



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

---

Número 136  
Fascículo 4º  
Año XXVII  
Legislatura VII  
14 de mayo de 2009

## **Sumario**

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

Informe sobre el estado de observancia,  
aplicación e interpretación del ordenamiento  
jurídico aragonés (*continuación*)..... 8770

- g.— Comunidad conyugal continuada:  
h.— Viudedad:

— Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 18 de septiembre de 2008. Constituido el comodato con anterioridad a la celebración del matrimonio del causante, debe entenderse que cuando nace el derecho expectante de viudedad ya estaba constituido el derecho de la comodataria ahora heredera, de forma que, mientras no se extinga, debe ser respetado por la usufructuaria viudal que tiene la posesión mediata del objeto del comodato:

«PRIMERO.— Antes de entrar a examinar los concretos motivos de fondo en que se basa el presente recurso de casación por interés casacional, hay que dilucidar si procede su desestimación por concurrir causa de inadmisibilidad del mismo.

A este respecto se aduce que la "ratio decidendi" del pronunciamiento de la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial objeto de este recurso de casación consiste en estimar que el contrato de comodato se extingue por confusión al fallecer D. Oscar G T y heredarle con el carácter de heredera universal abintestato su madre, la Sra. T, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 1156 y 1192 del Código Civil, y estos preceptos, determinantes del pronunciamiento del fallo, no son invocados en el escrito de preparación del mismo como normas sustantivas infringidas por dicha sentencia de segunda instancia.

Tanto en el escrito de preparación del recurso, como en el de interposición del mismo, se denuncia (motivo segundo) infracción, por aplicación indebida, del artículo 1742 del Código Civil, en relación con los artículos 202.2, 204 y 214 de la Ley Aragonesa 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, así como de los artículos 1156 y 1192 del Código Civil, y en el desarrollo de este motivo, efectuado en el escrito de interposición del recurso, expresamente se dice:

"Acreditada que la posesión y ocupación por la recurrente, Sra. T, de la vivienda privativa de su hijo Oscar lo es con justo título, y en virtud de un derecho anterior al matrimonio de su hijo con la actora, consideramos en contra del criterio interpretativo mantenido por el Tribunal "ad quem", que la situación jurídica afectante al régimen de uso y disfrute de la aludida vivienda por parte de la Sra. T no cesó al fallecimiento de su referido hijo, al devenir aquella heredera legal única del mismo, conforme a lo normado en los artículos 202.2, 204 y 214 de la Ley 1/1999, de 24 de Febrero, de las Cortes de Aragón, de sucesiones por causa de muerte, pues si bien es cierto que D. Oscar G T falleció intestado y sin descendencia, y por lo tanto su ascendiente la Sra. T es la heredera legal del mismo, no coinciden en la persona de la recurrente la doble condición de comodante y comodataria, por cuando que la Sra. T lo que adquiere como heredera legal es la nuda propiedad y no el goce y disfrute de la vivienda, no existiendo por lo tanto confusión de derechos, ya que la nuda propietaria no adquiere el goce y disfrute de la herencia, lo que no puede implicar la extinción del referido contrato por la confusión de los derechos de ambas partes (arts. 1156 y 1192 del Código Civil)."

Como puede verse, D<sup>a</sup> Josefina T L invoca indebida aplicación de los artículos 1156 y 1192 del Código Civil e impugna el razonamiento de la sentencia deter-

minante del pronunciamiento del fallo, expresando por qué a su juicio el derecho de comodato no se extingue por confusión: porque lo que adquiere la Sra. T como heredera legal es la nuda propiedad, no el goce y disfrute de la vivienda, que corresponde a la viuda usufructuaria, a tenor del Derecho Civil propio de esta Comunidad Autónoma.

Sentando lo anterior, como el recurso se funda en infracción de normas de Derecho aragonés junto a infracción de normas del Derecho civil general del Estado y, por otro lado, no existe doctrina jurisprudencial de este Tribunal sobre la cuestión litigiosa aquí suscitada, se llega a la conclusión de que concurre interés casacional en la resolución de este recurso, a tenor de lo prevenido en el artículo 477.3, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el artículo 3.1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, sobre la casación foral aragonesa, por lo que la admisión del mismo es conforme a derecho.

También se aduce que la mención efectuada en el escrito de recurso al artículo 101.1 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, es un medio dirigido a que se reconozca la concurrencia de interés casacional por tratarse de una norma que no lleva más de cinco años en vigor, pues nadie ha cuestionado el mentado precepto, pero tal postura no es aceptable toda vez que la recurrente no denuncia infracción de dicha norma, siendo la alusión que a ella se hace totalmente irrelevante a los efectos de la admisión del recurso de casación, y en todo caso debe señalarse que "cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer un Tribunal Superior de Justicia, se entenderá que también existe interés casacional cuando...no exista doctrina (jurisprudencial) del Tribunal Superior" en relación con las normas de Derecho propio de la Comunidad Autónoma aplicables (art. 477.3, párrafo segundo, de la Lec.), y ello aunque se trate de normas que lleven más de cinco años de vigencia, pues en materia de Derecho Civil propio de las Comunidades Autónomas no se exige cortapisa alguna de orden temporal, bastando para acceder a la casación con el mero hecho de que no exista doctrina jurisprudencial, al estar los ordenamientos civiles autonómicos más necesitados de pronunciamientos jurisdiccionales que armonicen y clarifiquen la interpretación de sus disposiciones.

SEGUNDO.— A la hora de dar adecuada solución al presente recurso es útil señalar, con carácter previo, los siguientes extremos que resultan de las actuaciones:

— D. Oscar G T, hijo único de D<sup>a</sup> Josefina T L, natural y vecino de Zaragoza y con vecindad civil aragonesa, falleció trágicamente el día 29 de mayo de 2003 en accidente de tráfico, en estado de casado en primeras y únicas nupcias con D<sup>a</sup> María Virginia B F, con quien contrajo matrimonio el 11 de abril de 2003, sin haber dejado descendencia e intestado.

— Mediante acta de notoriedad de declaración de herederos abintestato, autorizada por el Notario de Zaragoza D. Mariano Pemán Melero con fecha 30 de julio de 2003, fue declarada heredera de D. Oscar G T, en cuanto a los bienes no troncales relictos, su madre D<sup>a</sup> Josefina T L, sin perjuicio del usufructo viudal correspondiente a su esposa, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Virginia B F.

— Entre los bienes que integraban el caudal relicto del Sr. G T, figuraba, con carácter privativo, el piso 1<sup>o</sup>.

1ª, de la casa sita en la c/, nº 5, de Zaragoza, de 49,97 metros cuadrados útiles, vivienda que adquirió en estado de soltero, por compra a los cónyuges D. José María T A y Dª Hortensia E H, en virtud de escritura pública autorizada por el Notario de Zaragoza D. Jesús Martínez Cortés con fecha 21 de diciembre de 1995.

— Dª Josefina T L venía ocupando el mentado piso, sin pagar renta alguna, desde el año 2002, con anterioridad, por tanto, al fallecimiento de su hijo, y tras la muerte de éste adquirió la nuda propiedad de la vivienda, en su condición de heredera abintestato de D. Oscar G T, en tanto que Dª María Virginia B F, en cuanto cónyuge sobreviviente, adquirió el derecho de usufructo de todos los bienes del patrimonio de aquel, incluido el piso en cuestión.

— En fecha 9 de febrero de 2007, Dª María Virginia, titular del usufructo vidual, ejercitó acción de desahucio por precario contra Dª Josefina T L, ocupante de la vivienda objeto del presente juicio, al amparo de lo dispuesto en el art. 250.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

— A dicha acción se opuso la demandada Sra. Tello, alegando, como argumento sustantivo, que venía ocupando el piso en cuestión en virtud de contrato de comodato acordado con su hijo, D. Oscar G T, en el año 2002, a la sazón propietario del inmueble y soltero.

— Tras la sustanciación del juicio se dictó en fecha 14 de mayo de 2007 sentencia en primera instancia en la que se declara que la Sra. T L posee la vivienda en precario, y en consecuencia se la condena a dejar libre y expedito, a disposición de la actora, el piso que ocupa, sito en la C/, nº 5, 1ª-1ª, de Zaragoza, con apercibimiento de lanzamiento caso de que no lo desocupe en el plazo de tres meses.

— Interpuesto recurso de apelación, recayó en fecha 29 de febrero de 2008 sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial por la que se confirma la resolución de instancia, si bien en base a otra valoración probatoria (la cesión de la vivienda a la demandada por su difunto hijo lo fue a título de comodato) y a otra fundamentación jurídica (al morir D. Oscar G T el comodato se extinguió por confusión).

— Contra dicha sentencia se formuló por Dª Josefina T L recurso de casación por interés casacional, al amparo del artículo 477.2.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pidiendo se deje la misma sin efecto y se declare no haber lugar a la acción de desahucio por precario ejercitada por la actora.

TERCERO.— El debate de autos versa sobre dos extremos: a) Si la cesión del piso a la Sra. T L en el año 2002 por parte de su hijo, a la sazón soltero, lo fue en precario o a título de comodato; y b) De ocupar la vivienda en cuestión en virtud de comodato, si éste se extinguió tras el fallecimiento de su hijo.

