propiedad de los demandados por un derecho a su favor de vertiente de tejado o se debe simplemente a una práctica constructiva habitual en la zona consentida por los propietarios del inmueble colindante, supuestos ambos en los que estos últimos pueden construir siempre que no resulte perjuicio alguno para aquél, ni tampoco gravamen para el predio dominante en caso de existencia de servidumbre (art. 587 del Código Civil), perjuicio que ni siquiera ha sido aludido por el actor. Es por ello que el hecho mismo del recorte de las tejas al construir no puede considerarse propiamente como un daño en casa ajena, al haberse realizado dentro de las facultades del propietario y no menoscabar con ello los derechos que pudiera tener el actor referentes a la recogida de aguas. Por todo ello debe ser desestimado también en este punto el recurso.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 23 de octubre de 2007. La facultad concedida en el artículo 144 de la Compilación es imprescriptible, por tratarse de un acto meramente tolerado, derivado del incumplimiento del régimen ordinario de la propiedad y de las buenas relaciones de vecindad:

«I.— Frente a la sentencia de instancia, que estima íntegramente la pretensión de la demanda, y condena al demandado a recortar el saliente de su tejado, dejándolo como estaba antes de realizar las obras, de forma que las aguas viertan a su propiedad o a la vía pública; a colocar en las ventanas existentes en su pared contigua al predio de la actora, reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección equivalente o semejante; y a retirar el cable de televisión que discurre por la pared mencionada, se alza la parte demandada alegando, en primer término, que en relación a la primera de las pretensiones, que no existe elemento probatorio alguno que justifique que se haya alterado la forma original del tejado, sino que, como evidencia la prueba testifical éste fue reconstruido con la misma forma y pendiente, sin efectuar sobre el mismo modificación alguna, por lo que resulta desacertada la conclusión que sostiene la sentencia recurrida, que pese a reconocer la coincidencia entre los testigos sobre el hecho de que el tejado no ha sido modificado, condena a su demolición parcial y ordena al demandado recoger las aguas pluviales sobre su propio fondo o darles otra salida a la vía pública; y en ello tiene razón la parte recurrente, pues si la propia sentencia recurrida, al valorar la prueba reconoce que tanto el testigo que depuso a instancia de la parte actora D. JMD, que a la sazón fue quien llevó a efecto la reconstrucción del tejado, como la testigo que lo hizo a instancia del demandado, reconocen que el tejado se reconstruyó manteniendo la forma y pendiente originales, es evidente que resulta inviable la pretensión de que se proceda a recortar el saliente del mismo "dejándolo como estaba antes de realizar las obras", lo que sería

de imposible ejecución cuando la propia sentencia reconoce la imposibilidad de determinar cual era ese estado; e impropcedente la condena a recoger las aguas pluviales sobre su propio fundo, cuando, como se ha dicho anteriormente, el tejado en su forma original ha vertido sus aguas sobre el fundo vecino durante un periodo que, en atención a la antigüedad manifiesta del inmueble, debe de estimarse muy superior a los diez años, e incluso a los veinte, que para la adquisición por prescripción de las servidumbres aparentes, establece el artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, dejando extinguida de plano dicha servidumbre, cuando no concurría ninguna de las causas establecidas en el artículo 546 del C. Civil para la extinción de la misma, por lo que procede estimar el recurso en este punto y consecuentemente desestimar dicha pretensión.

II.— El segundo motivo de impugnación esgrimido por la parte recurrente se centra en la condena a la demandada a colocar en las ventanas existentes en su pared contigua al predio de la actora, reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección equivalente o semejante, estimando la parte recurrente que dicha pretensión estaría prescrita, al haber transcurrido mas de treinta años desde que dichos huecos fueron abiertos sin protección; sin embargo tal planteamiento no puede prosperar habida cuenta que, si la facultad de abrir huecos sobre fundo vecino constituye un acto de mera tolerancia, pudiendo el propietario de fundo vecino cerrar en cualquier momento cerrar dichos huecos, edificando o dando mayor elevación a lo construido (Art. 144. 3 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón), con mayor razón podrá exigir en cualquier tiempo la colocación en dichos huecos de reja de hierro y red de alambre, en los términos señalados en el artículo 144.2, siendo dicha facultad imprescriptible, por tratarse de un acto meramente tolerado, derivado del incumplimiento del régimen ordinario de la propiedad y de las buenas relaciones de vecindad (En este sentido Sentencias de la A. Provincial de Zaragoza de 15 de Julio de 1996 y 28 de Octubre de 2002)

III.— En último término impugna la parte recurrente de la condena retirar el cable de televisión que discurre por la pared contigua al predio de la actora. La sentencia recurrida acoge dicha pretensión, con fundamento en el peligro que dicho cable supone por su colocación exterior en un patio descubierto donde pueden jugar niños y por su cualidad de transmisor de corriente en caso de tormenta o aparato eléctrico; sin embargo este planteamiento no puede ser asumido por la Sala, pues en este planteamiento se obvia, de una parte que dicho cable discurre por la pared privativa del demandado, y de otra que la existencia de un supuesto peligro para los propietarios del fundo vecino, ni ha sido objeto de prueba alguna en el procedimiento, ni su peligrosidad resulta tan notoria como parece entender la sentencia recurrida, máxime cuando por tales cables, destinados a conducir la señal de televisión desde la antena al receptor, están desprovistos de corriente; por lo que la pretensión debe de ser desestimada.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 13 de diciembre de 2007. Régimen normal de luces y vistas:

«PRIMERO.— La sentencia de instancia estima la demanda al considerar que la pared de separación de los edificios de ambos litigantes, en la que los demandados con las obras realizadas en la fachada de su edificio han tapado unas ventanas saeteras que desde la casa propiedad del demandante daban a la calle a través de dicha pared, es una pared privativa del demandante, y condena a los demandados a realizar las obras necesarias a fin de reponer la casa copropiedad del actor a la situación anterior a la perturbación, reabriendo las ventanas indebidamente tapadas.

Contra dicha sentencia se alzan ahora ambas partes, el demandante con la pretensión de que se especifique que la condena a realizar las obras necesarias para reponer las ventanas a la situación anterior se haga extensiva al cuadro del contador de la luz que se encuentra en la fachada de su vivienda y que igualmente ha sido parcialmente tapado por las obras llevadas a cabo por los demandados en la fachada de su edificio.

Los demandados impugnan la sentencia con la pretensión de que se desestime la demanda, reproduciendo los argumentos alegados en la primera instancia y que, en síntesis, son que la pared en la que se han tapado las ventanas es una pared privativa suya, y el actor no tiene adquirida ninguna servidumbre de luces y vistas, ya que la existencia de las ventanas obedecen a un acto de mera tolerancia en el ámbito de las relaciones de vecindad que regula el artículo 144 de la Compilación de Derecho Aragonés.

SEGUNDO.— Esta Sala no puede aceptar la conclusión a la que llega la sentencia recurrida en relación a la calificación jurídica de la pared de separación de los edificios de ambas partes litigantes, por cuanto, si bien es cierto que el artículo 573.1º del Código Civil establece una presunción en contra de la medianería cuando en las paredes divisorias de los edificios haya ventanas o huecos abiertos, no puede aplicarse esa presunción en este caso para concluir que la pared es privativa del actor, por cuanto el mismo en su demanda reconoce expresamente que la pared es medianera (hecho tercero), y en ningún momento se ha arrogado, ni alegado, la propiedad exclusiva de la misma.

Establecido lo anterior hay que analizar si de la prueba practicada puede deducirse que los demandados sean propietarios exclusivos del muro de separación de las propiedades de ambos litigantes. Cuestión que debe resolverse en sentido negativo, por cuanto la prueba practicada a instancia de esa parte no ha desvirtuado la presunción legal a favor de la medianería en las paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto común de elevación establecida en el artículo 572.1º del Código Civil, pues el único signo exterior contrario a esa presunción es el de la existencia de las ventanas, pero un puede servirnos para concluir que el muro pertenece a la casa de los demandados por cuanto esas ventanas dan luz y ventilación a la casa del demandante; y ninguna otra prueba se ha practicado tendente a acreditar que la pared únicamente soporte las cargas de uno de los edificios o de que esté construida exclusivamente sobre el terreno de una de las fincas. La propia existencia de las ventanas es un signo contrario a esa propiedad exclusiva, por cuanto en nuestro derecho no se contempla, ni como

servidumbre ni dentro de las relaciones de vecindad, la apertura de huecos en pared ajena.

TERCERO.— Una vez determinada la condición de medianería del muro de separación de ambas casas, es preciso analizar la condición que desde el punto de vista jurídico tienen las ventanas. No podemos calificarlas como soporte a una servidumbre de luces y vistas, por cuanto el demandante no ha aportado ningún título de adquisición de la misma, ni existe ningún signo aparente de los establecidos en el artículo 145 de la Compilación de Aragón que haga presumir su existencia. Nos encontramos, por tanto, con unas ventanas que obedecen al régimen normal de luces y vistas dentro de las relaciones de vecindad del artículo 144 de la Compilación, y que no limita el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna (144.3 de dicha Compilación).

Ahora bien, los demandados, que tienen derecho a construir en su fundo y con dicha construcción pueden tapar las ventanas que haya abiertas en la pared medianera, no pueden con su obra apropiarse de toda la anchura de la pared, pues se lo impide el artículo 579 del Código Civil que solo le permite utilizarla en la mitad de su espesor, cosa que han hecho cuando en la restauración de la casa han prolongado la fachada tapando en todo su espesor el muro, de tal manera que han tapado las ventanas que desde la casa del demandante, de una forma oblicua a través de la pared común, daban directamente a la calle. El derecho a construir en su propiedad tapando las ventanas abiertas bajo un régimen normal de relaciones de vecindad, no le permite apropiarse de la totalidad del muro ni cerrar aquellas aberturas que se encuentren fuera de lo que es su estricta propiedad, y ésta no alcanza más que la mitad del muro, por lo que debe estimarse parcialmente el recurso del demandado y limitar la condena que contiene la sentencia recurrida a reponer a su estado anterior las ventanas en lo que excede de la mitad del grosor de la pared medianera.

CUARTO.— Los demandados en su recurso alegan la excepción de prescripción de la acción ejercitada, que basan en que las obras de rehabilitación de la casa se finalizaron en marzo de 2002 y la demanda no se presentó hasta junio de 2006; excepción que debe ser rechazada por dos motivos, en primer lugar por cuanto esa excepción se plantea "ex novo" en esta alzada, y no es permisible el planteamiento en la alzada de cuestiones que no han sido alegadas en la primera instancia; y en segundo lugar, por cuanto no nos encontramos ante una acción posesoria cuyo plazo de prescripción se establece en el art. 1968 del Código Civil, sino ante una acción de protección del dominio de más largo plazo prescriptivo.

Igualmente debe decaer la alegación de que en la sentencia recurrida se incurre en infracción legal por inaplicación del artículo 7 del Código Civil, que fundamenta en el hecho de que el actor abusa del derecho al pretender mantener unas ventanas abiertas en una pared ajena, y ello en la aplicación de la doctrina mantenida en las jurisprudencias alegadas por el propio recurrente, que sostiene que es principio general del derecho el que afirma: quien usa de su derecho no daña a nadie, y en el presente caso el demandante está defendiendo un derecho sobre las ventanas abier-

tas en un muro medianero cuyo cierre indudablemente le causa un grave perjuicio, por lo que de ninguna manera puede calificarse su acción de abusiva.

QUINTO.— El recurso interpuesto por la parte actora, sí que debe estimarse, por cuanto la pretensión de que se especifique que la condena incluye la obra necesaria para reponer a su estado anterior el cuadro de los contadores eléctricos que el actor tiene en su propia fachada de manera que se puedan abrirse, puede entenderse incluida en la demanda en la pretensión general de condenar a realizar las obras necesarias a fin de reponer la casa copropiedad del actor a la situación anterior a la perturbación. Esta cuestión fue, además, introducida al debate en el juicio sometiendo a la contradicción de las partes, así como objeto de la prueba pericial, de la que cabe concluir que la alteración en el cuadro viene ocasionada por la obra realizada por los demandados invadiendo con su fachada la totalidad de la pared medianera.»

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Teruel de 25 de mayo de 2007. Régimen normal de luces y vistas. Acción negatoria de servidumbre de luces y vistas:

«PRIMERO.— Ejercita la actora en su demanda, acción negatoria de servidumbre, invocando los arts. 581 y 586 del Código Civil, así como el art.º 144 de la Compilación Aragonesa, y solicita la condena del demandado a la realización de determinadas obras consistentes en recortar el alero de su tejado para evitar que las aguas pluviales viertan en el patio propiedad de la actora, dotar a las ventanas existentes en la pared que da al citado patio de las protecciones señaladas en el último de los preceptos mencionados, y por último, retirar el cable de televisión que cuelga por la repetida pared, por el peligro que supone en caso de tormentas con aparato eléctrico.

Por su parte el demandado se opone a las pretensiones de la actora, afirmando que las obras realizadas en su tejado no han consistido en darle mayor pendiente ni longitud, habiendo vertido las aguas siempre de igual forma al patio de la actora, que el cable de televisión se encuentra en pared privativa y no produce ningún riesgo, y que las ventanas siempre han estado como ahora, sin reja de hierro ni red de alambre, invocando la prescripción adquisitiva de las servidumbres.

SEGUNDO.— Es doctrina jurisprudencial consolidada que las normas sobre las servidumbres, al contemplar supuestos de limitación al derecho de propiedad ajeno, deben ser interpretados restrictivamente, de tal manera que se irroge el menor perjuicio posible al predio sirviente, y que la carga de probar, tanto su existencia como su extensión, recae sobre quien defiende la existencia de la misma, en este caso, al demandado.

En el supuesto que contemplamos, y por lo que respecta a la pretendida servidumbre de vertiente de tejado que el demandado afirma haberse adquirido por prescripción, resulta difícil realmente determinar su existencia, puesto que ninguna prueba se ha aportado a autos acerca de cómo estaba construido el tejado de la vivienda del demandado con anterioridad a las obras de reparación del mismo, aunque tanto el testigo D. J., que realizó la reparación, como la testigo propuesta por la demandada, D.º J., afirmen que la pen-

diente que se le ha dado es la misma y no ha existido modificación alguna, pero reconociendo, incluso el propio demandado que el tejado tuvo que rehacerse totalmente dado la imposibilidad de ser retejado.

Debe ponerse de manifiesto como premisa previa que la existencia de las servidumbres de vertientes de tejado que podían tener justificación en épocas antiguas en las que no existía ningún tipo de planteamiento urbanístico y los núcleos urbanos carecían de cualquier servicio como el de alcantarillado, sin contemplarse en la construcción soluciones para la recogida de aguas pluviales, no tienen en la actualidad justificación alguna por cuanto que los pueblos cuentan con servicios de alcantarillado que recogen las aguas, con salida directa de las casas a los colectores y existen elementos constructivos de muy fácil aplicación para recoger el agua de los tejados y canalizarlas hacia los mismos ó hacia la vía pública a través de la propia propiedad, sin tener que gravar la ajena. Por todo ello, en este tipo de servidumbres, debe aplicarse con rigurosidad el art. 543 del Código Civil, que impide al dueño del predio dominante alterar o hacer más gravosa la servidumbre (A.P. Teruel, 8 de mayo de 1996).

TERCERO.— Partiendo de la anterior consideración, en el supuesto de autos, aunque pudiera admitirse que las aguas pluviales hubieran vertido siempre de la misma manera, sobre la propiedad del actor, lo cierto y real es que actualmente, observando las fotografías aportadas se constata que el nuevo alero construido por la demandada sobresale varios centímetros y vuela en forma amplia sobre el inmueble de aquel lo que conduce a estimar que en época de tormentas, las aguas caigan con fuerza sobre el patio colindante, y aún aceptando que existiera una servidumbre, como postula la demandada, en la actualidad la misma carece de sentido y justificación, sin que puedan invocarse tampoco razones de necesidad para su mantenimiento, pues, habiéndose rehecho en su totalidad el tejado, podía haberse construido de manera que recogiese las aguas y las canalizase hacia los desagües o hacia la calle, tal y como ordena el art. 586 del Código Civil, no existiendo ningún obstáculo para ello ni para derivar su canalización hacia la red de alcantarillado, a la que deben conectarse todas las fincas urbanas, sin causar perjuicios ni agravar, sin razón alguna la situación del antiguo predio sirviente, por lo que, no contando con fotografías antiguas que pudieran revelar que la invasión del vuelo del alero sobre la propiedad contigua fuera similar a la actual, y en atención a las razones anteriormente expuestas, tampoco resulta admisible la pretensión de la parte demandada acerca de su adquisición por prescripción, dado además que nos hallamos ante un supuesto en el que, más que de una servidumbre propiamente dicha, se trata de una más de las manifestaciones que recoge nuestro código civil como simples limitaciones del derecho de propiedad, en atención a las relaciones de vecindad, (A.P. Cuenca de 5 de junio de 2.002), no teniendo por ello la actora la obligación de soportar tal vertido de aguas, al existir otros medios para dicha evacuación.

CUARTO.— Por lo que respecta a la segunda pretensión deducida en la demanda, es de señalar que en Derecho Aragonés, el art. 144 de la compilación, permite a cualquier distancia del predio ajeno, la apertura

de huecos para luces y vistas, sin sujeción a dimensiones determinadas requiriendo tan solo que, dentro de las distancias previstas en el art. 582 del Código Civil, tales huecos carezcan de balcones y otros voladizos y que estén provistos de reja de hierro remetido en la pared y red alambre, u otra protección semejante o equivalente, al tiempo que ya en el art. 145, la Compilación precisa que no son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas la falta de las protecciones antes mencionadas, ni tampoco los voladizos sobre fondo propio.

En el presente caso, existen en la pared del inmueble del demandado tres ventanas, dos de ellas situadas a escasa altura del patio de la actora sin las protecciones señaladas en el art. 144 antes citado, oponiéndose la demandada a la pretensión de la actora alegando la prescripción contemplada el art. 1963 del Código Civil y la prescripción adquisitiva de la servidumbre de luces y vistas. Pues bien, dichas alegaciones opuestas por dicha demandada no pueden prosperar; El art. 1963 del Código Civil no es aplicable el caso de autos porque no estamos en el régimen de servidumbre luces y vistas del derecho común, sino en el de la compilación de Derecho Civil de Aragón, conforme a la cual, y en base al art. 144 antes citado, en el supuesto de abrirse huecos sin estar provistos de la protección que dicho precepto contempla, la Jurisprudencia ha entendido que la facultad de exigir tal protección es imprescriptible al tratarse de un acto meramente tolerado, derivado del incumplimiento del régimen ordinario de la propiedad y de las buenas relaciones de vecindad (A.P. Zaragoza, 15 de julio de 1996). Por otra parte, y en cuanto a la alegación de haberse adquirido servidumbre de luces y vistas mediante prescripción, aunque se admita que dichos huecos están abiertos desde hace más de 20 años, no existen en los mismos voladizos que puedan considerarse signos aparentes de dicha servidumbre, tal y como prescribe el art. 145 de la Compilación, ni la falta de las protecciones indicadas, lo son tampoco.

Por todo ello, resulta procedente acceder a la petición de la actora a quien asisten razones de seguridad en la exigencia en la demanda de la norma de protección del art. 144 de la Compilación, pues el propio demandado ha reconocido que, a través de sus ventanas, concretamente por dos de ellas, puede acceder fácilmente a la propiedad de la actora, siendo preciso recordar que el citado precepto no prohíbe las vistas sobre fondo ajeno, sino solo previene que, dentro de unas correctas relaciones de vecindad, no pase el vecino a la propiedad del colindante ni puedan arrojarse objetos a la misma; de ahí que se establezca la necesidad de cierre mediante reja remetida en la pared y red de alambre, o instrumento equivalente, que no habrá de impedir la visión, pero si cualquier lanzamiento o molestia al predio vecino (T.S.J.A., 23 de febrero de 2005).»

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Ejea de los Caballeros de 3 de mayo de 2007. Régimen normal de luces y vistas. Acción negatoria de servidumbre de luces y vistas:

«PRIMERO.— Por la Parte actora se ejercita una acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, así como de desagüe y de alero de tejado. La misma es propietaria de una casa (antiguo corral) contigua, a

su oeste, a la finca propiedad de los demandados. Esta última propiedad tenía anteriormente un tejado de doble vertiente, recayendo (entonces, y ahora también) una parte del alero del tejado sobre la pared medianil que separa ambas fincas, así como sobre la terraza de la finca de la actora. Asimismo, se instaló un canalón de PVC que recogía las aguas pluviales de dicho tejado.

Los demandados, hace ocho años, construyeron un nuevo edificio en su finca que se apoya en la pared medianera, que se mantuvo, pero no sobre ella. Dicha edificación respetó el alero existente sobre dicha pared, así como el canalón de desagüe.

La actora, a fin de realizar obras en su terraza (colindante con la finca de los demandados a través de la citada pared medianera), pretende que se retire por los demandados tanto el alero como el canal de desagüe, que impiden dicha construcción, al entender que ambos son inservibles y que el alero se encuentra en un deficiente estado de conservación. Manifiesta la actora que incluso con posterioridad a dicha petición los demandados arreglaron el canalón que se había roto e hicieron una conexión a la bajante nueva proveniente del tejado del nuevo edificio.

Por último, la pared medianera que separa ambas propiedades dispone de dos huecos o ventanas. La edificación que pretende levantar la actora incluye una habitación dormitorio cuya pared colindaría con las dos ventanas abiertas en la citada pared medianera, cerrándolas. Alega la actora, para negar la existencia de servidumbre de luces y vistas respecto de dichas ventanas, que una de ellas está tapiada por la parte que confronta a la propiedad de los demandados, y que ambas están protegidas por reja y malla, revelando la existencia de relaciones de vecindad entre ambos fundos pero no de servidumbre.

Fundamenta la actora su pretensión, tanto respecto de la retirada del alero y la bajante como del tapiado de las dos ventanas, en el art. 144 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón regulador de las relaciones de vecindad respecto del régimen normal de luces y vistas. El mismo faculta para abrir, tanto en pared propia como medianera, huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas y a cualquier distancia del predio ajeno. Dentro de las distancias del art. 582 del Código Civil, los huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente. Por último, establece que esta facultad no limita el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna.

SEGUNDO.— Por su parte, la demandada alega la existencia de una servidumbre de luces y vistas a favor de la misma, siendo su título la posesión inmemorial o la prescripción, siendo, asimismo, el alero del tejado un signo representativo de la existencia de dicha servidumbre. Alega, igualmente, que el corral de la actora tenía un tejado que recaía sobre las dos ventanas, y que, después, los actores edificaron respetando las mismas, sin cegarlas, lo que entiende es prueba de su consentimiento a la existencia de la servidumbre de luces y vistas.

En cuanto al canal, alega la parte demandada que se construyó hace doce años para desaguar el tejado.

Sobre la reja y red de las ventanas alega que aquellas tienen por función evitar la entrada de gatos en la casa, no implicando necesariamente la no existencia de servidumbre. Y en cuanto al voladizo, al que sí considera signo de la servidumbre, alega que se encuentra en perfecto estado teniendo por función la de proteger las ventanas. En consecuencia, la parte demandada alega la existencia de servidumbre que impide construir a la actora, servidumbre anteriormente reconocida por esta por lo que la acción ejercitada supone actuar en contra de sus propios actos.

TERCERO.— El objeto del pleito queda centrado en la determinación de la existencia o no de las servidumbres de alero de tejado, de desagüe y de luces y vistas a favor del fundo de los demandados. De acuerdo con el art. 530 del Código Civil la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. Por su exteriorización, las servidumbres son aparentes o no aparentes. Las primeras, según el art. 532, son las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas, siendo las segundas las que carecen de los mismos. Las servidumbres son continuas o discontinuas, según su aprovechamiento, y positivas o negativas, según el tipo de obligación que imponen al dueño del predio sirviente (art. 533). Las continuas y aparentes se adquieren en virtud de título o por prescripción de veinte años (art. 537), a estas pertenecen las discutidas en este pleito.

La jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1985 y 27 de febrero de 1993, entre otras) tiene declarado, cuando se trata de la creación «intervivos» del derecho real, la necesidad de un concierto de voluntades que, de manera inequívoca, refleje el propósito de los otorgantes, operando, en caso de duda, la presunción de libertad del fundo (sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1959, 8 de abril de 1965 y 30 de septiembre de 1970). Por título ha de entenderse, no la referencia a documento, sino a negocio jurídico, siendo así que cualquier negocio jurídico requiere voluntad negocial, inter vivos o mortis causa, onerosa o gratuita (STS 23 de junio de 1995). Negocio jurídico a virtud del cual se establezca la limitación del derecho de propiedad, sin necesidad de que aquel negocio o acto quede plasmado documentalmente (STS 24-2-1997).

Por otra parte, al demandado, que alega la existencia del gravamen, incumbe probar su existencia, ya que toda propiedad se presume libre mientras no se demuestre lo contrario (SS. 3 marzo 1902, 10 junio 1904, 15 noviembre 1910, 19 febrero 1912, 13 marzo 1927, 15 noviembre 1929, 9 enero 1930, 4 marzo 1933 y 11 octubre 1988, y 23 de junio de 1995).

Al considerarse por título constitutivo cualquier negocio o acto jurídico creador de la misma, oneroso o gratuito, «inter vivos» o «mortis causa», la simple apariencia física no es dato o factor abonable jurídicamente si no se respalda con título o por medio de prescripción (art. 537 del Código Civil). Como hemos visto, la demandada alega carácter inmemorial, o al menos la prescripción, de las servidumbres. La pared medianera es preexistente a las edificaciones actuales tanto de los actores como de los demandados, con una antigüedad

superior a los cincuenta años, según manifestaron los peritos de ambas partes.

En cuanto al comienzo del plazo de prescripción, la jurisprudencia del Tribunal Supremo considera la abertura de huecos en pared propia una servidumbre negativa, por lo que dicho plazo comienza el día en que el dueño del predio dominante hubiese prohibido, por un acto formal, al del sirviente la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre. De los huecos abiertos en la pared, conforme se aprecia en las fotografías obrantes al informe pericial aportado con la demanda, estos estarían destinados a recibir luz del fundo vecino, no así vistas, pues tal y como se constata con las fotografías no se trata de balcones ni voladizos para vistas que sobrevuelen el terreno del predio sirviente y que permitirían su calificación como positiva (SAP LEÓN 1-2-1999). En consecuencia, nos encontramos ante una servidumbre negativa (tanto en el caso de la de luces como de la de alero y desagüe), en la que, conforme al art. 533, se limita a prohibir hacer algo al dueño del predio sirviente que le sería lícito sin la servidumbre, por lo que el plazo de prescripción de veinte años para adquirirla ha de contarse desde el día en que el dueño del predio pretendidamente dominante hubiera prohibido por un acto formal —acto obstativo—, al del sirviente, la ejecución del hecho que sería lícito sin la servidumbre, según rezan los arts. 533, 538 y 581, último párrafo del Código Civil; acto obstativo que no consta realizado, por lo que los huecos o ventanas lo son por mera tolerancia del dueño del predio sirviente, y no constituían un derecho de servidumbre adquirido por prescripción cuyo cómputo no se habría iniciado (SSTS 8 octubre 1988, 3 febrero 1989, 25 septiembre 1992, 27 febrero 1993 y 18 julio, 16 septiembre y 27 noviembre de 1997).

La parte demandada no alega este acto obstativo, sino el reconocimiento por parte de la actora de la existencia de la servidumbre, y ello, al haber construido en su finca respetando los huecos existentes en la pared medianera. Sin embargo, esta conformidad debe suponer la expresión de una voluntad inequívoca de constitución, o al menos de reconocimiento, de la servidumbre de tal suerte que, por muy amplia que haya podido ser en el supuesto de autos el grado de tolerancia mostrado en torno a los huecos abiertos por actores, no es posible atribuir a dicha actitud el valor de voluntad precisa y tajante exigida doctrinalmente para dar lugar al nacimiento del derecho real (STS 21-12-2001).

En consecuencia, no quedando acreditada la existencia de las servidumbres alegadas por la parte demandada, procede estimar la demanda en los términos del Suplico de la misma.»

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Ejea de los Caballeros n.º 2 de 10 de diciembre de 2007. Régimen normal de luces y vistas. Acción negatoria de servidumbre de luces y vistas:

«PRIMERO.— La parte actora ejercita una acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, solicitando, en consecuencia de la misma, que en dos ventanas de los demandados se coloque red y reja remetida, y que se retiren un aparato de aire acondicionado y unas escaleras propiedad de los mismos. Las partes son propietarias de dos fincas colindantes, sita la de los actores entre el núm. 40 de la calle R y Paseo del M de

esta Villa, y la de los demandados en el núm. 38 de la calle R. Los actores gozan de un derecho a edificar, en medianería horizontal, en la parte de confluencia de los dos edificios, sobre la dependencia de los demandados existente en la misma, según se les reconoció a los actores en sendas Sentencias de este Juzgado de fecha 13 de diciembre de 2006, y de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 17 de julio de 2007. Alega la parte demandada, en este sentido, falta de legitimación activa al no ser propietarios los actores de la dependencia en cuestión. Por lasa referidas Resoluciones se les reconoce a los actores el derecho a edificar en la parte señalada, en régimen de medianería horizontal, es decir, manteniendo la propiedad de lo que edifiquen, en atención a una edificación existente en el mismo lugar. La falta de inscripción en el Registro de la Propiedad de dicho derecho no afecta a la prueba del derecho de propiedad, debidamente cumplida con la aportación de las referidas resoluciones. Cuestión distinta es si el tejado sobre el que recaen los elementos litigiosos es propiedad exclusiva de los actores, o es copropiedad de ambas partes, en atención a aquella medianería horizontal, siendo éste el objeto del litigio, su resolución coincide con la del mismo.

SEGUNDO.— Los elementos sobre los que recae la acción negatoria de servidumbre son tanto las ventanas como el aparato de aire acondicionado y las escaleras de los demandados, como se aprecia en la fotografía superior de la tercera página de las aportadas como doc. 5 de la demanda. No es objeto de discusión la propiedad de dichos elementos por parte de los demandados, ni se ha practicado prueba sobre una posible servidumbre a favor del predio de los mismos, ni respecto a las ventanas ni a los otros elementos. En consecuencia, la cuestión queda reducida a determinar si el tejado sobre el que recaen aquellos elementos es propiedad de los actores, como afirman éstos, y en consecuencia, al carecer de servidumbre a su favor, los demandados deberían retirar y colocar los elementos que se solicita, o bien, si el tejado es copropiedad de ambas partes, como reclaman los demandados, en cuyo caso los actores carecerían de la acción ejercitada. Dicha discusión viene motivada por la citada medianería horizontal, de acuerdo con ésta, en atención al edificio existente anteriormente en la propiedad de los actores que tenía una dependencia que penetraba en el edificio de los demandados, se les reconoció a los actores el derecho a conservar la propiedad de dicha dependencia y edificar en la misma. En consecuencia, sobre una dependencia de la casa de los demandados los actores edificaron una dependencia de su propia casa, rigiéndose las relaciones entre ambas dependencias por las normas de la servidumbre de medianería, conocida en este caso como medianería horizontal. Ahora bien, las normas que rigen la medianería afectan única y exclusivamente a la pared, en este caso techo, que divide ambas propiedades, tanto en lo que se refiere a su reparación, construcción, mantenimiento, o en el apoyo de otras construcciones sobre la misma. Pero no se puede deducir de las disposiciones del Código Civil reguladoras de la misma, ni de lo dispuesto en las Sentencias que la reconocen, que el régimen de medianería se extienda a la totalidad del fundo en que se encuentra la pared medianera. En consecuencia, no hay motivos legales para considerar

que el tejado que cubre la dependencia situada en la parte superior de la pared medianera sea igualmente medianero, y su propiedad pertenezca a ambos vecinos, y la misma pertenece en exclusiva a los propietarios de la dependencia superior.

Determinada la propiedad del tejado sobre el que recaen los elementos litigiosos, con respecto a las ventanas abiertas sobre el mismo, en aplicación del art. 144.2 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, las mismas deberán estar provistas de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente. En cuanto al aparato de aire acondicionado y las escaleras existentes sobre aquel, al carecer de servidumbre sobre el fundo vecino, igualmente procede la estimación de la demanda.»

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia Instrucción n.º 2 de Alcañiz de 31 de julio de 2007. Régimen normal de luces y vistas: No existe abuso de derecho:

«PRIMERO: En el caso de autos, no resulta controvertido que el demandante es propietario de la vivienda sita en La Codoñera, Calle D y el demandado de la sita en el número 9 de la calle V y colindante con la anterior. Igualmente existe acuerdo entre ambas partes en que el demandado ha realizado unas obras en el patio de luces de su vivienda que han dado lugar al cerramiento de una ventana existente en la segunda planta de la vivienda del demandante, que daba al patio de luces del demandado.

La parte actora ejercida su demanda para solicitar la condena del demandado a la demolición del muro realizado en las obras de cerramiento del patio de luces de su vivienda y que tapa la ventana existente en la pared de la vivienda del demandante, privando de luz y ventilación a una habitación. Señala en su demanda que la obra podría haberse realizado respetando la ventana y que por tanto, el demandado ha actuado con abuso de su derecho, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.2 C.c.

La parte demandada alega que el actor no tiene una servidumbre de luces a su favor y que la ventana era solamente un hueco de tolerancia, que puede ser cerrado en cualquier momento por el titular del predio vecino.

SEGUNDO: La cuestión controvertida se refiere a si el demandado podía cerrar la ventana existente al realizar las obras en su patio de luces o debía haber realizado las obras respetando dicha ventana.

No se discute que la ventana es un mero hueco de tolerancia, dado que el demandante no ha alegado en ningún momento que existiera una servidumbre de luces a su favor.

Dispone el artículo 144 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón:

“1.— Tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio ajeno, como en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas.

2.— ...

3.— La facultad concedida en este artículo no limita el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna.”.

Vista la regulación legal de las relaciones de vecindad en la Compilación aragonesa y la constante jurisprudencia sobre dicha materia (ST del TSJA de 31 de

marzo de 2004, Sentencias de la Audiencia Provincial de Teruel de 31-12-1998, de 21-10-2002 y 18-10-2003), y así lo reconoce el propio actor, de la misma forma que existe el derecho a abrir huecos en pared propia o medianera sin limitación de tamaño ni distancias, existe el derecho del propietario del fundo vecino a construir o edificar en él sin sujeción a distancia alguna, y por tanto, a tapar los huecos abiertos sobre dicha pared, al tratarse de huecos de mera tolerancia, que no constituyen signos aparentes de servidumbre y que no impiden al propietario del predio sobre el que dan los huecos edificar sobre su propiedad a cualquier distancia del contiguo.

Ahora bien, esta regulación legal debe en todo caso respetar lo dispuesto en el artículo 7 del Código Civil: “1.— Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.

2.— La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

Para la existencia de abuso de derecho, se exige “la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, y la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho requiriendo una intención dañosa en la conducta de quien actúa, pudiendo sólo acudir a su existencia de casos patentes en que no resulte provecho para quien se dice haber incurrido en el abuso”, tal como señala la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, de 31 de diciembre de 1998, efectuando un estudio y resumen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS 17-02-1993, 27-04-1994, 28-02-1995).

Así pues, la jurisprudencia viene entendiendo que el propietario del fundo colindante a aquel que tiene los huecos, puede cerrarlos efectuando alguna construcción o edificación siempre que esta responda a alguna necesidad o utilidad y no se trate simplemente de cerrar el hueco y perjudicar al vecino.

TERCERO: En el caso de autos, de las pruebas practicadas, se desprende que las obras de rehabilitación efectuadas en el patio de luces del demandado tuvieron como finalidad cerrar el mismo para evitar el encharcamiento por el agua de lluvia y la construcción de una pared de ladrillo adosada al paramento del patio de luces para evitar desprendimientos de la pared, tal como resulta de la declaración del demandado, la pericial judicial y la documental obrante en las actuaciones.

Según el informe del perito judicial, y las aclaraciones del mismo efectuadas en el acto del juicio, la pared se hizo para alisar la pared existente de arriba abajo, tal como señala en dicho informe: “la irregularidad superficial y falta de aplomo de los paramentos medianiles del patio de luces propiedad de la demandada, al ejecutar las obras de rehabilitación de dichos paramentos y para unificar la planimetría de su superficie”.

Por tanto, a la vista de todo lo anterior, resulta acreditado que la pared realizada respondió a una necesidad constructiva del predio del demandado y no se

realizó con la única finalidad de perjudicar al demandante, mediante el taponamiento del hueco existente.

Ciertamente, tal como señala el perito en su informe, pudo haberse realizado la pared salvando la ventana, mediante un dintel, pero no debe olvidarse que nos hallamos ante un hueco de mera tolerancia, que puede ser tapado por una construcción o edificación del predio colindante siempre que no se actúe con abuso de derecho, sin que se exija en ningún caso que la obra no pueda realizarse de manera que respete el hueco.

Habiendo quedado acreditado que la obra de rehabilitación del patio de luces obedeció a una necesidad constructiva, actuando el propietario en el legítimo ejercicio de su derecho, sin que se aprecie la concurrencia de abuso en el mismo, no puede exigírsele que ejecute la obra de forma diferente para salvar el hueco existente, ya que el mismo es de mera tolerancia, sin que exista un derecho del actor a la subsistencia del mismo, como hubiera ocurrido en caso de existir una servidumbre de luces y vistas.