La primera de dichas cuestiones está resuelta por la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de fecha 29 de febrero de 2008, cuya valoración probatoria no ha sido impugnada en casación, manifestando al respecto en el fundamento de derecho segundo, entre otras cosas, lo siguiente:

“... la cesión [a favor de la demandada] del uso y disfrute de la referida vivienda realizada por su difunto hijo Oscar en el año 2002 lo fue a título de comodato y no de simple precario, ..., por cuanto que queda evidenciado por el conjunto de la testifical practicada a su

instancia, prueba reforzada por la documental integrada por el contrato de arrendamiento de una vivienda sita en calle nº 26 de esta Ciudad, concertado por la recurrente en el año 1987 y que se mantuvo en vigor, abonando el correspondiente alquiler, según acredita el extracto de los movimientos de su cuenta bancaria en la que se venían cargando los correspondientes recibos (folios 54 a 61) hasta que pasó a vivir a la citada vivienda propiedad privativa de su referido hijo, que éste puso a disposición de su madre, con carácter gratuito, para que la utilizara como tal durante toda su vida, sin tener que recurrir a arrendamiento alguno, concurriendo, por tanto, todos los elementos definidores de un contrato de comodato (art. 1740 del Código Civil en relación con el 1750 de dicho Código)”.

Como el piso sito en la c/, nº 5-1ª-1ª, de Zaragoza, se cedió a la Sra. T L en comodato, no puede la usufructuaria reclamar su devolución, salvo que tenga urgente necesidad de él, tal como proviene el artículo 1749 del Código Civil, o concurra alguna otra causa de extinción de dicho contrato.

A este respecto, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial entiende que al morir D. Oscar G T el comodato se extinguió por confusión, expresando en su sentencia de 29 de febrero de 2008:

“..., sin embargo tal situación jurídica [comodato] afectante al régimen de uso y disfrute de la aludida vivienda por parte de la Sra. T cesó al fallecimiento de su referido hijo, ..., al devenir aquella heredera legal única de su hijo, conforme a lo normado en los artículos 202.2, 204 y 214 de la Ley 1/1999, de 24 de Febrero, de las Cortes de Aragón, de sucesiones por causa de muerte, al morir D. Oscar G T intestado y sin descendencia, viniendo a coincidir, por tanto, en la persona de la recurrente la doble condición de comodante y comodatario, lo que implica la extinción del referido contrato por la confusión de los derechos de ambas partes (arts. 1156 y 1192 del Código Civil), sin que resulte otra cosa de la previsión normativa contenida en el artículo 1742 del Código Civil, por cuanto que la única heredera del comodante es la propia comodatario, y no la esposa de aquel”.

Frente a dicha apreciación se alza en casación la parte demandada, aduciendo que si bien es cierto que D. Oscar G T falleció intestado y sin descendencia, siendo la Sra. T L la heredera legal del mismo, no concurre en ella la doble condición de comodante y comodatario, ya que lo que adquiere como heredera legal es la nuda propiedad, no el goce y disfrute de la vivienda, por lo que no existe confusión de derechos, versando el debate del presente recurso sobre la existencia o no de la mentada causa de extinción del referido contrato.

CUARTO.— El artículo 1156 del Código Civil dispone que las obligaciones se extinguen, entre otras causas, “por la confusión de los derechos de acreedor y deudor”, y a su vez el artículo 1192 establece que “quedará extinguida la obligación desde que se reúna en una misma persona los conceptos de acreedor y deudor”.

El fundamento del efecto extintivo de la confusión de derechos (reunión en un mismo sujeto de las cualidades de acreedor y deudor) radica en la imposibilidad de coexistencia en una sola persona de las cualidades opuestas de acreedor y deudor. La estructura de la relación obligatoria exige la presencia de un sujeto activo (acreedor) y otro pasivo (deudor), y si se reúnen

esas dos condiciones en una misma persona, la obligación lógicamente desaparece (excepcionalmente podrán mantenerse separados el crédito y la deuda que han recaído en un mismo sujeto: situación provisional y de duración limitada).

Para que se produzca la confusión con efectos extintivos es imprescindible que recaiga en una misma persona, por derecho propio, la entera titularidad activa y pasiva de la relación obligatoria; en concreto el comodato atribuye al comodatario el derecho a usar de la cosa, el cual se corresponde con el correlativo deber del comodante de respetar ese uso en tanto dure el contrato; esa obligación sustancial del comodante en caso de pleno dominio reside en el propietario, pero en caso de usufructo recae sobre el usufructuario, pues el nudo propietario carece de las facultades de goce y disfrute de la cosa. En línea con lo anterior, quien puede constituir el comodato es el usufructuario, no el nudo propietario, ya que éste, como dijimos, carece de facultades de goce de la cosa.

Por lo tanto, si bien la Sra. T L es la heredera abintestato de su hijo D. Oscar G T, no recae en ella la entera titularidad activa y pasiva del comodato, toda vez que lo que adquiere como heredera es la nuda propiedad, no el disfrute de la vivienda, que corresponde a la Sra. B F como usufructuaria viudal, de ahí que sea ella quien ejercite la acción de desahucio, no existiendo por tanto la confusión de derechos apreciada en la sentencia recurrida.

Sentado lo anterior, como la Sra. T L ocupa el piso de autos con justo título, en virtud de un contrato de comodato celebrado con su hijo D. Oscar G T en el año 2002, y dicha situación jurídica afectante al uso y disfrute de la vivienda no cesó al fallecimiento de éste, pues subsiste el título que tenía, se llega a la conclusión de que procede desestimar la acción de desahucio por precario ejercitada en el presente juicio. Será una vez extinguido el comodato, por muerte de la comodataria u otra causa legal, cuando la usufructuaria podrá hacer efectivo su derecho de uso y disfrute sobre el inmueble en cuestión. En suma, procede acoger el presente recurso.

QUINTO.— Nada decisivo en contra supone lo dispuesto en el artículo 101.4 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, sobre régimen económico matrimonial y viudedad, según el cual “desde el fallecimiento de un cónyuge el sobreviviente adquiere la posesión de los bienes afectos al usufructo viudal”. Se trata de un caso de lo que desde la Edad Media se conoce como “posesión civilísima”, y en virtud de la misma corresponde al viudo usufructuario la tenencia material de los bienes objeto de su derecho de usufructo, estando legitimado para entablar las acciones procedentes a fin de hacerla efectiva.

La tenencia material consecvente a su “ius possessionis” puede hacerla valer el viudo usufructuario frente a cualesquiera poseedores de los bienes objeto de su usufructo viudal. Ahora bien, si al ingresar la cosa en el patrimonio de su consorte estuviese ya sujeta a un derecho de goce a favor de un tercero y éste subsistiese en el momento de fallecer aquél, el cónyuge sobreviviente (usufructuario viudal) tendrá solamente la posesión mediata y seguirá correspondiendo la inmediata al titular del mentado derecho, y lo mismo ocurre si dicho derecho nace con anterioridad a la celebración

del matrimonio, o sea, si es previo al nacimiento del derecho expectante de viudedad.

Pues bien, en el supuesto de autos el comodato se constituyó en el año 2002, con anterioridad por tanto al matrimonio del Sr. G T, que tuvo lugar el 11 de abril de 2003, de forma que cuando nace el derecho expectante de viudedad ya se había constituido el derecho de la comodataria, que mientras no se extinga debe ser respetado por la usufructuaria viudal (la Sra. B F), que tiene la posesión mediata de la vivienda sita en la C/, nº 5, 1ª.1ª, de Zaragoza, pasando a disfrutarla directamente una vez el comodato se extinga de conformidad con las disposiciones legales que le son de aplicación, y ello sin perjuicio de que las partes puedan pactar otra solución, al amparo de lo prevenido en el artículo 109 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad.

SEXTO.— Como se estima el recurso, no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta casación, de conformidad con lo prevenido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y tampoco ha lugar a efectuar imposición de costas en ninguna de las instancias, toda vez que la cuestión de autos presenta serias dudas acerca de si la cesión del uso de la vivienda lo fue a título de comodato o en precario, siendo distintas las tres sentencias dictadas en el presente juicio (véase el art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).»

— Derecho de Sucesiones por causa de muerte:

a.— Sucesión en general:

— Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 13 de marzo de 2008. División de la herencia:

“CUARTO.— La cuestión que aquí se plantea atañe a la diferenciación de masas patrimoniales que hay que hacer en el caudal hereditario del causante D., fallecido el 30 de agosto de 2004, quien estuvo casado con Dª, fallecida previamente el 13 de abril de 1994, ambos bajo testamento mancomunado otorgado el 16 de septiembre de 1964. Por auto del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Zaragoza de fecha 14 de octubre de 2005 (f. 24) se dispuso que “se declaran únicos y universales herederos de, a excepción de aquellos bienes adquiridos de su esposa y que no dispuso al tiempo de su fallecimiento a su hermano por derecho propio y por representación a sus sobrinos y SE DECLARAN HEREDEROS DE AQUELLOS BIENES adquiridos de su esposa que no dispuso al tiempo de su fallecimiento, al hermano de ésta.”