Por todo ello, procede la desestimación de la demanda, al no haberse acreditado que el demandado abusó de su derecho de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.2 C.C., 144 de la Compilación Aragonesa.»

c.— Servidumbre de luces y vistas:

— Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Para que un elemento constructivo pueda ser calificado como “voladizo”, de acuerdo con lo establecido en el artículo 145 de la Compilación, ha de tener la entidad suficiente como para ser considerado signo aparente capaz de adquirir por usucapión una servidumbre:

«PRIMERO.— El juicio ordinario del que deriva el presente recurso de casación se inició por demanda de D. JOAQUIN S T, D.ª MARIA ANGELES C C y D. SILVESTRE MANUEL A M, contra la compañía mercantil L O Y C S.A. en el que los actores interesaban una sentencia que acordara “Declarar que las ventanas existentes en la finca de mis mandantes y a las que se refiere esta demanda ostentan derecho a luces y vistas con arreglo a lo dispuesto en la Compilación del Derecho Civil de Aragón”.

Sostenían que las ventanas de los actores, en la parte que colindan con la finca de la demandada, cuentan con un solarete o repisa, amén de otros elementos tales como la cornisa y el alero de la casa y las tejas del tejado “y los tendedores de las casas de mis mandantes”, que vuelan sobre el solar propiedad de la demandada; y al comprobar que esta pretendía construir sin respetar su derecho a luces y vistas “sin tener en cuenta los voladizos existentes en la fachada de mis mandantes y violando lo dispuesto en el art. 145 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón”, procedieron a interponer la demanda.

El Juzgado de Primera Instancia núm. UNO de Huesca dictó sentencia cuyo fallo dijo: “Que, estimando parcialmente la demanda rectora de este proceso, debo declarar y declaro la adquisición por usucapión de una servidumbre de luces y vistas por la existencia de unos tendedores en las ventanas de los pisos correspondientes a las plantas segunda y tercera —propiedad, respectivamente, de los demandantes Sres. A y C—, del edificio de la calle San Lorenzo n.º 2 de

Huesca, condenando a la parte demandada a estar y pasar por esta declaración y al pago de las costas de este juicio”.

Esta sentencia de primera instancia consideró que la cornisa, el alero de la casa, las tejas del tejado, la caja de la persiana de una de las ventanas, y las baldosas que sobresalen de la fachada de la casa de los actores, no podían ser consideradas voladizos, como los demandantes pretendían. Disconformes estos interpusieron recurso de apelación al entender que tanto la ventana del primer piso como la del tercero, tenían derecho a luces vistas “porque la repisa o solarete con que cuentan ambas ventanas es suficiente para reconocer la existencia de una servidumbre de luces y vistas”.

La representación de la compañía demandada recurrió igualmente en apelación contra la sentencia, alegando sustancialmente que tanto los solaretes como las repisas, la cornisa y el tendedor no podían considerarse voladizos, sosteniendo igualmente que la sentencia incidía en vicio de incongruencia por declarar la existencia de servidumbre adquirida por prescripción, que no fue invocada por los actores.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, objeto del recurso de casación interpuesto por los actores, estimó el recurso de la compañía demandada, desestimó la demanda y el recurso de apelación por aquellos interpuesto, al considerar que “ni los tendedores ni ninguno de los otros elementos constructivos que aparecen en las fotografías recogidas en el acta de presencia o en cualquiera de las que aparecen en los autos —documento 6 de la demanda o en los folios 70 a 75—, alero o cornisa, repisa de las ventanas o los ladrillos o baldosas que de forma dispersa sobresalen de la fachada, merecen la consideración de voladizo en el sentido técnico jurídico que le asigna el art. 145 de la Compilación”.

SEGUNDO.— Frente a esta resolución se interpone por la parte actora el recurso de casación que ahora se resuelve, que apoya en tres motivos. El primero de ellos defiende que la sentencia objeto de recurso se opone a doctrina jurisprudencial de este Tribunal Superior de Justicia y del Tribunal Supremo, con cita de las sentencias de 4 de febrero de 2004, de esta Sala y la de 11 de diciembre de 1985 del Alto Tribunal. El segundo se formula de forma subsidiaria para el supuesto de que el primero resulte desestimado, y se invoca la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias, acerca de si los tendedores deben tener la consideración de voladizos. Finalmente, el tercer motivo, denuncia infracción del art. 145 de la Compilación del derecho Civil de Aragón, habida cuenta de la existencia en la fachada del inmueble de los actores de elementos que vuelan sobre el predio contiguo, tales como los solaretes o repisas en cada una de las ventanas.

La parte demandada-recorrida se opuso al recurso de casación solicitando su desestimación.

TERCERO.— El motivo primero de recurso sostiene que al considerar la Sala de instancia que los elementos que sobresalen de la fachada de los recurrentes, y en especial los tendedores, no tienen la consideración de voladizos, contradice la jurisprudencia de esta Sala según sentencia de 4 de febrero 2004 —que consideró que ha de estarse al sentido gramatical del término

voladizo— y la de 11 de diciembre de 1985 del Tribunal Supremo, que entendió que voladizo es todo lo que vuela o sale de lo macizo de un muro o edificio. Con apoyo en dichas resoluciones los recurrentes postulan que habiendo quedado acreditada la existencia de elementos que vuelan sobre el fondo ajeno —tendedores o repisas— resultará procedente la estimación del motivo.

Preciso es recordar que en el escrito de preparación al manifestar la parte recurrente su intención de interponer recurso de casación con base en el art. 477. 2. 3º de la LEC, alegó “la existencia de jurisprudencia contradictoria sobre la consideración en Aragón de un tendedor como signo aparente de servidumbre de luces y vistas”. Al efecto citó a favor de la existencia de la servidumbre una sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza y en contra otra sentencia de la Sección 4ª de la misma Audiencia y otra de la Audiencia Provincial de Huesca.

Sin embargo en este primer motivo cita una sentencia de esta Sala y otra del Tribunal Supremo, a las que no se refirió en la preparación, lo que en su momento pudo haber sido causa de inadmisión.

Como con acierto apunta la compañía recurrida, no existe tal sentencia de 11 de diciembre de 1985 que los recurrentes atribuyen al Tribunal Supremo; dicha sentencia es de la Audiencia Territorial de Zaragoza y fue dictada en un supuesto en que quedó acreditada la existencia de un alféizar de una ventana formado por una piedra de sillería que volaba entre 25 y 30 centímetros por fuera del paramento exterior sobre la propiedad contigua, que había sido construida con la finalidad de asomarse cómodamente para obtener luces y vistas. Con tal razonamiento la sentencia reconoció la adquisición de la servidumbre por usucapión.

En la sentencia de esta Sala de 4 de febrero de 2004 se trataba de dos viviendas integrantes de un edificio que provenían de la herencia paterna, donde existía una galería en la primera planta, y tras la división de la casa común se realizaron obras con objeto de ampliar la superficie de la habitación desde la que se tenía acceso a la galería, abriéndose tres ventanas, centrándose la controversia en determinar si tal galería debía ser considerada como un signo aparente de luces y vistas por destino del padre de familia.

Estas cuestiones nada tienen en común con lo que en este recurso se ventila, aunque en las sentencias se hiciera referencia a lo que debe considerarse voladizo. Una cosa es que por tal haya de entenderse “lo que vuela o sale de lo macizo de un muro o edificio” y otra distinta determinar si todo lo que vuela o sale de los muros o edificios es susceptible de generar una servidumbre de luces y vistas.

CUARTO.— El motivo segundo afirma la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, pero ni en la fase de preparación (art. 479. 4 LEC), ni en el escrito de interposición, denunció la parte recurrente cual fuera la infracción legal cometida por la sentencia recurrida, siendo ello de obligado cumplimiento. (Véase Auto del TS de 20 de marzo de 2007, entre otros varios).

Ello no obstante, pese a su defectuosa formulación, habida cuenta de que el motivo tercero denuncia como

infringido el artículo 145 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, pasaremos a dar respuesta conjunta a ambos motivos.

Bajo el Título “De las Relaciones de Vecindad” el artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, dispone: “1.— Tanto en pared propia y a cualquier distancia de predio ajeno, como en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas. 2.— Dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código Civil, los huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente. 3.— La facultad concedida en este artículo no limita el derecho del propietario del fondo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna”.

El artículo siguiente, 145, en el Título “De las Servidumbres”, establece lo siguiente: “Los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fondo ajeno son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas. No lo son la falta de protección señalada en el artículo anterior ni tampoco los voladizos sobre fondo propio. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil”.

Es pues claro que la Compilación se refiere indudablemente a dos instituciones que son diferentes: la primera, del artículo 144, constituye el régimen normal de la propiedad; la segunda —artículo 145— supone una limitación del dominio.

Se trata ahora de resolver si la cuestión que este recurso plantea, es decir, si los tendedores, solaretes o repisas que vuelan sobre el solar de la compañía demandada son voladizos con entidad suficiente para merecer la consideración de signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, como los actores pretenden, o bien se trata de actos tolerados que no pueden tener alcance prescriptivo.

Es cierto que la Compilación, como hubiese sido deseable, no contiene preceptos que determinen el saliente mínimo de un voladizo, para que pueda considerarse signo aparente, si bien la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987 se refirió a un saliente de treinta centímetros y declaró que dicho saliente permitía avanzar el torso sobre el predio contiguo; tal sentencia fue recogida en otra de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 12 de enero de 1993.

En el caso que nos ocupa, y por lo que respecta a los solaretes o repisas a que se refiere el motivo tercero que conjuntamente se examina, ya estableció el Juzgado que no podían merecer el concepto de voladizos “porque apenas sobresalen unos pocos centímetros, que sobrevuelan mínimamente sobre el fondo ajeno, destacando apenas de la fachada”. Tesis que fue ratificada por la Audiencia Provincial y que este Tribunal comparte pues las fotografías aportadas a las actuaciones ponen de manifiesto la irrelevancia de tales elementos a los fines pretendidos, que más bien parecen colocados para evitar la entrada de agua en las habitaciones en caso de lluvia. En definitiva, ni estos solaretes ni las repisas tienen la condición de voladizos con entidad suficiente para ser considerados signos aparentes capaces de adquirir por usucapión una servidumbre.

Respecto de los tendedores.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Huesca, siguiendo la dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en 19 de febrero de 2003, entendió que “los tendedores son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, siempre que caigan sobre fundo ajeno, pues, por su finalidad, exigen traspasar físicamente por su usuario los límites de la fachada donde se engarzan y, con ello, la vista sobre el fundo vecino”. Consecuentemente estimó esencialmente la demanda y declaró la adquisición por usucapión de una servidumbre de luces y vistas “por la existencia de unos tendedores en las ventanas de los pisos correspondientes a las plantas segunda y tercera...”.

La Audiencia Provincial estimó el recurso de la parte demandada al entender que ni los tendedores ni los otros elementos constructivos merecían la consideración de voladizos.

El Tribunal comparte esta tesis.

La jurisprudencia y la doctrina vienen entendiendo que los voladizos deben estar situados en la parte inferior de los huecos destinados a luces y vistas, pero para que se conviertan en signos aparentes capaces de lograr por usucapión el nacimiento de la servidumbre, han de tener la finalidad de avanzar con el cuerpo sobre el fundo ajeno al objeto de mirar a través del mismo, lo que evidentemente no ocurre con los tendedores pues su destino no es otro que el de tender la ropa y mal pueden permitir apoyar el cuerpo con la finalidad de recibir luces o posibilitar vistas.

Recuérdese que las relaciones de vecindad —con fundamento en el “ius usus innocui” de honda raigambre aragonesa— tienen como finalidad facilitar las relaciones entre vecinos, que se verían gravemente afectadas si actos meramente tolerados —cual consentir la instalación de un tendedor— fueran capaces de generar derechos de enorme trascendencia en contra de quien se limitó a tolerar.

Ambos motivos se desestiman.

La desestimación de los tres motivos comporta la del recurso.

QUINTO.— En cuanto a las costas, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberán ser impuestas a los recurrentes las de este recurso, manteniendo el pronunciamiento de la Audiencia Provincial con respecto a las causadas en la primera y segunda instancia.

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 DON JOAQUIN S T, DONA MARIA ANGELES C C Y DON SILVESTRE MANUEL A M, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca con fecha 29 de diciembre de 2006, que confirmamos en todos sus pronunciamientos, imponiendo a los recurrentes el pago de las costas causadas en el presente recurso de casación.»

— Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 10 de diciembre de 2007. Servidumbre de luces y vistas amparada en título:

«PRIMERO.— Contra la sentencia dictada en primera instancia que desestimó la demanda y, en consecuencia, absolvió a FSI de todos los pedimentos contenidos en la misma, se alzan en apelación las demandantes, expresando como motivo de recurso in-

congruencia omisiva o infrapetita, aludiendo la parte apelante a que en la sentencia que se recurre, no se hace referencia a razonamientos sobre la acción que se ejercita. En este sentido, expresa el recurrente, que la sentencia impugnada razona sobre la constitución de las servidumbres en Aragón, conforme a leyes forales y, en ausencia de título.

Sin embargo, en el presente caso y, según la parte apelante, las luces y vistas se disfrutaron y se amparan en título: la escritura de manifestación de herencia otorgada el 31 de octubre de 1959, ante el Notario de Ateca, expresándose textualmente en la misma que “doña NEI, podrá ampliar y levantar su edificio llamado vaquería pero sin obstaculizar la vista y luces de las ventanas de la edificación de Antonio y Agripina Manuela.”

D.ª María, actora y actual propietaria de la finca número 13 es hija de Don Antonio. Y, el demandado, Don FSI, adquirió la finca, que fue vaquería, del anterior titular Sr. S, quien a su vez la adquirió de D.ª NEI.

Expresa el recurrente que la posesión de las luces y vistas por las actoras ha tenido lugar, en virtud de un título que amparaba tal derecho, cuestión nuclear a la que no hace referencia la sentencia apelada.

Y, respecto a la cuestión relativa a la falta de inscripción de dicho derecho real, será cuestión a ventilar —según la parte apelante— en un proceso declarativo, y no en el presente juicio posesorio, aduciéndose asimismo que el título por el que se constituyó la servidumbre de luces y vistas es constitutivo. En consecuencia, se solicita la estimación de la demanda.

SEGUNDO.— La razón de ser de los juicios posesorios, en tanto que procedimientos sumarios es en esencia, la negación de la posibilidad legal de autodefensa de los particulares, los que, para lograr alterar las situaciones de hecho, para solventar todo conflicto, de manera correspondiente a la existencia de un Estado de Derecho, deberían acudir a los Tribunales de Justicia. Todo despojo y toda perturbación se reprimen porque se oponen a la paz y al orden jurídico. La doctrina de la jurisprudencia menor de las Audiencias Provinciales ha entendido, sobre la base de los antecedentes históricos que el interdicto de obra nueva está destinado a proteger la propiedad, la posesión o cualquier otro derecho real perturbado por efecto de una obra en construcción.

En el presente caso que nos ocupa, ha quedado acreditada la existencia de un título constitutivo de una servidumbre de luces y vistas a favor de las fincas de las actoras, en tanto que predios dominantes, derecho que debía ser respetado por el predio sirviente. En la escritura de 31 de octubre de 1959 se constituyó voluntariamente tal servidumbre. De ahí ha derivado una situación posesoria, en virtud de la cual las actoras han disfrutado y usado un derecho de servidumbre de luces y vistas. Dicha situación posesoria, tal y como ha quedado acreditada por la prueba practicada, se ha visto alterada o perturbada por la construcción u obra nueva que ha comenzado a ejecutar el demandado en el terreno de su propiedad.

La sentencia apelada obvia la existencia de ese título constitutivo de servidumbre, acudiendo al régimen general de las luces y vistas en el Derecho Foral de Aragón. Sin embargo, no puede desconocerse la exis-

tencia de la escritura antes referenciada que estableció un derecho, merced al cual se ha disfrutado por las actoras de una situación posesoria.

En consecuencia, procede la estimación del recurso de apelación interpuesto y, por tanto, la revocación de la sentencia apelada, en el sentido de estimar íntegramente la demanda, condenando al demandado a suspender la obra desarrollada en C/ LP número 10 de Ateca, al menos en cuanto a la zona de inmediación en 3 metros de las ventanas de los edificios de las actoras, ordenando al demandado que se abstenga de continuarla.

Todo ello, sin perjuicio de lo que resulte del procedimiento declarativo que se interponga al objeto de determinar la existencia del derecho real, los efectos derivados de la no inscripción del título, en la parte atinente a la servidumbre de luces y vistas y la oponibilidad o no de tal derecho al tercer adquirente, aquí demandado, cuestiones que exceden del ámbito de este juicio posesorio.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 24 de octubre de 2007. Servidumbre de luces y vistas. Concepto de “voladizo”:

«PRIMERO: Para dar cumplida respuesta al recurso de apelación planteado, seguiremos el orden en que vienen formulados los diversos motivos. En el primero alega la falta de legitimación activa por no acreditar la propiedad de la finca colindante con la del demandado. Los datos del Registro de la Propiedad no se hallan protegidos por la presunción de exactitud registral cuando se refieren a circunstancias de hecho como es la cabida o extensión de la finca inscrita —sentencias, entre otras muchas, de 6 de febrero y 24 de julio de 1987, 11 julio de 1989 y 26 noviembre de 1992—. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2004 señala, “el Registro de la Propiedad carece de una base fáctica fehaciente, pues como se desprende de los artículos 2, 7 y 9 de la Ley Hipotecaria, el mismo se apoya en las declaraciones de los propios solicitantes de las inscripciones, por lo que quedan fuera de las garantías que pueden otorgar los datos registrales lo relativo a hechos materiales y, por consecuencia de ello, la institución registral no responde de la exactitud de los actos y circunstancias fácticas, ni por tanto de las descripciones que de las fincas se hagan e incluso de su existencia, al ostentar las inscripciones registrales por principio carácter declarativo y voluntario (Sentencias de 1 de octubre de 1991, 30 de septiembre y 10 de diciembre de 1992, 14 de noviembre de 1994 y 22 de febrero de 1996)”. De la misma forma, en relación con la fuerza probatoria de las certificaciones catastrales, hemos dicho en no pocas ocasiones que la doctrina contenida en la sentencia de 4 de noviembre de 1961, recogida en la de 25 de abril de 1977 y 30 de septiembre de 1994, y reproducida en otras muchas, por ejemplo, las de 2 de diciembre de 1998, 26 de mayo de 2000 y 10 de mayo de 2001, indica que la inclusión de un inmueble en el Catastro no es mas que un indicio de que el objeto descrito puede pertenecer a quien figura como titular de él, pero no puede por si solo constituir un justificante del dominio, ni una certificación catastral tiene fuerza probatoria sobre la titularidad del dominio y resulta ineficaz para acreditar la certeza de los datos físicos de la finca —sentencia de 2 marzo de 1996—. No

obstante lo cual, y junto a la nota simple del Registro de la Propiedad y de la Certificación del Catastro, el resto de la prueba documental, en particular el documento de compraventa de una porción de la finca del actor al Ayuntamiento de Benasque el 22 de octubre de 1984 y el de cesión gratuita de 20 de mayo de 1990, acreditan suficientemente la propiedad del actor sobre la finca respecto de la que solicita la puesta de reja y red.

SEGUNDO: A continuación, el recurrente alega la inadecuación del procedimiento, por que dada la materia objeto de este procedimiento el cauce adecuado debió ser el juicio verbal y no el ordinario. El actor no pretende hacer efectivos los derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito, artículo 250.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino obtener la condena del dueño de la casa vecina “a colocar sobre los huecos que se aprecian en la fotografía n.º 5 unida a la demanda reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente”, entre otros pronunciamientos. Pretensión que estima a efectos arancelarios en 6.000 euros, con arreglo a lo ordenado en el artículo 253.2, sin que dicha valoración fuera impugnada por el demandado. La oposición a seguir el procedimiento ordinario nace de una apreciación errónea auspiciada en el título inscrito en el Registro de la Propiedad, con el que el demandante intenta justificar su derecho de propiedad de la finca sobre la que racaen los huecos cuya protección pretende en la forma y por aplicación del régimen normal de luces y vistas previsto en el artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

TERCERO: El tercer motivo de queja consiste en la alegación de que existe una servidumbre de luces y vistas, adquirida por posesión inmemorial, debido a la existencia de un alféizar en la ventana inferior. El artículo 145 de la Compilación considera signo aparente de servidumbre el voladizo en pared propia o medianera que caiga sobre fundo ajeno, vid sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 14 de octubre de 1998. No lo son, por el contrario, la falta de las protecciones antes dichas ni, tampoco, los voladizos sobre fundo propio. El problema es interpretar el término “voladizo”. Y a tal efecto la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 11 de diciembre de 1985 (citada en ocasiones como del Tribunal Supremo) dice: como la Compilación del Derecho Civil de Aragón y el Código Civil no definen qué se entiende por voladizo (ocurriendo lo mismo con el Apéndice al Código Civil de Derecho foral de 1925) ha de estarse al sentido gramatical del término y así se entiende por tal “lo que vuela o sale de lo macizo de un muro o edificio”. Dicha sentencia considera voladizo “el alféizar de la ventana (que) estaba formado por una «piedra de sillería» que volaba de 25 a 30 cm. por fuera del paramento exterior de la pared sobre el predio contiguo; desprendiéndose asimismo, de esa prueba pericial, que la ventana, hoy cerrada, por su configuración, estructura y construcción —tanto interior como exterior— estaba así para asomarse cómodamente sacando el cuerpo y no como hueco para obtener luz viciosa sino en toda regla con posibilidad de luces y vistas”. Estas expresiones pasaron a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987, que des-

estimó el recurso de casación ratificando la de la Audiencia Territorial, y declaró, a mayor abundamiento, "ha de admitirse que el supuesto contemplado en autos no es el del artículo 144 de la Compilación de Derecho Civil especial de Aragón, sino el del artículo 145, inciso 1º de dicho Cuerpo legal; habiendo sido adquirida la servidumbre, como con acierto acepta la sentencia impugnada, por la usucapión vigente en el derecho aragonés para las servidumbres, según prevé el artículo 147 de la mentada Compilación". Otra precisión que cabe hacer es que el voladizo ha de afectar directamente a los huecos abiertos —sentencias de esta Audiencia de 21 de enero de 1993 y 12 de enero de 1995—. En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de junio de 2000, "en relación al concepto de voladizo al que se refiere el artículo 145 de la Compilación, ha sentado la doctrina de que no lo constituyen aquéllos elementos estructurales del edificio construido en fundo propio que, aunque sobrevuelen la finca ajena, no guarden relación alguna con la recepción de luces o posibiliten las vistas". De este modo se ha negado la consideración de voladizo a la cubierta o tejado del edificio que sobrevuela el fundo ajeno —sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de septiembre de 1998 y de la Sección 5ª de 19 de junio de 2000—, a un voladizo de unos 15 centímetros de fondo, por no tener la anchura suficiente para apoyarse en él y facilitar la proyección de las vistas sacando el torso —sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de marzo de 2001—, a un vierteaguas —sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 11 de diciembre de 1985—, a una puerta —sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca de 30 de mayo de 1994, 29 de junio de 1998 y 4 de junio de 2004 y de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de junio de 2000—, a una contraventana —sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de mayo de 2005— y, finalmente, sin ánimo de exhaustividad, también se ha negado al tendadero —sentencias de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9 de octubre de 2001 y de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de mayo de 2005 y 29 de diciembre de 2006—. En consecuencia, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia.»

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Teruel de 23 de marzo de 2007. Servidumbre de luces y vistas:

«PRIMERO.— Ejercita la actora en su demanda varias acciones tendentes a obtener la condena de la demandada a la demolición de las obras que ha efectuado consistentes en la construcción de un tabique divisorio para delimitar ambas propiedades así como también el derribo de la pared y edificación que ha realizado tapando una ventana ubicada en una habitación de la vivienda propiedad del actor. Se afirma en la demanda que los inmuebles hoy propiedad del actor y demandada, originariamente, constituían una sola casa, propiedad del abuelo de ambos, D. F, que tenía dos puertas de entrada por las que se accedía a un zaguán o patio situado en la planta baja; Posteriormente se acordó la división del referido inmueble entre los hijos y herederos de D. F, adjudicándose el padre del actor la parte anterior de la casa y la ma-

dre de la demandada la parte del fondo, constituyendo hoy catastralmente dos edificios independientes situados en Calle M nº 13, y nº 11, propiedad del actor y demandada respectivamente, quedando sin dividir el zaguán o patio de entrada a la casa que utilizaba como paso desde la puerta de acceso de la calle, a la casa adjudicada a la madre de la demandada. Sostiene la actora que habiéndose acordado levantar un tabique divisorio de ambas propiedades, la demandada, aprovechando la ausencia del actor, construyó dicho tabique ocupando parte de su propiedad, apropiándose de la totalidad del patio, siendo por ello por lo que solicita su demolición y se proceda a dividir longitudinalmente y por mitad e iguales partes el repetido zaguán.

Se hace constar asimismo que con motivo de las obras que la demandada ha realizado en su propiedad, se ha tapado una ventana situada en la vivienda del actor que fue abierta en su día por D. F al descubierto existente de su propiedad, por lo que existe un signo aparente de servidumbre que no se ha respetado al edificarse sin guardar la distancia de separación alguna y privando al actor de luces y vistas, siendo por ello que interesa la declaración de la existencia de dicha servidumbre y la condena de la demandada a la demolición de lo así edificado.

SEGUNDO.— Por su parte la demandada se opone a las pretensiones aducidas de contrario afirmando que el inmueble propiedad del abuelo común, D. F nunca fue único, sino que se trataba de dos casas unidas entre sí y comunicadas, para comodidad y disfrute de su propietario, mediante un zaguán o patio situado en la planta baja, desde el que se pasaba de una casa a otra, teniendo dos escaleras de acceso a la planta superior, una para cada casa. Afirma que en el año 1969 se partieron las casas de arriba abajo, desde el tejado hasta el suelo y fue en el verano de 2002 cuando hizo la separación del zaguán levantando el tabique dentro de lo que era su propiedad, cediendo unos metros y acordando con el actor un abono por su parte del 50% del coste de su realización, que este no ha satisfecho. En cuanto a la supuesta ventana que según la actora se ha tapiado estando en su propiedad, se trata simplemente de un hueco realizado sobre el tejado de la demandada, tejado que ha sido eliminado al elevarse una nueva planta, conforme a la autorización dada por el Ayuntamiento de Olba, lo que necesariamente ha afectado al referido hueco, susceptible de ser tapado según reconoce el derecho foral aragonés

TERCERO.— Se centra pues la cuestión debatida en determinar si efectivamente la demandada ha ocupado, al levantar el tabique divisorio, parte de la propiedad que corresponde al actor, e una superficie aproximada de 1,10 metros de anchura del zaguán que dice es común, y por tanto debe dividirse por mitad e iguales partes, y también, si debe proceder aquella a demoler la pared que ha levantado, adosada a la ventana existente en la vivienda del actor, la cual ha tapado en sus dos terceras partes.

Con respecto a la primera de las cuestiones planteadas, esto es, la reivindicación de propiedad de la mitad del zaguán, que el actor ejercita al amparo del art. 348 del Código Civil, de la documentación aportada por la propia actora se desprende que el espacio que afirma ser de su propiedad, catastralmente viene

atribuido a la demandada, y así consta tanto en el doc. n.º 5 de los aportados con la demanda, como de los planos catastrales que acompañan ambas partes, observándose en el primero de los documentos citados que el espacio sombreado en marrón, cuya mitad afirma el actor ser de su propiedad, está incorporado en la vivienda de la demandada, teniendo la puerta de acceso a dicho inmueble precisamente por dicho espacio y hallándose la puerta de entrada al edificio totalmente fuera del mismo; Es de observar asimismo las contradicciones que se contienen en la demanda, pues, por un lado, se afirma que la demandada levantó el tabique rebasando la mitad de la anchura que correspondía a cada uno (Hecho V), mientras que posteriormente sostiene que al levantar el repetido tabique, se apropió de la totalidad del patio (Fundamento de Derecho IV), y finalmente en la carta que su Letrado envía a aquella, únicamente se les reconoce una servidumbre de paso a su favor.

Independientemente de ello y aunque se admitiera el dominio común de dicho patio, tras las mediciones que constan en el informe pericial, se observa que la superficie de entrada a ambas viviendas es más pequeña en la de la demandada, quedando un espacio de 3'18 metros en la del actor y 2,50 metros en la de esta, lo que también corroboran los albañiles que realizaron la obra que afirma que se cogieron más metros a la propiedad de M.ª C que a la de J, y ello es reconocido por el propio actor si bien manifiesta únicamente que "se hizo por donde no debió hacerse", todo lo cual, conduce a la desestimación de la pretensión del actor

CUARTO.— Finalmente, se alega por la actora que las obras llevadas a cabo por la demandada en su propiedad, le privan de la posesión de un supuesto derecho de servidumbre de luces y vistas que se materializa en una ventana abierta en una de las habitaciones de su vivienda, que ya existía cuando vivía su abuelo y daba a un patio descubierto. Es un hecho controvertido que las viviendas, hoy propiedad de actor y demandada provienen de un único propietario, su abuelo, D. F, existiendo ya en vida de este una ventana que ha cegado en sus dos terceras partes, al elevar una planta en el edificio de su propiedad, discutiéndose por las partes si el referido hueco o ventana constituye signo aparente de la servidumbre de luces y vistas, conforme a lo dispuesto en los arts. 144 y 145 de la Compilación Aragonesa, en relación con el art. 541 del Código Civil.

Parte pues la actora de la consideración de que es de aplicación al caso de autos lo establecido en el art. 541 del Código Civil, estimando constituida la servidumbre por haberse dividido la finca en dos, siendo ahora dos propietarios distintos, sin que en ningún momento, al hacerse la división se haya dicho nada acerca del hueco existente.

La expresa llamada del art. 145 de la Compilación Aragonesa a la aplicación del art. 541 del Código Civil deja clara la vigencia en Aragón de la constitución de servidumbres en la forma recogida en el último precepto citado y cuando existe transmisión del dueño de las fincas. Ahora bien, como se señala en numerosas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, no cabe entender sin más que es signo evidenciador de la existencia de tal servidumbre para luces y vistas la presencia de un hueco sin protección,

porque, como resulta de la dicción literal del art. 145 de la Compilación, la falta de protección del hueco no es en Aragón signo externo de la existencia de tal servidumbre, sino que por el contrario, atendiendo el tradicional y especial régimen diferenciador de relaciones de vecindad, dicho precepto dispone: "Los voladizos... son signos aparentes de luces y vistas. No lo son la falta de protección señalada en el artículo anterior, ni tampoco los voladizos sobre fondo propio".

"Si se entendiera, dice la sentencia del T.S.J.A. de fecha 16 de Diciembre de 2005 que la remisión al art. 541 del Código Civil incluye también la asunción en el derecho civil aragonés del sistema de este cuerpo legal en todo lo relativo a la presencia o no de signos externos de servidumbre, se infringiría la mención del art. 145 excluyente, sin distinción alguna, de la falta de protección como signo aparente de servidumbre. Por otro lado, la remisión al artículo 541 del Código Civil, regulador tan solo de la posibilidad de adquisición por el destino dado por el dueño transmitente, se haría extensiva a toda la normativa de este código sobre qué es signo externo de servidumbre, contrariando así el sistema de fuentes previsto con carácter general en el art. 1 de la Compilación de Aragón, pues se integraría la normativa propia del régimen de vecindad y regulación específica de la apertura de huecos, con principios del derecho civil común, en vez de los propios del derecho aragonés".

A igual conclusión sobre el alcance de la remisión al Código Civil que hace la Compilación han llegado otras muchas sentencias como las de la A.P. de Zaragoza de fechas 9 de julio de 1994, 4 de octubre de 1999, 11 de enero de 2002, 31 de marzo de 2003 y finalmente, otras del T.S.J.A. de 4 de febrero de 2004.

Por todo ello, debe entenderse, en definitiva, que, signos aparentes de luces y vistas, serán los que la Compilación determina, esto es, los del art.º 145 de dicho texto, interpretación que es además acorde con lo dispuesto en su art. 1.º, según el cual, solo se aplicará el Derecho Civil general del Estado en defecto de normas aragonesas.

Atendiendo a todo lo expuesto, debe pues concluirse que no procede declarar la existencia de la servidumbre que pretende la actora, máxime teniendo en cuenta que, según la propia actora sostiene en su demanda, no se trataría de dos fincas, sino de una sola, y que además la ventana que ha sido tapiada se hallaba situada sobre el tejado de la propiedad de la enunciativa".

d.— Usucapión de servidumbres aparentes:

— Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 11 de mayo de 2007. Servidumbre de paso:

«PRIMERO.— Según resulta de los hechos considerados probados en la sentencia recurrida dictada por la Audiencia Provincial de Teruel el día 16 de noviembre de 2006 integrados en lo necesario con los que no han sido objeto de controversia entre las partes, las fincas números 22 y 23 sitas en el Polígono, partida "R" de V (Teruel) son propiedad, respectivamente de doña Guadalupe Amparo P. P. y de doña M.ª Pilar I. A. Esas fincas, enclavadas entre otras y sin acceso directo a camino público, vinieron utilizando para paso la

servidumbre constituida en el lindero que separa las fincas sirvientes propiedad del demandado don Manuel N. M. y números 24 y 25 de la finca 28 de igual Polígono.

La peculiar conformación física de las fincas 28 y las 24 y 25 da lugar a que la número 28 se encuentre en todo su linde con las otras dos a un nivel inferior a ellas. Extremo este de trascendencia a efectos de los hechos que han sido valorados en la sentencia recurrida, ya que la controversia esencial suscitada entre las partes es la de si, como alegan las demandantes y recurrentes en casación, debe considerarse que la servidumbre pasaba por la 24 y 25 en su actual conformación y nivel o si, como alega el demandado y recurrido, la servidumbre pasaba efectivamente por el nivel de la 24 y 25 pero no en su actual situación, ya que, según manifiesta, el ribazo que salvaba el desnivel entre la 24 y 25 y la 28 tenía mayor anchura y era por una porción ahora desaparecida por la que discurría parte la servidumbre.

SEGUNDO.— Por entender que la pérdida de anchura del ribazo no debía perjudicarle a él, sino al predio dominante, el dueño de las fincas sirvientes, número 24 y 25, que admitió siempre, y así lo reitera en su escrito de oposición al recurso de casación, que la anchura de la servidumbre era de 1,80 metros, midió esta anchura desde la linde entre las fincas 28 y las 24 y 25 de su propiedad, sin contar el desnivel, fijando unilateralmente la anchura real de la servidumbre en el nivel de sus fincas en 70 centímetros, computado el resto a la parte de ribazo que consideraba caída. En consecuencia con tales consideraciones, clavó en el suelo estacas para impedir el paso, que concretan el ancho utilizable, en el nivel de las fincas 24 y 25 en 70 centímetros. Hecho que dio lugar finalmente a la formación del presente pleito a instancia de las recurrentes, dueñas de los predios dominantes, en reclamación principal de que el paso se compute en anchura total de 2.50 metros y siempre al mismo nivel, esto es, al de las fincas 24 y 25.

Estimada en parte la demanda por sentencia del día 10 de Mayo de 2006 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Teruel, se falló la constitución de servidumbre de paso por las fincas sirvientes con anchura de 2.5 metros y previo pago por los dueños de las fincas dominantes de la cantidad de 459,24 euros.

Apelada la anterior resolución, la Audiencia Provincial de Teruel estimó el recurso de apelación que fue presentado, revocando la resolución dictada en primera instancia y acordando en su lugar la estimación parcial de la demanda en el sentido de declarar que había tenido lugar la adquisición de servidumbre por usucapión, si bien limitada a la anchura de 70 centímetros de la servidumbre a favor de las demandantes.

TERCERO.— En el recurso de casación ahora planteado y presentado por las demandantes dueñas de las fincas dominantes se alega en el primero de sus motivos la infracción del artículo 147 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón por considerar las recurrentes que la anchura de la servidumbre no debe ser de 70 centímetros como señala la sentencia recurrida, sino de 2.5 metros ya que, en síntesis, entienden que tal es la anchura que ha sido objeto de adquisición por usu-

capión, dado que es un hecho público y notorio que los pasos de herradura han sido ampliados para el cultivo de las fincas con maquinaria agrícola, y que en los últimos diez años el cultivo se ha realizado por medio de maquinaria agrícola más ancha que los 70 centímetros señalados.

Sin perjuicio de lo acertado de las alegaciones de notoriedad respecto del uso general de las fincas y servidumbres de paso, y sobre la fijación, también con carácter general, de la anchura en la medida necesaria para el adecuado uso de las fincas, no cabe estimar que se pueda dar virtualidad a estas consideraciones para su aplicación al supuesto de que se trata y como razón para casar la sentencia recurrida.

Debe tenerse en cuenta que, como se ha reiterado al interpretar el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (así por ejemplo sentencias del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2005 ó 29 de septiembre de 2006) el recurso extraordinario de casación está limitado legalmente a la función revisora del juicio jurídico sobre el alcance y significado de los hechos que han sido declarados probados, lo que excluye la posibilidad de revisión en esta sede jurisdiccional de la probanza o no de determinados hechos. Doctrina que, en aras a la consecución de una tutela judicial efectiva puede encontrar excepciones en aquellos casos en los que en la apreciación de tales hechos probados se haya incurrido en error patente o supuestos de irrazonabilidad o arbitrariedad.