Por tanto hay que discernir qué patrimonio era de D. y cual lo fue de su esposa, Dª, que se heredó por aquél y del que pudo no disponer (art. 108.3 de la Compilación). Problema fáctico agravado por dos circunstancias: una que no existió liquidación del régimen económico del matrimonio, por tanto se desconoce el patrimonio que *ab initio* podía corresponder a Dª al tiempo de su fallecimiento, tanto el que fuera consorcial, no liquidado como el que pudiera haber, si es que lo había, privativo; la segunda circunstancia que complicará el problema es que el caudal hereditario de D. está constituido íntegramente por el bien ultrafungible por excelencia, el dinero: cuenta corriente de Ibercaja nº, en el que

apareció como cotitular con D., con un saldo de 15.720,53 € y dos plazos fijos también en Ibercaja, con un importe cada una de ellos de 50.000 euros. Y todo ello presidido por una problemática común: que al haberse heredado aquel patrimonio por el sobreviviente, se produjo una confusión de patrimonios, la dilución del patrimonio del premuerto en el del sobreviviente, diferenciación de masas patrimoniales que sólo ahora ideal o virtualmente hay que recomponer, lo que en sede, como es el caso, de un bien ultrafungible como es el dinero, puede resultar tarea prácticamente imposible. Más en un proceso, de división de patrimonios que, rectificando consideraciones anteriores puede resultar inadecuado al fin ahora pretendido, dado que ese proceso divisorio tienen por finalidad dividir un patrimonio común, mientras que lo aquí pretendido es diferenciar masas patrimoniales. Pero siendo cuestión no planteada los términos del art. 240.2 pto. segundo L.O.P.J, impiden cualquier consideración sobre la cuestión.

En el acta de formación de inventario, celebrada el día 30 de mayo de 2007, los ahora recurrentes se opusieron a la propuesta por la representación de D., que incluía, en lo sustancial aquellos depósitos y cuenta, "por entender que la relación presentada... debe excluirse de la herencia de D<sup>a</sup> por ser bienes adquiridos con posterioridad al fallecimiento de ésta por el fallecido D. y provienen de la herencia troncal de los hermanos de éste último", (sic).

Pero luego en el acto del juicio verbal se ampliaron los motivos, mezclándose ese origen hereditario con la circunstancia de que el causante dispusiera "de facto" de aquellas cuentas y depósitos bancarios, lo que resultaría por el hecho de que incluyeran en sus declaraciones de renta como ingresos los intereses derivados de dichas cuentas y productos bancarios. Asimismo se hizo referencia a una indemnización percibida por pérdida de un ojo.

Los depósitos bancarios de 50.000 € están aperturados exclusivamente al nombre del causante, ambos con fecha 20 de enero de 2003.

En la instancia la cuestión se ha resuelto atendiendo a la presunción de comunidad que recoge el art. 35 de la Ley 2/2004 de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial, al igual que hacía el art. 40 de la Compilación.

La situación que se crea es extraordinariamente confusa. La invocación a aquel origen hereditario está carente de prueba y aun de sentido y no por el hecho de que el causante incluyera a sus hermanos en unos plazos fijos supone la disposición a favor de estos últimos. La jurisprudencia es constante en afirmar que la titularidad de los depósitos bancarios no es equiparable a la propiedad de esos fondos. No se puede afirmar, sin más, que no fuera del causante. Pero tampoco, ciertamente, que lo fuera.

De la documentación aportada resulta que el primer antecedente es un depósito a plazo fijo aperturado el 11-1-1995 por importe de doce millones de pesetas (la nº 383817-00; f. 161 vto), en el que aparece el causante como titular junto a sus hermanos, así como con una tercera persona. Tal plazo se canceló en enero de 1998. Ese mismo mes se apertura un plazo fijo de 11.500.000 ptas (nº: f. 163 vto), en el que aparecía como titular el causante, con su hermano y los sobrinos de ambos,, cancelado el 18 de enero de 2000.

En esa misma fecha y con los mismos titulares son aperturados dos plazos fijos por siete y seis millones y medio de pesetas respectivamente, cancelado el 20 de enero de 2003. En esta misma fecha se aperturan los plazos fijos que ahora se incluyen en el caudal hereditario "a dividir" o, por mejor decir, objeto de diferenciación.

La cuenta nº, una de los que son objeto de división, se aperturó el 4 de julio de 2000, y en ella el causante aparece como cotitular con su hermano.

En esos términos la cuestión no puede resolverse en base a la presunción de consorcialidad. Primero porque tal presunción es operativa constante matrimonio, ya no lo es extinguido, aquí por fallecimiento de uno de los cónyuges, el mismo. Y menos transcurridos más de diez años de tal disolución. Pues aquí no se trata de distinguir entre los patrimonios privativos y el común sino qué parte del patrimonio del causante se integraba por derechos de su cónyuge premuerto que heredó aquél y del que no dispuso: tratándose del bien fungible que es el dinero la prueba se torna prácticamente imposible.

Aquella presunción de consorcialidad valdría, para el que fuera, y si se pudiera identificar, el patrimonio existente al tiempo del fallecimiento del cónyuge premuerto. Que no se sabe, porque no se liquidó el consorcio y la aceptación que pudo hacer el sobreviviente de la herencia del premuerto lo fue tácita.

No se conoce ese patrimonio. No se conocen los ingresos de que disponía el sobreviviente, ni la confusión que pudo producirse entre los mismos, y los bienes que pudieran integrar el patrimonio consorcial. El primer rastro de esos depósitos aparece en enero de 1995, y el causante aparece como cotitular con otras tres personas. Sobre tal plazo, que parece ser el origen de los depósitos ahora discutidos, no se puede sentar presunción de consorcialidad alguna. Antes al contrario, hay que partir de la presunción contraria. Razonamientos que fatalmente deben conducir a la estimación del recurso.»

— Auto del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Zaragoza de 3 de julio de 2008. Se alegan las excepciones de litispendencia, prejudicialidad civil, falta de litisconsorcio pasivo necesario e inadecuación del procedimiento:

«PRIMERO.— La resolución de la pluralidad de excepciones planteadas por los codemandados exige fijar ab initio, y aunque sea de una forma sintética, cual es el objeto del procedimiento en los términos fijados en la demanda interpuesta por la parte actora. En lo que aquí interesa los demandantes solicitan del Juzgado la declaración de nulidad de determinadas disposiciones patrimoniales realizadas en su día por Dña. y la condena de sus herederos, D. y D., a reintegrar las cantidades dispuestas (4.637.214 euros) al caudal hereditario de D..

En apoyo de la pretensión deducida los demandantes alegan, en síntesis, los siguientes hechos:

a) Que D. y Dña. contrajeron matrimonio el 6 de diciembre de 19 en Zaragoza rigiendo entre ellos el régimen económico matrimonial legal aragonés. La sociedad conyugal se disolvió al fallecimiento de D. el 25 de marzo de 2000, subsistiendo, pendiente su liquidación, como sociedad postmatrimonial entre los herederos de D. y la cónyuge supérstite.

b) D. falleció intestado y sin haber reconocido en vida la existencia de dos hijas extramatrimoniales que fueron declaradas tales en sendas sentencias de 24 de diciembre de 2001 (Dña.) y 2 de octubre de 2001 (Dña.) El 15 de junio de 2001, el Juzgado de Primera Instancia nº 11 de Barcelona dictó sentencia en virtud de la cual declaró a Dña. r heredera universal de su difunto esposo D. que fue revocada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª) de 5 de junio de 2003 que declaró la nulidad de lo actuado en el procedimiento desde la providencia de 4 de mayo de 2001.

d) Que Dña., por medio de sus apoderados y hoy herederos, realizó entre el 15 de mayo de 2001, una serie de actos de disposición patrimonial realizando pagos a terceros (D. con cargo a cuentas bancarias titularidad del fallecido Sr. o de la sociedad. de la que D. era único socio.

Los demandantes concluyen que “ya fueren realizados los actos de disposición relacionados anteriormente en condición de heredera universal de D. o subsidiariamente, con base a una todavía no declarada Sociedad legal Tácita Aragonesa, la consecuencia inherente a la condición de heredera de Dña., y a la falta de declaración, y en su caso, posterior liquidación de la Sociedad Legal Tácita, no puede ser otra, con base al art. 1303 del CC, que la nulidad radical de tales disposiciones y la obligación de reintegración de las cantidades ilegítimamente dispuestas, al caudal sometido a administración judicial, y ello con los intereses legales preceptivos”

SEGUNDO.— Sentado lo anterior, procede que entremos en el análisis de cada una de las excepciones planteadas siguiendo a tal efecto el orden establecido en el art. 417.1 LEC.

TERCERO.— Litisconsorcio. La representación de D. entiende que deben ser llamados al procedimiento quienes pueden resultar afectados por la declaración de nulidad y, asimismo, quienes pueden resultar obligados a la restitución o reintegración interesada por los demandantes. Solicita, en consecuencia, la estimación de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, debiendo ser demandados D...

La excepción no se acoge por cuanto la relación jurídico procesal se encuentra validamente constituida dirigiendo la demanda contra los Sres. en su invocada condición de herederos de Dña. y ello porque la nulidad que se postula lo es de los concretos actos de disposición patrimonial realizados por la Sra. o sus apoderados sin que la pretensión de nulidad alcance a los distintos negocios jurídicos de los que cada uno de los desplazamientos patrimoniales trae causa.

CUARTO.— Litispendencia o prejudicialidad civil (1). La representación de D. invoca la excepción de litispendencia o, en su caso, la existencia de una cuestión prejudicial civil, en relación con los autos de Mayor Cuantía nº 417/2000, seguidos en primera instancia ante el Juzgado de esta clase nº 30 de Barcelona y que en, la actualidad, se encontrarían pendientes de la tramitación y resolución de recurso de casación y de recurso extraordinario por infracción procesal. En dichos autos los hoy demandantes estarían solicitando un pronunciamiento judicial por el que se declarase que la sociedad legal tácita existente entre D. Dña., se habría disuelto anticipadamente el mismo día de su

matrimonio, el 6 de diciembre de 1949 o, alternativamente, en el año 1956 o, alternativamente, y en todo caso, desde el año 1969.