Estando a tal delimitación legal del recurso de casación no cabe en el presente caso entender que se den los presupuestos indicados para modificar la declaración de hechos probados hecha por la sentencia recurrida cuando reconoce la usucapión sólo por una anchura de 70 cm., ya que la mera alegación sobre consideraciones de carácter general de notoriedad en el uso que se ha venido haciendo, o sobre la lógica anchura que debe tener una servidumbre de paso, no evidencian error palmario o apreciación de los hechos arbitraria, ilógica o irrazonable en la sentencia recurrida cuando fija que las fincas y camino concretos de que ahora se trata no haya venido empleando el paso por más anchura que la reconocida como objeto de adquisición por usucapión.

Por todo lo cual procede la desestimación del primero de los motivos de impugnación.

CUARTO.— El segundo motivo del recurso de casación formulado descansa en la que considera el impugnante indebida aplicación del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los artículos 399.5 y 400 de la misma norma ya que alega el recurrente que la sentencia debatida infringió estas disposiciones cuando entendió que no cabía entrar a resolver sobre posible ampliación de la servidumbre de paso por no haberse ejercitado expresamente la acción dirigida a la ampliación.

La pretensión inicial de las demandantes fue articulada procesalmente mediante el ejercicio en su demanda de dos acciones diferenciadas, subsidiariamente planteadas entre sí y dirigidas sólo contra el demandado como dueño de las fincas 24 y 25, sin demandar a ningún otro colindante: como acción principal se ejercitó la confesoria de servidumbre, en reclamación esencial de que se declarara la adquisición por usucapión de la servidumbre de paso de anchura de

2.5 metros. Como subsidiaria se ejerció la acción de constitución de servidumbre forzosa con la misma anchura indicada, previó pago de la indemnización correspondiente.

Como ya se indicó, fue estimada la petición subsidiaria por el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Teruel, que declaró la constitución de la servidumbre de paso. Luego, esta resolución fue revocada por la sentencia ahora recurrida de la Audiencia Provincial de Teruel en la que se estimó, primero, que no procedía entrar a conocer de la acción subsidiaria de constitución de servidumbre, por indebida acumulación de acciones en la parte actora del pleito y por falta de litisconsorcio pasivo necesario. Y, segundo, y en consecuencia, entró a conocer tal solo de la acción confesoria ejercitada como principal, estimándola, como se ha expuesto, por la anchura acreditada de 70 cm.

Según resulta del enunciado mismo del motivo de impugnación y del contenido citado de la sentencia recurrida, la razón de inadmisión de la petición subsidiaria de constitución de servidumbre no fue la necesidad o no de tener más anchura el paso, sino la cuestión meramente procesal de indebida acumulación de acciones y de falta de litis consorcio pasivo necesario. Partiendo de tal exclusión por motivos de índole procedimental, el pronunciamiento de fondo se concretó a la acción confesoria ejercitada y conforme a la prueba practicada al efecto, sobre cuya valoración ya se hicieron en el Fundamento de Derecho Tercero anterior las oportunas consideraciones.

Así encuadrado el auténtico motivo de fundamentación del recurso en el motivo segundo, debe estarse a la interdicción legal de pronunciamiento en el recurso de casación sobre las cuestiones que quedan reservadas en el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al recurso extraordinario por infracción procesal. Porque, limitado en realidad el motivo de recurso a combatir el pronunciamiento de la sentencia de instancia sobre el impedimento procesal a pronunciarse sobre la acción constitutiva de servidumbre y a denegar, también por motivos estrictamente procesales, el posible pronunciamiento sobre mayor anchura del camino, el recurso a interponer, conforme a la norma citada y la disposición final decimosexta de la propia Ley de Enjuiciamiento debió ser el extraordinario de infracción procesal y no el de casación elegido, que limita su cognición a las cuestiones estrictamente sustantivas.

En el momento de dictado de sentencia, el motivo de inadmisión cobra valor de causa de desestimación, por lo que procede, finalmente, la desestimación del segundo de los motivos del recurso de casación que han sido interpuestos.

QUINTO.— En el tercero de los motivos de recurso de casación interpuesto insiste en parte el recurrente en la tesis mantenida en el segundo de sus motivos, interesando por invocación del artículo 566 del Código Civil, que la anchura de la servidumbre que se ha estimado objeto de usucapión quede fijada en 2,5 metros por ser tal la dimensión necesaria para el uso de las fincas dominantes. En sustento de su petición alega el resultado de la prueba pericial practicada así como el contenido de diversas sentencias dictadas por varias Audiencias Provinciales que están a la anchura pretendida de 2,5 metros o similar.

Previo a la resolución de la cuestión debe, en primer lugar, exponerse que, en contra de lo mantenido en el escrito de oposición al recurso de casación, los Tribunales Superiores de Justicia que, como el de Aragón, tienen atribuida competencia para conocer del recurso de casación interpuesto por infracción de derecho civil propio de la Comunidad Autónoma correspondiente, extienden esta competencia también para conocer del resto de los motivos de recurso que puedan alegarse por aplicación del 478.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En lo que respecta a la alegación del recurrente en este motivo, la Audiencia Provincial declaró que no ha sido probada la necesidad del paso hasta 2,5 metros que se solicita. Respecto de la posible nueva valoración de los hechos declarados probados de la resolución recurrida cabe tener aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas al respecto al tratar del primer motivo de impugnación. Sobre lo que cabe añadir que, el informe de parte que ha sido aportado no reúne los requisitos exigidos por el artículo 336 en relación al 335.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para poder ser considerado prueba pericial en forma, y que de su contenido lo que se desprende es que para pasar una máquina cosechadora hacen falta 2,5 metros de anchura, pero sin que se concrete al caso de las fincas de que se trata si realmente hace falta tal ancho de camino.

Y sin que sean de tener en cuenta al respecto las sentencias de diversas Audiencias Provinciales que cita el recurrente en apoyo de su pretensión, ya que las necesidades que pueda tener una finca es cuestión de hecho específica a determinar en cada caso, con valoración de cuantos datos de localización, uso, características físicas o de cualquier otra índole puedan concurrir, no siendo, por tanto, cuestión jurídica a resolver en la impugnación casacional.

SEXTO.— En el cuarto y último motivo impugnatorio, la parte recurrente alega la infracción de lo dispuesto en el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por considerar que no procedía la imposición de costas a su parte por haber sido parcialmente estimada la demanda por la sentencia recurrida. Como se ha indicado en sentencia de esta Sala de 8 de noviembre de 2006, en línea con la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 (por ejemplo autos de 15 de febrero y 1 de marzo de 2005) la imposición de costas decidida en la sentencia recurrida queda al margen de la posibilidad de ser impugnada conforme a la nueva regulación procesal civil española, tanto por la vía de recurso de casación como por el de infracción procesal.

Así, por ejemplo, en auto del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 7 de octubre de 2003 ya indicó el Alto Tribunal, textualmente, que "las normas que regulan la condena al pago de las costas han de considerarse de naturaleza procesal, y se ha reiterado en numerosos Autos que en ningún caso son aptas para fundar el recurso de casación, por exceder del ámbito de éste las cuestiones procesales. Es más, abundando en tal cuestión, debe dejarse sentado que tampoco las normas sobre costas pueden ser invocadas por medio del recurso extraordinario por infracción procesal. No todas las infracciones procesales son controlables a

través del recurso extraordinario, ni en el régimen provisional regulado en la Disposición final 16ª de la LECiv 2000, ni siquiera en el más amplio del articulado (arts. 468 y siguientes), que tiene todavía pospuesta en parte su vigencia (vid. Disposición final 16ª, apartado 2); además es imprescindible, aparte la recurribilidad de la sentencia, que la vulneración de la norma procesal sea incardinable en alguno de los motivos tasados en el art. 469.1 de la LECiv 2000, en ninguno de los cuales tiene encaje adecuado la infracción de los artículos sobre costas, dado que el pronunciamiento relativo a éstas no se regula en la ley de enjuiciamiento dentro de las normas sobre las resoluciones judiciales, en los arts. 206 a 215, sino que es tratado en diferente Libro de la LECiv 2000 (Libro II, Título I, Capítulo VIII, arts. 394 a 398 LECiv 2000), donde se establecen las disposiciones relativas a "la condena en costas", que, evidentemente, no tienen cabida en el motivo segundo, del art. 469.1 LECiv 2000, referido únicamente a normas reguladoras de la sentencia, ni tampoco en el motivo tercero del mismo precepto, atinente a normas que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad o hubiere podido producir indefensión; obviamente la falta de un motivo en que tenga encaje la vulneración de las normas sobre costas es razón bastante para considerar que el legislador ha optado por excluir del recurso extraordinario procesal la verificación de la aplicación de los preceptos correspondientes, ni siquiera para el control del criterio objetivo, único que la jurisprudencia de esta Sala venía admitiendo como susceptible de fiscalización a través del recurso de casación bajo el régimen de la LECiv de 1881, pues ya era reiterada la doctrina sobre la exclusión de toda revisión del criterio subjetivo, en orden a la concurrencia o no de circunstancias relativas a temeridad o buena fe, para atemperar el criterio objetivo, sustentar la condena o relevar de la misma en los casos regidos por el criterio subjetivo. La exclusión del recurso extraordinario por infracción procesal es, por otra parte, acorde con el reforzamiento de la naturaleza instrumental del proceso, por ello no es de extrañar que cuestiones adjetivas de tanta amplitud como las correspondientes a la ejecución, no puedan acceder a este medio de impugnación, es más, incluso están excluidas como regla general del recurso de apelación (cfr. Art. 562.1 LECiv 2000); de ahí que sea coherente con este sistema de recurso el que se exceptúe del extraordinario procesal de denuncia de vulneraciones de las normas reguladoras de las costas. Corroboración esta conclusión la explícita previsión del recurso de apelación sobre costas, en el art. 397 LECiv 2000, de modo que la LECiv 1/2000, de 7 de enero, ha optado porque la función de unificación que corresponde a los órganos jurisdiccionales no vaya más allá del ámbito de cada Audiencia Provincial, a través de las resoluciones que dicten en grado de apelación; asimismo esa expresa referencia al recurso de apelación en materia de costas, sin mención del recurso extraordinario patentiza que sólo se contempla el devolutivo ordinario..."

Siendo la anterior doctrina de directa aplicación a los fundamentos del motivo cuarto del recurso de casación formulado, procede su desestimación por los argumentos antes reproducidos.

SEPTIMO.— Desestimados todos los motivos de impugnación, procede imponer al recurrente el pago de las causadas por el presente recurso de casación, conforme a los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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 doña Guadalupe Amparo P. P. y doña Pilar I. A. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel el día 16 de noviembre de 2006 que confirmamos en todos los pronunciamientos contenidos en su fallo, imponiendo al recurrente al pago de las costas causadas en el presente recurso de casación.»

— Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de noviembre de 2007. Usucapión de servidumbres aparentes:

«PRIMERO.— Los demandantes instan frente a la Comunidad demandada la acción confesoria de servidumbre de paso a través de la finca de dicha Comunidad, denominada comúnmente como "la placeta". La demandada se opone, por entender que no existe tal derecho de paso, que la utilización de la "placeta" ha sido esporádica y accesorio, ni necesaria ni frecuente y sólo por mera comodidad. Que las puertas posteriores de las viviendas de los actores no dan a la "placeta" (salvo los núm. 12 y 13-13-bis), sino a un callejón; siendo el verdadero uso realizado por los demandantes el de aparcar su vehículos en propiedad ajena.

La sentencia de primera instancia considera que sí que existe servidumbre de paso peatonal, pero no de tráfico rodado. Recurriendo ambas partes en lo que de la sentencia les perjudica y la demandante —además— por no haber concedido dicha resolución el rebaje del escalón hecho por la demandada que dificulta de forma importante el paso peatonal.

SEGUNDO.— Utiliza la parte actora el título de adquisición de la usucapión, admitido en nuestro Derecho Aragonés por el art. 147 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón. Es decir, el uso de una servidumbre aparente por 10 años entre presentes, sin necesidad de justo título ni buena fe.

En principio, es preciso resaltar que la servidumbre es un derecho real entre predios (sin perjuicio de los supuestos de servidumbres personales, tema ajeno a esta litis). Pero, además, constituye un "iura in re aliena", pues las cosas sirven a su dueño por derecho de propiedad. De ahí la razón de ser de la denominada servidumbre por destino del "parterfamilias" (art. 541 C.c.). De esta forma, lo primero que es preciso averiguar es desde cuando los actuales demandantes, o de quienes traen causa como propietarios de las casas, son dueños distintos del propietario de "la placeta" por donde pretenden que se les reconozca el derecho de paso.

De la prueba practicada se deduce que existió una finca matriz (18.036), perteneciente a "GT S.A.". Esta sufrió diversas segregaciones. Pero ya en 1986 dicha sociedad procedió a vender a los actuales demandantes (o a terceros que luego venderían a alguno de los actores) las viviendas en cuya propiedad se sustenta la actual acción confesoria.

Queda, por lo tanto, ya en 1986 la propiedad escindida. Por una parte, los compradores de las Casas 2 a 14 de la c/ LM y por otra la Sociedad propietaria de la finca matriz.

La finca donde se sitúan las casas de la demanda y su "placeta" nace en una nueva segregación de la propiedad de "GT S.A.", en el año 1989. Y es en el 1996 cuando los nuevos propietarios de la c/ LM 14-32 se constituyen en "propiedad horizontal".

Concluyendo: desde 1986 se dan las circunstancias de separación dominical precisas para que pueda surgir la servidumbre de paso por uso.

TERCERO.— Por lo que respecta a la "apariencia" del paso, la regla interpretativa es amplia, definida en el art. 532 C.civil y recogida por la jurisprudencia (Sentencia Trib. Supremo de 12 de julio de 1984): "son servidumbre aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el aprovechamiento de las mismas, y no aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia (art. 532 CC)."

Por lo tanto, la apariencia hace referencia a la existencia de indicios externos del paso. De forma que el "futuro perjudicado por los derechos que va a crear ese uso, pueda reaccionar en defensa de las indemnidad de su derecho dominical. Por ello, la existencia de "puertas" que acceden a la propiedad ajena sobre la que se pretende consolidar el paso, constituyen signo aparente y evidente de esa servidumbre (Sentencias Aud. Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, de 16 de julio de 2003 y Sección 4ª de 23 de julio de 2001).

El hecho de que la mayoría de las puertas traseras de las viviendas de los actores den a un callejón no es óbice a tal "apariencia", pues la prueba ha demostrado que el camino o recorrido habitual de los habitantes de dichas viviendas es —a través de aquéllas puertas— la "placeta" y no a la puerta metálica existente al otro lado del callejón. La prueba en este sentido ha sido contundente. No se puede, pues, negar apariencia a esa realidad incontestable.

CUARTO.— Tampoco se puede hablar de "mera tolerancia" por parte de una Comunidad que comenzó a existir 10 años después de aquellas ventas iniciales a las actuales propietarios (1986-1996). El paso que se realizaba por la "placeta" se entendía como el paso normal y natural; aunque no exclusivo. Y nada consta sobre es "tolerancia" mientras la finca que se pretende ahora predio sirviente estuvo en la propiedad de la titular inicial "GT S.A."

QUINTO.— Discutir sobre la necesidad o conveniencia de dicho paso huelga en un litigio que pretende determinar o declarar si ha nacido o no una servidumbre; no si es precisa. Por ello, la valoración de la prueba habrá de atender al uso realizado y el tiempo por el que se efectuó.

Y en este sentido valorativo de la "sana crítica", no cabe duda de que el paso peatonal a través de la "placeta" ha sido constante por todos los vecinos demandantes, o los que —en su momento— allí vivieron. Ninguna prueba ha intentado siquiera la demandada para desacreditar ese paso.

Es el paso con vehículos lo que la sentencia de primera instancia no considera acreditado con los requisitos precisos para constituir una servidumbre de ese alcance. Razona dicha resolución que no consta gara-

je o cochera en la venta de las viviendas iniciales que hiciera preciso el uso del camino reclamado, a través de vehículos rodados. Añade a ello la mera comodidad, y no la necesidad, pues también poseen acceso con el vehículo por la calle peatonal donde está la entrada principal de las casas. Y concluye argumentando que el uso efectuado por los actores ha sido de mero aparcamiento por mera tolerancia de la comunidad demandada. Sin que hayan identificado cómo, cuándo y quienes han utilizado ese paso rodado.

SEXTO.— A este respecto esta sala considera que ya desde un principio se accedía de forma genérica a los patios posteriores a través de las "placeta", mediante vehículos, a fin de cargar y descargar objetos. Lo que nos sitúa —de forma razonable y teniendo en cuenta la realidad social— en los años de adquisición de las viviendas (1986). Hasta el acto interruptivo (cartas de julio de 2005), han transcurrido los 10 años exigidos por el art. 147 Compilación del Derecho Foral Aragonés, lo que implicará la estimación de este punto del recurso.

SEPTIMO.— Ahora bien, es importante matizar el contenido de la servidumbre de paso adquirida por "usucapión". A lo largo del procedimiento se ha desprendido una idea genérica relativa al uso de la "placeta" por parte de los demandantes con sus vehículos. Esto está acreditado. De ahí la reacción de la comunidad demandada. Pero el súplico de la demanda y la necesaria concreción que exigen las relaciones jurídicas impiden traducir ese uso genérico a lo largo y ancho de la "placeta" como una servidumbre de paso. Este derecho sobre cosa ajena, bien constituido, bien por constituir no consiste en un derecho de "estancia". Como bien argumenta la sentencia de primera instancia, lo pedido en la demanda ninguna relación tiene con el derecho a "aparcamiento".

El paso, en cuanto tal, consiste en el tránsito desde la entrada de la plazoleta a la entrada del callejón al que dan las puertas traseras de las casas 2 a 11 y a las puertas traseras (actuales garajes) de las casas 12 y 13-13 bis. Ese es el recorrido defendido como servidumbre de paso por los demandantes. Cualquier otra detentación sobre la superficie de la "placeta" (predio sirviente) carece de relación con el derecho de servidumbre reclamado.

En consecuencia, el paso adquirido por "uso" se contrae al lógicamente utilizado a tal fin. Y que, a falta de prueba más precisa, se deduce de la documental aportada y declaraciones efectuadas en fase de prueba, que se ha de concretar en una anchura de 3 metros, con un espacio al final de 5 metros de anchura, para dar la vuelta y regresar por el mismo paso por donde se ha entrado. Pasos que conducirán —necesariamente— a los respectivos destinos (callejón y cocheras de los n.º 12 y 13-13 bis) y que discurrirán por un trazado recto, como el más corto entre los puntos de entrada y destino.

OCTAVO.— Además, también habrá que estimar el recurso de la parte actora en lo relativo a la modificación física realizada en el paso peatonal, obligando a la demandada a eliminar el escalón colocado a la entrada del callejón, pues supone una alteración sustancial del paso al que los actores tienen derecho, por lo ya expuesto.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 15 de mayo de 2007. Usucapión de servidumbres aparentes: El objeto de la protección es la tutela sumaria de la posesión, no derecho alguno de servidumbre:

«PRIMERO: La pretensión del actor ahora apelante fue desestimada en primera instancia al entender la juzgadora que, si bien había quedado acreditado que el demandante venía haciendo uso del paso por el camino que discurre por la finca del demandado hasta que éste se lo impidió, la acción había caducado al haber transcurrido más de un año entre el inicio de la perturbación y la interposición de la demanda. Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que fueron dos las veces que el demandado colocó una valla o cerca para impedir el paso por el referido camino y que, tal y como se admitió en la contestación verbal a la demanda durante el juicio oral (minuto 12:14 de la grabación), fue en el año 2004 cuando el actor retiró la primera valla y no se colocó un cercado definitivo hasta el año 2005, por lo que, dado que la demanda se interpuso el día 3 de enero de 2006, podemos afirmar que no había transcurrido un año entre el momento en que el demandante perdió el uso del camino y la fecha en que se presentó la demanda, por lo que la caducidad de la acción posesoria no debe ser apreciada en el presente caso, sin que, por tanto, sea preciso el examen de las contradicciones que pudieran existir entre lo declarado por el demandado y por el testigo Sr. (Nombre de la parte eliminado), las cuales tan sólo se pusieron de manifiesto en el escrito de interposición del recurso para interesar el rechazo de la caducidad de la referida acción.

SEGUNDO: Dicho lo que precede, tan sólo resta añadir que concurren en este caso todos los requisitos necesarios para que la pretensión del actor sea acogida, ya que, junto al hecho, ya aludido, de que la acción no había caducado cuando se interpuso la demanda, debemos considerar que el apelante ostentaba efectivamente la posesión del camino litigioso, tanto antes de que el demandado colocara la primera valla como sin duda después, ya que la retirada de dicha valla supuso la recuperación del uso del camino, sin que en este particular hallemos motivos para discrepar de la valoración probatoria llevada a cabo por la juzgadora de instancia, ya que de la grabación del acto del juicio no se desprende error alguno de apreciación de la prueba testifical. De este modo, y al resultar indudable que el demandado perturbó la posesión del actor colocando un obstáculo que le impedía a éste el paso por el camino litigioso, la acción posesoria debe ser estimada, aunque no para reponer al demandante, como se solicita en la súplica de la demanda, en la pacífica posesión de una "servidumbre de paso", ya que, si bien el actor ha llegado a apoyar su pretensión en el art. 147 de la Compilación Aragonesa, es claro que la acción ejercitada no es otra que la de tutela sumaria de la posesión, por lo que es ésta, y no derecho alguno, lo que debe ser objeto de protección en el presente pleito, todo ello sin perjuicio del derecho de las partes a acudir al proceso declarativo correspondiente con el fin de discutir allí las cuestiones de derecho que, en su caso, pudieran suscitarse.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 11 de julio de 2007. Usucapión de servidumbre aparente:

«PRIMERO: El actor, en su condición de nudo propietario de una finca situada en Belver de Cinca (mientras que el usufructo vitalicio recae en su madre, aunque antes fue plena dueña del inmueble), descrita como era, pajar y corral (una de las originarias porciones del corral pertenece ahora a los demandados, en virtud del testamento otorgado por el abuelo de todos los litigantes), pretendió en su demanda, a tenor del contenido de su petitum: 1.º la declaración de nuda propiedad sobre esa finca; 2.º la extinción del derecho personal de uso de la era para trillar concedido en el indicado testamento a favor de la causante y madre de los demandados; 3.º la obligación de cierre de la puerta metálica de acceso a la era desde un edificio propiedad de los demandados, salvo el originario de paso al pajar y corral de los demandados; y 4.º el derecho del demandante a vallar la era en toda su extensión, sin perjuicio de dejar paso suficiente a través de ella para que los demandados puedan acceder a la puerta antigua de madera que figura en el pajar desde su construcción, cuando le fue donado (en realidad, legado) a la madre de los demandados. La sentencia de primer grado ha acogido solo la acción declarativa de dominio, y el actor interesa en esta alzada la estimación de las tres peticiones rechazadas.

SEGUNDO: 1. Sentado lo anterior, no procede declarar la extinción del derecho personal de uso de la era para trillar, pues, como siguen manteniendo los demandados al oponerse al recurso, concurre la excepción de cosa juzgada en su aspecto material y negativo o de exclusión de un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que se produjo la relación enjuiciada (artículo 222.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). En efecto, (Nombre de la parte eliminado), madre del actor, ya formuló la misma acción contra los hoy también demandados en el juicio de cognición 19/1981 seguido ante el entonces juzgado de Distrito de Fraga, la cual fue rechazada mediante sentencia de 3 de diciembre de 1981. La cosa juzgada afecta al actor porque aduce en su demanda el mismo fundamento de pedir que su causahabiente mantuvo en 1981 (con los efectos previstos en el artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), esto es, la extinción del derecho de uso de la era para trillar por su falta de ejercicio, dado que esta tarea ha desaparecido de las actividades agrícolas desde mucho antes del año 1981; y en la actual demanda no se alega la ocurrencia de ningún hecho nuevo que pueda permitir la inaplicación de la institución de la cosa juzgada.

2. En todo caso, lo que no podemos soslayar para la resolución de las demás pretensiones, la tercera y la cuarta, es que el derecho personal de uso de la era para trillar, cuya extinción fue rechazada en su momento con efectos de cosa juzgada, ha quedado en la realidad vacío de contenido desde el momento en que la trilla ya no se practica en las tareas agrícolas actuales desde hace muchos años y los demandados (ya no solo la favorecida por la servidumbre personal) tampoco utilizan la era para tal menester —máxime teniendo en cuenta su avanzada edad— ni para ningún otro de carácter agrario, salvo para acceder a su finca y para estacionar algún vehículo y dejar maquinaria o aperos de labranza. Además, los demandados no se oponen a la prosperabilidad de las solicitudes de cierre de la

puerta metálica y de vallado de la era sobre la base del derecho a trillar, conforme a lo que más adelante vamos a decir.

TERCERO: 1. La sentencia apelada rechaza el tercero de los pedimentos referidos (y hemos de entender que también el cuarto, dada la ausencia de motivación al respecto) con fundamento en que los demandados habrían adquirido por usucapión derecho de paso a través de la era hasta la puerta metálica abierta en la pared exterior de su originario corral, como alegaron por vía de excepción en la contestación a la demanda, sin llegar a reconvenir, y también sin especificar el recorrido del supuesto paso.

2. Sin embargo, tras el examen de las actuaciones y el visionado de la grabación videográfica, hemos de concluir que los demandados no han acreditado el concreto espacio utilizado como paso, es decir, si se verificaba a través de un camino, senda o carril. Como tenemos repetidamente declarado (por ejemplo, en nuestra sentencia de 28-XII-2006 y las allí citadas), para el reconocimiento en Aragón de una servidumbre de paso adquirida por usucapión o prescripción adquisitiva, debe tenerse en cuenta que la Compilación establece en su artículo 147 que solo las servidumbres aparentes son las que pueden ser adquiridas por usucapión, de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, a diferencia de las servidumbres no aparentes; y, por aplicación supletoria del Código Civil a tenor del artículo 1.2 de la Compilación, son servidumbres aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan su aprovechamiento, mientras que no son aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia (artículo 532 del Código Civil). La servidumbre de paso, añadimos, puede o no ser aparente, según los casos, pues puede ejercitarse por lugar determinado con signo visible, un camino o un carril por ejemplo, o usarse por un determinado lugar sin estar establecido signo alguno exterior visible de su uso o ejercicio, de modo que la apariencia, según signos exteriores, se refiere a aquellos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro, por lo que puede decirse que es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino o carril. Por tanto, si no se detectan huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, tampoco podría afirmarse que existe un signo aparente de servidumbre. En suma, no podemos aceptar en el supuesto de autos la usucapión de una servidumbre de paso, pues no consta su apariencia dentro de la era controvertida (uno de los demandados indicó en el juicio que pasaba por el centro, pero no consta marcado por allí ningún tipo de camino).

3. No obstante, con relación al pedimento tercero de la súplica de la demanda, la inexistencia de derecho de paso —único fundamento de pedir— no justifica el cierre de la puerta metálica tal como parece ser solicitado, mediante la desaparición o condena del vano.

4. Sí procede reconocer, en cambio, el pedimento cuarto, el derecho del actor a vallar la era de su propiedad, conforme a la facultad reconocida en el

artículo 388 del Código civil. La única limitación a este pronunciamiento es la autoimpuesta por el propio demandante cuando él mismo se refiere a lo que llama originario derecho de paso de los demandados hasta la puerta antigua de madera, cuyo recorrido dependerá de la propia decisión del actor, dado que, como hemos dicho, los demandados no ostentan otro derecho de paso que el reconocido de adverso de la manera indicada, máxime cuando, a la vista de las fotografías unidas a los autos, parece que la antigua puerta de madera ya no existe en la actualidad.

5. Por todo ello, procede estimar en parte el recurso.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 27 de marzo de 2007. Reconocimiento ante Notario de la existencia de un paso de herradura: desestimación de la demanda ejercitando la acción negatoria de servidumbre.

«I.— Frente a la sentencia de instancia, que estima la acción negatoria de servidumbre ejercitada en la demanda, y consecuentemente declara que la finca propiedad de la actora no es predio sirviente de una servidumbre de paso constituida a favor de la finca propiedad de los demandados, se alza la representación de éstos denunciando error de la Juzgadora de Instancia en la apreciación de las pruebas, al estimar que las practicadas en la instancia acreditan cumplidamente la existencia de un camino que, desde tiempo inmemorial, atraviesa la finca de la actora para acceder a la finca de su propiedad, extremo este que es corroborado tanto por la prueba testifical de la actora como de la demandada, así como por la prueba documental aportada

II.— La parte demandada, que se opone a la pretensión de la demanda, afirmando la existencia de una servidumbre de paso sobre la finca de la actora, sustenta su posición en el propio reconocimiento por parte de la actora de la existencia de una senda de herradura que atraviesa su finca y discurre por el monte común; en la prueba testifical, donde todos los testigos, incluidos los de la parte actora, confirman la existencia del referido camino de herradura; y finalmente en la prueba documental constituida tanto por las fotografías aportadas por dicha parte, que confirman la existencia de un camino bordeado por paredes de roca que delatan su antigüedad; como por el propio informe del Ayuntamiento de V, que confirma la existencia de un camino en la zona. La sentencia recurrida desestima dicha argumentación y estima la pretensión de la demanda, al entender que las pruebas aportadas no permiten concluir la existencia de una servidumbre constituida por usucapión sobre la finca de la finca de la actora. Ciertamente la Sala entiende correcta la valoración que la Juzgadora de Instancia hace tanto de prueba documental como de la prueba testifical, y ello porque, el hecho de que exista un camino que conecte la finca de la actora con la de los demandados, extremo que no ha sido negado por la parte actora, no supone que el mismo integre una servidumbre de paso de carácter permanente que grave la propiedad de la actora, pues en principio hay que partir de la presunción de libertad de predios que se infiere de los artículos 348 del C. Civil y 33 de la Constitución Española, y para que puede estimarse existente la servidumbre es preciso acreditar que la misma ha sido adquirida por alguno de los medios establecidos en los artículos 537

y siguientes del C. Civil, y singularmente en los Artículos 147 y 148 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, extremo este que no ha quedado acreditado a través ni de la prueba documental, ni de la contradictoria prueba testifical aportada a las actuaciones; sin embargo existe un hecho, que ha pasado desapercibido a la Juzgadora de Instancia y que, a juicio de esta Sala, debe determinar la pretensión principal de la demanda en la forma en que viene planteada. Efectivamente, en el acta notarial levantada a instancia de la parte actora en fecha veintinueve de Agosto de dos mil cinco, previa por tanto a la presentación de la demanda, la demandante efectúa ante la notario autorizante, entre otras, las siguientes manifestaciones: "que no se opone ni se ha opuesto al paso de personas y de caballos a través de su finca, así como que nunca ha cuestionado el paso de herradura existente"; "que lo único que se cuestiona es el paso de vehículos de propiedad privada. Nunca se ha opuesto y siempre ha permitido el paso a los vehículos oficiales de bomberos u otros". Pues bien, en tales manifestaciones, efectuadas a presencia notarial, de forma espontánea y voluntaria, la demandante reconoce expresamente la existencia de un "paso de herradura" hacia el monte público y la finca de los demandados, que califica como "existente", y muestra en exclusiva su oposición a que dicho paso sea utilizado por vehículos particulares. Por lo tanto, en aplicación de la doctrina de los actos propios, no puede pretenderse, como pretende la demandante en su escrito de demanda que la finca de su propiedad esta libre de servidumbre de paso a favor de los demandados, cuando la misma ha reconocido como existente un paso de herradura, lo que impide prosperar la demanda, sin que ello suponga en modo alguno aceptar la tesis de los demandados recurrentes en el sentido de que dicho paso se ha ido ampliando hasta permitir el paso de vehículos, extremo este que no ha quedado justificado, pues tan solo se ha acreditado el paso de vehículos oficiales, previa autorización expresa de la propietaria; lo que conduce a estimar el recurso y a revocar la resolución recurrida, desestimando la pretensión de la demanda en los términos en que viene formulada.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 8 de mayo de 2007. Usucapión de servidumbre aparente:

«I.— Frente a la sentencia de instancia, que estima la acción reivindicatoria ejercitada en la demanda y, previa declaración de la propiedad de los actores sobre la finca objeto de esta litis (Parcela del Polígono), condena al Ayuntamiento demandado a restituir a aquellos la posesión de la misma, retirando y desalojando de aquella cuantos objetos y/o conducciones puedan ocupar, hasta dejarlo expedito, a disposición de sus propietarios, se alzan, de una parte, el Ayuntamiento demandado que reitera la virtualidad de la usucapión alegada en la instancia respecto a los terrenos ocupados por dicha Corporación, y alega la inviolabilidad de la pretensión encaminada a obtener el desalojo y eliminación de los objetos y conducciones que integran la estación depuradora que se ubica en dichos terrenos; y de otra los actores, quienes, por vía de impugnación de la sentencia solicitan la estimación de la pretensión de la demanda encaminada a que se declare que su parcela está libre de cualquier grava-

men o limitación, o subsidiariamente, que únicamente lo esta respecto del resultante de la primitiva depuradora instalada en el año mil novecientos ochenta y dos.

II.— Ciertamente, la representación del Ayuntamiento de Teruel parece sufrir, en su escrito de interposición del recurso de apelación, la misma dispersión que denuncia respecto de la sentencia recurrida, que hace difícil discernir a la Sala cuales son los motivos de su discrepancia con la sentencia recurrida, pues mientras que en los siete primeros motivos del recurso parece centrarse en la condena a desalojar la finca de todos los objetos y conducciones existentes en la misma, en el motivo octavo parece alegar una falta de identificación de la parcela reivindicada, y en el undécimo vuelve a reiterar la alegación de usucapión efectuada en la contestación a la demanda. Por lo tanto siguiendo un orden lógico en las proposiciones, tal y como propugna dicha parte en su recurso, es preciso sentar las siguientes premisas: En primer lugar no hay duda alguna de que los demandantes son propietarios de la parcela del Polígono del Catastro Parcelario de Teruel, pues así resulta del título de dominio aportado por los mismos y constituido por la Escritura Pública de aceptación y adjudicación de herencia, otorgada en fecha 5 de Enero de 1998, y ello con independencia de que la misma haya sido o no inscrita en el Registro de la Propiedad, pues ni la inscripción tiene carácter obligatorio, ni la simple contradicción dialéctica al que es sometido por la parte demandada tiene virtualidad suficiente para privar al mismo de validez. En segundo lugar tampoco hay duda alguna que la depuradora que el Ayuntamiento de Teruel construyó en el año mil novecientos ochenta y dos y ha reformado en el año dos mil cuatro, se ubica en terrenos de la citada parcela del Polígono, y así lo reconoce el propio Ingeniero de Caminos Municipal en el informe que emite a la reclamación previa formulada por los actores, en fecha 23 de Septiembre de 2005. Por lo tanto, la cuestión esencial a debatir, que ya plantea el Ayuntamiento en la resolución a la reclamación previa, es si puede estimarse que el Ayuntamiento demandado ha adquirido por usucapión los terrenos ocupados por la depuradora, habida cuenta que los viene poseyendo desde que se construyó la misma por primera vez, en el año mil novecientos ochenta y dos. La sentencia recurrida entiende que dicha usucapión no puede estimarse producida, pues aún cuando hayan transcurrido mas de veintidós años desde aquella fecha, no puede entenderse que la cesión a favor del Ayuntamiento, efectuada por unos propietarios sin identificar, de unos terrenos no delimitados, para instalar sobre ellos las redes de saneamiento, sea título suficiente para consumir la prescripción ordinaria del dominio; y esta tesis debe ser compartida por la Sala, pues para que pueda consumarse la prescripción ordinaria del dominio, que el Ayuntamiento alega como fundamento de la adquisición de la propiedad, es necesario que el usucapiente disponga de "justo título" (artículo 1940 del C. Civil), debiendo entenderse como tal aquel que sea legalmente suficiente para transmitir el dominio o derecho real que se trata de usucapir, aun cuando presente defectos, que la usucapión ha de subsanar (Sentencias del T. Supremo de 5 de Marzo de 1991, 20 de Octubre de 1992 y 17 de Julio de 1999, entre otras), naturaleza que no puede predicarse del documento en el que el

Ayuntamiento basa su adquisición, en el que unos propietarios no identificados "ceden libres de toda carga" unos terrenos, igualmente sin identificar, para la ejecución sobre los mismos de la Red de distribución y saneamiento del Barrio de C. Ahora bien, el hecho de que dicho documento no sea suficiente para justificar la usucapión ordinaria del dominio, no significa que aquella cesión no tenga trascendencia jurídica alguna, pues esa "cesión" y la posterior posesión por parte del Ayuntamiento de los terrenos ocupados por la depuradora, de forma pública y pacífica, debe reputarse suficiente para constituir, cuando menos, un derecho real de servidumbre, que, tratándose de una servidumbre aparente, quedaría constituida por usucapión por el transcurso de diez años entre presentes o veinte entre ausentes, de conformidad con el artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, y esta conclusión, debe tener unas consecuencias relevantes con relación a las pretensiones de la demanda, pues impide prosperar tanto la pretensión encaminada a que se declare que su la parcela litigiosa está libre de cualquier gravamen o limitación, como la encaminada a obtener el desalojo y eliminación de los objetos y conducciones que integran la estación depuradora que se ubica en aquella, quedando únicamente por dilucidar la pretensión subsidiaria de que se declare que la finca está únicamente gravada por las limitaciones derivadas de la construcción de la estación depuradora en el año mil novecientos ochenta y dos, y por tanto se condene a desalojar de aquella finca los objetos y conducciones distintos de los que integraban aquella.