Señala la representación del Sr. que dependiendo de la suerte que merezca el recurso de casación y, en consecuencia, de la fijación de la fecha de la disolución de la sociedad conyugal, será posible determinar los bienes que integran el caudal relicto de la herencia de Dña. o la inexistencia del mismo y sólo entonces se podrá fijar el límite de la hipotética responsabilidad de los herederos o, incluso, la inexistencia de la misma ex art. 40 de la Ley aragonesa de Sucesiones. Por otra parte, se alega que la mayoría de las disposiciones patrimoniales cuya nulidad se postula sólo devendrían nulas para el supuesto de que se estimase que la disolución anticipada se produjo el mismo día de la celebración del matrimonio.

La representación procesal de D. invoca también la existencia de una cuestión prejudicial civil en relación con los mismos autos de Mayor Cuantía ya identificados por entender que la resolución del presente procedimiento depende del resultado del pleito anterior en el que ha de dilucidarse si la sociedad conyugal se extinguió por la separación de hecho de los cónyuges.

QUINTO.— Litispendencia o prejudicialidad civil (II). El Tribunal Supremo tiene declarado en constante jurisprudencia (STS de 12 de mayo de 2008, 10 de octubre de 2007) “que la excepción de litispendencia tiende a evitar que sobre una misma controversia sometida a un órgano judicial con anterioridad se produzca otro litigio posterior, con posibilidad de que se produzcan resoluciones contradictorias, pues la litispendencia es una institución preventiva y de tutela de la cosa juzgada y por ello, en términos generales, cual dice la S. de 25 de noviembre de 1993, la jurisprudencia sigue exigiendo para la excepción que nos ocupa las tres identidades precisas para la cosa juzgada a que se refiere el art. 1252 del Cc, pero también la ha apreciado cuando el pleito anterior interfiere o prejuzga el segundo pleito”. En este punto la STS de 1 de marzo de 2007 recuerda que la doctrina jurisprudencial bajo el sistema de la LEC de 1881 admite la aplicación de la litispendencia, aunque no concorra la triple identidad propia de la cosa juzgada (Ss. 25 de julio de 2003, 31 de mayo de 2005, 22 de marzo de 2006), de la que la excepción de litispendencia es una institución preventiva o cautelar. Se trata del supuesto denominado de litispendencia impropia o por conexión, que en realidad integra un supuesto de prejudicialidad civil. A ella se refieren entre otras las Sentencias de 17 de febrero y 9 de marzo de 2000; 12 de noviembre de 2001; 28 de febrero de 2002; 30 de noviembre de 2004; 20 de enero, 19 y 25 de abril, 31 de mayo, 1 de junio y 20 de diciembre de 2005, y 22 de marzo de 2006, resaltando que tiene lugar cuando un pleito interfiere o prejuzga el resultado de otro, con la posibilidad de dos fallos contradictorios que no pueden concurrir en armonía decisoria al resultar interdependientes.

SEXTO.— Litispendencia o prejudicialidad civil (y III). En la demanda interpuesta ante este Juzgado se persigue que los herederos de Dña reintegren a la masa hereditaria de D. las cantidades de las que aquella dispuso y ello bien por haberlo hecho en virtud de un título —el de heredera universal— declarado nulo o bien,

para el caso de que en el procedimiento ante el Tribunal Supremo se declarase la existencia durante el matrimonio de la sociedad legal tácita, por haber dispuesto de tales cantidades pendiente la liquidación de la comunidad sin el consentimiento de los herederos de D.

En primer lugar, debe señalarse que la necesaria coherencia entre las resoluciones judiciales aconseja que quede definitivamente resuelta la cuestión relativa al régimen económico del matrimonio y a la fecha de disolución del mismo con carácter previo a pronunciarse este Juzgado sobre las pretensiones ante él deducidas. De otra forma podría ocurrir que este Juzgado fundase su resolución en la existencia de una sociedad conyugal que el Tribunal Supremo declarase inexistente tal y como postula en aquel procedimiento la parte actora.

Pero, sobre todo, si el Tribunal Supremo declarase la existencia de la comunidad conyugal hasta su disolución por el fallecimiento del Sr. la pretensión de los actores de restitución de las cantidades dispuestas por la viuda durante la comunidad postmatrimonial debería ventilarse por los trámites específicamente previstos en los arts. 806 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 76 y ss. de la Ley aragonesa de Sucesiones, pues, en definitiva, se trataría de un crédito de la comunidad frente a Dña. o a sus herederos.

Procede, en consecuencia, apreciar la existencia de una cuestión prejudicial civil en relación con los autos de Mayor Cuantía nº 417/2000, seguidos en primera instancia ante el Juzgado de esta clase nº 30 de Barcelona y que en, la actualidad, se encontrarían pendientes de la tramitación y resolución de recurso de casación y de recurso extraordinario por infracción procesal.

SÉPTIMO.— Litispendencia penal o prejudicialidad penal (I). La representación de D. invoca la excepción de litispendencia en relación con la acción civil ejercitada en el procedimiento abreviado nº 91/2004 (Diligencias Previas 4352/2001 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Barcelona) en el que se dictó sentencia por la sección 2ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. En dicho procedimiento penal los hoy demandados son acusados por los hoy demandantes de la comisión de un delito de estafa de los arts. 248 y 252 del Código Penal y de otro de apropiación indebida del mismo Texto Legal y solicitan que, en concepto de responsabilidad civil, indemnicen a la herencia yacente de D. en idénticas sumas a las reclamadas, también para la masa hereditaria de D., en este procedimiento. Tras dictarse sentencia absolutoria por la Audiencia Provincial, los aquí demandantes interpusieron recurso de casación cuya resolución hoy pende.

OCTAVO.— Litispendencia penal o prejudicialidad penal (y II).

Debemos comenzar señalando que los demandantes en este procedimiento y acusadores en el penal sustentan sus pretensiones en un relato fáctico sustancialmente idéntico que, en el procedimiento penal, subsumen en determinados tipos delictivos (estafa, apropiación indebida) anudando a la pretensión penal el ejercicio de la acción civil derivada del delito y solicitando en este concepto de los acusados idéntica condena a la que les solicitan en este procedimiento civil: reintegro al caudal hereditario del Sr. de las cantidades dispuestas por los Sres. por importe de 4.637.214,35 euros. En definitiva

lo que persiguen los demandantes es el ejercicio simultáneo de la misma pretensión ante la jurisdicción civil y ante la jurisdicción penal como acción derivada del delito. Con este proceder se ignora la eficacia de cosa juzgada que produce la sentencia penal condenatoria pues, Como señala reiterada jurisprudencia (por todas, STS de 29 de diciembre de 2006 y las que en ella se citan) "lo resuelto por la sentencia penal condenatoria, en cuanto a la responsabilidad civil derivada del delito, es vinculante (cosa juzgada) para la jurisdicción de este orden, al haber quedado ya agotada o consumida ante la jurisdicción penal la acción civil correspondiente".

Sin embargo, no apreciaremos la excepción de litispendencia sino la existencia de una cuestión prejudicial penal del art. 40 de la LEC haciendo nuestra la argumentación de la AP Zaragoza (5ª) en Auto de 28 de junio de 2005, cuando afirma que "En cualquier caso lo que no cabe es apreciar la excepción de litispendencia. ... La litispendencia existirá sólo cuando el pronunciamiento del anterior proceso, aquí el penal, tenga un efecto siempre consuntivo de la acción civil. Lo que aquí no ha de ocurrir con seguridad. Pues teniendo un carácter accesorio, o mejor dicho, vinculado de la acción civil al proceso penal, sólo cuando prospere esta última, esto es cuando exista pronunciamiento condenatorio, podría entenderse que se produce un efecto consuntivo de la acción civil. De manera que resultaría prematuro, tal y como ha hecho la resolución de instancia, anticiparse al resultado del proceso penal y considerar que aquél proceso va a provocar necesariamente el agotamiento de la vía civil: aun con la absolución en vía penal se tiene derecho a dilucidar las responsabilidades civiles derivadas, no del delito, sino del ilícito civil en el que se haya podido incurrir, no resultando vinculante aquél pronunciamiento absolutorio mas que para el supuesto de que se afirme en la sentencia penal la inexistencia del hecho o la participación en el mismo de los demandados en el proceso civil".

NOVENO.— Inadecuación del procedimiento. La representación del Sr. entiende que las pretensiones de los demandantes deberían efectuarse en el seno del procedimiento de división judicial de patrimonios establecidos en los arts. 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Como ya se ha señalado, el Juzgado estima que si resuelta la cuestión prejudicial civil, el Tribunal Supremo confirmase la existencia de la sociedad conyugal hasta el fallecimiento del Sr., la pretensión de los demandantes debería articularse en el específico procedimiento de liquidación de la sociedad conyugal.

En atención a lo expuesto,

a) Se estima la existencia de una cuestión prejudicial civil en relación con los autos de Mayor Cuantía nº 417/2000, seguidos en primera instancia ante el Juzgado de esta clase nº 30 de Barcelona y que en, la actualidad, se encontrarían pendientes de la tramitación y resolución de recurso de casación y de recurso extraordinario por infracción procesal.

Se acuerda la suspensión del procedimiento que se alzaría cuando se acredite la finalización del procedimiento de Mayor Cuantía ya identificado.

b) Para el caso de que el Tribunal Supremo declarase la subsistencia de la sociedad conyugal entre D. y Dña. hasta la fecha del fallecimiento del primero, se

estima la excepción de inadecuación del procedimiento.

c) Se estima la existencia de una cuestión prejudicial penal en relación el procedimiento abreviado nº 91/2004 (Diligencias Previas 4352/2001 del Juzgado de Instrucción nº 1 de Barcelona).