III.— Partiendo pues de la premisa de que la instalación de la estación depuradora sobre la finca de los actores, en el año mil novecientos ochenta y dos, determinó la constitución de una servidumbre sobre la misma, las pretensiones de la parte actora relativas a declarar que la finca está únicamente gravada por las limitaciones derivadas de la construcción de aquella y condenar a desalojar de la finca los objetos y conducciones distintos de los que integraban la primitiva estación, deben resolverse a la luz de lo que dispone el artículo 543 del C. Civil, a tenor del cual, el dueño del predio dominante podrá hacer, a su costa, en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, pero sin alterarla ni hacerla más gravosa. Por lo tanto, lo que debe de dilucidarse es si las obras realizadas en la depuradora en el año dos mil cuatro han alterado o han hecho más gravosa la servidumbre. Pues bien, de la prueba testifical, constituida por las declaraciones, de dos colindantes, de los técnicos que intervinieron en la redacción del proyecto y en la dirección de la obra ejecutada en el año dos mil cuatro, y del Delegado del Alcalde en el Barrio de C, se desprende que las obras ejecutadas no han supuesto una mayor ocupación de terreno, si bien han implicado una sustitución de las antiguas instalaciones (caseta, depósitos, conducciones, etc.) por otras nuevas, y además se ha procedido al vallado del terreno, al reforzado de las riberas del arroyo junto al que se sitúa la depuradora y a construir un vado de hormigón sobre el mismo. Pues bien, entiende la Sala que tales obras no suponen una alteración o agravación de la servidumbre, pues, al margen de los daños que los demandantes hayan podido sufrir en los terrenos aledaños, como consecuencia de la ocupación temporal

de los mismos para la ejecución de las obras, que no son objeto de este procedimiento, la nueva estación depuradora no supone para los propietarios del predio sirviente una mayor limitación de su derecho de propiedad que la que ya tenían con la depuradora anterior, por mas que los elementos antiguos se hayan sustituido por otros; y la construcción de elementos nuevos, como el vallado, el reforzamiento de la ribera del arroyo o el vado de hormigón sobre el mismo, no puede estimarse tampoco que alteren o perjudiquen al predio sirviente, en primer lugar, porque, en lo que al vallado se refiere supone un elemento de seguridad tendente a evitar el acceso incontrolado a los depósitos, con el potencial peligro que ello conlleva; y en lo que afecta a los otros dos restantes, construidos sobre el cauce del arroyo contiguo, es mas que dudoso que hayan sido construidos sobre el predio sirviente, cuando los cauces de los ríos y arroyos, se integran, por disposición legal, en el dominio publico.»

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Monzón de 11 de septiembre de 2007. Usucapión de servidumbre aparente:

«PRIMERO.— El actor, como puso de manifiesto en la demanda y como quedó claro en la vista del juicio, ejercita una acción declarativa, la acción confesoria de servidumbre de paso, a la que se oponen las demandadas. El actor pretende que se reconozca la existencia de una servidumbre de paso desde el camino público denominado camino de Oriols hasta una finca de su propiedad (concretamente la parcela del polígono del término municipal de Tamarite de Litera). Según el actor, esta servidumbre se habría adquirido por usucapión, y manifiesta que ya la anterior propietaria del pretendido predio dominante hacía uso de la misma. Igualmente entiende que puede apreciarse el trazado de la servidumbre en fotografías catastrales desde 1954. Solicita también el actor que se condene a las demandadas a que repongan el camino a su estado anterior, pues manifiesta que, recientemente, aquéllas han procedido a la roturación de parte del terreno por el que pasaba el camino.

Las demandadas se oponen a la pretensión del actor y piden la desestimación íntegra de la demanda, entendiendo que no existe la pretendida servidumbre. Manifiestan que el actor se ha interesado con anterioridad por obtener derecho a pasar por ese lugar, pero que ellas, y anteriormente su familia, siempre se lo han negado. Oponen que no existe la servidumbre inscrita en el Registro, que no se dan los requisitos de la usucapión y que el solicitante puede acceder a su finca por otros lugares, así como que la propiedad se presume libre de cargas y gravámenes.

Segundo.— En primer lugar creo conveniente dejar claro que no es objeto de este proceso la constitución de una servidumbre legal de paso, regulada en los artículos 564 y siguientes del Código Civil. Dicha servidumbre legal tiene por objeto garantizar el acceso a su finca a los propietarios de fincas enclavadas entre otras ajenas y sin acceso a camino público. Para que se reconozca esta servidumbre no es necesario que exista ningún signo aparente ni que transcurra ningún plazo, simplemente es un derecho del propietario del fundo dominante para exigir paso por el predio sirviente, mediando la correspondiente indemnización,

siempre que concurra el requisito de falta de acceso a camino público.

Lo que se pide en este proceso es que se declare la existencia de una servidumbre de paso que se ha venido utilizando a lo largo de los años y que el actor entiende adquirida por usucapión. Las servidumbres adquiridas por prescripción adquisitiva o usucapión son servidumbres voluntarias, no legales, puesto que el artículo 598 del Código Civil, que establece cómo se determinan los derechos del predio dominante y las obligaciones del predio sirviente cuando la servidumbre se ha adquirido por prescripción, se encuentra en el Capítulo III del Título VII del Libro II, dedicado precisamente a las servidumbres voluntarias.

Esta precisión se hace porque tanto demandante como demandadas han hecho hincapié en el tema de los otros posibles accesos a la finca del actor, el primero esforzándose en acreditar que no existe otro acceso a la finca y las segundas esforzándose en acreditar que sí existen. Así, además de las alegaciones de la demanda y la contestación en el juicio, se aportan informes periciales por ambas partes que dedican buena parte de su texto a este tema. Realmente, este hecho es irrelevante para la solución del pleito.

Así, para el actor es irrelevante que no exista ningún otro acceso en la actualidad a su finca, puesto que no se dan los requisitos establecidos en los artículos 564 y siguientes del Código Civil para establecer una servidumbre legal de paso, ya que la finca está unida a otras fincas del actor, una de las cuales (la número 26) tiene acceso a camino público. Además no es la constitución de una servidumbre legal de paso lo que se solicita en la demanda.

Por otra parte, el tema de los accesos es también irrelevante para la parte demandada, puesto que aunque se acredite la existencia de otros accesos a la finca del actor, ello no impide que se adquiera por usucapión una servidumbre de paso sobre una finca colindante, y el artículo 546 del Código Civil no contempla la falta de utilidad como causa de extinción de las servidumbres. El artículo 568 tampoco puede aplicarse por analogía, ya que se trata de una regla excepcional (pues las causas generales de extinción de servidumbres se regulan en el artículo 546) cuya aplicación no puede extenderse más allá de su tenor literal. Como ya se ha explicado, se trata de dos supuestos distintos, la servidumbre legal de paso es distinta de la servidumbre de paso que se adquiere por usucapión, y ambas tienen requisitos, finalidades y naturaleza (una es legal y otra voluntaria) distintas.

Por último se ha de señalar también la irrelevancia de que no conste registralmente la pretendida servidumbre pues, como se ha dicho, no se pretende tutelar el derecho del titular de una servidumbre constituida por acuerdo entre las partes, sino que se declare la existencia de una servidumbre que se pretende haber adquirido por usucapión. Además, siendo, como se verá, una servidumbre aparente, que tiene su concreción material en un camino que está claramente a la vista de todos, el hecho de que la servidumbre no esté inscrita en el registro no impide su existencia, pues como ha establecido reiteradamente el Tribunal Supremo: "cuando los signos de la servidumbre son ostensibles, permanentes y perfectamente exteriorizados, tal apariencia indubitada produce una publicidad en

semejanza a la inscripción en el Registro" (STS de 17 de noviembre de 2006, que cita otras en el mismo sentido desde 1927).

Tercero.— Hecha la anterior precisión, y dado que el objeto principal de este procedimiento es declarar una servidumbre de paso adquirida por usucapión a favor del actor y sobre la finca de las demandadas, es necesario analizar si concurren todos los requisitos para la prescripción adquisitiva.

Estos requisitos se establecen en los Capítulos I y II del Título XVIII del Libro IV del Código Civil (artículos 1930 y siguientes) y en el Título II del Libro III de la Compilación del Derecho Civil de Aragón (artículos 145 y siguientes).

El artículo 148 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". La servidumbre de paso es aparente, conforme al artículo 532 del Código Civil, pues se basa en la existencia de un camino o sendero que está continuamente a la vista por signos exteriores y que revela el uso y aprovechamiento de la servidumbre. Ambas partes reconocen la existencia del sendero por el que, según el actor, transcurre la servidumbre de paso, si perjuicio de que las demandadas entienden que dicho sendero se ha abierto recientemente.

En el presente caso estamos ante una prescripción entre presentes, pues no consta que las demandas ni los anteriores titulares de la finca por la que presuntamente transcurre la servidumbre se hayan encontrado en el extranjero, en los términos del artículo 1958 del Código Civil.

Por lo tanto, para que el actor pueda haber adquirido la servidumbre por usucapión es necesario que conste la posesión de la misma durante diez años. No son exigibles buena fe ni justo título.

Cuarto.— El único requisito que queda por analizar, conforme al artículo 148 de la Compilación, es el de la posesión durante diez años.

En primer lugar esta posesión tiene que cumplir los requisitos generales exigidos por el Código Civil según el artículo 1941: en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida.

En cuanto al primero de los requisitos, la referencia al concepto de dueño es aplicable a la prescripción adquisitiva del dominio. Cuando lo que se prescribe es otro derecho real la posesión ha de serlo en concepto de titular de ese derecho real. Es evidente que la utilización que el demandante haya podido hacer del sendero que hoy pretende que se reconozca como servidumbre no lo ha sido como dueño, sino como titular de tal servidumbre.

La posesión ha de ser pública. La defensa de las demandadas alegó que el uso que el actor pudiera haber hecho del camino ha sido de carácter clandestino y que, por lo tanto, no afectan a la posesión, según el artículo 444 del Código. Sin embargo, no puede admitirse como clandestino un uso que se basa en un signo aparente como es el camino que aparece en las diversas fotos que han aportado ambas partes, pues es evidente y está a la vista de todo el mundo.

La posesión ha de ser, además, pacífica y no interrumpida. No consta en el procedimiento ningún requerimiento, ni judicial ni extrajudicial, al actor para

que se abstenga de usar el camino, ni consta ninguna actuación de las demandadas que haya supuesto un acto de oposición a dicha utilización, hasta el momento en el que se produce la roturación que afecta al camino.

Quinto.— Finalmente, es necesario que la posesión se haya prolongado, por lo menos, durante diez años. A estos efectos es insuficiente la fotografía presentada por la parte actora, presuntamente del año 1994, ya que ni está acreditada su fecha ni, aunque lo estuviese, tendría la antigüedad necesaria para basar la prescripción.

Por otra parte están las fotografías aéreas del catastro y del SIGPAC. Las fotografías del catastro de 1998 y del SIGPAC, del mismo año, revelan claramente la existencia de un camino que sale de la finca del actor y que se introduce en la finca de las demandadas en dirección sur-este, hacia el denominado "antiguo camino de Oriols". En las fotografías catastrales de 1954 y de 1990 se ve lo que parece ser un camino en la que hoy es finca del actor, que se dirige hacia el camino público "de Oriols", aunque no se ve claramente que continúe su trazado a lo largo de la finca de las demandadas.

Observadas las fotografías por ambos peritos, éstos discrepan, considerando el propuesto por el actor que en las fotografías de los años 54 y 90 se ve, aunque con dificultades, el camino, y observándolo nítidamente en las fotos del 98. La perito propuesta por las demandadas entiende que en las fotos de los años 54 y 90 sólo se ve un trazado dentro de la finca del actor, pero no en el de las demandadas, y que en las fotos del año 98 sólo aprecia parte del camino en la finca de las demandadas, entendiendo que la diferencia cromática que se ve como continuación de ese camino puede ser simplemente una espuenda o un desnivel, pero no necesariamente un camino.

En relación con las fotografías de 1954 y 1990, es cierto que no se aprecia nítidamente un camino que, partiendo de la finca del actor, atravesase la finca de las demandadas hasta el camino público. Pero sí es cierto que se aprecia en la finca del actor un camino que se dirige a la finca de las demandadas y que carecería de sentido alguno si no continuase hasta el camino público. Lo cierto es que, pese a la falta de nitidez, sí se observa cierta línea que continúa el camino desde la finca del actor. No puede asegurarse que sea un camino. Pero es que dada la calidad de las fotografías, en ciertos tramos ni siquiera se puede asegurar que el camino de Oriols lo sea, y sin embargo todos están de acuerdo en la existencia de ese camino. Lo mismo ocurre con otros caminos que las demandadas propusieron como alternativos, y que en estas dos fotografías tampoco se aprecian nítidamente en toda su longitud pero, sin embargo, reconocen su existencia. El trazado es exactamente el mismo y se puede incluso ver cómo dicho trazado, ya dentro de la finca de las demandadas, pasa entre dos puntos negros, supuestamente árboles, que aparecen ya con más nitidez en las fotos del año 98, dejando después dos árboles más a la derecha (aparecen también en todas las fotos) si se continúa en dirección al camino de Oriols.

En las fotografías de 1998 el camino es muy claro en su primera mitad, dentro de la finca de las deman-

dadas, intuyéndose un trazado que lo continúa hasta el antiguo camino de Oriols.

Lo que está claro es que existe un camino dentro de la finca del actor, que se introduce en la finca de las actoras, y que ello existe, al menos, desde que se tomó la fotografía de 1954. Las limitaciones de las fotografías aéreas no deben impedir entender que dicho camino existe completamente desde la finca del actor hasta el antiguo camino público, pues es absurdo pensar que dicho camino haya permanecido incompleto y, por tanto, inútil durante más de 50 años y, sin embargo, a lo largo de todo ese tiempo, no haya desaparecido. La falta de uso del mismo habría dado lugar a que desapareciera su rastro definitivamente. Así, la existencia del sendero dentro de la finca del actor, introduciéndose en la finca de las demandadas dirigiéndose casi directamente al antiguo camino de Oriols hace pensar que, por lógica, el sendero continuaba y era completo hasta el camino público, pues de otro modo, la parte que sí se observa con mayor nitidez, no se habría mantenido durante más de 50 años.

Las limitaciones de las fotografías aéreas desaparecen cuando se trata de fotografías tomadas sobre el terreno, en las que sí se observa la existencia de un camino completo desde el antiguo camino de Oriols hasta la finca del actor, y que transcurre por la finca de las demandadas. Aunque la defensa de las demandadas insistió en que, dada la naturaleza del terreno, no era necesario un largo espacio de tiempo para la formación de ese camino, la vista de las fotografías pone de manifiesto que el camino que aparece en ellas existe desde hace bastante tiempo. Evidentemente no puede calcularse cuánto.

Finalmente, hay que tener en cuenta que el testigo presentado por el actor, propietario desde hace unos 38 años de una finca a la que accede por otro camino que atraviesa la finca de las demandadas, y respecto del que no hay duda alguna, manifestó que el camino litigioso ha existido desde siempre y que era usado por el actor.

Sexto.— Finalmente, considero oportuno hacer referencia a una serie de indicios: el hecho de no haber aportado las demandadas ningún testigo que apoye su versión; el hecho de haber roturado prácticamente sólo un trozo de camino, como manifestó la propia perito propuesta por ellas; el hecho de saber de la existencia del sendero sin haber emprendido medida legal alguna. Partiendo de todo lo anterior, llevando a cabo una valoración conjunta de la prueba y conforme al principio de disponibilidad probatoria, entiendo que, efectivamente, el actor lleva empleando el camino litigioso durante más de diez años, último requisito que queda por analizar, y que, por lo tanto, ha adquirido una servidumbre de paso por usucapión.

Igualmente, solicitando el actor la reposición del camino a su estado anterior por parte de las demandadas, procede acceder a la solicitud, puesto que conforme al artículo 545 del Código Civil, el dueño del predio sirviente no puede menoscabar el uso de la servidumbre.

Séptimo.— Finalmente, en cuanto al contenido de la servidumbre, al haber reconocido las demandadas la existencia del camino (sólo en los últimos tiempos) y no haber discutido la medición del mismo hecha en el

informe pericial aportado por el actor, se aceptan dichas mediciones, que no han sido discutidas.»

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Daroca de 27 de noviembre de 2007. Servidumbre de paso:

«PRIMERO.— Se ejercita por la demandante acción confesoria de servidumbre de paso a favor de la subcomunidad del EDIFICIO NUMERO 1, del conjunto inmobiliario de la calle R s/n de Cariñena, Zaragoza (hoy avenida G), finca registral n.º, subdividido en cuatro fincas registrales numeradas de la a la, que se corresponden con los apartamentos SA, 6A, 58 y 6B y provisto de dos cuartos anexos, construidos bajo el forjado sanitario del inmueble destinados a cuartos de caldera para los apartamentos 5A y 58 y 6~ y 68 respectivamente, e identificando, como predio sirviente la plaza de garaje número cinco, finca registral n.º 14.692, entidad número nueve-cinco del conjunto inmobiliario sito en la calle en Cariñena (Zaragoza) en la R (hoy avenida G, n.º 23) propiedad de los demandados, solicitando la declaración de la existencia de servidumbre para el paso al cuarto de calderas comunitario a través de la escalera sita sobre la indicada plaza de garaje para uso y mantenimiento de las calderas de agua caliente sanitaria y de calefacción y para el llenado y vaciado de los depósitos de combustible de los Apartamentos 5A y 5B de la Subcomunidad del EDIFICIO NUMERO 1 del conjunto inmobiliario de la R sin número de Cariñena (hoy avenida G n.º 23), interesando, así mismo, la condena a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a restituir la escalera de paso al cuarto de calderas existente a su estado originario, dejándola libre expedita a fin de ser utilizada por los demandantes para acceder al cuarto de calderas comunitario y la condena de los demandados a reparar el agujero abierto en la pared de la escalera comunitaria que da acceso a su plaza de garaje y al pago de las costas procesales.

En fundamento de su pretensión alegan que, al anexo que viene a satisfacer las necesidades de calderas para los apartamentos 5A y 58, tan sólo es posible su acceso a través de las escaleras existentes en la plaza de garaje propiedad de los demandados, escaleras que fueron colocadas por los demandados cuando eran propietarios tanto del EDIFICIO NUMERO 1, del conjunto inmobiliario de la calle R s/n de Cariñena, Zaragoza (hoy avenida G, n.º 23), finca registral n.º 14.632 como de la plaza de garaje número cinco, finca registral n.º 14.692, entidad número nueve-cinco del conjunto inmobiliario sito en la calle en Cariñena (Zaragoza) en la R sin (hoy avenida G, n.º 23) propiedad de los demandados, resultando de aplicación la disposición del artículo 541 del Código Civil por la colocación de un signo aparente de servidumbre por el propietario de ambas fincas, interesando la restitución de la escalera, en cuanto signo aparente de servidumbre y elemento común del inmueble, a su estado originario, por cuanto los demandados han procedido a su destrucción en fecha 5 de octubre de 2006 y a la reparación del agujero que, los demandados, comenzaron a abrir en un elemento común del inmueble en su deseo de ofrecer un nuevo paso al indicado cuarto de calderas, invocando, del mismo modo, que la referida servidumbre de paso ha sido ganada en virtud de prescripción, en aplicación del artículo 147 de la

Compilación de Derecho Civil de Aragón (CDCA), por cuanto que, la fecha de finalización de las obras datan del 31 de agosto de 1995 y el primer acto contrario al uso de la servidumbre tuvo lugar en octubre de dos mil seis, al tiempo de la destrucción de las escaleras de paso por los demandados.

Por la parte demandada se formula oposición alegando que en la documentación aportada por la actora, así como, en el certificado de fin de obra, aportado como documento dos de la demanda, no se alude a la servidumbre de paso interesado por la demandante, que los garajes se hayan ubicados en una finca independiente que no forma parte del conjunto inmobiliario de la R y que se fueron adjudicando a los propietarios que iban adquiriendo viviendas, manifestando que, los indicados apartamentos, en el proyecto inicial, estaban dotados de calefacción eléctrica, si bien, en el desarrollo posterior del proyecto, se adoptó, como medida transitoria, la ubicación de dos calderas, una para cada ala del edificio, en el forjado sanitario existente en el mismo, situación que era conocida por el primer adquirente del apartamento 5-A, D. JH en marzo de 1.996, alegando que, toda vez que los demandantes no sólo hacen uso del paso por la plaza de garaje para acceder al cuarto de calderas sino que, aprovechando la ausencia de los demandados, ocupan indebidamente la referida plaza de garaje, intentó ofrecer a los actores un nuevo paso y la legalización del cuarto de calderas, a lo que se opusieron los actores, remitiendo sendos burofax a (os mismos en fecha 11 de diciembre de dos mil cinco, prohibiendo el uso de su plaza de garaje para acceder al mencionado cuarto de caldera y ofreciendo soluciones alternativas, alegando la imposibilidad de ganar la servidumbre de paso por prescripción, toda vez que, el paso por su plaza de garaje fue consentido y además desde marzo de 1996, esto es, desde la fecha de venta del apartamento 5-A, interesando la desestimación íntegra de la demanda con imposición de costas a los actores, y formulando reconvenición, contra los demandantes principales, ejercitando acción negatoria de servidumbre, para obtener sentencia por la que se declare que el garaje de su propiedad se encuentra libre de toda carga o gravamen de carácter real, sin tener que soportar la pretendida servidumbre de paso solicitada por los demandantes para acceder a la caldera y que se declare el derecho de los demandados reconvinientes a realizar las obras necesarias contenidas en el dictamen pericial aportado a las actuaciones para que los demandantes reconvenidos accedan al cuarto de calderas contenidas a través de las escaleras que arrancan en sentido descendente del patio de acceso a sus viviendas, haciendo estar y pasar a los demandados por ambas declaraciones e imponiéndoles las costas de la reconvenición.

Por la demandante se formula oposición a la pretensión reconvenicional alegando falta de legitimación pasiva para soportar la reconvenición deducida en el pleito por corresponderla legitimación pasiva a la subcomunidad de propietarios del EDIFICIO NUMERO 1 de la R, s/n de Cariñena (Zaragoza), hoy avenida de G n.º 23, y oponiéndose a las alegaciones vertidas de contrario, con fundamento en las alegaciones vertidas en su demanda principal e interesando la desestimación íntegra de la demanda reconvenicional y la libre

absolución de los demandantes reconvenidos con expresa imposición de costas a los reconvinentes.

SEGUNDO.— Falta de legitimación pasiva.

La resolución de la cuestión relativa a la falta de legitimación de los demandantes reconvenidos para soportar la demanda reconvenicional, exige, previamente, hacer referencia a la naturaleza y origen del inmueble y los elementos del mismo que pudieran ser afectados, con el fin de determinar si los demandantes principales, gozan de legitimación para soportar la pretensión o la misma debe dirigirse frente al conjunto inmobiliario o, en su caso, la Subcomunidad del EDIFICIO NUMERO 1 del conjunto inmobiliario de la R sin número de Cariñena (hoy avenida G, no 23).

En este orden de cosas, de acuerdo con la documental obrante en las actuaciones y en concreto el Documento 2 de los acompañados al escrito de demanda, resulta que la mercantil BG SRL, adquirió el dominio de las fincas registrales n.º y, agrupándolas en una sola finca, dando lugar a la n.º, segregando parte de la misma, dando lugar a la finca registral n.º inscrita a favor de la mercantil y que no guarda relación con el objeto del pleito. El resto de la finca registral n.º se constituyó en Régimen de Propiedad Horizontal, dividiéndose en 9 departamentos independientes, que pasaron a ser las fincas registrales n.º a, de los cuáles fueron adjudicados a D. José, en pago de los salarios que, por el trabajo realizado, adeudaba la mercantil, entre otros, el departamento o EDIFICIO I, finca registral, donde se encuentran los cuartos de calderas, y que D. José subdividió en cuatro apartamentos 5-A, 6-A, 5-8 y 6-8 (fincas registrales n.º) inscribiendo el dominio de los mismos a su favor y al de su esposa Dña. Rosa y habiendo correspondido al mismo, una participación indivisa del 15 por ciento del Departamento número 9, finca registral n.º, donde se ubican las plazas de garaje, que fueron subdivididas en ocho fincas registrales, inscribiendo a su favor D. José y Dña. Rosa el dominio de la plaza de garaje n.º 5 del Departamento 9 del conjunto inmobiliario, sujeto a régimen de propiedad horizontal, finca registral n.º. Las adjudicaciones a favor de D. José, se realizaron, encontrándose la obra en construcción y asumiendo el adjudicatario, la terminación de las obras, liberando a la sociedad de tal obligación.

La ejecución del EDIFICIO 1, posteriormente dividido en 4 apartamentos, se apartó de su proyecto inicial, como reconoce el demandado reconviciente en su escrito de contestación a la demanda, y se aprovechó el forjado sanitario del inmueble, espacio existente entre el forjado de la planta baja y la cimentación, para la creación de dos cuartos de calderas, uno para cada ala del edificio, si bien, la modificación del proyecto original no consta en las correspondientes escrituras, encontrándose los referidos cuartos de calderas sin legalizar y sin que, lógicamente, el dominio de los referidos cuartos haya sido atribuido a ningún propietario.

Así mismo, la escritura pública de segregación, agrupación, obra nueva y división horizontal, acompañado, como Documento n.º 9, al escrito de contestación a la demanda y reconvenición, determina las normas de comunidad del conjunto inmobiliario y establece una Subcomunidad o "subdivisión horizontal del Departamento número de la Propiedad Horizontal, Sub-

comunidad que se corresponde con el inmueble en que se encuentran sitios los apartamentos propiedad de los litigantes, estableciendo las cuotas que le corresponde a cada apartamento en la Subcomunidad y en el Conjunto Inmobiliario, por lo que tanto el Conjunto Inmobiliario en su totalidad como la Subcomunidad indicada, quedan sujetos a la Ley de Propiedad Horizontal (LPH), en la determinación de los elementos comunes y privativos de acuerdo con los artículos 2, 5 y 24 LPH y de conformidad con la legislación aplicable.

En este orden de cosas, los anexos de la Subcomunidad EDIFICIO I, destinados a cuartos de caldera para satisfacer las necesidades de los 4 apartamentos en que se divide el indicado edificio gozan de la condición de elementos comunes del inmueble, tanto por su destino o utilidad, en aplicación del artículo 396 del Código Civil, como por el hecho de no haber sido adjudicado a propietario alguno. Por otra parte, las escaleras que dan acceso al patio de viviendas, gozan, así mismo, de la condición de elemento común del inmueble por cuanto que no se ha aportado prueba alguna que permita atribuirle carácter de elemento privativo, propiedad exclusiva de los demandados reconvinentes, como se razonará en el Fundamento Jurídico Cuarto.

Por los demandados se formula reconvenición frente a los demandantes principales, esto es, D. Pedro y D. Enrique, como resulta del escrito de reconvenición que, si bien es cierto que, en el encabezamiento del escrito, no lo indica expresamente, así resulta del Fundamento Jurídico VI de su escrito de reconvenición por el que solicita la imposición de costas para los demandantes reconvenidos y, en concreto, se ejercita acción negatoria de servidumbre y acción declarativa del derecho de los mismos a realizar obras para dar un nuevo acceso a los cuartos de calderas a través de las escaleras que dan acceso al patio de las viviendas.

El ejercicio de una acción negatoria de servidumbre, en la que figura como predio dominante la Subcomunidad Edificio 1, sito en la calle R s/n de Cariñena (Zaragoza) hoy avenida de G n.º 23, de acuerdo con su propia división horizontal, no puede dirigirse, exclusivamente, frente a dos de los propietarios comuneros de la misma, sino que, necesariamente ha de ejercerse frente al titular del predio dominante, y con relación a la ejecución de obras para modificar el paso al cuarto de calderas, toda vez que, las mismas, afectan a elementos comunes del conjunto inmobiliario sujeto a propiedad horizontal, los demandantes principales, carecen, de legitimación pasiva para soportar la pretensión frente a ellos dirigida, de tal forma que la reconvenición debió dirigirse frente a la Subcomunidad Edificio 1, sin que ninguna mención se formulara en este sentido en el escrito de reconvenición.

En consecuencia, estimando la excepción de fondo de falta de legitimación pasiva opuesta por la representación procesal de D. Pedro y D. Enrique, resulta procedente desestimar íntegramente la demanda reconvenicional interpuesta por Dña. María Jesús en nombre y representación de D. José y Dña. Rosa, quedando la cuestión imprejuzgada y sin perjuicio de que, por el interesado pueda dirigirse nuevamente su pretensión frente a persona hábil para ello.

TERCERO.— Servidumbre de paso.

Por D. Pedro y D. Enrique se interesa la declaración de la existencia de servidumbre de paso sobre la plaza de garaje número cinco, finca registral nº, entidad número nueve-cinco del conjunto inmobiliario sito en la calle en Cariñena (Zaragoza) en la R (hoy avenida nº 23) propiedad de los demandados y a favor de la subcomunidad del EDIFICIO NUMERO 1, del conjunto inmobiliario de la calle R de Cariñena, Zaragoza (hoy avenida nº 23) alegando que por el propietario de ambas fincas se estableció un signo aparente de servidumbre, la escalera de acceso a los cuartos de calderas existentes en el EDIFICIO 1 y la puerta de entrada a la misma, por lo que resulta de aplicación la disposición del artículo 541 del Código Civil y alegando la adquisición de la servidumbre por prescripción, en aplicación del artículo 147 CDCA, por cuanto las obras finalizaron el 31 de agosto de 1995 y el primer acto contrario al uso de la servidumbre tuvo lugar en octubre de dos mil seis, al tiempo de la destrucción de las escaleras de paso por los demandados.

Con relación a la construcción del cuarto de calderas se carece de toda documentación, habida cuenta que fue construido al margen del proyecto inicial y no existe constancia documental relativa a las mismas, así como respecto a las escaleras y puerta de acceso. No obstante, la prueba practicada en el acto del juicio permite extraer las siguientes conclusiones:

Por el demandado se reconoce la existencia del cuarto de calderas, alegando, en su escrito de contestación a la demanda, que fueron ejecutados al margen del proyecto inicial, aprovechando el forjado sanitario existente en el EDIFICIO 1, colocando dos calderas, una para cada ala, y manifestando que, los referidos cuartos de calderas ya existían al tiempo en que los demandados reconvinentes, enajenaron el apartamento 5-A al primer adquirente D. JH en marzo de 1996.

Así mismo, se infiere, del documento 2 acompañado al escrito de demanda, que el EDIFICIO 1 del conjunto inmobiliario fue adjudicado a D. José en pago de los salarios que, por el trabajo realizado, adeudaba la mercantil, encontrándose la obra en construcción y asumiendo el adjudicatario, la terminación de las obras, liberando a la sociedad de tal obligación. D. José, dividió el EDIFICIO 1, en cuatro apartamentos y conservó la propiedad de los mismos hasta al menos marzo de mil novecientos noventa y seis, fecha en que enajenó el apartamento 5-A a D. Javier, fecha en que, el propio demandado en su escrito de contestación a la demanda, reconoce la existencia de los indicados cuartos de calderas. Como quiera que, D. José, le fue adjudicado el EDIFICIO 1 en fase de construcción, asumiendo el mismo la terminación de las obras y puesto que gozaba de la condición de propietario de la totalidad del inmueble hasta marzo de 1996, fecha en que por el mismo se reconoce ya la existencia de los cuartos de calderas, la única conclusión posible es que D. José procedió, por sí mismo o a través de terceras personas, a la dotación del EDIFICIO 1 de dos cuartos de calderas en sustitución de la calefacción eléctrica original prevista para cada uno de los apartamentos, dotando, lógicamente, a los mismos de puerta de acceso y una pequeña escalera situada, en la plaza de garaje nº 5 del Departamento nº 9 que también le fue adjudicado

y cuyo dominio, disfrutaban los demandados reconvinentes en la actualidad.

La posibilidad de que terceras personas pudieran haber colocado las escaleras de acceso al cuarto de calderas en la plaza de garaje propiedad del demandado y la puerta de entrada al mismo, resulta improbable, toda vez que D. José asumió la terminación de las obras y hasta la enajenación del primero de los apartamentos, entonces de su propiedad, no hubo propietario intermedio, reconociendo, que en marzo de 1996 ya existían el cuarto de calderas y evidentemente las escaleras y puerta de acceso del mismo.

En consecuencia, D. José y Dña. Rosa, propietarios originales del inmueble EDIFICIO 1 y de la plaza de garaje nº 5 del Departamento nº 9, establecieron entre ambas fincas un signo aparente de servidumbre, esto es la escalera de acceso al cuarto de calderas sobre la plaza de garaje y la puerta de acceso al referido cuarto, habiendo, con posterioridad, enajenado dos de los apartamentos en que se dividió el EDIFICIO 1, sin que se hubiera hecho constar referencia alguna, en contra de la persistencia de la servidumbre en las escrituras de compraventa de los apartamentos y sin que, antes de su otorgamiento, se hiciera desaparecer el signo aparente de servidumbre, por lo que resulta de plena aplicación la disposición del artículo 541 del Código Civil en consonancia con el artículo 539 del mismo cuerpo legal al objeto de reconocer la existencia de título de adquisición de servidumbre de paso, en cuanto servidumbre discontinua aparente.

Conviene, finalmente, destacar que, dada la configuración actual del inmueble, la única posibilidad de acceso al cuarto de calderas existente en el EDIFICIO 1 del conjunto inmobiliario, es atravesando la plaza de garaje nº 5 del departamento nº 9 del mismo, propiedad de los demandados reconvinentes, sin perjuicio de la posibilidad de alterar el paso existente ofreciendo otro apropiado que, no siendo objeto del presente juicio dada la falta de legitimación pasiva de los demandantes reconvenidos para soportar la pretensión, deberá debatirse en el procedimiento que corresponda.

Por todo lo expuesto, en aplicación del artículo 541 y 539 del Código Civil, resulta procedente estimar la pretensión de declaración de existencia de servidumbre de paso interesado por la representación procesal de D. Pedro y D. Enrique sin necesidad de entrar a resolver la adquisición de servidumbre por prescripción habida cuenta la existencia de título suficiente que legitima su existencia.

**CUARTO.—** Responsabilidad extracontractual y reparación de daños.

Interesa la demandante principal la escalera de paso al cuarto de calderas existente a su estado originario, dejándola libre expedita a fin de ser utilizada por los demandantes para acceder al cuarto de calderas comunitario y la condena de los demandados a reparar el agujero abierto en la pared de la escalera comunitaria que da acceso a su plaza de garaje.

Por los demandados reconvinentes, se reconoce, en su escrito de contestación y demanda reconvenicional, que iniciaron las obras de nuevo acceso y legalización de los cuartos de calderas, que consistieron, tal y como queda acreditado en virtud del documento nº 8 de los acompañados a la demanda, en la destruc-

ción parcial de la escalera de acceso al cuarto de calderas y la realización de un agujero sobre una pared de la escalera que une la planta baja del EDIFICIO I con la zona de garajes.

Con relación a las escaleras de acceso al cuarto de calderas existente en la plaza de garaje nº 5 del Departamento nº 9 del conjunto inmobiliario, preceptúa el artículo 545 del Código Civil que "El dueño del predio sirviente no podrá menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituida", por lo que de conformidad con el artículo 1.902 y 545 del Código Civil surge para los demandados reconvinentes la obligación de restituir a su costa la referida escalera a su estado originario.

Con relación al agujero abierto en la pared de la escalera comunitaria que da acceso a su plaza de garaje alega, el demandado reconviciente, que las indicadas escaleras les pertenecen en propiedad de acuerdo con la escritura de adjudicación en pago de fecha 4 de agosto de 1.994, que en su apartado **NORMAS DE LA COMUNIDAD. ESTATUTOS.** establece que "El propietario de una participación indivisa del departamento nº 9, planta sótano o semisótano, con derecho a uso exclusivo de una plaza de garaje, podrá, abrir la escalera de acceso a la vivienda situada sobre su plaza de garaje o bodega, siempre que tal vivienda le pertenezca".

Del contenido de los Estatutos de la Comunidad de Propietarios, no es posible concluir que la referida escalera goce de la condición de privativa y por lo tanto pertenezca al dominio de los demandados reconvinentes, toda vez que, de acuerdo con los mismos, tan sólo se autoriza, al propietario, en quién concurren los requisitos que expresa, a abrir una escalera de acceso a la vivienda situada sobre su plaza de garaje, se entienda por razones de comodidad, con el fin de evitar acceder a la zona de garaje por la entrada de vehículos, pero sin que, de su redacción, pueda afirmarse que, la apertura de la escalera de acceso, confiera la propiedad de la misma a quien la ejecute, sino tan sólo comporta una previsión futura que permita el acometimiento de la obra. Del mismo modo, por el demandado reconviciente, no se aporta título alguno de propiedad de la indicada escalera. Y examinado el informe pericial elaborado por el arquitecto JGM, aportado por la demandada reconviciente, se evidencia que, las indicadas escaleras, no conectan, directamente, los apartamentos propiedad de los demandados con la escalera sino que, ésta, va a parar a un zaguán de entrada, sito en la planta baja del EDIFICIO I, a modo de distribuidor de las puertas de acceso de los apartamentos situados en planta baja y la escalera de acceso a los apartamentos sitos en la planta primera. En consecuencia, tales escaleras, con independencia del autor material de las mismas, merecen la consideración de elemento común del inmueble para su adecuado uso y disfrute, en aplicación del artículo 396 del Código Civil y la Ley de Propiedad Horizontal que lo desarrolla.

Por ello, habiendo los demandados realizado un agujero en un elemento común del inmueble, en aplicación del artículo 9.1 a) y g) de la Ley de Propiedad Horizontal y artículo 1902 del Código Civil, surge para los demandados reconvinentes la obligación de su reparación, reponiendo la pared de la escalera co-

munitaria que da acceso a su plaza de garaje a su estado originario.»

e.— Usucapión de servidumbres no aparentes:

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Calamocha de 24 de septiembre de 2007. Servidumbre no aparente:

«PRIMERO.— El demandante ejercita una acción de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, así como una negatoria de servidumbre de paso de un cableado subterráneo de T. Basa su pretensión en la inexistencia de apariencia alguna de servidumbre y de título alguno que lo justifique. Así, alega que en el título de adquisición de la vivienda consta como libre de cargas y no aparece servidumbre alguna, y que únicamente tuvieron conocimiento de su existencia con motivo de unas obras en la vivienda que les obligaban a efectuar excavaciones. Con motivo de esas obras se produjo la rotura del cableado subterráneo, lo que conllevó la reclamación de su reparación por parte de T y posterior condena. Por lo que respecta a la reclamación de daños y perjuicios la sustenta en dos conceptos, por un lado reclama 8.686,14 € como cantidad por la que ha sido condenada por este juzgado, y confirmada por la Audiencia Provincial, a abonar a la entidad demandada por los daños ocasionados en el cableado subterráneo, y por otro lado reclama 12.000 € por los perjuicios que el cableado causa a la actora, que se ve impedida de realizar obras en su vivienda.

Por su parte, el demandado se opone a las acciones ejercitadas por el actor sobre la base de una excepción de fondo: la adquisición de la mencionada servidumbre por medio de la prescripción adquisitiva o usucapión. Efectivamente, considera que dicha prescripción se ha producido por haber transcurrido el plazo de diez años marcado por la Ley Aragonesa, pues contaba con justo título al haber sido autorizado por el anterior propietario de la vivienda.

SEGUNDO.— El presente pleito tiene origen en la rotura de un cable telefónico propiedad de la empresa demandada, T de S.A.U, por parte de la actora cuando realizaba reformas en su vivienda. Dado que la cuestión de la reparación del cableado fue objeto de un anterior proceso, nos centraremos en el objeto de este que versa sobre la existencia o no de una servidumbre. El artículo 530 del Código civil define las servidumbres, al decir que es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño, luego las clasifica en el artículo 532 en servidumbres aparentes y no aparentes, siendo éstas últimas las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia, y continuas y no continuas. Por lo tanto, y a la vista del código civil se puede afirmar que nos encontramos con una servidumbre discontinua al requerir actos del hombre (SS de 11 de noviembre de 1954 y de 18 de noviembre de 1992) y no aparente, dado que el cable de Telefónica discurre por debajo del suelo, no siendo posible tener conocimiento cierto de su existencia por la simple observación y se establece de una manera permanente. Al mismo tiempo, se trata de una servidumbre legal, recogida en el artículo 549 Cc pues tiene por objeto la utilidad pública, y dentro de las servidumbres legales, se puede encuadrar la mencionada servidumbre en las de paso. Dicho encuadre sólo se puede llevar a cabo de una manera

analógica, puesto que, dada la fecha de publicación del Código civil, es claro que la servidumbre objeto del pleito no estaba regulada.

Por lo que respecta a los modos de adquirir las servidumbres, el código civil no permite la usucapión de las servidumbres no aparentes. No obstante, debemos acudir a los artículos 147 y 148 de la Compilación aragonesa, aplicables a todas las servidumbres existentes en Aragón, aunque no tengan una regulación expresa en la Compilación. En el artículo 148 se señala que las servidumbres no aparentes, susceptibles de posesión, pueden adquirirse por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes con buena fe y justo título. Por lo que se hace necesario determinar si existe dicho justo título, y si ha transcurrido el plazo marcado por la ley.

TERCERO.— En cuanto al justo título, los actores entienden que no existe, puesto que ellos en ningún momento autorizaron la existencia del cableado subterráneo, y que cuando adquirieron la vivienda, ésta estaba libre de cargas. Es cierto que en el momento de adquirir la vivienda ésta no tuviera ninguna carga, así consta en la certificación del Registro de la Propiedad. Pero sí que había un título que autorizaba para que ésta se consumara, ya que en el documento 17 de la contestación a la demanda consta la autorización del anterior propietario para establecer el cableado subterráneo. Si bien es cierto que en el encabezado consta el nombre del marido, don MGA, y en la firma la impronta de su mujer, no se puede negar la validez del documento, dado que ambos cónyuges están autorizados para llevar a cabo actos de mera administración y disposición de la vivienda. A pesar de que ambos cónyuges afirman que no recuerdan haber autorizado ninguna servidumbre, la esposa reconoce como su firma la rúbrica que consta en el documento. Por tanto, se puede afirmar la existencia de justo título que les autorizada para usucapir la servidumbre.

Se hace preciso recordar los distintos medios de adquirir el derecho de pasar el cableado subterráneo que tiene T. Afirma que se puede llevar a cabo, o bien realizando la expropiación de los terrenos, lo cual conlleva un largo expediente administrativo y una larga espera, o bien mediante la simple autorización del propietario del inmueble por el que va a discurrir el cableado, autorización que les faculta para adquirir la servidumbre por medio de prescripción, una vez transcurrido el plazo exigido por la Compilación. Es este último método el utilizado en este supuesto, por lo que resta por estudiar si se ha consumado dicho plazo legal.

CUARTO.— La Compilación aragonesa en su artículo 148 establece que la posesión se debe llevar a cabo durante diez años entre presentes. El documento de autorización data de junio de 1994, al tiempo que se ha podido acreditar que las obras de construcción del cableado finalizaron antes de 1995, pues de otra manera se tendría que haber renovado la autorización del Ministerio de Obras Públicas, por lo que el plazo de prescripción adquisitiva se consumaría a lo largo del año 2004. Fue en la primavera de 2005 cuando se ocasionaron los daños en el cable y por lo tanto cuando se tuvo conocimiento cierto de su existencia.

Conectado con lo anterior debe aplicarse el artículo 36 b) de la Ley Hipotecaria, que hace referencia a la prescripción adquisitiva contra tabulas de derechos

frente a titulares inscritos, según la cual sólo será efectiva la prescripción consumada o la que pueda consumarse dentro del año siguiente a su adquisición, siempre que no habiendo conocido, ni podido conocer, la posesión de hecho al tiempo de la adquisición, el adquirente inscrito la consiente, expresa o tácitamente, durante todo el año siguiente a la adquisición. Cuando la prescripción afecte a una servidumbre negativa o no aparente, y ésta pueda adquirirse por prescripción, el plazo del año se contará desde que el titular pudo conocer su existencia, o en su defecto, desde que se produjo un acto obstativo a la libertad del predio sirviente. Debe examinarse si concurren todos los presupuestos marcados por la ley para que se considere consumada la prescripción adquisitiva. Por un lado el plazo exigido sí ha transcurrido, como ya se ha puesto de manifiesto, dado que la instalación del cable se efectuó en 1994 y las obras con las que se dañó son de 2005, y por otro lado, también se ha consentido dicho acto posesorio durante más de un año, contándose desde la fecha de las obras, junio de 2005, hasta la primera reclamación que es de diciembre de 2006. Por todo lo cual se debe afirmar que se ha adquirido por prescripción adquisitiva la servidumbre del cableado subterráneo, debiendo desestimarse la pretensión relativa a la acción negatoria de servidumbre.»

— Derecho de Obligaciones:

a.— Derecho de Abolitorio:

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de julio de 2007. Retracto de abolitorio. Artículo 150 de la Compilación. Plazo de caducidad de carácter sustantivo. La acción ya había caducado cuando se ejercitó:

«PRIMERO: Se plantea en el escrito de oposición al recurso una posible causa de inadmisibilidad de la apelación, pues el actor no ha acreditado, ni al momento de presentar la demanda ni tampoco después, la consignación del precio reseñado en escritura pública de compraventa, lo que, conforme a los arts. 266 y 269 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe suponer, siempre según la parte apelada, la inadmisión a trámite del recurso. Hemos de observar al respecto que el párrafo segundo del referido art. 269 dispone que “no se admitirán las demandas a las que no se acompañen los documentos a que se refiere el artículo 266”, el cual, a su vez, señala que “se habrán de acompañar a la demanda: (...) 3.º Los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto y, cuando la consignación del precio se exija por ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto”, preceptos que pueden considerarse aplicables al caso que nos ocupa ya que el art. 150.1 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón establece que “el derecho de abolitorio se ejercitará entregando o consignando el precio” en los plazos que constan en dicha norma.

Ahora bien, si la falta de consignación del precio puede, y debe, conducir a la inadmisión de la demanda, no ha de ocurrir necesariamente lo mismo con el recurso, máxime cuando la propia Ley de Enjuiciamiento Civil regula los casos en los que los recursos deben ser inadmitidos, como sucede, por poner unos ejemplos, en los apartados primero (no acreditar el demandado en procesos que llevan aparejado el lan-

zamiento tener satisfechas las rentas vencidas y que deba pagar adelantadas), tercero (no haber acreditado el condenado en procesos derivados de la circulación de vehículos el depósito del importe de la condena más intereses y recargos) y cuarto (no acreditar el comunero deudor de la comunidad de vecinos el pago o consignación del importe de la condena) del art. 449 de dicha Ley, por no mencionar todos aquellos casos en que se interpone un determinado recurso frente a una resolución contra la que no cabe dicho modo de impugnación, lo cual constituye una obvia causa de inadmisibilidad del recurso, sin que, volviendo a nuestro caso, la Ley contemple que la no justificación documental de la consignación del precio en un retracto deba considerarse como causa de inadmisión del recurso de apelación interpuesto contra la resolución de primera instancia.

Sin embargo, y aunque no quepa declarar la inadmisibilidad de la presente apelación, ha de reconocerse que la parte apelada sí ha puesto de manifiesto un motivo que debió haber dado lugar a la inadmisión de la demanda y que, en el momento actual, debería operar como causa de desestimación, ya no del recurso sino de la propia demanda, si bien la cuestión relativa a la falta de consignación del precio no ha sido planteada en su recurso por la parte actora, pues la juzgadora de instancia, que analizó uno por uno los requisitos legalmente exigibles para la prosperabilidad la acción de retracto de abolorio, consideró que dicha falta de consignación era un defecto subsanable y que, al no habersele ofrecido al actor la posibilidad para subsanarlo, no cabía estimar esta circunstancia como causa de desestimación, argumentación que, por todo lo ya expuesto, este Tribunal no puede asumir.

SEGUNDO: Todo ello no obstante, la pretensión del actor debe seguir siendo rechazada aún sin tener en cuenta lo que acabamos de exponer. La Sra. Juez rechazó la demanda en primera instancia, además de por estimar una excepción de falta de legitimación activa, por entender que la acción había prescrito al ejercitarse fuera del plazo previsto en el precitado art. 150 de la Compilación Aragonesa. Con relación a este último requisito, sostiene el recurrente que, de conformidad con el art. 130 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son inhábiles los domingos y los días del mes de agosto, de modo que, admitiendo la parte que el plazo aplicable al caso es el de noventa días tras la inscripción registral del título, la cual tuvo lugar el día 9 de mayo, dicho plazo se habría respetado, siempre a criterio del actor, al haberse interpuesto la demanda el día 9 de septiembre. Hemos de considerar al respecto que es cierto que el art. 133.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone, para los llamados plazos procesales, que "en el cómputo de los plazos señalados por días se excluirán los inhábiles", en oposición al art. 5.2 del Código Civil, que sigue señalando que "en el cómputo civil de los plazos no se excluyen los días inhábiles", mas ya dijimos en nuestra Sentencia de 7 de junio de 1993 que el plazo de ejercicio de la acción del art. 150 de la Compilación no se trata de ningún plazo procesal sino de un plazo de caducidad de carácter sustantivo, de derecho material, como también decíamos en nuestro Auto de 18 de febrero de 2005 que una cosa es el cauce o trámite procesal que debe seguirse, para lo que habrá que tener en cuenta los

días y horas hábiles, y otra diferente los problemas derivados de la caducidad de la acción, de modo que, aunque son inhábiles los días del mes de agosto —artículo 183 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, tal inhabilidad se refiere a las actuaciones judiciales, no a la computación de un plazo de caducidad, pues al no ser ésta susceptible de interrupción sólo admite su ejercicio ante los tribunales. Consideramos por todo ello que, al no existir motivo alguno para excluir el mes de agosto del cómputo, la acción ya había caducado cuando se ejercitó, por lo que no hace falta examinar la concurrencia de ningún otro requisito para desestimar la demanda, como tampoco será necesario insistir en la tan mencionada falta de consignación del precio de la enajenación, pese a tratarse, como ya hemos dicho, de una causa de inadmisibilidad de la demanda.

TERCERO: Alega el recurrente, por otra parte, que ha existido un defecto legal en el modo de resolver el proceso, ya que la Sentencia, al estimar las excepciones de falta de legitimación activa y de prescripción de la acción, no ha entrado a conocer del fondo del asunto, añadiendo la parte que en el Juicio Ordinario debe ser la audiencia previa, y no la Sentencia, el momento en que tales cuestiones procesales deben ser resueltas. No podemos compartir esta tesis, ya que ninguna de las cuestiones aceptadas por la juzgadora para desestimar la demanda ha de resolverse en la audiencia previa conforme al art. 416 de la Ley Procesal, pues ni están comprendidas entre las enumeradas en el apartado primero de dicha norma ni se trata de "circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo", ya que la falta de legitimación aceptada por la Sra. Juez se refería a la legitimación "ad causam" y no "ad processum", siendo esta última la que en su caso debería haberse ventilado en la audiencia previa, y ya hemos dicho que la caducidad de la acción es una cuestión de derecho material que, de cara a la desestimación de la acción, supone un motivo de fondo y no un obstáculo para que el proceso no pueda ser resuelto mediante Sentencia.

En cuanto a las costas de primera instancia, y abor-dando ya el último motivo del recurso, no apreciamos duda alguna, ni de hecho ni de derecho, para excluir el criterio del vencimiento objetivo del art. 394 de la Ley Procesal, sin que las consideraciones realizadas en el recurso sobre la especialidad de la acción y la cuantía del pleito deban conducir a un pronunciamiento distinto del ya adoptado en la Sentencia apelada. Por otra parte, y con relación al motivo subsidiario de recurso, difícilmente pueden limitarse las costas de primera instancia a cargo del actor a las devengadas hasta la audiencia previa, pues insistimos en que ninguna de las dos circunstancias que condujeron a la Sra. Juez a rechazar la acción debía haberse resuelto en dicho momento procesal.»

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Zaragoza de 31 de enero de 2007. Elemento subjetivo o teleológico del interés familiar:

«PRIMERO.— EXCEPCION DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE Retracto de Abolorio Y FALTA DE REQUISITO PREVIO DE PROCEDIBILIDAD como es la entrega o consignación del importe de la compraventa.

La forma y plazo para ejercitar el retracto de abolorio se regula en el art. 150 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967 y en nuestro caso no existió notificación fehaciente de la compraventa, por lo que hemos de analizar el párrafo 2º que indica que "a falta de notificación fehaciente, el término será de 90 días a partir de la fecha de la inscripción del título en el Registro de la Propiedad o, en su defecto, del día en que el retrayente conoció la enajenación y sus condiciones esenciales".

La parte demandada no ha probado por declaración testifical que la actora conociera las condiciones esenciales de la compraventa antes de la inscripción en el Registro de la Propiedad en 9-12-05, por lo que es dicha fecha la que tomamos como referencia como dies a quo para el cómputo temporal de ejercicio de la acción. La demanda judicial se interpone el 27-3-06 y los demandados entienden que ha caducado ya que el acto de conciliación de 28-2-06 con aval bancario de ofrecimiento del precio de compraventa no interrumpiría la caducidad, porque sería preciso la interposición de la correspondiente demanda judicial.

No podemos compartir dicha tesis ya que la interposición en plazo del acto de conciliación con ofrecimiento del precio mediante aval bancario implica el ejercicio del derecho de retracto, porque mediante él se pretende la constitución del negocio jurídico de subrogación que la ley otorga, y al efectuarse dentro del tiempo hábil correspondiente se ha interrumpido el plazo de caducidad por vía judicial.

El segundo motivo de oposición formal se refiere al aval bancario presentado con la demanda, en lugar de haber hecho entrega o consignación efectiva del precio, según la literalidad del art. 150.1º de la Compilación Aragonesa.

Antes de la reforma de la LEC 2000, en la interpretación jurisprudencial del art. 1518 del C. Civil y a. 1618,2º LEC 1881 se había admitido la consignación efectuada por cheques conformados porque cumplía su finalidad legal en condiciones esencialmente iguales o semejantes a como la hubiera cumplido la entrega en metálico (STC 27-1-92)

La nueva LEC 1/2000 admite en el art. 529.3 como forma de pago de una caución el dinero efectivo y en igualdad de condiciones el aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.

El aval de Caja Madrid (doc. 33) reúne dichos requisitos y es ejecutable al elevar a escritura pública de reventa las fincas objeto de retracto.

En consecuencia, consideramos que el requisito de procedibilidad sobre consignación del precio se ha cumplido.

**SEGUNDO.— ELEMENTOS OBJETIVOS CONSTITUTIVOS DEL RETRACTO DE ABOLORIO.**

Los elementos objetivos constitutivos del retracto de abolorio se recogen en el art. 149 y 150 de la C. Aragonesa y concurren en nuestro caso:

a) La retrayente es hermana de la vendedora, por lo que está dentro de los parientes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes.

b) Los inmuebles enajenados han permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a las del disponente y no se cuestiona por los codemandados, siendo un hecho no controvertido.

c) El ejercicio de la acción de retracto se realiza en el plazo de 90 días desde la inscripción en el Registro de la Propiedad (9-12-05) ya que se interpuso acto de conciliación en 28-2-06.

d) La consignación del precio de la compraventa mediante aval bancario la hemos considerado válida por lo expuesto en el primer fundamento jurídico de esta sentencia.

e) Se adquiere el compromiso de no enajenar las fincas en el plazo de 5 años, con la salvedad que se incluye en caso de venir a peor fortuna.

**TERCERO.— ELEMENTO SUBJETIVO O TELEOLÓGICO DEL INTERÉS FAMILIAR**

La facultad moderadora de los tribunales, contemplada en el art. 149.2 Compilación Aragonesa, ha propiciado que la jurisprudencia Foral haya venido exigiendo, la concurrencia del interés familiar para estimar el retracto de abolorio, ya que en caso contrario, aún concurriendo los requisitos legales existe una tendencia generalizada a la desestimación de las demandas.

En nuestro caso, la retrayente afirma que junto a su marido son "profesionales de la agricultura" de toda la vida, o al menos, en los últimos 20 años. Acompaña una serie de documentos (doc. 16 a 26) que justificaría dicha actividad, así certificados de la Asociación Local de hortelanos de Zaragoza, recibos de pago a Comunidad de Regantes, reparación de tractor, compras de abono e insecticidas; escritos de propiedad de otras fincas rústicas. En los últimos años tenían unos huertos cultivados en el espacio "Ranillas" y los han vendido por casi 2 millones de euros para la Exposición Internacional de ZARAGOZA 2008, evitando el procedimiento expropiatorio. Afirman que por tanto, se han quedado sin tierra para seguir cultivando y mediante este retracto conseguirían nuevas fincas para seguir dedicándose a la agricultura.

Sin embargo, por la prueba documental consistente en las declaraciones de IRPF de 2005 no existen ingresos apreciables derivados de actividades agrícolas y sí importantes cantidades de rendimientos mobiliarios.

Por la testifical de MLHL, hermana de la actora y vendedora de las fincas objeto de retracto de abolorio consideramos que junto a las fincas litigiosas, situadas en La Cartuja, la retrayente tiene un campo de regadío, en el término de Miraflores, parcela del Polígono, en barbecho y que su intención no es la de cultivarla, sino también venderla. Que durante el año 2005 CH era concedora de los problemas de liquidez y embargos que gravaban las fincas ahora en litigio de ML y sin embargo, no manifestó voluntad alguna en comprarle las fincas.

MCH, en el interrogatorio, niega que su voluntad sea la de vender e incluso no reconoce que autorizó a su hijo JLH para firmar en 21-2-2005 el contrato de gestión con ECS, apoderado de " M.S.L.", por el que "ante la posibilidad de actuación en el término de Miraflores-La Cartuja Baja en la localidad de Zaragoza, sobre una partida aproximada a 1.000.000 m<sup>2</sup> se plantea la correspondiente intermediación por parte de La Gestora, que permita conseguir el objetivo de

venta directa en primer lugar o modificación Urbanística y Venta”.

En testifical, ECS, ratifica el contrato de gestión, así como que el hijo de MCH actuaba en representación de su madre, la cual incluso asistió, al menos, a una reunión general de todos los propietarios de fincas rústicas, afectados por un Plan Urbanístico, cuya finalidad es la de conseguir que dichos terrenos se califiquen como urbanizables y poder construir viviendas.

Que en la actualidad, dicha orden de venta está caducada, pero que puede afirmar que sigue existiendo la misma voluntad de venta por parte de MCH.

En definitiva, de una valoración conjunta de la prueba documental indicada, de las testificales de MLH y ECS llegamos a la convicción psicológica suficiente de que no existe un auténtico interés familiar de mantener unido el patrimonio inmobiliario rústico de la familia HL. La verdadera motivación es de clara especulación urbanística y por tanto, la institución foral del retracto de abolorio no puede amparar estos fines, ya que está concebida por la doctrina y la jurisprudencia en una doble vertiente:

- como institución dirigida a mantener en la familia de procedencia los bienes inmuebles, evitando su adquisición por manos extrañas, asegurando la familia su pervivencia y

- defiende la unidad del patrimonio familiar inmobiliario, a fin de que se mantenga fuerte y suficiente para las necesidades de la familia.

La jurisprudencia del TSJA, en sentencias de 22-1-1990 y 4-11-1992 es claramente restrictiva en los supuestos en que se le han planteado retractos de abolorio porque parten de que estamos ante una restricción al libre ejercicio de la propiedad y se utiliza la facultad moderadora del art. 149.2 C.A. para denegar este derecho cuando se demuestra que no concurre la FINALIDAD DEL INTERES FAMILIAR que justifica y late bajo esta institución.»

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia del Juzgado n.º 4 de Zaragoza de 19 de octubre de 2007. Retracto de abolorio. Concurren los requisitos legalmente establecidos y procede la nulidad de la hipoteca constituida sobre la finca por los demandados con posterioridad a la compra:

«PRIMERO.— El demandante, D. FCG, interpone la presente demanda en ejercicio de acción de retracto de abolorio y en relación a la casa sita en el n.º 6 de la calle M de la localidad de Fuentes de Ebro, finca registral n.º del Registro de la Propiedad de Pina de Ebro, y que fue vendida por su hermana D.ª CCG a los demandados en fecha 21 de noviembre de 2006. Fundamenta su pretensión en el art. 149 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón y por entender que se cumplen los requisitos exigidos para ello, al tratarse de un bien que ha permanecido en su familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores y se ha vendido a extraños a la familia. También solicita la nulidad de la hipoteca, constituida sobre la finca por los demandados con posterioridad a la compra y a favor del B.

Los codemandados, compradores de la finca, se oponen a la demanda por entender, en síntesis, que no concurren los requisitos exigidos para el retracto y ello por cuanto no se acredita el parentesco del demandante con la vendedora, tampoco resulta acreditado que

permaneciese en el patrimonio de la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores sino que del Registro de la Propiedad resulta que sólo ha permanecido durante una generación. También, alegan que no concurre el interés familiar que constituye el fundamento de esta institución y que el precio consignado por el actor no se corresponde con el pagado por la adquisición de la finca, el cual, junto con los demás gastos que han tenido que hacer frente y otros pago, asciende en conjunto a la cantidad de 76.636,12 €.

El B se opone a la demanda e, igualmente, alega que no concurren los requisitos exigidos para el retracto. Con respecto a la nulidad de la hipoteca se opone por cuanto dicha entidad es un tercero de buena fe que queda amparado por el art. 34 LH por lo que no puede quedar afectado por cuestiones referidas a personas cuya titularidad no figuró nunca en el Registro de la Propiedad.

SEGUNDO.— La primera cuestión a resolver es la relativa a la cuantía del procedimiento y cuya resolución se dejó en la audiencia previa para este momento.

En la demanda se ejercitan dos acciones: una la acción de retracto frente a los compradores de la finca y, la otra, la de nulidad de la hipoteca constituida por los demandados a favor de B, por importe total de 186.606 €.

El artículo 252, 1ª LEC establece que cuando se acumulen varias acciones principales que no provengan del mismo título, la cuantía de la demanda vendrá determinada por la cuantía de la acción de mayor valor. A su vez, la regla 6ª del art. 251 establece que en las demandas relativas a la existencia, inexistencia, validez o eficacia de un derecho real de garantía, el valor será el del importe de las sumas garantizadas por todos los conceptos. Si ponemos en relación dicha regla con la 3ª, apartado 4º, relativa al retracto, se concluye que la primera de ellas es la de mayor valor, pues el de la segunda viene determinado por el precio pactado en el contrato y que, en el presente caso, es de 48.000 €.

Por consiguiente, procede dar la razón al B y determinar la cuantía del procedimiento en la suma de 186.606 €.

TERCERO.— Por lo que respecta a la cuestión de fondo que plantea la demanda, la primera objeción que alegan las demandadas para la procedencia del derecho de abolorio, regulado en el art. 149 de la Compilación, es la ausencia de prueba del requisito del parentesco legitimador del ejercicio del derecho, es decir su condición de pariente colateral hasta el cuarto grado de la línea de procedencia del bien, por cuanto el demandante no ha acreditado, mediante certificaciones del Registro Civil, su condición de hermana de la vendedora de la finca, D.ª CCG.

Si bien es cierto que no se han aportado certificaciones del Registro Civil, no obstante, el parentesco entre demandante y vendedora como hermanos resulta de las escrituras de aceptación de herencia, de fecha 17 de febrero de 2002, aportada como documento n.º 3 de la demanda y de compraventa de la finca litigiosa, de fecha 21 de noviembre de 2006, aportada como documento n.º 1 de la contestación de D.ª MCV y D. RL. En dichas escrituras existe plena coincidencia en relación al nombre, apellidos y DNI de la Sra. CG

por lo que, conformidad con lo dispuesto en el art. 319.1 LEC, dichas escrituras hacen prueba plena de la identidad de las personas que en ellas han intervenido, pudiéndose concluir, por ello, que la persona que vende la finca litigiosa a los demandados es la misma que interviene como hermana del demandante en la escritura de aceptación herencia. Asimismo, la Sra. C reconoció en la prueba testifical su condición de hermana del demandante.

En segundo lugar, las demandadas alegan que tampoco concurre el requisito de la permanencia del inmueble en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente y ello por cuanto, según las certificaciones registrales aportadas, la finca litigiosa nº del Registro de la Propiedad de Pina de Ebro, se inscribe primeramente a nombre de la madre del demandante, D.ª CGC con lo que únicamente habría permanecido en la familia durante una generación.

De dichas certificaciones registrales resulta que la finca litigiosa es el resultado de la división de la nº, que, a su vez, se formó por la agrupación de las nº, las cuales habían accedido por primer vez al Registro de la Propiedad en el año 1965, por el procedimiento del art. 205 LH, inscribiéndose ambas a nombre de M.ª CGC. En las citadas inscripciones practicadas con arreglo al art. 205 LH, se dice que D. A, D. A, D. M, D.ª C y D.ª B, es decir, la madre del demandante y sus hermanos, adquirieron esas finca y 25 más por sextas partes y proindiviso entre ellos, por herencia de sus padres D.ª CCA y D. AGT, figurando a nombre de éste en el Registro Fiscal de Edificios y Solares, según el recibo de contribución correspondiente el pasado año. En la escritura de aceptación de herencia de 17 de febrero de 1990 (doc. 3) se señala como título de la adquisición de las fincas, la herencia de sus padres D.ª CC y D. AG, habiéndose adjudicado a la madre del demandante, en la escritura de extinción de proindivisión de 25 de marzo de 1965, ante el Notario de Pina de Ebro, D. Rafael de Aldama.

Por tanto, de todo ello se colige que la finca litigiosa la adquirió la madre del demandante por herencia de sus padres, por lo que se entiende acreditado el requisito de la permanencia en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores, sin que sea imprescindible para ello que las fincas figuren inscritas durante todo este tiempo en el Registro de la Propiedad, habida cuenta que las inscripciones en el mismo no tienen carácter constitutivo de derechos (STS 17-10-1967), razón por la cual dicha permanencia o propiedad se puede acreditar por otros medios de prueba y, en este sentido, la vendedora de la finca, D.ª CC, manifestó en el Juicio que la finca procede de su madre y de sus abuelos.

CUARTO.— De lo expuesto anteriormente resulta que concurren los presupuestos exigidos en el art. 149 de la Compilación para el ejercicio del retracto de abolorio.

Las demandadas solicitan que se haga uso de la facultad moderadora prevista en el número segundo de dicho precepto, en atención al hecho de que el actor ha vendido a terceros cuatro fincas de las que le fueron adjudicadas en la escritura de la aceptación de la herencia de su madre, mientras que, por su parte, su hermana y vendedora de la finca litigiosa, ha vendido

otras dos de las que le fueron adjudicadas sin que en relación a dichas ventas, el demandante haya ejercitado el retracto. Todo lo cual pone de manifiesto, a su juicio, que no concurre el interés familiar que preside esta institución.

En este sentido, TSJA en la reciente sentencia de fecha 14 de noviembre de 2005 señala: "Sabido es que el derecho de abolorio es un derecho familiar de adquisición preferente que pueden ejercitar, bajo determinadas condiciones, parientes colaterales hasta el cuarto grado de quien ha enajenado inmuebles que hayan permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente; así se desprende del art. 149.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Se trata pues de un derecho basado en el interés familiar y al tratarse de un derecho limitativo de la libre circulación de la propiedad inmobiliaria, coinciden la mayoría de tratadistas y Tribunales en que su interpretación práctica debe hacerse de forma restrictiva. Si no concurren los requisitos legales para el ejercicio de este derecho debe desestimarse la pretensión. Sin embargo, a partir de esta ineludible premisa, los Tribunales están capacitados para moderar —por la vía del núm. 2 del art. 149 de la Compilación— el ejercicio del derecho, actuando en equidad, cuando atendidas las concretas circunstancias de cada caso, pueda aparecer pertinente la negativa del derecho, sea porque de su reconocimiento pueda derivarse perjuicio para el retrayente o para el adquirente".

En el supuesto examinado por dicha Sentencia, que confirma la dictada por la AP de Huesca de fecha 4 de marzo de 2005, se aplica la facultad moderadora, denegándose el retracto, con justificación en la finalidad espúrea y especulativa que animaba al actor cuando interpuso la demanda, sin conexión alguna con las elevadas y desinteresadas miras que deben integrar el retracto de abolorio rectamente entendido, toda vez que las fincas objeto de retracto formaban parte de un proyecto urbanístico aprobado sobre el sector y parcialmente ejecutado y la profesión del actor nada tenía que ver con la actividad agrícola o urbanística o constructiva. En concreto, dicha resolución, al igual que la Sentencia de la misma Audiencia de fecha 23 de mayo de 2006 señala que: "en consecuencia, la facultad moderadora se atribuye a los Tribunales, sin duda, para evitar los posibles abusos que podría originar la aplicación literal del derecho de retracto de abolorio, dado que este derecho de recobro persigue y ampara una finalidad concreta, cual es la de mantener la integridad del patrimonio familiar evitando que alguna finca perteneciente a la familia vaya a parar a manos extrañas".

Por su parte, la SAP de Zaragoza, Sección 5ª, de fecha 16 noviembre de 2001 señala que: "se reconocerá una inusual en nuestro ordenamiento jurídico, facultad moderadora del ejercicio del derecho, sin más parámetro delimitador de la misma que la invocación de la equidad".

De todo lo cual se colige que la facultad moderadora tiene por objeto evitar situaciones de abuso o que puedan dar lugar a situaciones injustas por la desigual situación entre las partes.

En el presente caso, debe tenerse en cuenta que la finca litigiosa junto con la que es propiedad del actor

y en la que actualmente vive, constituían físicamente una sola finca, si bien registralmente eran dos: n.º y, procediéndose en la escritura de división de herencia a su agrupación y posterior división y adjudicación al actor y a su hermana en la forma que están actualmente. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la finca vendida a los demandados no tiene acceso directo a la calle M, razón por la cual en la citada escritura de división de herencia se constituye una servidumbre de paso permanente para personas, animales y vehículos, a favor de la finca adjudicada a D.ª C y sobre la adjudicada al demandante como predio sirviente. El origen de la adjudicación a los hermanos F y C de una parte a cada uno de la finca de la calle M y la constitución de la servidumbre, se encuentra en el testamento de la madre de ambos, y que se expone en la inscripción 2ª de la finca n.º, según la certificación aportada como documento n.º 2 de la demanda. A este respecto, el plano aportado como documento n.º 7 de la demanda acredita la disposición actual de ambas fincas, que comparten patio.

De todo lo cual parece oportuno concluir en el sentido de que no se aprecia ninguna finalidad espúrea ni abusiva en el ejercicio del retracto por parte del demandante, sino que parece presidido por el interés en mantener en la familia la casa donde se ha residido desde siempre y que, además, se encuentra vinculada físicamente a la suya propia. El hecho de que haya vendido otras fincas rústicas procedentes asimismo de la herencia de su madre o el que no haya ejercitado el retracto con respecto a las enajenadas por su hermana Carmen no resulta contradictorio con el interés familiar ahora existente, pues no se trata de situaciones equiparables habida cuenta del carácter rústico de aquellas en relación con la urbana objeto de retracto.

QUINTO.— En cuanto al precio que debe abonar el demandante, constituye doctrina jurisprudencial consolidada (Sentencias del TS de 11 de julio de 1996 y 31 de mayo de 1995) la que viene estableciendo que el retrayendo ha de entregar al adquirente de los bienes objeto de retracto la cantidad que realmente este último hubiera entregado por los mismos, y ello aunque no coincida con el precio fijado en la escritura de adquisición, ya que el retracto ha de realizarse por el precio real y verdadero, por razones de elemental justicia y en evitación de un lucro reprobable. En definitiva que el patrimonio del comprador, tras el ejercicio del retracto, ha de quedar indemne, bien que los gastos a que se refiere el artículo 1518 del Código Civil, esto es los abonados en relación con la transmisión por el adquirente, y que han de ser abonados igualmente a éste, han de reunir la doble condición de haber sido realmente abonado por él y, además, ser «legítimos» y necesarios.

En el presente caso, se estima acreditado que el precio pagado por la finca ascendió a la cantidad de 63.300 €, pues así resulta de las declaraciones de los demandados y del documento n.º 4 de la contestación. De otro lado, los documentos 7 a 16 acreditan los gastos abonados por los demandados por causa de la compra y que se consideran necesarios y los habituales en este tipo de operaciones. Asimismo, los documentos 17 al 40, acreditan los gastos realizados para el acondicionamiento de la casa y que no hubieran realizado de no haberla adquirido por lo que, de no

ser reintegrado su importe, los demandados se verían perjudicados por el ejercicio del retracto. En consecuencia, la cantidad total pagada por los demandados asciende a la suma de 76.636,12 €, por lo que el demandante debe abonar la diferencia en relación a lo ya consignado, es decir, 28.636,12 €.

SEXTO.— Con respecto a la acción de nulidad de la hipoteca constituida por los demandados sobre la finca y a favor del B, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 37 LH, según el cual las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta Ley, excepto: n.º 4º las acciones de retracto legal, en los casos y en los términos que las leyes establecen. Se trata, por lo tanto, de una excepción al principio de la fe pública registral que proclama el art. 34 Lii, con la consecuencia que la acción de retracto legal sí que tiene efectos frente al tercer adquirente de buena fe. La STS de 4 de octubre de 1962 señala al respecto: "El retrayente debe subrogarse en las condiciones estipuladas en el contrato en el lugar del comprador y serán ineficaces los actos celebrados por éste con posterioridad en relación a la finca retraída, entre los cuales ha de figurar forzosamente el arrendamiento pactado, inscrito en el Registro de la Propiedad, sin que el titular se encuentre protegido por el principio de la "fides pública", dados los términos del art. 37 LH".

Todo lo cual es perfectamente aplicable al presente caso dado el carácter de retracto legal, del de abolición previsto en el art. 149 de la Compilación y el hecho de que la constitución de la hipoteca se produjo con posterioridad al otorgamiento de la escritura pública de compraventa. En consecuencia procede estimar la demanda en este punto.»

b.— Daños y perjuicios:

— Otras materias:

— Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 20 de noviembre de 2007. Alcance del artículo 15 de la Ley 24/2003, de 26 de diciembre de Medidas Urgentes de Política de vivienda protegida:

«PRIMERO.— En el presente procedimiento, la parte actora principal (vendedores) solicitan la resolución de los contratos privados de 19-9-2002 y 23-5-05 (siendo éste complemento del anterior), quedando libre la vivienda ocupada por los demandados (compradores) y que se reconozca el derecho a hacerse definitivamente con los 36.006,07 €, en concepto de alquiler y penalización (cláusula 3ª del contrato de 19-9-02). Y ello por dos razones. Una, por la ausencia de autorización administrativa para la transmisión de la vivienda objeto de dichos contratos, al ser vivienda de protección oficial. Y, dos, por impago de la cantidad debida, concretamente el resto del precio pagadero en noviembre de 2006.