Se acuerda la suspensión del procedimiento que se alzaré cuando se acredite la conclusión del procedimiento penal.

c) Se desestiman el resto de excepciones.»

a.1.— Beneficio legal de inventario:

a.2.— Colación:

a.3.— Consorcio Foral:

— Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 25 de enero de 2008: Consorcio Foral:

«PRIMERO —La parte actora formuló demanda solicitando la nulidad de la escritura pública de manifestación y aceptación de herencia, con su subsanación y rectificación de fecha 15 de septiembre de 2.005, otorgada por la parte demandada. Alegó que tiene legitimación para ello por haber sido instituido heredero universal por Doña, sin haber sido llamado ese otorgamiento, entendiéndose que no se debió haber constituido en dicha escritura un consorcio foral en la herencia de Doña Petra L.E ni un acrecimiento de la parte de su hija, Doña Ángeles AL al ser otorgantes Doña Rosario y Doña Silvia, biznietas de Doña Petra, sin que Doña María Santiago D L (hija de Doña Petra) ni su hija aceptaran la herencia de Doña Petra, pese a estar facultadas para constituir el consorcio. Considera finalmente que procede la aplicación del régimen de propiedad ordinaria, todo ello según los arts 208 P.D., art 58 p 1, art 59 p 1 Ley Sucesiones por Causa de Muerte en Aragón y determinados preceptos del CC sobre nulidad de los contratos.

La parte demandada se opuso a la demanda por considerar que el consorcio quedó formado al fallecer Doña Petra entre sus tres hijas y sus tres nietos (hijos de sus premuertos hijos), concurriendo los requisitos legales para la existencia del consorcio según la escritura pública mencionada.

La sentencia, tras una remisión a los antecedentes históricos del consorcio foral, la interpretación doctrinal y la determinación de la legislación aplicable, desestimó la demanda por considerar que el consorcio foral respecto a la herencia de la causante (Doña Petra, fallecida el 23-12-76) se formó por nietos y biznietos, consortes estos dos últimos en virtud de sustitución de su madre (Doña Ángeles), nieta de la causante, produciéndose acrecimiento de la parte de Doña Ángeles en favor del resto de los consortes, todo ello según el art 142 de la Compilación, aplicable según las disposiciones transitorias primera y sexta de la Ley aragonesa de Sucesiones por causa de Muerte en Aragón de fecha 24-1-99 y arts 58 y 59 y 19 de esta última.

Interpone recurso de apelación la parte actora por considerar que se he infringido el art 58 y 19 de la Ley aragonesa de Sucesiones, entendiéndose que los biznietos no pueden concurrir en el consorcio, y que de admitir lo contrario no tendría efecto la voluntad testamentaria de Doña Ángeles, que se vería anulada por la ampliación del consorcio foral. Considera también

que las biznietas hubieran podido llegar a ser consortes si su madre (nieta de Doña Petra), y en vida, hubiera formalizado escritura de aceptación de la herencia de su abuela, constituyéndose el consorcio, lo que entendiéndose se ha de efectuar en escritura pública según al art 60 P.D. de la Ley de Sucesiones.

SEGUNDO— Como se establece en la resolución recurrida, el art 142 de la CDCA, es aplicable por la fecha de fallecimiento de la causante, Doña Petra, en 23-12-76. Dicho precepto se refiere a la institución del consorcio foral, reflejado ahora en el art 58 de la Ley aragonesa de Sucesiones 1/99. Resulta de esa regulación que el consorcio foral es una institución de origen sucesorio, o comunidad hereditaria, formada por ministerio de la Ley entre los descendientes que suceden a sus ascendientes en determinados bienes inmuebles en estado de indivisión. Como alega la parte apelada, el consorcio se originó en el momento del fallecimiento de la causante (23-2-76) y no en el momento en que se hubiera aceptado su herencia, como se alega en el recurso.

En el caso, al fallecer Doña Petra quedó constituido el consorcio entre sus tres hijas (Doña Petra-Jerónima, Doña Santiago y Doña Ángeles) y sus nietos, hijos de los hijos (Don Jesús Don Manuel y Don Emiliano) premuertos de la causante (Doña Petra), las primera por derecho propio y los nietos por derecho de preestación. Hijas y nietos habían sido declarados herederos de Doña Petra por auto de fecha 24-1-83 según resulta de la escritura pública aportada con la demanda. Constituido el consorcio, las hijas de la causante (Doña Petra) fallecieron, Doña Petra —Jerónima el 31-1-098, Doña Santiago el 18-5-99 y Doña Ángeles el 23-11-04. Los efectos del consorcio se regulan por la Ley de Sucesiones 1/99 después de su entrada en vigor, aunque el consorcio se hubiera originado antes, según su Disposición Transitoria Sexta.

Una de las características de esta institución es el acrecimiento que se produce al morir uno de los consortes sin descendencia, en cuyo caso los demás consortes no heredan del consorte muerto, sino que aquellos reciben los bienes consorciales del causante del consorcio (o ascendiente) y no del consorte fallecido. En este sentido, el art 59 p 3 de la Ley 1/1999 completa la regulación anterior del art. 142 p 3 de la Compilación, estableciendo el primer precepto que la parte del consorte fallecido acrece a los demás "como procedente del ascendiente que originó el consorcio". Es decir, se produce únicamente la desaparición de uno de los elementos personales del consorcio, permaneciendo el mismo objeto.

Fallecida Doña Ángeles el 23-11-04, su parte del consorcio acreció a los demás consortes, sin que ello suponga que se anule su voluntad testamentaria, como se alega en el recurso, por cuanto esta se ejerció, si bien su objeto será la ordenación del destino de las relaciones jurídicas subsistentes a la fecha de su fallecimiento (art 1 de la Ley 1/99). En ese momento, el elemento subjetivo del consorcio, que ya existía, lo componían los nietos, (hijos de los hijos premuertos de la causante), la hija (y nieta de la causante) de Doña Petra-Jerónima pues al fallecer esta el 31-10-98 su hija le sucedió en la cuota consorcial. Respecto a la hija (Doña Santiago) de la causante y fallecida el 18-5-99, el consorcio se extendió a sus nietas (Doña Rosario y Doña Silvia), hijas de su premuerta hija María Teresa

al haber sido instituidas herederas por Doña Santiago en testamento otorgado por esta última, sucediendo a su causante en la cuota consorcial, y adquiriendo la cualidad de consortes, sustituyendo al disponente conforme al art 19 y ss Ley Sucesiones, que no establece limitación de grados. En consecuencia, el recurso ha de ser desestimado.»

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Zaragoza de 28 de febrero de 2008. Consorcio foral. Denegación de la inscripción registral de una sexta parte indivisa en nuda propiedad de una finca registral:

«PRIMERO.— La controversia que se somete a la decisión del Juzgado radica en determinar, en síntesis, si en el caso de autos se constituyó o no el consorcio foral entre los tres hermanos herederos testamentarios de su padre teniendo en cuenta que serían titulares a partes iguales de la nuda propiedad sobre una mitad del inmueble por adjudicación en la partición de la herencia subsistiendo el usufructo vitalicio de la madre y que serían titulares de la nuda propiedad sobre la otra mitad indivisa de la finca, también por partes iguales, por donación de la madre quien se habría reservado el usufructo vitalicio.

SEGUNDO.— La resolución de la controversia exige fijar con carácter previo los hechos admitidos por las partes:

1º) Mediante escritura pública otorgada en Zaragoza el día 6 de diciembre de 1977, los cónyuges D. y Dña. adquirieron por compra para su sociedad conyugal la finca registral.

2º) Don, falleció el día veintiocho de noviembre de mil novecientos setenta y nueve, bajo testamento, en el cual instituía herederos por partes iguales a sus tres hijos Don, Don y Doña, con el usufructo universal de su esposa.

3º) Mediante escritura otorgada en Zaragoza el día ocho de junio de mil novecientos ochenta y uno ante el notario Don Carias Goicoechea Rico, la viuda y los hijos aceptaron la herencia del causante y Doña además donó pura y simplemente la nuda propiedad de su mitad consorcial a sus nombrados hijos por terceras e iguales partes. En consecuencia, se inscribió en usufructo a favor de la viuda —en cuanto a una mitad indivisa como usufructo vitalicio y la otra mitad indivisa como usufructo vitalicio por reserva de la donante— y en nuda propiedad a nombre de Don, Don y Doña, por terceras e iguales partes indivisas, una mitad por herencia paterna y la mitad indivisa restante por donación materna.

4º) Don falleció en el mes de enero de dos mil cinco, soltero y sin descendientes, por lo que por Acta de declaración de herederos abintestato autorizada el día veinticinco de octubre de dos mil cinco por el notario de Mallén Doña fue declarada heredera abintestato del causante su madre Doña respecto de los bienes no troncales ni recobrables y también respecto de estos si no hubiere pariente con derecho preferente.

5º) Mediante escritura otorgada en Zaragoza por Don el día once de enero de dos mil siete, Doña se adjudicó, entre otros bienes, una sexta parte indivisa en nuda propiedad de la finca registral y otra sexta parte indivisa como recobable.

6º) Presentada la escritura a inscripción la Sra. Registradora de la Propiedad nº de Zaragoza, denegó la

inscripción de una sexta parte indivisa en nuda propiedad de la finca registral.