Se oponen los compradores y reconviene. Consideran que los contratos antedichos contienen una compraventa perfeccionada y que los inconvenientes administrativos no poseen en vía civil la eficacia jurídica resolutoria que pretenden los demandantes. Reconviene instando la elevación a escritura pública de los contratos de compraventa y destinar el precio a la cancelación de la hipoteca que grava el inmueble, consti-

tuido por los vendedores con la garantía de los compradores.

SEGUNDO.— La sentencia estima la demanda parcialmente y desestima la reconvenición. Fundamenta su tesis, principalmente, en que el otorgamiento de la escritura pública resulta jurídicamente imposible, pues el Art. 14-1 de la ley aragonesa 24/03, de 26 de diciembre (reformada por la ley de 20-12-2004) exige para la transmisión de la propiedad de las V.P.O., la autorización administrativa previa. Que en este caso no la hay. Modera —sin embargo— el derecho indemnizatorio pactado y solicitado por los demandantes.

TERCERO.— Recurren la sentencia ambas partes, insistiendo básicamente en sus respectivas posturas, aunque con los matices que iremos analizando.

El núcleo central de la discusión jurídica se centra en la eficacia e incidencia de la resolución administrativa de 19 de septiembre de 2005, mediante la cual la D.G.A. denegaba la autorización para la venta a los demandados, por incumplir éstos los requisitos para acceder al tipo de vivienda protegida que configura el objeto de la compraventa.

A este respecto es preciso recordar que existe una clara y constante doctrina jurisprudencial que discierne entre los efectos civiles y los administrativos del incumplimiento de los límites de las transmisiones en materia de viviendas de protección oficial. Representativa de esa línea doctrinal es la S.T.S. 16-julio-2001: "...una larga serie de sentencias de esta Sala, posteriores a las que menciona el recurrente, han establecido una doctrina que ha de considerarse consolidada la de que cuando las partes, en supuestos como el que es objeto de los presentes autos, fijan libremente un precio superior al oficial de las viviendas de protección oficial, no cabe aplicar la nulidad del artículo 6 del Código Civil, pues tal sanción de nulidad no aparece prevista ni en el Real Decreto 2960/1976 que aprobó el Texto Refundido de la legislación de viviendas de Protección Oficial, ni en el Real Decreto-Ley 31-1978, de 31 de octubre sobre política de tales viviendas, ni en las normas reglamentarias que los desarrollan; en consecuencia las infracciones aludidas únicamente son determinantes de sanciones administrativas y pérdida de beneficios. No siendo procedente, tampoco, sostener la nulidad parcial de la cláusula, puesto que el precio pactado fue decisivo para el acuerdo de voluntades (S.S. de 3 de septiembre y 14 de octubre de 1992, de 4 de junio y 16 de diciembre de 1993, de 21 de febrero y 4 de mayo de 1994, 11 de julio de 1995, 15 de marzo y 21 de noviembre de 1996, 4 de febrero de 1998 y de 27 de marzo, 14 de junio y 6 de noviembre de 2000). En definitiva y de acuerdo con dicha doctrina, contratos como el de autos han de estimarse válidos y eficaces en vía civil, sin perjuicio de las sanciones previstas en la normativa administrativa correspondiente."

Por lo tanto, el Alto Tribunal sostiene que la legislación especial de V.P.O. no recoge la sanción de nulidad para el incumplimiento de sus límites, por lo que tras pasados de común acuerdo no vicia al contrato de tan alto grado de ineficacia, sino que somete a los contratantes a las sanciones que la ley especial prevé.

Sin embargo, en el supuesto enjuiciado nos encontramos con una situación parcialmente distinta. La ley

aragonesa 24/03, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de política de vivienda protegida, pretende defender de forma más eficaz el régimen transmisorio de los derechos anexos a las V.P.O.. De tal manera que en su art. 14 prohíbe ("no podrán ser cedidos en propiedad") los negocios jurídicos sobre ellas "sin autorización administrativa previa de la Administración autonómica". Lo que no añade nada especial a la legislación estatal. Sin embargo, añade para la elevación a escritura pública de la compraventa privada y su posterior inscripción, la exigencia de la autorización administrativa (art. 31). Siendo aún más contundente el art. 15, cuyo tenor establece que "1. Los contratos a los que se refiere el artículo anterior deberán contener las cláusulas de inserción obligatoria que se establezcan reglamentariamente.

2. No podrán elevarse a escritura pública los contratos de cesión por cualquier título que no hayan obtenido el preceptivo visado, ni inscribirse en el Registro de la Propiedad. Serán nulas de pleno derecho las escrituras públicas de cesión, por cualquier título, de viviendas protegidas si no se ha obtenido con anterioridad a su otorgamiento el preceptivo visado"

Sin embargo, si atendemos al tenor de dichos preceptos y los ponemos en relación con las infracciones a la reglamentación de los negocios jurídicos sobre este tipo de viviendas, la conclusión no aparece tan nítida como pudiera deducirse de una primera impresión o lectura aislada de los mismos.

En efecto, si atendemos al contenido de aquéllas (arts. 41 y sgs. Ley 24/03 de C.C.A.A. de Aragón), se puede observar que —aunque de forma algo confusa— se sancionan las actividades de transmisión de derechos sin reunir los requisitos que la citada ley establece (art. 44-1), por ejemplo).

Esto significa que la meritada ley especial no presenta con la nitidez exigible una determinada imposición normativa de nulidad de negocios jurídicos, tal y como exige el art. 6-3 C. civil. La nulidad por contravención de norma imperativa o prohibitiva sólo se produce si no establece esa norma efecto distinto a la contravención. Por ser aquella sanción (la de nulidad) la última que ha de aplicarse a cualquier acto con relevancia jurídica.

CUARTO.— Centrando así el tema, se plantean dos cuestiones a él atinentes. Uno, el alcance del art. 15 ley 24/03. Y, segundo la eficacia del régimen transitorio de dicha ley.

En cuanto al primero, además de lo que acabamos de razonar, está el propio tenor literal del precepto. No sanciona con nulidad los contratos sino que veda su formalización pública. Parte de la existencia del contrato huérfano de requisitos administrativos, para imponerle una traba disuasoria importante: el acceso a la documentación notarial y al Registro de la Propiedad. Pero no declara la nulidad del contrato. Situación —por otra parte— de difícil encaje con los art. 1279 y 1280 C. civil.

En segundo lugar, la compraventa ya tuvo lugar en el año 2002, antes de la entrada en vigor de la ley cuyos efectos se pretende aplicar; ya que el pacto del año 2005, no supone sino una novación parcial del mismo, no afectando a la perfección de la voluntad transmisora. Pues, como se explica por la demandada al ser interrogada, el aplazamiento del pago definitivo

lo fue porque en 2006 concluía la afección del piso al régimen especial de protección oficial.

En su consecuencia, el negocio jurídico no es nulo por carecer del visado administrativo, o por haberse transmitido a personas que no tuvieran en un momento determinado los requisitos de ingresos máximos que marca la reglamentación correspondiente; lo que implica su eficacia jurídica esencial. Máxime si tenemos en cuenta que no se insta la citada nulidad, sino la resolución. Instituto jurídico que hace referencia al incumplimiento.

QUINTO.— Ahora bien, lo que piden los vendedores es la resolución del contrato por “frustración del fin comercial”, puesto que no puede consumarse el mismo, mediante la correspondiente escritura pública e inscripción registral.

Es cierto que la doctrina jurisprudencial actual sigue el criterio de la frustración del fin del contrato (S.s. T.S. 7-5-2003, 18-10-2004, 3-3-2005 y 20-9-2006). Este elemento objetivo se aleja de la necesidad de demostrar una voluntad rebelde de la otra parte en el negocio jurídico.

Aplicando esta doctrina al caso enjuiciado, sí podemos concluir que los compradores no tienen esa voluntad rebelde, pero que su situación administrativa, no impugnada en la vía correspondiente, impide —según la legislación aragonesa vigente— el cumplimiento pleno del contrato (escritura e inscripción). Situación que no le es imponible a los vendedores.

Una cosa es el precio excesivo, voluntariamente aceptado por ambas partes, ex Art. 1255 C.c., y otra la imposibilidad de escriturar e inscribir la venta. Este extremo no ha sido consensuado así en el contrato. Por el contrario, la cláusula 7ª del mismo, insta a las partes a realizar cuantas gestiones sean precisas para obtener de la Administración la autorización de la venta correspondiente. Y los compradores no lo han hecho.

Se han aquietado a una resolución administrativa que impide la formalización del contrato. La denegación del “visado” el 19-9-05, parece poco compatible con la inscripción en el Registro de solicitantes de V.P.O. de D. JRB el 16-6-05 y el 29-12-06. Sin embargo, estas inscripciones no modifican la ausencia de “visado” administrativo para la venta, por lo que los vendedores no están obligados a transmitir en la situación de precariedad que ello les colocaría, pues esta circunstancia sólo le es imputable a los compradores. Y no fue objeto de común acuerdo (como el sobreprecio).

Entiende esta Sala que esa importante limitación frustra —desde una óptica objetiva— el fin del contrato de venta, lo que aboca a la resolución del mismo.

SEXTO.— Por lo que respecta a la pretensión indemnizatoria de los vendedores, entienden éstos en su recurso que no hay razones para la moderación realizada en la sentencia de instancia. Sin embargo, es cierto que las circunstancias fácticas y jurídicas que rodean la cuestión sometida a resolución presenta límites difusos, en cuyo diseño también participan los vendedores. No consta que no paguen alquiler (la compradora afirmó que 300 €/mes) y sí consta que la hipoteca que grava el piso está siendo pagada (al menos en parte) por los compradores, con lo que la voluntad de éstos en hacer suyo el inmueble, dentro de su capacidad de reacción, es bastante para entender

que hay un cumplimiento parcial. Ahí está su requerimiento notarial de 20-10-2006.

Por todo lo que se considera prudente la decisión judicial (ex Art. 1.154 C.c.).»

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Zaragoza de 5 de junio de 2007. Nulidad de un contrato de compraventa de vivienda de protección oficial, al no concurrir en el supuesto los requisitos legalmente establecidos en la Ley 24/2003 de 26 de diciembre:

«PRIMERO.— Planteamiento. Los demandantes, vendedores en contrato privado de una vivienda de propiedad oficial, solicitan del Juzgado la resolución de dicho contrato al no haber cumplido la parte compradora la condición pactada de pago del resto del precio antes de la fecha indicada en el contrato y al no haber obtenido los compradores la preceptiva autorización administrativa y el visado del contrato por no reunir los adquirentes las condiciones subjetivas exigidas en la normativa sectorial. Los compradores demandados se oponen a las pretensiones de los vendedores negando la existencia de incumplimiento alguno y solicitan por vía reconvenzional la condena de los vendedores a elevar a público el contrato privado de compraventa.

SEGUNDO.— Hechos probados. La resolución de la controversia sometida a la consideración del Juzgado exige fijar con carácter previo aquellos hechos que se consideran probados y que constituirán la premisa de los posteriores razonamientos jurídicos.

1) En fecha de 19 de septiembre de 2002 don D J D L C y doña A I R B, suscribieron en documento privado con don J F R B y doña T B C, un contrato privado de compra-venta del piso 1º A, del inmueble sito en a Plaza, Bloque 8. (documento n.º 2 de la demanda). Dicha inmueble es una Vivienda de Protección Oficial acogida a los beneficios que concede la legislación sobre Viviendas de Protección Oficial de Promoción Pública.

2) En la Cláusula Tercera del Contrato Privado de Compraventa, se estipuló como precio de compraventa 114.192,30 euros, haciendo constar que en ese acto se entregaba la cantidad de 36.006,07 euros, “quedando aplazado el resto, es decir, 78.186,23 euros hasta el mes de noviembre de 2006 en el que deberá hacerse efectiva dicha cantidad, quedando en caso contrario sin efecto el contrato y quedando la cantidad entregada en posesión de los vendedores en concepto de alquiler de piso y penalización”. Terminaba la Cláusula Tercera disponiendo que en caso de no poder elevar a escritura pública el contrato de compraventa en el plazo de tres meses a partir del día 1 de diciembre de 2006, la propiedad debería entregar a los compradores la suma de 21.036 euros.

3) En la Cláusula cuarta los vendedores manifiestan haber hecho entrega de las llaves del piso con anterioridad a la firma del contrato y los compradores haberlo encontrado a su satisfacción.

4) Con la finalidad de obtener la autorización y visado de la Administración competente, las partes, con fecha de 23 de mayo de 2005 suscribieron nuevo contrato de compraventa (documento n.º 3 de la demanda) en el que hacen constar como precio de la compraventa la suma de 53.243,59 euros que serían abonados a la firma de la escritura pública para lo

cual se fijaba el plazo máximo de treinta días hábiles a contar desde que se obtuviera la autorización de venta por parte de la Administración competente.

5) Con fecha 31 de mayo de 2005, las partes otorgaron un nuevo documento en el que con referencia al celebrado el 23 de mayo, manifestaban que el precio de la compraventa se había establecido en dicho contrato en 53.243,59 euros que serían abonados a la firma de la escritura pública. En la cláusula Tercera se afirma que las partes se remiten al contrato de 23 de mayo ratificando el contenido de los pactos "a salvo de lo que a continuación se dirá". Y lo que se dice a continuación en la cláusula Cuarta es, literalmente: "Que, como complemento del precio antes señalado, los compradores se comprometen a abonar a los vendedores, la diferencia existente entre dicho importe y el de 114.192,30 euros, teniendo en cuenta que por D. T B C y por D. J F R B, se han abonado ya con anterioridad a este acto, la suma de 36.006,07. Que la cantidad pendiente de pago que resulta en función de todo lo expuesto, se hará efectiva en un plazo máximo de treinta días hábiles a contar desde que se obtenga la autorización de venta de la vivienda por parte de la Administración competente."

6) Con fecha de 19 de septiembre de 2005, el director del Servicio Provincial de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Diputación General de Aragón dictó Resolución por la que se deniega a los demandantes la autorización solicitada para la transmisión de la vivienda a los demandados "por incumplir estos últimos los requisitos para acceder al tipo de vivienda protegida de que se trata, y, en consecuencia, denegar el visado solicitado al contrato privado presentado...". En los antecedentes de la resolución se hace constar que los compradores no cumplen la totalidad de los requisitos de acceso al tipo de vivienda protegida de que se trata, según lo previsto en la Ley 24/2003, de 26 de diciembre y el Decreto 80/2004, de 13 de abril, del Gobierno de Aragón (BOA n.º 46, de 21 de abril) ya que "si bien han obtenido la inscripción en el Registro de Solicitantes de Vivienda Protegida de Aragón, sus ingresos superan el tope máximo de 2,5 veces el salario mínimo interprofesional que se establece para el acceso a las viviendas de protección oficial de promoción pública". (documento n.º 4 de la demanda). La resolución adquirió firmeza al no ser objeto de recurso.

7) Los demandantes remitieron a los demandados Burofax en fecha de 11 de mayo de 2006, solicitando a los hoy demandados el desalojo de la vivienda en el plazo más breve posible, previo abono y devolución por los vendedores de las cantidades abonadas hasta la fecha. (documentos n.º 5 y n.º 6 de la demanda).

8) Con fecha 24 de octubre de 2006, los demandados formularon requerimiento notarial en el que se convocaba a los demandantes el día 8 de noviembre de 2006 en el Despacho del Notario, a los efectos de proceder al otorgamiento de la escritura pública de compraventa de la vivienda en cumplimiento de los pactados en el contrato privado de compraventa firmado entre las partes con fecha de diecinueve de septiembre de 2002. (documento n.º 7 de la demanda).

9) Los demandantes, dentro del plazo concedido al efecto, contestaron a través de su Letrado al requerimiento notarial expresando su sorpresa por la preten-

sión de los demandados de formalizar escritura pública de la vivienda sin haber obtenida la preceptiva autorización y visado de la Administración, y reiterando la consideraciones realizadas en el burofax al que se ha hecho referencia más arriba (doc. n.º 7 de la demanda).

TERCERO.— Sobre la condición resolutoria. Las partes litigantes admiten que el contrato de 2002 expresa su voluntad negocial y que los documentos suscritos en 2005 tenían una finalidad meramente "instrumental" en expresión de la parte demandada. En efecto, el contrato de 2005 es un documento redactado con la única finalidad de presentarlo al expediente administrativo de solicitud de autorización y visado ocultando el precio pactado con abierta infracción de la normativa en materia de viviendas de protección oficial. No fue voluntad de las partes introducir novación alguna en el contrato de 2002 por lo que todas sus cláusulas subsisten en los términos pactados.

Sentado lo anterior, en el contrato de 19 de septiembre de 2002 las partes pactaron una condición resolutoria expresa de suerte que, según la cláusula tercera, hasta el mes de noviembre de 2006 debería "hacerse efectiva" la cantidad pendiente como resto del precio pactado, 78.186,23 euros. Siendo un hecho admitido que transcurrió el mes de noviembre sin que la parte compradora hiciera efectiva la suma convenida, la condición resolutoria debe desplegar sus efectos y, en consecuencia, resolverse el contrato de compraventa. No puede admitirse la alegación de los demandados en el sentido de que con el requerimiento notarial de 24 de octubre de 2006 pueda entenderse cumplida la condición pactada pues los términos del contrato de septiembre de 2002 son claros al expresar que el resto del precio debía abonarse no más tarde del mes de noviembre de 2006 y no puede equipararse al pago el requerimiento notarial a elevar escritura pública o a manifestar si se va a cancelar o no una hipoteca a los efectos de determinar el resto del precio a pagar. Debe destacarse que en el repetido contrato de compraventa de 2002 este pago se desvincula del otorgamiento de la escritura pues expresamente se pactan las consecuencias que habrían de producirse si no se otorgaba la escritura pública transcurridos tres meses desde el 1 de diciembre lo que necesariamente supone que a esa fecha, sin otorgarse la escritura pública, el contrato de compraventa seguiría vigente al haber cumplido los compradores la condición pactada.

Por otra parte, debe señalarse que el otorgamiento de la escritura pública pretendida por los demandados en el requerimiento de octubre de 2006 resultaba jurídicamente imposible en atención al régimen aplicable a la enajenación de una vivienda de promoción pública en la que habiendo sido presentado el contrato privado a la Administración se había denegado la autorización de la transmisión y el visado del contrato en resolución administrativa firme al haber sido consentida por los interesados. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 14.1 de la Ley aragonesa 24/2003, de 26 de diciembre, de Medidas urgentes de política de Vivienda Protegida (reformada por ley de 20 de diciembre de 2.004), "las viviendas protegidas de Aragón no podrán ser cedidas en propiedad, arrendamiento, precario o por cualquier otro título, ni gravadas con dere-

chos reales, salvo el de hipoteca, sin autorización administrativa previa de la Administración autonómica". Si solicitada la autorización y visado estos fueran denegados por la Administración el citado precepto dispone que "se entenderá que el contrato suscrito carece de validez" a lo que el art. 15.2 añade: "No podrán elevarse a escritura pública los contratos de cesión por cualquier título que no hayan obtenido el preceptivo visado, ni inscribirse en el Registro de la Propiedad. Serán nulas de pleno derecho las escrituras públicas de cesión, por cualquier título, de viviendas protegidas si no se ha obtenido con anterioridad a su otorgamiento el preceptivo visado". La carencia de validez con que la norma aragonesa sanciona a aquellos contratos privados sometidos a visado y que no lo hubieran obtenido sólo puede ser entendida como nulidad de pleno derecho en los términos previstos en el art. 6.3 del Código Civil. No resulta por ello de aplicación a los contratos de compraventa de vivienda protegida que no hayan obtenido la preceptiva autorización y visado administrativo la doctrina jurisprudencial elaborada en torno a los casos de exigencia de sobreprecio en las viviendas de protección oficial pues tal doctrina se fundamenta en la existencia de una infracción administrativa que da lugar a las consecuencias sancionadoras previstas en la normativa sectorial pero que no determina la nulidad del contrato al no preverlo expresamente. En el caso que nos ocupa, la Ley 24/2003, en la redacción dada por la Ley 9/2004, sí que prevé expresamente que el contrato privado que no haya obtenido el visado carecerá de validez, invalidez que no es sino la negación de la fuerza jurídica vinculante de un contrato por ser contrario a Derecho como sanción por su ilegalidad, categoría doctrinal que en nuestro Derecho positivo se plasma en la nulidad de pleno derecho del art. 6.3 del Código Civil.

CUARTO.— Sobre la retención de la cantidad entregada. Solicitan los vendedores que el Juzgado declare su derecho a hacer suya la cantidad entregada por los compradores a la firma del contrato de 19 de septiembre de 2002 (36.006,70 euros) y ello en aplicación de lo pactado en la Cláusula Tercera de dicho contrato donde se convino que, en caso de falta de pago del resto del precio, el contrato quedaría sin efecto y la parte vendedora hará suya la cantidad entregada "en concepto de alquiler de piso y penalización". Como se ha expuesto en el fundamento anterior, la parte compradora incumplió lo convenido al no hacer efectivo la cantidad debida en concepto de resto del precio de la compraventa en la fecha pactada. Ahora bien, no se puede hacer abstracción del resto de circunstancias que rodean la relación contractual y, en particular, la decidida voluntad de los vendedores en obtener la plena efectividad del contrato, requiriendo en su momento a la parte vendedora para el otorgamiento de la escritura pública e intentándolo, de nuevo, en este procedimiento por vía reconvenzional. Por ello, el Juzgado considera que nos encontramos ante una situación análoga a los supuestos de cumplimiento parcial o irregular que justifican la moderación judicial de la cláusula penal. Fijada en el contrato la cláusula penal con una doble finalidad, indemnizatoria del perjuicio inherente a la ocupación de la vivienda y penalizadora del incumplimiento contractual, el Juzgado entiende que procede moderar la pena y re-

ducirla a la suma de 16.500 euros, cantidad que prudencialmente se fija en atención a la efectiva ocupación del inmueble desde el mes de septiembre de 2002 hasta la actualidad.

QUINTO.— Conclusión. De lo hasta aquí expuesto se deduce la suerte parcialmente estimatoria que ha de correr la demanda y la desestimatoria de la demanda reconvenzional"

— Sentencia de la A.P. de Huesca de 9 de enero de 2007. Ley 9/1998 de Cooperativas. Plazo de reembolso de las aportaciones realizadas por el cooperativista. Suma a devolver:

«PRIMERO: Recuerda la demandada recurrente que, conforme al art. 53.d) de la Ley Aragonesa 9/1998 de Cooperativas, solicitó y obtuvo de la Directora Gerente del Instituto Aragonés de Empleo autorización para ampliar de cinco a diez años, a contar desde la fecha efectiva de la baja del socio, el plazo de devolución de las aportaciones realizadas por el demandante, y, pese a que aquélla no olvida que la Resolución de 30 de mayo de 2005, por la que se otorgó dicha ampliación del plazo, fue seguida por otra aclaratoria de fecha 29 de agosto del mismo año por la que se determinaba el alcance de la anterior, tal Resolución aclaratoria, siempre según el recurso, aún no es firme al haber sido recurrida en alzada por la hoy apelante. Es obligado señalar, sin embargo, que esta Sala, al resolver sobre la petición de prueba en segunda instancia, acordó la incorporación a los autos del documento acompañado junto con el escrito de oposición al recurso, que es la Resolución de 20 de diciembre de 2005 de la Viceconsejera de Economía de la Diputación General de Aragón por la que se desestima el referido recurso de alzada. De este modo, y habiéndose despejado cualquier duda acerca de la firmeza de la Resolución aclaratoria, es claro que, según resulta de su contenido, la ampliación del plazo de reembolso no afecta a las cantidades que se encuentren ya vencidas por haber transcurrido con exceso el plazo ordinario de devolución de cinco años —art. 53.c) de la Ley Aragonesa— desde la fecha efectiva de baja del socio, que es lo que sucede con la cantidad que aquí se reclama por el actor excooperativista, sin que, por todo ello, deba aceptar el Tribunal la tesis defendida en el recurso, en donde se trata de hacer valer la simple ampliación del plazo acordada en la primera Resolución rechazando al mismo tiempo la argumentación desarrollada en la aclaratoria, ya firme, por la que se determina el alcance de tal ampliación.

SEGUNDO: Insiste asimismo la apelante en que la cantidad a reembolsar al exsocio por sus aportaciones debería compensarse con las pérdidas correspondientes al ejercicio anterior a la fecha de la baja, y trata aquélla de apoyar su tesis en el certificado expedido por el Secretario de la entidad en donde se expresa que en el ejercicio 1998 hubo unas pérdidas, que fueron imputadas a los socios, y que el demandante tiene pendientes de abonar por este concepto 5.644,51 euros. Hemos de considerar al respecto que, si bien el actor aportó en su día las cuentas anuales y el informe de gestión correspondientes al ejercicio 1998 (folios 103 a 112), en los que se reflejan beneficios por importe de casi cuatro millones de pesetas, la apelante se ha limitado a alegar que existieron posteriores revisiones de dichas cuentas de las que resulta-

ron pérdidas sin que tal alegación haya sido avalada por soporte probatorio alguno, ya que en el certificado del Secretario ni tan siquiera se hace referencia a estas revisiones posteriores de las cuentas anuales, y mucho menos al cálculo realizado para la imputación a los socios de las supuestas pérdidas, por lo que consideramos que dicho certificado carece de valor probatorio suficiente para dar lugar a la compensación alegada. Por último, y en cuanto a lo argumentado en el recurso sobre los distintos plazos de prescripción de las acciones para exigir responsabilidad a los socios por deudas sociales y por pérdidas, basta señalar que se trata de una cuestión nueva introducida en el escrito de interposición del recurso, lo que ya es motivo suficiente para que el Tribunal no se pronuncie sobre este particular en virtud del principio "pendente appellatione nihil innovetur", máxime cuando no consta que la demandada haya ejercitado formalmente acción alguna para exigir al exsocio responsabilidad por las supuestas pérdidas. La Sentencia, por todo lo expuesto, debe ser confirmada en su integridad.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 21 de febrero de 2007. Accidente de esquí: Incumplimiento de la Orden de 15 de noviembre de 1984 del Departamento de Urbanismo, Obras Públicas y Transportes de la D.G.A. que establece el Reglamento de Explotaciones tipo para las instalaciones de telecabinas, telesillas y telesquís:

«PRIMERO: Todas las partes están de acuerdo en los hechos declarados probados por la sentencia apelada, los cuales pueden ser relatados así: El día 27 de diciembre de 2004, sobre las 13:00 horas, la actora y ahora apelante, (Nombre de la parte eliminado), bajaba esquiendo desde el tramo final del telesquí número 23 de la estación de Candanchú con dirección al comienzo del telesquí número 20 (debutantes I) para recoger a sus hijos. La demandante iba siguiendo la huella de los esquiadores que le precedían, pues no conocía la estación. Durante este recorrido, se encontró con el punto de finalización del telesquí número 22 denominado pista grande III, categoría debutantes, el cual había sido adelantado de su lugar habitual por escasez de nieve y estaba indicado por dos palos clavados en la nieve, una señal de stop y un pequeño cartel con una flecha azul para marcar la dirección que debían tomar los esquiadores al desengancharse del palo del telesquí. La actora se paró allí unos pocos segundos a fin de orientarse; y, en ese mismo momento, una niña que acababa de llegar soltó el arrastre, con tan mala fortuna que la percha golpeó la parte izquierda de la cara de la señora (Nombre de la parte eliminado), a la altura de su ojo, lo que le produjo diversas lesiones.

SEGUNDO: 1. De tales hechos se desprende, ciertamente, que la actora se paró en un lugar tan inadecuado como el recorrido de un telesquí —aunque solo fuera por un breve instante— y dentro del radio de alcance de las perchas cuando salen despedidas de las manos de sus usuarios.

2. Ahora bien, en realidad se trataba del punto de llegada del arrastre, lo que era desconocido por la señora (Nombre de la parte eliminado), máxime cuando había sido adelantado de su lugar habitual por falta de nieve. Respecto a los finales de trayecto, el artículo 3.4 de la Orden de 15 de noviembre de 1984

del DEPARTAMENTO DE URBANISMO, OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES de la DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN (BOA de 30 de enero de 1985), por la que se establecen los Reglamentos de Explotación tipo para las instalaciones de telecabinas, telesillas y telesquís mediante la adaptación, en Aragón, a las Órdenes Ministeriales de 30 de marzo de 1979 y de 25 de octubre de 1976, dispone lo siguiente: "Los accesos y finales de trayecto han de estar debidamente preparados y señalizados en lugar adecuado y con suficiente antelación. Las áreas de recepción, donde se forman los turnos de espera y de llegada, donde se produce la salida, han de estar bien aisladas y protegidas. Deberán existir los medios, circuitos y otras medidas que eventualmente fueran necesarias para evitar cualquier desorden en la espera y para garantizar la seguridad y buen orden en los finales de trayecto".

3. En el presente caso, la señalización del final de trayecto era mínima —conforme a lo ya indicado— y dirigida a los usuarios del telesquí y, además, la zona no estaba preparada especialmente ni aislada ni protegida, tal como exige la indicada norma reglamentaria a fin de minimizar los riesgos a todos los practicantes del esquí. Es verdad que, como hemos dicho en otras ocasiones, si se cerrara la pista del remonte con redes para evitar siniestros, se estaría creando un riesgo adicional al aislar a los viajeros dentro del remonte, en el que no son nada excepcionales las caídas por inestabilidad del propio viajero (sentencia de 25-X-1999). Pero hemos de tener en cuenta que el accidente objeto de juicio no ocurrió en un tramo intermedio de la pista, para el que está dado el anterior criterio, sino en el final del arrastre, cuando la peligrosidad es mayor a causa de las perchas que son soltadas por los usuarios, y en donde es posible acotar una determinada zona sin incomunicarla totalmente, lo que también sirve para avisar a los que no usan el remonte del lugar peligroso en el que se encuentran. Además, el riesgo estaba acrecentado por dos circunstancias: en primer lugar, porque el final del trayecto era provisional, de forma que la terminación más o menos cercana del remonte, con sus características visibles propias, no podía servir como elemento de referencia para conocer tal circunstancia; en segundo término, porque la pista del telesquí en donde acaeció el siniestro está calificada de debutantes (según el plano de pistas unido a los autos y lo alegado por (Nombre de la parte eliminado) al oponerse al recurso), por lo que sus usuarios son lógicamente más inexpertos y, como regla general, van a adoptar una actitud menos prudente a la hora de soltar la percha, tal como aquí ocurrió, en el que una niña dejó el palo del arrastre sin apercebirse de la peligrosa presencia de la demandante.

4. En suma, el incumplimiento de la norma reglamentaria por parte de (Nombre de la parte eliminado) tuvo influencia causal en el accidente habida cuenta de tales circunstancias, la que podemos cifrar en un cincuenta por ciento, mientras que el resto es imputable objetivamente a la propia víctima, al haberse parado cerca del recorrido del telesquí, con independencia de que desconociera que se encontraba precisamente dentro del área de finalización del remonte. No siendo discutida la valoración de los perjuicios, la suma resultante es de 5.704,79 (más los intereses reclamados desde la fecha de esta sentencia).

5. Por su parte, la aseguradora deberá responder en virtud del seguro de responsabilidad civil concertado, con exclusión de la franquicia de 3.000 euros allí pactada. No proceden los intereses regulados en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro desde el siniestro, aunque sí desde la fecha de la presente sentencia, conforme al citado artículo 576, pues la aseguradora demandada no satisfizo la indemnización por causa justificada (apartado 8.º del citado artículo 20), cual es la especial dificultad que entrañaba en este caso la determinación de la responsabilidad civil de su asegurada.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 9 de marzo de 2007. Baja voluntaria de socio cooperativista: Efectos:

«PRIMERO: Aceptamos y damos por reproducidos los expuestos en la sentencia apelada.

SEGUNDO: Insiste la apelante en que procede la íntegra desestimación de la demanda. Tal pretensión no puede prosperar por los propios fundamentos ya expuestos en la sentencia apelada, en la que se ha dado acertada respuesta a cuantas cuestiones se reproducen en el presente recurso de apelación para cuya resolución, eludiendo en lo posible inútiles repeticiones de cuanto ya quedó razonado por el Juzgado, es de resaltar que la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1998 (Id. Cendoj: 28079110001998101100), hace casi nueve años, ya declaró "sin género alguno de duda, que la facultad de la Cooperativa (su Consejo Rector) de calificar de justificada o no la baja voluntaria de un socio viene referida única y exclusivamente al supuesto de que tal baja voluntaria pretenda hacerla el socio antes de haber transcurrido el plazo por el que el mismo se comprometió a permanecer en la Cooperativa (cinco años en este caso) o antes de finalizar el respectivo ejercicio económico, pero no cuando la referida baja voluntaria se produzca después de haber transcurrido ya el plazo del aludido compromiso y una vez finalizado el respectivo ejercicio económico, en cuyo caso la Cooperativa carece de facultades para calificar la baja voluntaria de justificada o no, pues entonces rige, sin posibilidad alguna, repetimos, de dicha calificación, el principio general que proclama el artículo 32.1 de la Ley General de Cooperativas, en el sentido de que "el socio podrá darse de baja voluntariamente en la Cooperativa en cualquier momento..." lo que seguidamente tuvo su reflejo en la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio de 1999 de Cooperativas, en cuya exposición de motivos se indica expresamente que "Se establece una nueva regulación del derecho de reintegro a las aportaciones sociales que supone una mayor tutela del socio y refuerza el principio cooperativo de puerta abierta. Con esta finalidad se eliminan las deducciones sobre el reintegro de las aportaciones obligatorias al capital social que podían practicarse al socio que causaba baja en la cooperativa cuando ésta era calificada como baja voluntaria no justificada o expulsión, manteniendo únicamente esa posibilidad para el supuesto de baja no justificada por incumplimiento del período de permanencia mínimo que el socio hubiera asumido en el momento de entrar en la cooperativa", de forma que, reforzando el indicado principio cooperativo de puerta abierta, el artículo 51.3 de la Ley estatal únicamente permite la reducción del reembolso de las aportaciones

"En el caso de baja no justificada por incumplimiento del período de permanencia mínimo". Es cierto, no obstante, que la Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón, además de la previsión del artículo 22 b) sobre el incumplimiento del plazo de preaviso o de permanencia, autoriza en el artículo 22 e) que los Estatutos regulen así mismo los casos en que la baja, voluntaria u obligatoria, se considerará justificada o no justificada, pero los estatutos de la recurrente no tienen tal previsión y tal laguna no puede colmarse considerando en todo caso las bajas voluntarias como no justificadas, como tenía por costumbre la recurrente, pues tal proceder iría en contra del principio de puertas abiertas y vendría imponer al cooperativista una especie de sanción no tipificada previamente.

Por otra parte, no puede la recurrente sostener que la jurisprudencia invocada no es de aplicación al caso por no haber agotado los apelados el ciclo o ejercicio económico pues las exigencias jurisprudenciales en torno al mismo no son de creación jurisprudencial sino que, como ya aparecía en el artículo 32 de la hoy derogada Ley estatal 3/1987, de 2 de abril, general de cooperativas y viene recogido en el artículo 17.3 de la vigente Ley estatal 27/1999, de 16 julio 1999, también la Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón, en su artículo 22 a) señala que en cualquier momento, el socio podrá causar baja voluntaria en la cooperativa, observando el plazo de preaviso establecido en los Estatutos, que no tendrá una duración superior a tres meses, salvo que se haya fijado un plazo mínimo de permanencia, nunca superior a cinco años, con las excepciones previstas en esta Ley, "o la imposibilidad de hacerlo antes de finalizar el ejercicio económico", pero los estatutos de la apelante no contienen tal imposibilidad vinculada al ejercicio económico, si bien sí contemplan un preaviso y una obligación de permanencia que han sido cumplidos en este caso, pese a que el preaviso es nada menos que de doce meses por lo que, al menos en su extensión, coincide con la duración del ejercicio económico, que es anual, si bien coincidiendo con el año natural, para quedar cerrado el 31 de diciembre, conforme al artículo 59 de los estatutos.

Por último, en lo que interesa a las costas de primera instancia, el juzgado ha realizado una correcta aplicación del principio del vencimiento consagrado en el artículo 394 de la Ley procesal.»

— Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 13 de marzo de 2007. Impugnación de Acuerdo sancionador del Consejo Rector de una Cooperativa ratificado por la Asamblea General. Caducidad:

«PRIMERO: Aceptamos y damos por reproducidos los expuestos por el Juzgado. La resolución sobre la excepción de caducidad de la acción opuesta por la demandada implica determinar si el acuerdo impugnado es contrario a la ley, y por tanto nulo, en cuyo caso el plazo de caducidad es de un año o si, por el contrario, es meramente anulable, con un plazo de caducidad de 40 días. Y si esta excepción puede apreciarse en la audiencia previa. La caducidad de la acción no está incluida expresamente entre las cuestiones procesales del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ahora bien, el n.º 1 del artículo 416, en relación con el 425, no excluye el planteamiento y resolución de

“cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo”. Lo que se trata con el examen de estas cuestiones procesales es evitar la tramitación de un pleito inútil en el sentido que no se resuelva sobre el fondo. Abona la tesis de considerar la caducidad como una de estas cuestiones el hecho de que puede ser apreciada incluso de oficio y de que su estimación impide una resolución sobre el fondo. La Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 327/2005, de 12 diciembre indica que “el instituto de la caducidad de la acción constituye, como se recuerda en la STC 288/1999, de 13 de diciembre, una de las causas legales impeditivas de un pronunciamiento sobre el fondo y, como tal presupuesto procesal, no vulnera por sí mismo el derecho a la tutela judicial efectiva, como tampoco se deriva ninguna lesión de su concreta apreciación por parte de los órganos judiciales, ya que los plazos en los que las acciones deben ejercitarse no se encuentran a disposición de las partes”, en el mismo sentido las sentencias n.º 252/2004, de 20 de diciembre, 214/2002, de 11 de noviembre, y 154/2004, de 20 de septiembre. La doctrina mayoritaria se inclina por la respuesta favorable a la apreciación de la caducidad en la audiencia previa, equiparándola en cuanto al tratamiento procesal a la cosa juzgada, sobre todo cuando en el mismo acto de la audiencia previa se presentan los medios de prueba precisos para resolver sobre esta cuestión. Desde el punto de vista de la aplicación por los Tribunales, la respuesta no está clara, a favor se sitúan los Autos de 23 de mayo de 2005 de la Sección 18 de la Audiencia Provincial de Madrid, auto de 24 de marzo de 2003 de la Sección 4 de la Audiencia Provincial de Málaga, auto de 8 de julio de 2002 de la Audiencia Provincial de Salamanca. En contra, por ejemplo, el Auto del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 2003, dictado en un recurso de queja sobre la admisión del recurso de casación parece mostrarse contrario a la ampliación de los supuestos en los que la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé la inadmisión de la demanda por el transcurso del plazo.