TERCERO.— No es labor del Juzgado la crítica de una institución que hunde sus raíces en la más antigua tradición jurídica del territorio y que, reintroducida en el Apéndice de 1925, el legislador de 1999, en el trance de renovar y actualizar el Derecho sucesorio aragonés, decidió mantener. Sin embargo, no se puede obviar que se trata de una institución que ha merecido la crítica de la mayoría de los foralistas desde el siglo XVII y, pese a las valiosísimas aportaciones de la doctrina en los últimos años (LACRUZ BERDEJO, SÁNCHEZ FRIERA), la institución sigue siendo hoy en día objeto de la crítica generalizada de los prácticos del derecho. A título de ejemplo, el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de noviembre de 1990, hace suyas las palabras del recurrente y afirma que el consorcio “entorpece el tráfico inmobiliario, coarta la libre circulación de los bienes y no responde al moderno espíritu de familia” añadiendo que parece contraria el principio “standum est chartae”. Por otra parte, el consorcio foral es una institución desconocida por la inmensa mayoría de los ciudadanos y cuya utilidad práctica, que la tuvo en el Derecho histórico, no se adivina en una sociedad urbana en la que la empresa familiar se instrumenta mediante sociedades mercantiles cuyas acciones y participaciones escapan a la disciplina del consorcio foral. Como decía alguna de las sentencias de la Audiencia Territorial en los primeros años del siglo pasado relativas al consorcio, forzoso es a los Tribunales ajustar sus resoluciones al precepto que regula la institución. Así lo hará el Juzgado, pero cuidando de no extender el régimen jurídico del consorcio foral a supuestos distintos a los expresamente previstos por el legislador en la normativa aplicable.

CUARTO.— En cuanto al régimen jurídico aplicable a la constitución del consorcio, comoquiera que en el caso de autos el causante fallece en 1979 y los herederos se adjudican el inmueble en 1981, se deberá estar a las previsiones del art. 142 de la Compilación de 1967 (DT 6º de la vigente Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte). El párrafo primero del citado art. 142 dispone: “cuando varios hermanos o hijos de hermanos adquieran de un ascendiente proindiviso y a título gratuito bienes inmuebles, queda establecido entre aquellos, y en tanto subsista la indivisión, el llamado consorcio o fideicomiso foral...”.

QUINTO.— El art. 142 de la Compilación exige para que se constituya el consorcio foral que la adquisición se produzca de un ascendiente proindiviso. Como ha puesto de manifiesto ROMERO HERRERO, el tenor literal del precepto es claro y la referencia al proindiviso sólo puede entenderse como “titularidad de cuotas-partes sobre bienes concretos” en contraposición a la comunidad hereditaria que se caracteriza por la ausencia de las mismas. Si la adquisición debe ser en proindiviso, el proindiviso se debe constituir en el propio título traslativo, lo debe constituir el testador o donante. En el caso que nos ocupa los hermanos no adquirieron proindiviso de su difunto padre por cuanto este se limitó a instituirles herederos por partes iguales. Lo que adquirieron los herederos del causante fue una cuota ideal sobre el conjunto de la herencia y en modo alguno cuotas concretas sobre bienes determinados de la misma. La indivisión la constituyeron los tres herma-

nos al partir la comunidad hereditaria y adjudicarse por terceras e iguales partes la nuda propiedad sobre la mitad indivisa del inmueble.

SEXTO.— Si lo expuesto en el fundamento anterior no fuera suficiente para negar la constitución de consorcio foral en el caso estudiado, debe añadirse que el art 142 se refiere a la adquisición de bienes inmuebles, lo que debe entenderse como adquisición del pleno dominio sobre el bien inmueble de que se trate. Prescindiendo de las sentencias que sobre el particular se pronunciaron a comienzos del siglo pasado, los pronunciamientos judiciales más recientes entienden que en supuestos como el de autos de adquisición de la nuda propiedad no es hasta la consolidación del usufructo con aquella cuando se produce el nacimiento del consorcio foral entre los hermanos en relación a la herencia paterna (Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 13 de mayo de 1996). En el mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Zaragoza (sección 4ª) en sentencia de 10 de noviembre de 2004. En el caso de autos, los hermanos adquirieron la nuda propiedad del inmueble por herencia en cuanto a una mitad indivisa y por donación sobre la otra mitad indivisa del inmueble por lo que, con independencia del carácter heterogéneo de las participaciones, subsistiendo el usufructo de la madre no llegó a nacer el consorcio entre los hermanos.»

#### b.— Sucesión Testamentaria:

— Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 21 de enero de 2008. Vecindad civil aragonesa. Exclusión de la reserva de bienes salvo imposición testamentaria de un cónyuge a otro. Validez del testamento:

«PRIMERO.— Dª y Dª a formulan demandada contra su común hermana, Dª, y la segunda esposa del padre de todas ellas, Dª, a fin de que se declare que el testamento abierto otorgado por dicho progenitor, D., el día 30-7-2002 no ha respetado las prohibiciones de disponer recogidas en el Fuero Nuevo de Navarra; que, en consecuencia, los bienes, derechos y dinero que hubieren sido adquiridos por dicho testador por título lucrativo de su primera esposa, Dª, madre de todas las hermanas, tienen la condición de reservables, y en ellos deben suceder las hijas del primer matrimonio por terceras e iguales partes con exclusión de cualquiera otra persona, con subrogación sobre los bienes adquiridos por los que hubieren sido objeto de enajenación, con actualización en su caso en función del IPC desde la venta hasta la entrega a las reservatarias; y que, respecto de los demás bienes del a herencia de D. no reservables, se declare que sus tres hijas no deben recibir de su padre menos que su segunda esposa, mandando que la herencia del mismo sea repartida por cuartas e iguales partes entre todas la litigantes; y condenando a las demandadas a estar y pasar por dichas declaraciones y al pago de las costas procesales.

En fundamento de tal petición, las actoras relatan que sus finados padres contrajeron primeras nupcias en Bilbao el día 24-7-1962; que, ostentando vecindad civil navarra, otorgaron testamento de hermandad regulado en la legislación civil propia de dicho territorio por el que se instituyeron mutua y recíprocamente herederos universales; que fallecida la esposa el día 9-3-

1991, D. procedió a la aceptación de herencia de aquélla por escritura pública de 3-5-1991, en la que se hacía manifestación e inventario de bienes del matrimonio y se adjudicó una mitad de los mismos por disolución y liquidación de la sociedad de conquistas y la otra mitad por herencia de su esposa; que de los bienes así adquiridos, enajenó tres de ellos, de tal forma que tan sólo quedan en la actualidad los dos que se describen en la demanda. Como datos igualmente relevantes, las actoras señalan, igualmente, que su padre contrajo matrimonio en segundas nupcias con Dª el día 3-6-2000, estado en que otorgó el testamento impugnado en el que, respetando tan sólo la legítima formal navarra, lega a su segunda esposa todas las participaciones propiedad del testador en SL, con prohibición de disponer para que al fallecimiento de la legataria pasen las mismas a sus hijas por partes iguales entre ellas; asimismo, lega a su segunda esposa el usufructo vitalicio de todos sus bienes, y nombra herederas universales por iguales partes en el remanente a sus tres hijas del primer matrimonio. D. fallece, vigente el testamento, el día 19-4-2004.

A su juicio, dichas disposiciones conculcan las limitaciones a la libertad de disponer que el derecho civil navarro impone a los bínubos, en concreto, la reserva a favor de los hijos del primer matrimonio de los bienes que el supérstite hubiere adquirido por título lucrativo del premuerto señalada en el art. 274 Fuero Nuevo de Navarra, por lo que es nula en cuanto la contraviene. Además dichas disposiciones son inoficiosas conforme al art. 272 FNN, que dispone que los hijos del anterior matrimonio no deberán recibir de sus padres menos que el más favorecido de lo hijos o cónyuge del anterior matrimonio, ya que con las mandas efectuadas se da la circunstancia proscrita.

Dª sostiene la vecindad civil aragonesa de sus padres tanto durante el matrimonio como al momento del fallecimiento de ambos, de lo que extrae como consecuencia la nulidad del testamento de hermandad no recogido en la legislación aragonesa, así como la del testamento de su padre, por disponer en él de bienes que se adjudicó al partir la herencia de su esposa conforme a aquella disposición. Por ello, se opone a la demanda y formula reconvencción en la que pide que así se declare, de forma que se deje expedita la sucesión ab intestato de de su madre.

Por su parte, Dª, se opuso a la demanda y solicita su absolución de la misma, a cuyo fin afirma que los bienes procedentes de la difunta esposa de su marido que han sido enajenados lo han sido a sus hijas, por lo que no se infringido la reserva navarra del bínubo, y que no la demanda no indica la razón por la que sostiene que las actoras han recibido en la herencia de D. n menos que ella.

Finalmente, tanto esta última como las actoras se opone a la demanda reconvencción, la primera por cuanto que nunca la reconveniente había cuestionado la vecindad navarra de sus progenitores, pese a que existió ya un procedimiento judicial sobre la herencia de éstos, y hacerlo ahora implica ir contra los propios actos; y las segundas, se oponen a la demanda reconvencción insistiendo en la vecindad civil navarra de D. y Dª, en tanto que el primero nació en Pamplona y con tal vecindad contrajo matrimonio Dª, que la adquirió por razón del mismo conforme a la legislación enton-

ces vigente, y que estuvieron empadronados en Pamplona ininterrumpidamente desde el día 31 de diciembre de 1970 hasta su fallecimiento, y, además, sostienen que cualquiera que fuera su vecindad el mero otorgamiento del testamento de hermandad navarra no daría lugar a la nulidad es última voluntad en Aragón, en donde se acoge el testamento mancomunado.