SEGUNDO: Respecto a la normativa aplicable, el artículo 24 de la Ley de Cooperativas de Aragón de 22 de diciembre de 1998 no diseña un procedimiento sancionatorio, cuestión para la que remite a los Estatutos, con la salvedad de que proclama el principio de tipicidad de las faltas, y para lo no dispuesto, es supletoria la Ley de Cooperativas, conforme a la Disposición final primera. El acuerdo de sanción adoptado por el Consejo Rector, órgano competente a tenor del artículo 18.3 de la Ley de Cooperativas de 16 de julio de 1999 y artículo 18 de los Estatutos, puede ser impugnado en el plazo de un mes, desde su notificación, ante el Comité de Recursos que deberá resolver en el plazo de dos meses o, en su defecto, ante la Asamblea General que resolverá en la primera reunión que se celebre, artículo 18.3.c de la Ley de Cooperativas y artículo 18 de los Estatutos, y contra el acuerdo desestimatorio podrá recurrirse en el plazo de un mes desde su no admisión o notificación ante el Juez de Primera Instancia, por el cauce procesal previsto en el artículo 31 de esta Ley. Este artículo remite a las normas establecidas en los artículos 118 a 121 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, preceptos que

han sido derogados por la Ley de Enjuiciamiento Civil (disposición derogatoria única 2.2ª de Ley 1/2000, de 7 enero), salvo el artículo 118 que señala el procedimiento ordinario y las disposiciones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Es decir, la única remisión es, pues, al procedimiento especial regulado en la Ley de Sociedades Anónimas, hoy derogado, pero no establece un nuevo plazo, sino que el recurso contra el acuerdo desestimatorio deber ser interpuesto en el plazo de un mes, sin distinción de actos nulos o anulables. No obstante, la caducidad se ha declarado sobre la consideración de que se trata de un acto anulable. En el artículo 31.2 de la Ley de Cooperativas se establece la distinción entre acuerdos nulos (los contrarios a la Ley) y anulables los demás acuerdos a que se refiere el número anterior (es decir, los que se opongan a los Estatutos o lesionen, en beneficio de uno o varios socios o terceros, los intereses de la cooperativa). Y en el apartado 3 regula la caducidad de la acción, la acción de impugnación de los acuerdos nulos caducará, en el plazo de un año, con excepción de los acuerdos que, por su causa o contenido, resulten contrarios al orden público. La acción de impugnación de los acuerdos anulables caducará a los cuarenta días. Esta misma distinción y plazos contemplan el artículo 36.1 de la Ley de Cooperativas de Aragón y el artículo 28, párrafo último, de los Estatutos de la Cooperativa —documento 4 de la contestación, folios 217 y ss—.

TERCERO: El acuerdo sancionador del Consejo Rector de 14 de marzo de 2005, recibido por el interesado el 17 de marzo —hecho sexto de la demanda—, fue recurrido ante la Asamblea General el 11 de abril de 2005 —hecho séptimo— que en la primera reunión celebrada el 18 de junio de 2005 rechazó el recurso y ratificó la sanción —hecho octavo—. A dicha asamblea acudió el demandante representado por su Abogada y la demanda rectora de este procedimiento tuvo entrada en el juzgado el día 23 de septiembre de 2005. Alega en el recurso de apelación que el acuerdo no es anulable sino nulo por falta de potestad sancionadora de la Asamblea, ya que para cuando dictó el acuerdo desestimatorio ya no era socio de la cooperativa. Efectivamente, la petición de baja de la Cooperativa surtió efecto el 7 de junio de 2005, cumplido el año de preaviso cursado el 7 de junio de 2004. Sin embargo, la Asamblea no carecía de competencia, ya que los hechos sancionados ocurrieron en octubre de 2004, vigente su contrato de asociación. El expediente sancionador se inició el 22 de diciembre de 2004 —folio 130— y el acuerdo sancionador del Consejo Rector es del 14 de marzo de 2005. Debido a la impugnación por el interesado del acuerdo y a la necesidad de incluirlo en el orden del día de la primera Asamblea General se demora más allá de la fecha de la baja, y en realidad este acuerdo no es propiamente sancionatorio, competencia que le corresponde de modo indelegable al Consejo Rector, artículo 18.2.a) de la Ley de Cooperativas, sino revisorio. Respecto de la vulneración del derecho de defensa y contradicción que podrían encuadrarse en una violación de la audiencia previa de los interesados y sus alegaciones deberán realizarse por escrito en los casos de faltas graves o muy graves, artículo 18.3.b) del Ley de Cooperativas, el recurrente efectuó alegaciones por

escrito a la notificación de la apertura de expediente sancionador —documento 16 de la demanda, folio 159— e interpuso recurso por escrito ante la Asamblea —documento 18, folio 168—. También asistió representado por su Abogada a la Asamblea en la que efectuó alegaciones que le fueron respondidas en la forma que aparece reflejada en la certificación expedida por el Secretario de la Cooperativa —documento 6 de la contestación, folio 257—. En esta se expresan los motivos de la sanción y la prueba de que se han servido, la propia declaración del sancionado, y mediante votación secreta de los socios comparecientes fue rechazado el recurso por la Asamblea. La demanda rectora de este procedimiento tuvo entrada en el Juzgado de Primera Instancia de Barbastro el 23 de septiembre de 2005. En consecuencia, tanto si el plazo de impugnación del acuerdo sancionador es de un mes a tenor de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de Cooperativas, en este sentido cabe citar las sentencias de 27 de enero de 2004 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Guadalajara y de 22 de junio de 2004 de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Zamora, como si es un acto anulable sometido al plazo de 40 días, el recurso a la jurisdicción está fuera del plazo de caducidad previsto”.

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de julio de 2007. Litis expensas. Efectos patrimoniales de la extinción en vida de la unión paraconyugal:

“SEGUNDO: En cuanto al recurso de la actora, interesa dicha parte que le sean impuestas al demandado las litis expensas y una pensión por desequilibrio económico a favor de aquélla. Uno de los argumentos que emplea dicha parte en apoyo de sus tesis es que el mismo nivel de vida alto que impulsó a la juzgadora de instancia a establecer una pensión alimenticia de 500 euros para cada hijo ha de servir para acoger las pretensiones que la Sra. Juez denegó y que ahora se plantean por vía de recurso. Hemos de observar al respecto que, si bien hemos reducido la cuantía de la pensión alimenticia, no hemos dejado de analizar la situación patrimonial y el nivel de vida del demandado. Sin embargo, no por ello debemos acceder a lo solicitado con relación a las litis expensas. Con independencia de que resulte discutible que esta cuestión pueda plantearse en las llamadas uniones de hecho características de las parejas estables no casadas, pues sí existe una mínima regulación dentro del régimen económico propiamente matrimonial, este Tribunal debe considerar que, como ha señalado en Sentencia de 20 de abril de 2007, en la que se citan las de 30 de junio de 1999, 30 de marzo de 2000 y 11 de marzo de 2005, parece que, bajo el régimen contenido en el párrafo tercero del art. 1.318 del Código Civil, uno de los presupuestos que tiene que concurrir necesariamente para que haya lugar a litis expensas es que el caudal del otro cónyuge haya impedido la concesión de la justicia gratuita, lo que, como tenemos repetidamente declarado, no es fácil que concurra desde el momento en que el art. 3 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita permite no tomar en consideración dichos recursos cuando se trata de asuntos en que existen intereses contrapuestos entre los cónyuges, de modo que, como señalábamos en la citada Sentencia de 11 de marzo de 2005, las litis expensas, aún te-

niendo en cuenta lo dispuesto en el referido art. 3, están condicionadas a la falta de reconocimiento del beneficio de la justicia gratuita, y en el caso que ahora examinamos, como ocurrió en el resuelto en la Sentencia últimamente citada, no ha quedado acreditado que a la demandante se le haya denegado dicho beneficio, pues en nuestro caso no consta que ni tan siquiera lo haya solicitado.

En la Sentencia de 20 de abril de 2007, por otra parte, añadíamos que en Aragón ya no debería acudir al Código Civil para resolver la cuestión de las litis expensas, pues dicha problemática habría de ser decidida al amparo del art. 5 de la Ley Aragonesa 2/2003 sobre Régimen Económico Matrimonial, que dispone que, en defecto de pacto, para determinar la contribución de cada cónyuge a la satisfacción de las necesidades familiares se tendrán en cuenta los medios económicos de cada uno, así como sus aptitudes para el trabajo y para la atención del hogar y de los hijos. Y si bien entendíamos en nuestra citada resolución que la precitada norma aragonesa permitiría en abstracto señalar litis expensas, entendidas éstas como una necesidad más de la familia, no consideramos que en el presente caso, tenidas en cuenta las circunstancias de una y otra parte, exista base suficiente para que sea el demandado quien cargue con los gastos que devengue la actora por razón del presente litigio por el solo hecho de que, tras la separación, la posición económica del primero sea mejor que la de la segunda. Por todo ello, y entendiendo que ni aún de haber existido un vínculo propiamente conyugal entre las partes habría procedido en este caso un pronunciamiento sobre litis expensas, debemos rechazar dicha petición.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 11 de octubre de 2007. La colegiación obligatoria no se extiende a los funcionarios que no compatibilicen su función pública con el ejercicio privado de la profesión, puesto que actividad profesional tiene como destinataria a la Administración:

«PRIMERO: Aceptamos y damos por reproducidos los expuestos en la sentencia apelada.

SEGUNDO: Insiste el recurrente en que procede condenar al demandado, con las costas a cargo de éste, reproduciendo para ello los argumentos que ya quedaron analizados en la sentencia apelada, con la salvedad de que en su recurso reclama una suma superior a la solicitada en su demanda, al parecer, por olvidarse de la prescripción que el propio demandante aplicó a su reclamación la cual, por lo demás, no puede prosperar por los propios razonamientos que ya tiene expuestos el Juzgado, anteriormente aceptados y dados por reproducidos en esta ocasión procesal en la que, eludiendo en lo posible inútiles repeticiones, sí que debemos resaltar que la parte dispositiva de la resolución apelada no ha ordenado la baja en el colegio del hoy apelado sino que, simplemente, ha dispuesto su absolución de la pretensión de pago de la suma reclamada por la apelante por las cuotas que ésta decía adeudadas, por más que para ello haya tenido que examinar antes si el demandado estaba o no obligado a permanecer colegiado en contra de su voluntad al ejercer sólo la profesión como funcionario, que es cuestión que, en Aragón, interpretando la Ley 2/1998, de 12 de marzo, de Colegios Profesionales

de Aragón, quedó zanjada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 16 de noviembre de 2001, en la que refiriéndose precisamente a los veterinarios y al artículo 22.4 de la citada Ley 2/1998 de 12 de marzo de Colegios Profesionales de Aragón, declaró «que por lo que respecta al ámbito de Aragón, la colegiación obligatoria no se extiende a los funcionarios que no compatibilicen su función pública con el ejercicio privado de la profesión, puesto que, sencillamente, sus actividades profesionales tienen como destinatario a la Administración, titular y garante del servicio público, en este caso sanitario, que tiene encomendado y que presta mediante los efectivos personales a su cargo. Excepción prevista en los preceptos legales mencionados y más resueltamente expresada en el segundo al decir: “Los funcionarios y el personal laboral de las Administraciones públicas en Aragón no necesitarán estar colegiados para el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de lo que dispongan el Estatuto de la Función Pública y la legislación básica del Estado”. Y excepción ya indeterminadamente prevista en el fundamento jurídico 4 de la sentencia 131/1989 del Tribunal Constitucional, de 19 de julio...». Por otro lado, el Tribunal Constitucional, en recursos de amparo provenientes de la jurisdicción civil, ha declarado repetidamente que la condena al pago de las cuotas en casos análogos al ahora estudiado, permaneciendo el demandado colegiado en contra de su voluntad, supone una vulneración del derecho a libertad de asociación en su vertiente negativa. Por todas, la sentencia 201/2005 (Sala Primera), de 18 julio, que cita otras veintitrés más, por lo que ningún reproche puede hacerse al juzgado porque haya analizado la obligatoriedad de la colegiación a los exclusivos efectos de dilucidar si procedía o no condenar al demandado al pago de las cuotas reclamadas, por más que el demandado no repitiera su petición de baja ni recurriera en vía contenciosa la denegación de su solicitud contra lo expresamente previsto en Aragón por el repetido artículo 22.4 de la citada Ley 2/1998 de 12 de marzo de Colegios Profesionales de Aragón, por lo que, dando por reproducidos los argumentos dispuestos por el juzgado, no procede sino acordar como se hará en la parte dispositiva de esta resolución.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 28 de diciembre de 2007. Derecho del consumidor a una información veraz, completa, objetiva y eficaz:

«PRIMERO: 1. Frente a lo alegado por la demandada en su recurso, tras el examen de las actuaciones y el visionado del disco óptico, no apreciamos error alguno en la valoración de las pruebas que han llevado a la juez de instancia a sostener una interpretación literal del contrato de compraventa de la vivienda unifamiliar objeto de controversia, de acuerdo con los acertados argumentos desarrollados en la sentencia apelada, los cuales damos aquí por reproducidos.

2. En respuesta a los concretos motivos del recurso, hemos de añadir, aun a riesgo de ser repetitivos: A) Que un profano, con el plano entregado, no podía distinguir que uno de los dos porches referidos en el contrato iba a ser entregado descubierto o sin techo al no constar una línea discontinua que, al parecer, es la que define la existencia de cubierta, conforme a lo ya defendido en la resolución impugnada. Además, la

escritura pública de compraventa se otorgó después de iniciada la controversia y siguió especificando, al igual que el contrato privado, que la casa tenía dos porches, sin ningún tipo de particularidad. Según el diccionario de la Real Academia, porche es, por naturaleza, un espacio cubierto (soportal o cobertizo). De este modo, la oscuridad sobre el objeto del contrato, si es que realmente se puede hablar de tal, sólo es imputable a la vendedora, conforme al artículo 1288 del Código civil y de acuerdo con el deber de información veraz que le incumbía, especialmente cuando, como aquí ocurre, se trata de tráfico inmobiliario de viviendas, según el artículo 30 de la Ley 8/1997, de 30 de octubre, del Estatuto del Consumidor y Usuario de la Comunidad Autónoma de Aragón vigente en la época en que fue firmado el contrato que nos ocupa. El artículo 4 de este mismo Estatuto del Consumidor y Usuario también establece que uno de los derechos básicos de los consumidores y usuarios es el derecho a la información; y su artículo 21 señala que los consumidores y usuarios tienen derecho a recibir una información veraz, completa, objetiva y eficaz sobre las características esenciales de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado. B) La segunda hoja de la lista de repasos aportada no contradice la primera, sino simplemente omite el dato relativo a la queja planteada por los clientes sobre el porche del jardín que sí estaba incluida en la primera hoja de las unidas a los autos, pero eso no significa que los compradores hubiera asumido algo tan insólito como la ausencia de tejado en un porche. C) No está acreditado que el Ayuntamiento exigiera uniformidad en los cerramientos de las casas adosadas (solo contamos con la manifestación poco convincente del arquitecto director de la obra, que es asalariado de la vendedora), ni mucho menos —y esto es lo más importante— que esa circunstancia fuera conocida por los ahora demandantes.

3. Por último, nos parece adecuada la reclamación del IVA, aunque no consta que los actores hayan efectuado ya la obra precisa para la colocación del tejado en el porche descubierto, pues se trata de un concepto que necesariamente debe ser satisfecho por la vendedora a fin de dejar incólume el patrimonio de los compradores, de la misma manera que ellos también han satisfecho el IVA sobre una parte de la obra no realizada.

4. Sobre la base de todo ello, procede desestimar el recurso”.

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 17 de Zaragoza de 27 de marzo de 2007. Acción declarativa de dominio. Montes:

«PRIMERO.— Los demandantes ejercitan acción de declaración del dominio sobre las fincas del polígono 7 del término municipal de G, que luego se identificarán, incluidas en el Monte de Utilidad Pública n.º, antiguo, llamado “La D”, y que a virtud de deslinde administrativo, cuyo expediente se inició en 1 de marzo de 1954, y que se aprobó por orden ministerial de 19 de junio de 1956, se halla inscrito a nombre del Ayuntamiento demandado desde el 30 de abril de 1962, con una superficie de 876,9030 hectáreas y con 234,78 hectáreas de enclavados.

Se aduce que los actores son dueños de ciertas parcelas, enclavadas en ese Monte público, en virtud de títulos y por inscripciones anteriores a la inscripción

del Monte a favor del Ayuntamiento. Se pide la declaración de dominio a virtud de tales títulos y, subsidiariamente, se invoca la prescripción adquisitiva como medio de llegar a la propiedad de los respectivos inmuebles. Complementariamente se preconiza la rectificación del Registro en lo que a tales inscripciones contradictorias se refiere.

Las Administraciones demandadas se oponen a la demanda y arguyen fundamentalmente que las inscripciones obtenidas por los demandantes tuvieron lugar una vez que conocieron la iniciación del expediente administrativo de deslinde, que tales peticiones ya fueron formuladas, con la salvedad de la finca del demandante RR, en dicho expediente administrativo, y que fueron razonadamente desestimadas, sin que se hubiera formulado en su día ni después —a salvo la previa reclamación al ejercicio de la acción judicial que ha originado este proceso—, ninguna clase de reclamación. Se niega virtualidad alguna a efectos de justificar el dominio pretendido a los títulos esgrimidos que derivarían en esencia de las herencias de ciertos causantes de los ahora demandantes, y, por último, se rechaza la posibilidad de que los actores hubieran adquirido las fincas litigiosas por usucapación en razón de la condición de comunal del Monte "La D" y de la presunción posesoria en su favor que se derivaría del expediente de deslinde mencionado y de la condición de Monte Catalogado.

Una correcta sistemática procesal exige identificar previamente las fincas objeto de la acción derivada del derecho de propiedad, analizar el título de dominio que se esgrime y, por último y en caso de insuficiencia de aquellos, discernir si se dan los requisitos necesarios para la usucapación preconizada.

SEGUNDO.— Las fincas que son objeto de declaración de dominio, todas ellas parcelas catastrales del polígono 7 del término de G y todas ellas inscritas en el Registro de la Propiedad de Tarazona, y el título de propiedad que se esgrime son las que siguen:

De PMR:

1.— Parcela catastral n.º, finca registral n.º, inscrita por vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria el día 2 de agosto de 1954, a nombre de IFRA por título de adjudicación de herencia en escritura de 21 de enero de 1939, y adquirida por la actora por donación en escritura de 8 de julio de 1975.

2.— Parcela catastral n.º, finca registral n.º, duplicada en la finca registral n.º, inscrita el día 13 de junio de 1952, por vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, a nombre de IFRA, por título de adjudicación de herencia en escritura de 18 de noviembre de 1951, y adquirida por la actora por donación en escritura de 8 de julio de 1975 y que dio lugar a la finca registral.

De RRR: parcela catastral n.º, finca registral n.º, inscrita por vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria el día 30 de agosto de 1954 a nombre de ERM, quien consta que ya pagó el impuesto sucesorio en 5 de agosto de 1919, posteriormente transmitida por sendas herencias, la última por escritura de 21 de enero de 1974, liquidación de sociedad conyugal en 1 de octubre de 1984, y venta al demandante en 14 de abril de 1989.

De MAGU parcela catastral n.º, finca registral n.º, inscrita por vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria el día 2 de agosto de 1954 a nombre de IFRA por título

de herencia otorgada en escritura de 21 de enero de 1939, posterior donación a PMR en 8 de julio de 1975, y posterior venta a este demandante en 17 de agosto de 1993.

De JMRRM:

1.— Parcela catastral n.º, finca registral n.º, inscrita por vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria el día 11 de junio de 1952, a nombre de JRA por título de herencia de su padre LAL, y transmitida al demandante por vía de adjudicación de herencia según escritura de 24 de enero de 1978.

2.— Parcela catastral n.º, finca registral n.º, inscrita por vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, el día 16 de junio de 1952, por título de herencia otorgada en escritura de 18 de noviembre de 1951, vendida posteriormente a JRA en escritura de 1 de julio de 1960, y adjudicada al actor por la herencia de este último en escritura de 24 de enero de 1978.

3.— Parcela catastral n.º, finca registral n.º, inscrita por vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, el día 16 de junio de 1952, por igual causa y transmisiones que la anterior.

4.— Parcela catastral n.º, finca registral n.º, inscrita por vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria el día 8 de julio de 1954, a nombre de JRA por adjudicación de herencia otorgada en escritura de 21 de enero de 1939, y posterior transmisión al demandante por herencia otorgada en 24 de enero de 1978.

5.— Parcela catastral n.º, finca registral n.º, inscrita por vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, el día 8 de julio de 1954, a nombre de JRA por igual título y con igual transmisión al actor que la anterior.

6.— Parcela catastral n.º, finca registral n.º, inscrita por vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, el día 8 de julio de 1954, a nombre, por causa y con transmisión igual que las dos anteriormente reseñadas (escrituras de partición de herencia de 21 de enero de 1939 y 24 de enero de 1978).

7.— Parcela catastral n.º, finca registral n.º, inscrita por vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, el día 4 de julio de 1959, a nombre de EMA, que la recibió en donación por escritura de 24 de octubre de 1955 de sus padres, y que la transmitió en venta al aquí demandante en escritura de 24 de diciembre de 1984, constando en la primera inscripción una certificación del Secretario del Ayuntamiento demandado, visado por el Alcalde, de 19 de enero de 1959, por el que se hace constar que esta parcela se considera de propiedad particular al no satisfacerse canon de ninguna clase, y pagarse contribución por el donante, sus padres y abuelos.

8.— Parcela catastral n.º, finca registral n.º, con iguales datos de inscripción, titularidad y transmisión que la anterior.

9.— Parcela catastral n.º, finca registral n.º, con iguales datos de inscripción, titularidad y transmisión que las dos anteriores.

TERCERO.— A su vez, una mejor resolución del litigio, exige ahora reseñar los siguientes hechos en relación con el Monte "La D", en que se hallan enclavadas la anteriores fincas:

En fecha 16 de diciembre de 1926 se declaró el monte "La D" de utilidad pública bajo el n.º 243-A con una cabida total de 1000 has, y titularidad del pueblo de G.

El Ayuntamiento de G, en fecha 23 de marzo de 1953, para, entre otras, clarificar definitivamente la eventual propiedad de los diversos enclavados, junto con la Hermandad de intereses el deslinde total del monte aprobándose su ejecución el día 2 de marzo de 1954, publicándose el anuncio de las operaciones de apeo el día 29 de marzo de 1954.

El día 19 de junio de 1956 se dictó orden ministerial de aprobación del deslinde administrativo, con una cabida total de 876,9030 has, de las cuales 234,7800 se correspondían a superficie de enclavados.

La inscripción en el Registro de la Propiedad tuvo lugar el día 30 de abril de 1962 a favor del Ayuntamiento demandado.

En el referido expediente, las personas de quien traen causa el derecho de los actores hicieron valer sus derechos sobre las parcelas ahora reivindicadas —con la salvedad de la parcela de RR—, siendo desestimadas sus alegaciones, sin que se hubiera instado juicio alguno sobre el dominio de las mismas.

Finalmente, por Decreto 58/2004, de 9 de marzo, del Gobierno de Aragón, se aprobó el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, en el que aparece el Monte "La D" bajo el n.º, con una servidumbre de pastos en todo el Monte en favor del Ayuntamiento.

CUARTO.— La acción declarativa de la propiedad tiene dos requisitos fundamentales: a) la presentación de un título que acredite la adquisición de la cosa; y b) La perfecta identificación de la misma.

En el caso presente, no existe problema alguna en lo que a la identificación de las fincas se refiere.

Y respecto del título de adquisición, su justificación incumbe a la parte actora conforme a las reglas de la carga de la prueba que disciplina el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Debe probarse al respecto que existe la causa idónea para dar nacimiento a la relación en que el derecho real consiste (sentencias del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 1998 y de 30 de julio de 1999). Y conviene aquí traer a colación la doctrina jurisprudencial que en numerosas sentencias enseña que la mera adjudicación y partición de una herencia no constituye título suficiente para justificar el dominio (así por ejemplo, cabe citar las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1987, 5 de noviembre de 1992, o de 21 de junio de 1996 o la de 16 de mayo de 2000). El título universal de la herencia es pues insuficiente si no se prueba que la finca incluida en el acervo formaba parte de la herencia.

Como ha dicho la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección IV, en su sentencia de 7 de febrero de 2007, nadie puede transmitir derechos que no se tienen; por tanto esa transmisión no puede hacerse ni *inter vivos* ni *mortis causa*, de forma que la atribución testamentaria, en tanto no acredite el título traslativo a favor del causante, no podrá fundar dominio de ningún tipo. En igual sentido, la Sentencia de la Sala de lo Civil de la extinta Audiencia Territorial de Zaragoza de 25 de junio de 1980 (que resolvió un caso similar sobre el Monte "La D", aunque con rasgos distintivos acusados ya que el entonces demandante pagaba canon arrendaticio).

No es tampoco título suficiente de dominio la titularidad catastral o amillaramiento o registro fiscal según

ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo de forma reiterada (sentencias de 29 de diciembre de 1992 o de 2 de marzo de 1996).

Tampoco se demuestra el dominio por la inmatriculación de las fincas a favor de los causahabientes de los demandantes pues se hizo por vía del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, cauce de inscripción que no advena la cadena transmisiva, y que no determina un título bastante e idóneo de propiedad. La inscripción en el Registro de la Propiedad no tiene en este sentido efecto constitutivo del derecho de propiedad sobre el bien inscrito. Tales inscripciones no están amparadas por la presunción "iuris et de iure" del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y la presunción que contiene el artículo 38 es una presunción "iuris tantum", que puede destruirse mediante prueba en contrario, dado que la realidad registral no puede prevalecer sobre la realidad extrarregistral (entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000 y 7 de febrero de 2003). No es pues un problema, como se alega por la Diputación General de Aragón en consonancia y coherencia con lo razonado en su día en la calificación del Abogado del Estado en el expediente de deslinde, del momento en que se llevó a cabo la inscripción, sino de la realidad jurídica atinente a la titularidad del dominio.

Pero, "mutatis mutandi" debe también aclararse que el deslinde administrativo no vincula en absoluto a la jurisdicción civil, es título insuficiente para adquirir la propiedad (artículo 609 del Código civil "a sensu contrario" y sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1987 y 17 de diciembre de 1992) y se encuentra sometido o claudicante ante el pronunciamiento judicial del orden jurisdiccional civil (artículo 132 del Reglamento de Montes aprobado por Decreto 486/1962, de 22 de febrero, y sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2006).

Por último, debe reseñarse que nos hallamos ante un supuesto de doble inmatriculación con diferentes titularidades, las derivadas de las reseñadas inscripciones a favor de los actores y la derivada de la inscripción del Monte a favor del Ayuntamiento de Grisel, lo que nos lleva también a las normas de derecho civil puro, esto es, la prevalencia de la inscripción de la finca cuyo dominio sea de mejor condición atendiendo al Derecho civil (sentencias del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1993 y de 18 de diciembre de 2000).

QUINTO.— A la luz de las anteriores consideraciones es claro que en absoluto puede entenderse justificado el dominio de los demandantes sobre las parcelas litigiosas cuando el título proviene de las herencias de sus ascendientes (parcelas de PM, y la n.º 1, 4, 5 y 6 relacionadas en el fundamento segundo, de JMR).

Distinto es el caso de las parcelas de RR, MAG y las relacionadas bajo los números 2, 3, 7, 8 y 9, en cuyas cadenas transmisivas han operado compraventas y otras circunstancias que seguidamente se examinan.

Las parcelas catastrales (relacionadas bajo los números 7, 8 y 9 de la letra D del fundamento jurídico segundo), fueron compradas por el demandante JMR en 1984, pero es que en la primera inscripción, donación a favor de la posterior vendedora, se publicita una certificación del Secretario con el visto bueno del Alcalde del Ayuntamiento demandado y fechada en

1959, por la que se hace constar que tales parcelas se consideran de propiedad particular, al no satisfacerse canon de clase alguna y pagarse contribución por los diversos ascendientes —padres y abuelos—. Tal mención es un auténtico reconocimiento de propiedad por parte del Ayuntamiento demandado y, en este sentido, nos hallaríamos ante un dominio justificado del demandante respecto de tales tres parcelas. Además, como luego se verá, el título de dominio es también por sucaión.

En relación con las parcelas de los actores RR, MAG y las de JMR, consta que fueron adquiridas, entre otros títulos, por compraventa, lo que plantearía la posible adquisición por la protección del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Mas no puede hablarse de la buena fe que exige el precepto en la medida en que de todos era conocida la existencia del deslinde administrativo operado en los años 50 y en la propia existencia del monte catalogado y de utilidad pública ya desde 1926. Incluso la existencia de una doble inscripción, impediría el juego automático del mencionado artículo 34 de la Ley Hipotecaria (entre otras, sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2005), por lo que habría de acudir igualmente a las normas de derecho civil puro para resolver el conflicto, sin que, como ya se dijo, pueda prevalecer el título hereditario que se esgrime en relación con tales fincas frente al título del Ayuntamiento, que, a tenor de la documentación aportada por la Diputación demandada como diligencia final, consta como titular —en realidad, a favor del pueblo de G, con el alcance que luego se verá— del monte desde 1926, y con una referencia a su posesión inmemorial.

SEXTO.— De cuanto se lleva expuesto se deriva que sólo se ha probado la propiedad de las fincas registrales del Registro de Tarazona.

Debe examinarse ahora si puede entenderse justificado el dominio del resto de las fincas por vía de la alegada usucapión o prescripción adquisitiva. Para ello deberá previamente clarificarse la naturaleza jurídica de la titularidad del Monte en la medida en que su condición de bien de dominio público o de comunal impedirá su prescriptibilidad (artículo 64.3 del Reglamento de Montes, en coherencia con el artículo 183 de la Ley de Régimen Local de 1955 o la Ley Aragonesa de Administración Local, artículos 170 y 172), de modo que sólo si se concluye en su condición de patrimonial podrá entrarse en el examen de tal cuestión (artículo 64.1 del Reglamento de Montes).

Debe decirse aquí que la nueva Ley de Montes de 2003 ha alterado el régimen jurídico de los montes incluidos en el catálogo de utilidad pública al establecer su condición de demaniales e imprescriptibles (artículos 12.1 y 14) —en igual sentido el artículo 11.3.a) de la Ley Aragonesa de Montes 15/2006, que entra en vigor el próximo 31 de marzo de 2007—, mas tal previsión legal no es aplicable retroactivamente, dado que, como se argumentó por la dirección jurídica de los actores y se admitió por las demandadas al no invocar estos preceptos, debe estarse a la legislación de montes de 1957 y el Reglamento de 1962, vigentes cuando se hizo la reclamación previa al planteamiento de la demanda rectora de este proceso. La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 23 de diciembre de 2005 declara al respecto:

nada podrá suponer frente a ello el nuevo régimen introducido por la Ley de Montes de 2003. Esta dice en su art 12 que forman parte del dominio publico, siendo en consecuencia imprescriptibles, los montes "incluidos en el catalogo de montes de utilidad publica a la entrada en vigor de la Ley", pues si se trata de una inclusión "ipso iure", que detrae del comercio y de la posibilidad de ganarse por prescripción adquisitiva los ya catalogados, ello tiene lugar sin retrotraer sus efectos y excluir con ello la posibilidad de una adquisición que hay que entender que a la entrada en vigor de la Ley habían operado ya en su favor las demandantes en los casos que se dirán.

Sobre tal cuestión, si bien la documentación aportada por la Diputación General de Aragón acredita que en la orden de 1926 por la que se declaró protegido el monte —antecedente de los de utilidad pública— se decía propiedad del "pueblo de G", y que el Catálogo se reconocía la servidumbre de pastos "pecoris pascendi" en todo el Monte, y que luego tuvo traducción en el Decreto 58/2004, de 9 de marzo, del Gobierno de Aragón, en el que aparece el Monte litigioso con una "servidumbre de pastos a favor del Ayuntamiento en todo el monte", es lo cierto que no cabe deducir con tales datos la condición de comunal de tal monte. A ello se oponen las siguientes consideraciones:

Como se reconoce en los informes aportados por la Diputación General de Aragón, en un principio se trataba de un monte "de propios", del Ayuntamiento de G.

En la Ordenanza del Monte aprobada por el Ayuntamiento de G en 27 de mayo de 2002 y publicada en el Boletín Oficial de la Provincia en 12 de junio de ese año, folio 498 del proceso, se dice que el monte se reputa como "monte patrimonial".

El expediente de deslinde reconoció la existencia de más de doscientos enclavados particulares en el monte en cuestión —documento aportado por la Diputación demandada como diligencia final—, hasta completar una superficie de 234,78 hectáreas, lo que comporta que aunque el monte estuviera sujeto a ciertos aprovechamientos vecinales sería posible la propiedad privada dentro de su perímetro. Así se reconoce en la referida Ordenanza municipal, cuyo artículo 42 distingue entre los enclavados de propiedad particular reconocidos como tales en el deslinde, y los no reconocidos, a los que se les declara exentos de pago del canon y con obligación de darse de alta en el IBI si tuvieran inscrito su derecho antes del deslinde. En el mismo sentido, el agente forestal que depuso como testigo manifestó que existían aprovechamientos comunes de cultivos, cuyos usuarios pagaban el correspondiente canon.

Los actores prueban la posesión de ciertas fincas desde 1919, y entonces no se alega que existiera un aprovechamiento vecinal de cultivos o roturaciones. No serían, desde este punto de vista, meros "asentados" por un aprovechamiento común (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1991).

En el expediente de deslinde no se rechazó la condición de particulares de tales parcelas —con la salvedad de la parcela de RR— por la naturaleza jurídica del monte ahora alegada, sino que se examinó la suficiencia de tales títulos, lo que, por lo anteriormente expuesto, está sujeto a revisión jurisdiccional.

SÉPTIMO.— Se examina ahora si concurre o no la alegada subsidiariamente posesión en concepto de dueño y con justo título apta para operar la prescripción adquisitiva regulada en el artículo 64 del Reglamento de Montes, que señala que los montes públicos de propiedad patrimonial sólo podrán prescribir por la posesión en concepto de dueño —también exigida en los artículos 1941 y 447 del Código civil—, pública, pacífica e ininterrumpida durante treinta años.

En primer lugar, resulta patente que los actores han poseído tales fincas desde, al menos, las fechas de los títulos de los que traen causa y que se han hecho constar en el fundamento jurídico segundo, tal y como se afirmó por los testigos, dato fáctico éste no cuestionado por las Administraciones demandadas. Se trata de una posesión efectiva que destruiría las presunciones a que se refieren los artículos 65 del Reglamento de Montes y 38 de la Ley Hipotecaria si se contempla la inscripción a favor del Ayuntamiento demandado.

Sin embargo, esa posesión real no cede respecto de la presunción “*iuris et de iure*” que establece el artículo 132 del Reglamento de Montes cuando establece que “el deslinde aprobado y firme declara, con carácter definitivo, el estado posesorio, a reserva de lo que resulte del juicio ordinario declarativo de propiedad”.

Y es que el deslinde administrativo, como se lee en la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 13 de septiembre de 2005, es una prerrogativa que se le confiere a una Administración para delimitar físicamente su derecho de propiedad sobre determinados bienes de titularidad pública respecto de los de particulares u otras Administraciones. Es en definitiva un procedimiento, de exclusiva competencia de la Administración en el que se entremezclan operaciones de carácter técnico y jurídico, y que culmina con un acto administrativo, aprobatorio del mismo, que como todos los actos administrativos es impugnabile, ya haciendo uso de recurso propiamente administrativos, ya en la vía jurisdiccional competente. Por tanto, el deslinde administrativo, como todos los actos de la Administración goza, mientras no sea impugnado y anulado, de la presunción de legitimidad que le otorga el artículo 57.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a tenor del cual los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa. Ciertamente el deslinde no prejuzga cuestiones de propiedad, cuya resolución queda atribuida a la Jurisdicción Civil, en el juicio declarativo que corresponda; ahora bien, eso no supone que tal deslinde no produzca efecto alguno en el orden civil, pues a tenor de lo que establece el 132 del Reglamento de Montes, en el deslinde administrativo declara el estado posesorio del monte objeto del mismo, a reserva del juicio declarativo sobre la propiedad, habiendo precisado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, sentencia de 11 de julio de 1987) que, al margen de la presunción posesoria del artículo 10 de la Ley de Montes, es el acto del apeo el que otorga la posesión real a la entidad titular del monte objeto de deslinde. Lo expuesto viene por tanto a contradecir la tesis que se desliza o insinúa respecto del cómputo del plazo posesorio, y ello, porque a partir de la aprobación del

expediente de deslinde, el terreno litigioso pasó a la posesión efectiva de la Administración, sin necesidad de realización por parte de la misma de otros actos posesorios, pues no puede exigirse de la Administración la realización continua de actos posesorios sobre los bienes de su propiedad, con el fin de mantener su derecho. Por tanto, a partir de aquella fecha, cualquier acto posesorio efectuado debe ser considerado como clandestino o meramente tolerado, sin que afecte por ello a posesión adquirida por la Administración en virtud del deslinde (artículo 444 del Código Civil).