La juzgadora de primer grado entiende acreditada la vecindad navarra por el lugar de nacimiento de D. y el matrimonio de D<sup>a</sup> y porque dada duplicidad de empadronamiento —en Zaragoza y Pamplona— durante el período 1975/1991 no cabe concluir la adquisición de la vecindad aragonesa y cualquier duda sobre al respecto ha de ser resuelta a favor de la de origen.

Partiendo de ello, la juez a quo concluye la infracción del art. 274 FNV por no haberse dado cumplimiento al mandato que impone la reserva en caso de segundas nupcias, así como del art. 256 FNN por no haberse excluido los bienes reservables del usufructo universal legado a la segunda esposa, lo que determina la nulidad de las disposiciones testamentarias que incurren en dicha violación.

En lo que se refiere a la alegada inoficiosidad del las disposiciones testamentaria, por superar lo legado el límite impuesto en el art. 272 FNN, razona que las actoras no han acreditado como les correspondía según las reglas de la carga de la prueba del art. 217 LEC, que la esposa hubiere recibido por el testamento más de lo percibido por sus las hijas del finado.

En consecuencia con todo ello, la sentencia da lugar en parte a la demanda, y declara que el testamento otorgado por D. no ha respetado la reserva a favor de las actoras como hijas del su primer matrimonio, y en consecuencia, que los bienes inventariados en el acta de manifestación y aceptación de la herencia de D<sup>a</sup> que expresa tienen la condición de reservables en su mitad indivisa y sobre ellos, en dicha medida, deben suceder al causante las hijas que hubo en su primera unión matrimonial pro terceras e iguales partes, reserva que se proyectará sobre la mitad del precio percibido por los que fueron enajenados, actualizado conforme al IPC desde la fecha del óbito.

Contra dicha resolución se alzan las actoras, que impugnan la sentencia en cuanto no da lugar a la inoficiosidad que solicitaban en la demanda, y D<sup>a</sup>, en petición de que se desestime la demanda, y de que se estime su reconvencción con declaración de la nulidad de los testamentos de sus padres y de que se abra la sucesión legal de D<sup>a</sup> Rafaela.

D<sup>a</sup> asienta su recurso en la errónea valoración de la prueba en que habría incurrido la juez de primera instancia al valorar la residencia de los dos fallecidos cónyuges a los efectos de determinar su vecindad civil al tiempo de su muerte y alega ahora fraude de ley en que habrían incurrido los testadores al otorgar sus últimas voluntades conforme a las disposiciones navarras para burlar los derechos legítimos de sus hijas al desheredarlas de facto.

Por su parte, las actoras fundan su recurso en que la mera concesión del usufructo universal determina por sí la inoficiosidad del testamento.

SEGUNDO.— Vecindad civil de los causantes.

Conforme al art. 14 CC la sujeción al derecho civil común o foral se determina por la vecindad civil, la cual

se adquiere de origen por la vecindad de los padres, así como por residencia por el tiempo señalado en dicho artículo, y, hasta el año 1990 por matrimonio.

En el presente caso, nada consta sobre la vecindad civil de los padres de ninguno de los causantes, pero sí que D. nació en Pamplona en el año 1929 y D<sup>a</sup> en Val de Sana María (Zamora) el 17-9-1929, y que contrajeron matrimonio el año 1962 en Bilbao, en donde fijaron su inicial residencia. Al menos desde el día 31-12-2975 y hasta el día 1-3-1991, día en que causaron baja por no renovación, ambos esposos se hallan empadronados en el municipio de Zaragoza, y también en el de Pamplona, lugar este último en donde D<sup>a</sup> permaneció empadronada hasta el día 1-5-1996 (sic) y don hasta el día de su fallecimiento (19/4/2004), y de la prueba practicada —documental aportada por D<sup>a</sup> e interrogatorio de los litigantes— ha resultado acreditado que el matrimonio fijó su residencia en Zaragoza al menos desde el año 1967 hasta el fallecimiento de D<sup>a</sup>, que ocurrió en Zaragoza teniendo su domicilio en dicha localidad, según consta en su certificado de defunción —al igual que ocurre con igual certificado de D.—, pues así resulta de los libros de escolaridad y documentos de vacunación aportados por dicha parte y del hecho de que en esta localidad donde se constituyó la empresa familiar, lo que por otra parte no es discutido por ninguna de los demás litigantes, quienes, para apoyar su aserto de vecindad navarra tan sólo alegan la convicción que padres e hijas tenían sobre tal circunstancia, así como los datos de empadronamiento, los cuales tan sólo se puede tomar como un dato a valorar, pero no demuestran por sí sólo una residencia efectiva y real (v entre otras STS 15-11-1991), ya que se trata de un dato administrativo cuya correspondencia con la realidad no se comprueba durante toda su vigencia por los encargados de la llevanza de este Registro.

Así las cosas, como quiera que no consta renuncia alguna de adquisición de la vecindad aragonesa por residencia, y que la vecindad no depende de la voluntad o conciencia de los afectados, si no de las normas que la regulan, no cabe sino concluir con D<sup>a</sup>, que D<sup>a</sup> se hallaba sujeta al régimen de vecindad aragonesa al tiempo de su fallecimiento, pues la había adquirido por residencia de mas de 10 años sin manifestación en contrario (art. 14.5 CC)

TERCERO.— La anterior conclusión conduce derechamente a la desestimación de la demanda, en la que las actoras pretenden que se declare como reservables conforme a la legislación civil navarra unos bienes hereditarios procedentes del caudal quien no ostentaba tal vecindad a su fallecimiento, sino la aragonesa, por lo que su herencia no se halla regulada por aquella legislación conforme a las reglas de derecho interregional (art. 16.1 CC y art. 9.1 CC), sino por la que vigente este última comunidad al tiempo de su defunción, que no es otra que la compilación de derecho civil de Aragón de 1967, cuyo artículo 139, en parecidos términos que ahora el actual 149.3 L 1/1999 CAA, excluía la reserva de bienes salvo imposición testamentaria de un cónyuge al otro (art. 139 CA). Lo mismo cabe decir de la inoficiosidad que se pretende bajo alegato de haber recibido la viuda en herencia de D. más de lo percibido por las hijas de su primer matrimonio en la herencia de su padres, pues dicha li-

mitación no se halla prevista en la legislación aragonesa, sin perjuicio de la normas sobre protección de la legítima colectiva, lo que no ha sido objeto de debate en el presente juicio.

CUARTO.— Ahora bien, la sujeción al derecho aragonés de la sucesión de D<sup>o</sup> en modo alguno implica la nulidad del testamento hermandad otorgado por ambos esposos ni la del posterior del supérstite, pues ni el primero lo es conforme al CC de aplicación subsidiaria por razones de derecho intertemporal (Art. 673 y 687), ni el segundo conforme a la nueva legislación aragonesa (art. 109), ya que ni ha sido han sido otorgados con violencia, dolo o fraude, ni se han dejado de observar en ellos los requisitos esenciales prescritos en la ley para los testadores, el contenido o la forma de su otorgamiento.

Y en relación a este punto cabe señalar que, D<sup>o</sup> pretende introducir en su recurso un nuevo motivo de nulidad, que no es otro que el fraude que basa en que ambos padres al otorgar el testamento de hermandad, y D. al otorgar el que rigió su sucesión, acudieron a la legislación navarra para burlar sus derechos legitimarios, lo que implica una alteración de los términos del debate de la primera instancia incompatible con el principio de apelación limitada que establece el art. 456 LEC.

En cualquier caso, nada se ha probado sobre la intención fraudulenta que ahora se erige como causa de nulidad de los testamentos, la cual es incompatible con el hecho cierto de que todos los integrantes de la familia se hallaban en el entendimiento de que estaban sujetos a la vecindad navarra, como manifestaron las litigantes al ser interrogadas, y resulta con claridad de los alegatos vertidos por todas la partes en el juicio que se siguió entre ellas a instancia de D<sup>o</sup> en pretensión de la entrega de los bienes de la herencia de D..

En consecuencia con todo ello procede el rechazo de la pretensión reconvenional de nulidad de los testamentos de mención y que se proceda a la apertura de la sucesión legal de la herencia de D<sup>o</sup>.

QUINTO.—Lo dicho hasta ahora conduce a la estimación de la apelación formulada por D<sup>o</sup>, en cuanto esta mantiene, como nosotros, que las herencias de sus dos progenitores se hallan regidas por el derecho civil propio de esta Comunidad Autónoma, y no por el navarro, lo que daría al rechazo de la demanda en cuanto interesa la reserva del bínubo establecida en este último, y por ende a la revocación de la sentencia que concede dicha reserva.

Sin embargo, esta Sala estima que tal solución implica *reformatio in pejus*, en tanto que D<sup>o</sup> queda, a consecuencia de la estimación de su recurso, en peor condición que la que resulta para ella de la sentencia apelada, por lo que la misma ha de ser mantenida».