Todo ello sin contar, por razones de congruencia, aunque dicho “*ex abundantia*”, que desde que se dictó la Orden Ministerial aprobatoria del deslinde en 1956 hasta que se presentó la primera reclamación por los actores habrían transcurrido más de cuarenta años, con lo que el deslinde practicado sobre el Monte Público habría devenido inatacable, pues aún cuando el mismo hubiera sido contradictorio con el título de los actores, en todo caso se habría consumado, a favor de la Entidad titular del Monte Público, la usucapión ordinaria del artículo 1957, al cumplirse los requisitos exigidos para la misma, a saber: buena fe, que debe de ser presumida; justo título, constituido por la propia resolución administrativa aprobatoria del deslinde; posesión real y efectiva desde que se produjo el apeo, con una duración superior a diez años, y finalmente, de acuerdo con el artículo 36 b) de la Ley Hipotecaria, consentimiento tácito a esa posesión por parte del titular inscrito durante todo el año siguiente a al adquisición, lo que, a tenor de dicho precepto permitiría operar la prescripción adquisitiva incluso frente al titular inscrito con carácter de tercero hipotecario.

OCTAVO.— Así las cosas, el término final o “*dies ad quem*” del tiempo de posesión que debe computarse a efectos de la usucapión alegada es el de la aprobación del deslinde administrativo que no determina la propiedad, pero sí la posesión a efectos de usucapión. Por tanto, debe examinarse si la posesión hasta la aprobación del deslinde fue de los treinta años de que hablan los artículos 19.1 de la Ley de Montes y el artículo 64.1 del Reglamento.

Así, es llano que las únicas fincas catastrales que habrían sido poseídas más de treinta años, esto es, antes del año 1926, son las que pretende RR —consta que se pagó el impuesto sucesorio en 1919 y su posesión en este tiempo no es cuestionada por las demandadas— y las que ya se ha dicho de dominio justificado de JMRM —las registrales—, y, al constar que se pagaba contribución por el padre y abuelos del causante del actor, según certificación de 1959.

Por lo demás, tal posesión era pública, pacífica e ininterrumpida, y además, en concepto de dueño habida cuenta del título originario esgrimido, y los actos jurídicos llevados a efecto durante tal tiempo de posesión, reveladores de que tal posesión se ha producido “*animus domini*”, es decir, sin conciencia de que exista un “*verus dominus*”, y con ánimo de haber la cosa como propia.

Ninguna otra finca cuya declaración de dominio se pide, cumple con el requisito de posesión de treinta años hasta el deslinde administrativo, pues el título de propiedad originario —lo que no supone que se adquiriera entonces la propiedad— data de los años 30 o 50.

NOVENO.— Procede, en consecuencia, la estimación parcial de la demanda en el sentido de resultar pertinente la declaración de dominio interesada respecto de las parcelas catastrales de JMRRM y la de RR, y consecuente cancelación del asiento registral contradictorio correspondiente al dominio del Monte "La D", en la medida en que no reconoce tales propiedades enclavadas con arreglo al artículo 38 de la Ley Hipotecaria.»

## B) INTERPRETACIÓN DOCTRINAL

### B.1.) DECIMOSÉPTIMOS ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS.

El 19 de octubre de 2007 se firmó por la Institución El Justicia de Aragón, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, el Ilustre Colegio de Abogados de Huesca, el Ilustre Colegio de Abogados de Teruel, el Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza, los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Aragón y el Ilustre Colegio de Procuradores de Zaragoza, el Convenio de Colaboración para la celebración de los «Decimoséptimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés», con el siguiente programa de ponencias:

— Día 6 de noviembre de 2007 en Zaragoza: La Junta de Parientes en la nueva regulación de la Ley del Derecho de la Persona: Composición y funcionamiento, por D. Fernando Agustín Bonaga, D. José Luis Argudo Périt y D. David Arbués Aísa.

— Día 13 de noviembre de 2007 en Zaragoza: Los menores e incapacitados en situación de desamparo, por D. Luis Carlos Martín Osante, Dña. Aurora López Azcona y D. Carlos Sancho Casajús.

— Día 20 de noviembre de 2007 en Zaragoza: Régimen jurídico de las urbanizaciones privadas, por D. Dimitri Berberoff Ayuda, D. Francisco Javier Lardiés Ruiz y D. Ignacio Pemán Gavín.

— Día 27 de noviembre en Teruel: La disposición de bienes de menores e incapacitados, por D. Luis Alberto Gil Nogueras, D. Luis Arturo Pérez Collados y D. Alberto Adán García.

Actualmente se está preparando la edición de las Actas con el contenido de las Ponencias.

### B.2.) LIBROS Y ARTÍCULOS SOBRE DERECHO CIVIL ARAGONÉS.

Damos noticia de los libros y artículos de los que hemos tenido conocimiento a lo largo de 2007:

AGUSTÍN TORRES, Antonio-Carmelo y AGUSTÍN JUSTRIBÓ, Jaime: «Algunas implicaciones fiscales en los usufructos de dinero y de participaciones en fondos de inversión», en *La notaria*, Número 34 (2006), págs. 39-51.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: «Incapacitación y mandato.» *La Ley*, Madrid, 2008. 381 págs.

BALTAR RODRÍGUEZ, Juan Francisco: «Los Ministros de la Real Audiencia de Aragón (1711-1808).» Núm. 35 de la Colección «El Justicia de Aragón». Zaragoza, 2008.

BARRIO GALLARDO, Aurelio: «La aceptación hereditaria derivada de actos dispositivos concluyentes so-

bre el caudal.» Prólogo de Ángel Cristóbal Montes. Núm. 27 de la Colección «Monografías» del Centro de Estudios Registrales. Fundación Registral, Madrid 2007. 278 Páginas. Rústica.

BARRIO GALLARDO, Aurelio: «Derecho expectante de viudedad e incumplimiento en materia de contratación inmobiliaria», en *Cuadernos Lacruz Berdejo* núm. 5 (2007) (<http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=416>).

BAYOD LÓPEZ, M.ª del Carmen: «La disposición intervivos de los bienes del consorcio conyugal», en VV.AA.: *Actas de los XVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza-Huesca, 2006. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, págs. 7-38.

BRUN ARAGÜÉS, Juan José: «Intangibilidad cualitativa de la legítima», VV.AA.: *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza-Teruel, 2005. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, págs. 411-417.

CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «La liquidación del consorcio conyugal aragonés», en VV.AA.: *Actas de los XVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza-Huesca, 2006. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, págs. 65-94.

CORRAL GARCÍA, E.: «Los Derechos del Cónyuge Viudo en el Derecho Civil Común y Autonómico.» Barcelona 2007. 278 Páginas. Rústica.

CRUZ GISBERT, Teresa: «La disposición intervivos de los bienes del consorcio conyugal. Punto de vista notarial», en VV.AA.: *Actas de los XVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza-Huesca, 2006. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, págs. 39-42.

DIVASSÓN MENDÍVIL, Jesús: *Crónica de las Jornadas sobre los nuevos Estatutos de Autonomía en las Comunidades Autónomas de la antigua Corona de Aragón*. Gobierno de Aragón. Vicepresidencia. Zaragoza, 2008. 31 págs.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M.ª Ángeles: «Constitución, Amejoramiento y Derecho civil navarro», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 2007, págs. 229-274.

ESCUADERO, José Antonio: «La situación antecedente a los Decretos de Nueva Planta en Aragón», en *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, núm. 36, 2006, págs. 167-189.

FORCADA MIRANDA, Javier: «La liquidación del consorcio conyugal aragonés. El procedimiento judicial», en VV.AA.: *Actas de los XVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza-Huesca, 2006. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, págs. 95-113.

GARCÍA CANO, Tomás: «Autotutela y poderes preventivos», en VV.AA.: *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza-Teruel, 2005. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, págs. 117-129.

GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos: «Las competencias legislativas en materia de Derecho civil (Art. 149.1.8.º CE). El caso de la propiedad horizontal», *lustel*, 320 Páginas, 2007.

GÓMEZ DE VALENZUELA, Manuel: «Documentos sobre ganadería altoaragonesa y pirenaica (Siglos XV y XVI)». Colección El Justicia de Aragón núm. 33, Zaragoza, 2007, 495 págs.

GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel (Coordinador): «Un jurista aragonés y su tiempo: El doctor Juan Luis López, primer marqués del Risco

(1644-1703).» Gobierno de Aragón-Vicepresidencia, Zaragoza, 2007, 704 págs.

HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier: «Aragón, tierra de derechos.» Prólogo de José Antonio Serrano García. Mira editores, S.A. Zaragoza, 2007, 80 págs.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «Nuevos Estatutos de Autonomía y «legiferación» civil». Derecho privado y Constitución, Número 21 (2007), págs. 331-381.

*Legislación civil de Aragón*. Introducción de José M.ª Navarro Viñuales. La Notaría, núm. 10 (2008), 398 págs. Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: *El derecho de abolorio*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Fundación Registral), Madrid, 2007, 961 págs. Prólogo de Gabriel García Cantero.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: «Algunas tesis sobre el derecho de abolorio. Consideraciones sobre la institución a partir de la legislación, doctrina y jurisprudencia ante una eventual reforma», en Cuadernos Lacruz Berdejo núm. 5 (2007) (<http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=378>)

MARTÍN OSANTE, Luis Carlos: «El seguro de vida en el marco del régimen económico del matrimonio en Aragón. Breve referencia a planes de pensiones y figuras afines en el consorcio conyugal aragonés», en Cuadernos Lacruz Berdejo núm. 5 (2007) (<http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=415>)

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: «La institución recíproca de herederos», en VV.AA.: *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza-Teruel, 2005. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, págs. 13-56.

MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Jesús: *La gestión del consorcio en la Ley 2/2003, de 12 de febrero*. Prólogo de Fernando García Vicente. Núm. 32 de la Colección El Justicia de Aragón. Zaragoza, 2007, 127 págs.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coordinador): *Manual de Derecho sucesorio aragonés*. Edita Sonlibros, Zaragoza, 2006. Núm. 1 de la Colección «Derecho Civil Aragonés». 695 págs.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis (Coordinador): *Manual de Derecho matrimonial aragonés. Edición propia*. Zaragoza. 2007, 414 págs. Núm. 2 de la Colección «Derecho Civil Aragonés».

MORALES ARRIZABALAGA, Jesús: *Fueros y Libertades del Reino de Aragón. De su formación medieval a la crisis preconstitucional (1076-1800)*. Cuadernos de Cultura Aragonesa, 46. Rolde de Estudios Aragoneses, Zaragoza, 2007, 206 págs.

MOREU BALLONGA, José Luis: «El sistema legítimo en la Ley aragonesa de sucesiones», VV.AA.: *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza-Teruel, 2005. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, 149-417.

MOREU BALLONGA, José Luis: «Mito y realidad en el standum est chartae», en GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel (Coordinador): *Un jurista aragonés y su tiempo: El doctor Juan Luis López, primer marqués del Risco (1644-1703)*. Gobierno de Aragón-Vicepresidencia, Zaragoza, 2007, págs. 315-503.

NAVARRO VIÑUALES, José María: «Introducción a la legislación de Derecho civil aragonés», en *La Notaría*, núm. 10 (2008), págs. 27-64.

OLIVÁN DEL CACHO, José Javier: «Límites a las voluntades anticipadas», VV.AA.: *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza-Teruel, 2005. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, págs. 131-143.

PALAZÓN VALENTÍN, Pilar: «Tratamiento fiscal de la institución recíproca de herederos», en VV.AA.: *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza-Teruel, 2005. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, págs. 57-65.

PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles: «Voluntades anticipadas (Autonomía personal: voluntades anticipadas. Autotutela y poderes preventivos)», en VV.AA.: *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza-Teruel, 2005. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, págs. 77-116.

RAPÚN GIMENO, Natividad: «Intestatio» e «inconfessio». «Qui porro intestatus decesserit habeatur olim pro damnato ac infami». Apuntes sobre un tratamiento legal en la Edad Media. Posición del Derecho aragonés. Colección El Justicia de Aragón núm. 34, Zaragoza, 2007, 437 págs.

RUFAS DE BÉNITO, Isabel: «El derecho de alimentos», en VV.AA.: *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza-Teruel, 2005. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, págs. 419-426.

SALAS MURILLO, Isabel de: «Disposición inter vivos de los bienes del consorcio conyugal: una visión desde el Registro de la Propiedad», en VV.AA.: *Actas de los XVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza-Huesca, 2006. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, págs. 43-46.

SALAS MURILLO, Sofía de: «La opción por la nulidad o la anulabilidad en la protección del incapaz natural y los que con él contratan», *Revista de derecho privado*, Número 1 (2007), págs. 33-64.

SANCHO-ARROYO Y LÓPEZ RIOBOO, Javier: «La institución recíproca de herederos», en VV.AA.: *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza-Teruel, 2005. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, págs. 67-71.

SANCHO-ARROYO Y LÓPEZ RIOBOO, Javier: «La liquidación del consorcio conyugal aragonés. Liquidación concursal», en VV.AA.: *Actas de los XVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza-Huesca, 2006. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, págs. 115-122.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: *Derecho civil de Aragón*. Edición actualizada a marzo de 2007. Textos Legales, 98. Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2007, 442 págs.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Índice Analítico de la Legislación civil de Aragón», publicada por la Revista *La Notaría*, núm. 10 (2008), págs. 335-398.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: Prólogo a «Aragón, tierra de derechos de Javier Hernández García (Mira editores, S.A. Zaragoza, 2007, 80 págs.)», págs. 9-13.

SOLÍS, José: «La historia del Derecho aragonés en la obra del doctor Juan Luis López», en «GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, Miguel Ángel (Coordinador): *Un jurista aragonés y su tiempo: El doctor Juan Luis López*,

primer marqués del Risco (1644-1703). Gobierno de Aragón-Vicepresidencia, Zaragoza, 2007, págs. 677-704.

VV.AA.: *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza-Teruel, 2005. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, 493 págs.

VV.AA.: *Actas de los XVI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*. Zaragoza-Huesca, 2006. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, 287 págs.

VV.AA.: *Manual de Derecho civil aragonés* (Dir. Jesús Delgado Echeverría; Coor. M.ª Ángeles Parra Lucán). 2ª edición, que incorpora la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, 716 págs.

Colaboran en la obra, además del Director y la Coordinadora, los siguientes profesores: José Antonio Serrano García, Carmen Bayod López, Alfredo Sánchez-Rubio García, Elena Bellod Fernández de Palencia, María Martínez Martínez, José Luis Argudo Pérez y Aurora López Azcona.

VV.AA.: *Sexto encuentro de estudios sobre El Justicia de Aragón*. «Instrumentos para el conocimiento de los orígenes y desarrollo de una institución clave en la Edad Media» (Zaragoza, 5 de mayo de 2005), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, 102 págs.

VV.AA.: *Séptimo Encuentro de Estudios sobre El Justicia de Aragón. Las claves de la modernidad para el conocimiento de una Institución peculiar*. Ponentes: D. José Antonio Escudero López; D. Juan Francisco Baltar Rodríguez; D. Diego Navarro Bonilla; D. Jesús Morales Arrizabalaga; D.ª Encarnación Jarque Martínez; D. Alberto Montaner Frutos.

VV.AA.: *Tiempo de Derecho Foral en el sur aragonés: Los Fueros de Teruel y Albarracín*.

VV.AA.: *Génesis territorial de España*. Coordinador: José Antonio Escudero

VV.AA.: *Revista de Derecho Civil Aragonés*. Años XI-XII, 2005-2006. Institución «Fernando el Católico» (C.S.I.C.), Diputación de Zaragoza, Zaragoza, 2006. 818 págs.:

GARCÍA VICENTE, Fernando: «In memoriam Jesús Martínez Cortés». *Revista de Derecho Civil Aragonés*. Años XI-XII, 2005-2006, págs. 9-11.

Materia: VI.2. Juristas y escritores aragoneses ...

Descriptores: Juristas aragoneses

BAYOD LÓPEZ, Carmen: «Algunos problemas sobre invalidez, ineficacia y revocación de los pactos sucesorios en la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte (Ley 1/1999, de 24 de febrero)». *Revista de Derecho Civil Aragonés*. Años XI-XII, 2005-2006, págs. 15-43 (Cuadernos «Lacruz Berdejo», núm. 2 (2005)

<http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=268>

Materia: V.7.3. Sucesión paccionada

Descriptores: Sucesión paccionada

BERNAD MAINAR, Rafael: «La Junta de Parientes en la nueva legislación aragonesa». *Revista de Derecho Civil Aragonés*. Años XI-XII, 2005-2006, págs. 45-94.

Materia: V.6.5. Relaciones parentales y tutelares

Descriptores: Junta de Parientes

RAPUN GIMENO, Natividad: «La dote prometida en el proceso iurisfirmæ gravaminum factorum Mariae Annae Las Eras». *Revista de Derecho Civil Aragonés*.

Años XI-XII, 2005-2006, págs. 95-122 (= Cuadernos «Lacruz Berdejo», núm. 2 (2005)

<http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=306>

Materia: V.2.7. Estudios de historia de las instituciones (públicas y privadas)

Descriptores: Firma de dote, alegaciones, mujer casada

PUEYO MOY, José Luis: «La colación en el Derecho civil aragonés». *Revista de Derecho Civil Aragonés*. Años XI-XII, 2005-2006, págs. 123-162 (= Cuadernos «Lacruz Berdejo», núm. 2 (2005) <http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=294>)

Materia: V.7.1. Sucesiones en general y normas comunes a las sucesiones voluntarias

Descriptores: Colación

SÁNCHEZ GARCÍA, M.ª Carmen: «Usufructo de fondos de inversión en la Ley de régimen económico matrimonial y viudedad». *Revista de Derecho Civil Aragonés*. Años XI-XII, 2005-2006, págs. 163-206 (= Cuadernos «Lacruz Berdejo», núm. 2 (2005)

<http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=323>

Materia: V.6.8. Viudedad

Descriptores: Usufructo viudal

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo: «La voluntad del causante en la exclusión sucesoria. (A propósito de una sentencia sobre desheredación no justificada)». *Revista de Derecho Civil Aragonés*. Años XI-XII, 2005-2006, págs. 209-215.

Materia: V.7.5. Legítima

Descriptores: Exclusión, desheredación

AGUADO AGUARÓN, Enrique: «Cuestiones sobre la titularidad de las viviendas adquiridas antes del matrimonio. Análisis comparativo de Derecho aragonés y Derecho común». *Revista de Derecho Civil Aragonés*. Años XI-XII, 2005-2006, págs. 217-222.

Materia: V.6.6.3. Consorcio conyugal

Descriptores: Consorcio conyugal: activo

SAMANES ARA, Carmen: «Recurso de casación por interés casacional y posible control casacional de la valoración de los hechos realizada por el tribunal de instancia. (A propósito de la S. TSJA de 14 de julio de 2004)». *Revista de Derecho Civil Aragonés*. Años XI-XII, 2005-2006, págs. 225-233 (= Cuadernos «Lacruz Berdejo», núm. 2 (2005)

<http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=246>

Materia: V.1.5. La casación foral

Descriptores: Casación foral

BAYOD LÓPEZ, Carmen: «Modificación de capítulos matrimoniales. Efectos retroactivos. El carácter mixto o común de los bienes inmuebles. (Comentario a la Sentencia del TSJA de 23 de junio de 2004)». *Revista de Derecho Civil Aragonés*. Años XI-XII, 2005-2006, págs. 235-256. (= Cuadernos «Lacruz Berdejo», núm. 2 (2005)

<http://www.derecho-aragones.net/cuadernos/document.php?id=239>

Materia: V.6.6.3

Descriptores: consorcio conyugal: pactos

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Repertorio de bibliografía». *Revista de Derecho Civil Aragonés*. Años XI-XII, 2005-2006, págs. 463-476.

Materia: VI.1. Bibliografía, reseñas y reseñas.

Descriptores: Bibliografía

### 3. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO ARAGONÉS

El examen del estado de aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico-público aragonés se realiza en este Informe especial a través del examen de la situación de los problemas de constitucionalidad que afectan a normas aragonesas o a normas estatales por relación con las competencias asumidas en el Estatuto de Autonomía y en el análisis de la aplicación del Derecho aragonés por parte de la Administración de la Comunidad Autónoma y de su interpretación por los Tribunales de Justicia.

Finalmente, en un epígrafe específico se da noticia de los libros y artículos sobre Derecho Público aragonés de que hemos tenido conocimiento durante 2006:

#### 3.1. LITIGIOS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO ARAGONÉS POR LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA. SENTENCIAS DICTADAS DURANTE 2007

Nos centraremos en la reseña de resoluciones judiciales del TSJA en las que se ha suscitado por vía directa o indirecta la adecuación a derecho de normas aragonesas. Debe señalarse que sólo se han incluido las que han sido encontradas en las bases de datos del CENDOJ que se encuentra actualizada al mes de junio de 2006 por lo que previsiblemente existirán otras Sentencias a las que no se ha tenido acceso.

##### 3.1.A.) NORMAS ARAGONESAS DECLARADAS NULAS EN TODO O EN PARTE

— La Sentencia de 14 de mayo de 2007 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón tiene por objeto el recurso interpuesto contra la Orden de los Departamentos de Presidencia y Relaciones Institucionales y de Economía, Hacienda y Empleo de la Diputación General de Aragón, de 18 de mayo de 2005, por la que se aprueba la Relación de Puestos de Trabajo de los Servicios Provinciales de Huesca del Departamento de Salud y Consumo. El recurso es estimado y se anula la orden referida.

— La Sentencia de 21 de marzo de 2007 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Aragón tiene por objeto una cuestión de ilegalidad planteada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 1 de Huesca contra la Relación de Puestos de Trabajo del Departamento de Industria, Comercio y Desarrollo, aprobada por Orden de los Departamentos de Presidencia y Relaciones Institucionales y de Economía, Hacienda y Empleo de 24 de noviembre de 2000, en cuanto asigna Nivel 25 a la Jefatura de Sección de Metrología y Seguridad Industrial en el Servicio Provincial de Huesca.

La cuestión de ilegalidad es estimada y la Orden es anulada.

— Sentencia de 7 de mayo de 2007 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón tiene por objeto la impugnación de los artículos 1 (en cuanto modifica el art. 8.2 del Decreto 180/2002 de 28 de mayo del Gobierno de

Aragón) 2 (en cuanto introduce un nuevo artículo 6 bis, apartados 3 y 5) y la Disposición Transitoria Segunda, del Decreto 177/2004; y asimismo, la impugnación de la Orden de 28 de julio de 2002 del Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Transporte, relativa a la modificación de los parámetros numéricos establecidos en el Decreto 180/2002.

El recurso es estimado parcialmente anulando la Disposición Transitoria Segunda del Decreto 177/2004 de 28 de julio por no ser la misma ajustada a derecho.

— Sentencia de 17 de enero de 2001 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que tiene por objeto la impugna en el presente proceso por la parte actora la resolución del Viceconsejero de Educación, Cultura y Deporte de la Diputación General de Aragón de 20 de octubre de 2004 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Dirección General de Política Educativa de 28 de junio de 2004 por la que se aprobó el calendario escolar del curso 2004-2005 correspondiente a enseñanzas no universitarias de la Comunidad Autónoma de Aragón.

El recurso es estimado y se anula el calendario escolar del curso 2004-2005 correspondiente a enseñanzas no universitarias de la Comunidad Autónoma de Aragón.

##### 3.1.B.) NORMAS ARAGONESAS DECLARADAS AJUSTADAS AL ORDENAMIENTO JURÍDICO

— Sentencia de la Sala de lo Contencioso— administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 25 de junio de 2007 por la que se declara la conformidad de la Ordenanza fiscal n.º 13 reguladora de las Tasas por prestación de servicios urbanísticos de 2005 para la ciudad de Zaragoza, impugnada por constituir una extralimitación de la Ley de Urbanismo de Aragón.

— Sentencia de 30 de marzo de 2007 dictada en recurso de casación en interés de Ley por la que se declara la siguiente doctrina legal: «El artículo 34.1.e) de la Ley 11/2005, de 28 de diciembre, de las Cortes de Aragón, deberá interpretarse en el sentido de que, a efectos de la ampliación en una hora del límite de horario de cierre de los establecimientos correspondientes, la mención a «los viernes, sábados y vísperas de festivos» comprende exclusivamente las noches de viernes a sábado, de sábado a domingo y la noche entre la víspera de festivo y éste último, quedando excluida la noche de jueves a viernes, así como la noche que transcurre desde el día anterior al de víspera de festivo al propio día víspera de festivo.»

— Sentencia de 19 de abril de 2007 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que tiene por objeto el Decreto 158/2004 de 22 de junio del Gobierno de Aragón por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para 2004. El recurso es desestimado por ser conforme a derecho la resolución recurrida.

— Sentencia de 11 de abril de 2007 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que tiene por objeto la Orden de 2 de abril de 2004 de los Departamentos de la Presi-

dencia y Relaciones Institucionales y Economía, Hacienda y Empleo por la que se aprueba la Relación de Puestos de Trabajo del Departamento de Salud y Consumo.

Se desestima el recurso por ser la disposición recurrida ajustada a derecho.

— Sentencia de 9 de abril de 2007 de la Sala de lo Contencioso— administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que tiene por objeto el recurso contra la Orden de 31 de marzo de 2003 de la Dirección General del Consejo de Cultura y Turismo por la que se modifica la delimitación inicial del entorno de protección del Monasterio de Santa María de Veruela.

El recurso es desestimado por ser la Orden impugnada ajustada a derecho.

### **3.2. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL DEL DERECHO PÚBLICO ARAGONÉS**

Damos noticia de los libros y artículos de los que hemos tenido conocimiento durante 2007:

— Revista de Estudios de la Administración Local Autonómica n.º 302 Septiembre-Diciembre 2006. INAP (Instituto Nacional de la Administración Pública).

— Análisis del impacto económico del plan especial de depuración de aguas residuales de Aragón. Documento de Trabajo 36/2007. Luis Pérez Pérez. Fundear.

— Ayudas públicas y microempresas en Aragón. Documento de Trabajo 32/2006. Carmen Galve Górriz y María Jesús Alonso Nuez. Fundear.

— Aragón: El libro del agua. Varios autores. Gobierno de Aragón.

— Políticas del agua y participación social. La experiencia práctica de la política del agua en Aragón. Alfredo Boné Pueyo. Instituto Aragonés del Agua.

— Normativa Aragonesa sobre Consumo. Diputación General de Aragón.

— «El empadronamiento». Actas de los Decimoquintos encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Ponente Enrique Cáncer Lalanne y coponentes Pascual Aguelo Navarro y Ricardo Mongay Alcina.

— «Urbanismo y Medioambiente». Actas de los Decimosextos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Ponente Pedro Fandos Pons y coponentes son Jesús Daniel López Martín y José Manuel Marraco Espinos.

— «Problemas Jurídicos de la transformación de secano a regadío y mejora de los regadíos». Actas de los Decimosextos Encuentros de Derecho Aragonés. Ponente Alberto Ballarín Marcial y coponentes José Luis Castellano Prats y Álvaro Enrech Val.

— Régimen Jurídico de los recursos turísticos. J. Tudela. Monográfico publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública. Diputación General de Aragón.

— De la Reforma Estatutaria. F. López Ramón. Publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública. Diputación General de Aragón.

— A modo de aproximación al Estatuto de Autonomía de Aragón de 20 de abril de 2007. El nuevo Estatuto en el Estado desconcertado. J. Tudela. Publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 30. Diputación General de Aragón.

— La titularidad y la gestión de las riberas de los ríos en la Ley de Montes de Aragón. L.F. Biendicho e I. Pérez-

Soba. Publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 30. Diputación General de Aragón.

— Igualdad de género en la nueva normativa nacional y estatutaria a la luz de las innovaciones del ordenamiento comunitario. C. Zoco. Publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 30. Diputación General de Aragón.

— La regulación de la Inspección técnica de edificios mediante normas municipales. En particular, la Ordenanza del Ayuntamiento de Zaragoza reguladora del deber de conservación de edificación e inspección técnica de edificios. G. García Álvarez.

Publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 30. Diputación General de Aragón.

— Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2007. J. Álvarez Martínez. Publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 30. Diputación General de Aragón.

— Las oficinas de turismo: concepto, organización y funciones. M. Corchero. Publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 30. Diputación General de Aragón.

— Planificación del personal al servicio de la Comunidad Autónoma de Aragón: perspectiva desde la oferta del empleo público. S. Gorgemans. Publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 30. Diputación General de Aragón.

### **4. ACTUACIONES CONDUCENTES A LA DIFUSIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARAGONÉS**

Las actividades realizadas a lo largo de 2007 en este apartado han sido las siguientes:

1.º Continuación del programa de ayudas a la matriculación en el Curso monográfico de Derecho Aragonés, impartido por la Universidad de Zaragoza, Cátedra de Derecho Aragonés José Luis Lacruz Berdejo, a través de la Escuela de Práctica Jurídica.

En fecha 25 de enero de 2007, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial aprobó la propuesta del Convenio de colaboración entre el C.G.P.J., el Justicia de Aragón, la Diputación General de Aragón y la Universidad de Zaragoza en materia de acreditación del conocimiento del Derecho Civil Aragonés en virtud del cual se estableció, a los efectos de la acreditación del conocimiento del Derecho Civil Aragonés, y con los fines previstos en el artículo 111 del Reglamento 1/1995 de 7 de junio de la Carrera Judicial, el reconocimiento oficial del título expedido por la Universidad de Zaragoza de la realización del curso no presencial en línea de Derecho Aragonés comprensivo de Derecho Privado (con la posibilidad de ampliarse a Derecho Público en un futuro).

2.º Becas para el estudio del ordenamiento jurídico aragonés.

En 2006 se dotó de una nueva beca para la realización de estudios de Derecho aragonés a Dña. Patricia Cuadrado Martes que ha terminado su estudio en la nueva Ley de Derecho de la Persona.

Se publicó una nueva convocatoria a finales de 2007 que, no obstante, ha quedado desierta por decisión del Tribunal calificador, por no alcanzar los solicitantes la puntuación requerida.

Nuevamente se ha publicado una nueva convocatoria dando una mayor difusión a través de la Universidad. Ha concluido el periodo de presentación de instancias y se está realizando la valoración de las instancias presentadas.

### 3.º Publicaciones sobre Derecho Aragonés:

— Actas de los Séptimos Encuentros de estudios sobre el Justicia de Aragón en las que se recogen las Ponencias de la sesión celebrada el 8 de mayo de 2006 sobre los temas siguientes:

«Felipe II y el Gobierno de la Monarquía» por José Antonio Escudero López.

«Los Ministros de la Real Audiencia de Aragón en el siglo XVIII: un retrato de grupo» por Juan Francisco Baltar Rodríguez.

«Fuentes para el estudio de la Institución del Justicia de Aragón: aprovechamiento de recursos documentales» por Diego Navarro Bonilla.

«El proceso de institucionalización y organización del Justicia de Aragón» por Jesús Morales Arrizabalaga.

«Historiografía sobre el Justicia de Aragón: valoración y directrices para nuevos planteamientos en la época moderna» por Encarnación Jarque Martínez.

«Un lugarteniente del Justicia de Aragón y su obra histórica: Miguel Martínez del Villar.» Alberto Montaner Frutos.

— Actas de los Decimosextos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés:

En las mismas se recogen las ponencias de las sesiones celebradas durante los martes del mes de noviembre del año 2006 sobre los temas siguientes:

— La disposición intervivos de los bienes del Consorcio Conyugal Aragonés, por D.ª Carmen Bayod López, D.ª Teresa Cruz Gisbert y D.ª Isabel De Salas Murillo

— La liquidación del Consorcio conyugal Aragonés, por D. Adolfo Calatayud Sierra, D. Francisco Javier Forcada Miranda y D. Javier Sancho-Arroyo López Rioboo.

— Urbanismo y Medio Ambiente, por D. Pedro Fandós Pons, D. Jesús López Martín y D. José Manuel Marraco Espinos y

— Problemas Jurídicos de la transformación de secano a regadío y mejora de los regadíos, por D. Alberto Ballarín Marcial, D. José Luís Castellano Prats y D. Álvaro Enrech Val.

— N.º 32 de la Colección del Justicia, «La Gestión del Consorcio en la Ley 2/2003, de 12 de febrero», cuyo autor es Jesús Martínez-Cortés Gimeno.

— N.º 33 de la Colección del Justicia, «Documentos sobre Ganadería Altoaragonesa y Pirenaica de los siglos XV y XVI», cuyo autor es Manuel Gómez de Valenzuela.

— N.º 34 de la Colección del Justicia, ««Intestatio» e «Inconfessio» «Qui porro intestatus decesserit habeatur olim pro damnato ac infami». Apuntes sobre su tratamiento legal en la Edad Media. Posición del Derecho aragonés», cuya autora es Natividad Rapún Gimeno.

### 4.º Foro de Derecho Aragonés.

Durante el mes de noviembre de 2007 se han celebrado los Decimoséptimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. En las cuatro sesiones realizadas, se han abordado las siguientes cuestiones:

— Día 6 de noviembre de 2007 en Zaragoza: La Junta de Parientes en la nueva regulación de la Ley del

Derecho de la Persona: Composición y funcionamiento, por D. Fernando Agustín Bonaga, D. José Luis Argudo Périt y D. David Arbués Aísa.

— Día 13 de noviembre de 2007 en Zaragoza: Los menores e incapacitados en situación de desamparo, por D. Luis Carlos Martín Osante, Dña. Aurora López Azcona y D. Carlos Sancho Casajús.

— Día 20 de noviembre de 2007 en Zaragoza: Régimen jurídico de las urbanizaciones privadas, por D. Dimitri Berberoff Ayuda, D. Francisco Javier Lardiés Ruiz y D. Ignacio Pemán Gavín.

— Día 27 de noviembre en Teruel: La disposición de bienes de menores e incapacitados, por D. Luis Alberto Gil Nogueras, D. Luís Arturo Pérez Collados y D. Alberto Adán García.

Actualmente se está preparando la edición de las Actas con el contenido de las Ponencias.

### 5.º Revista Aragonesa de Derecho Civil

Esta revista, de periodicidad semestral, está editada por la Institución Fernando el Católico dentro de la Cátedra «Miguel del Molino», y comenzó su andadura en 1995. La revista está dirigida por D. Jesús Delgado Echeverría, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza y Director de la cátedra «Miguel del Molino». Su Consejo Asesor está integrado por una nutrida representación de todas las profesiones jurídicas aragonesas. La Institución del Justicia de Aragón está también presente en el citado Consejo.

### 6.º Revista Aragonesa de Administración Pública.

Esta revista, de periodicidad semestral, está editada por el Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales y dirigida por el Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, D. Fernando López Ramón. El Justicia de Aragón colabora con la misma formando parte de su Consejo de Redacción. Este año se ha publicado el número 30.

### 7.º Otras actuaciones.

Dentro de este apartado incluimos noticia de otras actuaciones relevantes para la promoción y desarrollo del ordenamiento jurídico aragonés producidas a lo largo de 2006 y de las que esta Institución ha tenido conocimiento:

#### a) Comisión Aragonesa de Derecho Civil

Finalizados los trabajos por parte de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil sobre el Anteproyecto de Ley de Derecho de la Persona, las Cortes de Aragón aprobaron la Ley 13/2006 de 27 de diciembre de Derecho de la Persona, siendo publicada en el Boletín Oficial de la Cortes de Aragón de fecha 30 de diciembre de 2006, entrando en vigor el día 23 de abril de 2007.

#### b) Seminario de Derecho Civil aragonés

Organizado por la Institución Fernando el Católico de la Diputación provincial de Zaragoza, y dentro de la Cátedra «Miguel del Molino», durante 2007 se han celebrado diversas sesiones de estudio de jurisprudencia civil aragonesa con participación de destacados representantes de las diferentes profesiones jurídicas aragonesas.

c) Quintas Jornadas Constitucionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y del Justicia de Aragón: Constitución y Extranjería: un reto del presente.

Las jornadas tuvieron lugar los días 28 y 29 de noviembre.

Las Ponencias fueron las siguientes:

- Constitución y derechos fundamentales y multiculturalidad. Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.
- Doble presencia, doble ausencia: superar la extranjería para gestionar la inmigración. Dr. D. Javier de Lucas Martín.
- Integración y defensa de los inmigrantes en Aragón. Mesa redonda: Dr. D. Angel Chueca Sancho D. Pascual Aguelo Navarro, Dña. Mercedes Febrel Bordejé, D. Jesús Palazón Español y D. Ramón Salanova Alcalde.
- La Constitución en un mundo de pluralidad de ideas, creencias e intercambios de personas. Dr. D. Lorenzo Martín Retortillo Baquer.
- Política de extranjería vista a través de la actividad del Consejo de Europa y de su Comisario. Excmo. Sr. D. Álvaro Gil Robles y Gil-Delgado.