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Zaragoza de 28 de enero de 2008. Testamento mancomunado. Disposiciones correspectivas: las mismas presuponen una idea de contractualidad, comprometiéndose los cónyuges testadores a respetar mutuamente lo que ambos en vida hicieron en forma conjunta:

«PRIMERO: En fecha 7/3/1977 ante el Notario de Zaragoza Sr. Gimeno comparecieron los cónyuges y otorgaron testamento por el que " Segunda .Ambos

cónyuges testadores, se conceden y reconocen, mutua y recíprocamente, usufructo universal de viudedad foral, con relevación de inventario y fianza. Tercera. Instituyen herederos universales a sus tres nombrados hijos, y...con derecho de representación en favor de los descendientes de cada uno de ellos, o el de acrecer en su caso. " . Sostienen los actores que se contienen cláusulas correspectivas que conllevan la nulidad del posterior testamento otorgado por tras la muerte de su primera esposa.

El principio general de la libre revocabilidad del testamento mancomunado respecto del patrimonio del supérstite, tiene como excepción el de las disposiciones correspectivas que se hallen en vigor, en cuanto estas presuponen una cierta idea de contractualidad, de pacto que los cónyuges testadores celebran entre sí, comprometiéndose a respetar mutuamente lo que ambos en vida hicieron de forma conjunta (sent A. Prov. de Zaragoza de 7/2/1989). La institución de la correspectividad tiene su arraigo formal y material en el testamento mancomunado propio del derecho aragonés, siendo una de las variedades de esta manera de testar, en la que no solo testan a la vez, sino de forma que cualquiera de ellos no dispondría de lo suyo si el otro no hiciera a su vez otra disposición. Es principio general que la correspectividad no se presume y si no se deduce con claridad debe entenderse que no existe (A. Prov. de Zaragoza de 13/12/2004), por cuanto, como establecía el art. 97 de la Compilación era preciso que por voluntad declarada de ambos en el mismo testamento o en documento público, estén recíprocamente condicionadas, siendo precisamente el factor de la mutua condición lo que exige, en cada caso concreto, el examen de la voluntad de los disponentes, no siendo correspectividad sinónimo de reciprocidad (A. Prov. de Zaragoza de 4/3/1999); es preciso pues que la correspectividad conste expresamente o haciendo declaraciones de las que pueda deducirse con claridad la intención de establecer la correspectividad. Según la A. Prov. de Zaragoza de 14/12/1998 no cabe deducir que una cláusula por la que los testadores instituyen herederos en usufructo vitalicio a su hija y en nuda propiedad a sus nietos fuese correspectiva o recíprocamente condicionada, deviniendo por lo tanto en irrevocable o inmodificable, tras la muerte de uno de dichos cónyuges, por el otro. Y según la sentencia de la A. Territorial de Zaragoza, Sala de lo Civil de 7/11/1986 que analiza un testamento mancomunado con institución de herederos por partes iguales a los cuatro hijos, con derecho de representación y de acrecer y en el que asimismo se dejaban los cónyuges del uno al otro el usufructo universal de viudedad, con relevación de inventario y de prestar fianza, no aparece una voluntad declarada de ambos cónyuges de que sus disposiciones a favor de los hijos estén recíprocamente condicionadas y nada permite interpretar que la disposición de uno de los cónyuges a favor de los hijos comunes no se hubiera hecho de faltar la misma disposición del otro cónyuge.

En conclusión, negada la correspectividad, el cónyuge supérstite podía disponer libremente de sus bienes a título hereditario, siendo lo que hizo al otorgar testamento el 11/4/2000, sin elemento probatorio alguno que permita dudar sobre su capacidad y libertad de consentimiento a la hora de testar.

SEGUNDO: Pretenden los demandados que se integren en el activo del caudal hereditario los saldos de libreta indistinta de la CAI de los que hubiera dispuesto la demandada. El mero hecho de apertura de una cuenta corriente bancaria, en forma indistinta, a nombre de dos (o más) personas, como norma general lo único, que comporta "prima facie", en lo referente a las relaciones derivadas del depósito irregular en que toda cuenta corriente bancaria se apoya, es que cualquiera de dichos titulares tendrá, frente al Banco depositario, facultades dispositivas del saldo que arroje la cuenta, pero no determina, por sí solo, la existencia de un condominio, y menos por partes iguales, sobre dicho saldo de los dos (o más) titulares indistintos de la cuenta, ya que esto habrá de venir determinado únicamente por las relaciones internas entre ambos titulares y, más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos o numerario de que se nutre dicha cuenta. No se discute que el dinero de la libreta era de titularidad exclusiva de. Sentado lo anterior debemos recordar que en el supuesto litigioso (según ha acreditado la testifical) nos encontramos con una persona mayor, pero con plenas facultades, con fuerte personalidad y control sobre sus asuntos, que en los momentos de enfermedad permanece bajo el exclusivo cuidado y atención de la hija demandada, la cual, sin perjuicio de puntuales visitas de otros familiares, es quien asume en solitario la carga de los ingresos hospitalarios, de los traslados al propio domicilio, ingresos en residencia, adquisición de ropa, medicación... En dichos momentos de enfermedad del padre que se prolongan dos años asume, por encargo del padre, la función de sacar dinero de la cuenta, sean para gastos del padre, sea para la entrega del dinero al hermano en diversas ocasiones (como varios testigos han manifestado se comentaba por el causante), sea para el regalo de un ordenador en un cumpleaños — lo que no puede considerarse inusual — sea para cumplir el deseo del padre de que determinado importe se donara y traspasara a cuenta de la hija para costear los gastos de enfermedad, debiendo quedarse la hija con el sobrante. Y lógicamente en el ámbito de las estrechas relaciones familiares y de las cantidades dispuestas, no se dispone de documentación probatoria acreditativa de la concreta encomienda, ni de la efectiva entrega al padre (nadie le pide al padre un recibo de pequeñas cantidades de dinero que se han sacado de una cuenta para sus atenciones), como tampoco existe del dinero entregado al hijo, ni de la cesión de uso o regalo de un vehículo al hijo. Y por las fechas de las operaciones, el estado de salud mental del padre y control de sus cuentas, el padre conoció y consintió los movimientos de las cuentas, tal y como se producían, por lo que debe desestimarse íntegramente la pretensión de los actores sobre los saldos dispuestos.»

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Zaragoza de 25 de febrero de 2008. Ceguera: Nulidad del testamento por inobservancia de las disposiciones legales:

«PRIMERO: Por la actora se ejercita acción tendente a la declaración de nulidad de determinado testamento y consiguiente declaración de validez y subsistencia del otorgado inmediatamente antes. Siendo el causante de vecindad civil aragonesa, resulta aplica-

ble la Ley de Sucesiones por causa de muerte de 1990. El art. 90 define la voluntad testamentaria; el art. 98 la improcedencia de intervención de testigos en el Testamento Notarial, a salvo la concurrencia de circunstancias especiales, siendo una de tales cuando el testador, aunque pueda firmar, sea ciego, supuesto este en que (art. 99) será necesaria la intervención de dos testigos que lean el testamento en presencia del Notario y declaren que coincide con la voluntad manifestada. El art. 108 establece que serán nulos los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los requisitos esenciales prescritos por ley para los testadores, el contenido o la forma del testamento otorgado y asimismo aquellos en cuyo otorgamiento no se hubieran observado los restantes requisitos o formalidades requeridos por la ley. El TS al interpretar las formalidades precisas en el testamento del ciego en el CC (art. 695 en que asimismo se hace precisa la intervención de testigos) viene a establecer que no es necesario que la ceguera sea total o absoluta, sino que basta con que la lesión o defecto visual alcance el grado suficiente, para impedirle la lectura y estampar su firma con la claridad de rasgos que habitualmente caractericen aquella, a fin de que lo defectuoso de la misma no pueda originar la duda sobre su autenticidad (TS 12/4/1973) dando la redacción del precepto aragonés un paso más, cuando hace precisa la intervención de testigos en el testamento del ciego, aunque este pueda firmar. El carácter formalista del testamento obliga al cumplimiento escrupuloso de todas las solemnidades esenciales y requisitos exigidos por la ley, como explícitamente se reconoce al estatuir la nulidad testamentaria de los testamentos en que no se observan las formalidades legalmente establecidas (TS 21/6/1986). Que el testador era ciego (aunque no lo detectara el Notario ante el que se otorgó del último testamento) es indiscutible y no por haberse hecho constar en anteriores testamentos notariales, sino por la lectura de la documentación obrante en autos, en que profesionales sanitarios dependientes de los servicios públicos, hicieron constar reiteradamente tal ceguera, siendo su causa miopía magna, glaucoma, úlcera atrófica con pannus en ojo izquierdo y por infarto lacunar en ojo derecho y así como en dictamen de minusvalía del año 2000 se hacía constar la pérdida de agudeza visual binocular grave, en el dictamen de minusvalía de abril de 2006 ya se hace constar la ceguera, que en otro informe se remite a un año antes. Y tal ceguera acreditada obligaba al cumplimiento, en el otorgamiento del testamento, de las formalidades antes mencionadas, que al no observarse lo vician de nulidad, con la consecuencia de proceder la estimación de la demanda.»

— Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de mayo de 2008. Validez del testamento. Disposiciones correspondientes: la corespectividad no se presume:

«PRIMERO.— D. José, su esposa, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Pilar, y los hijos de ambos, D. Francisco y D<sup>a</sup> Eva deducen demanda contra la hermana del primero, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Del Carmen, en petición de que se declare la nulidad del testamento que el padre de ambos hermanos, D. José, fallecido el día 15-2-2005, otorgó el día 11-4-2000, con la consiguiente revocación de la toma de razón en el Registro

de la Propiedad del legado en él otorgado a la demandada. Asimismo, suplican que sea determinada la cuantía que debe ser reintegrada al haber hereditario del finado padre a consecuencia de determinadas extracciones en metálico y transferencias ordenadas sobre la cuenta corriente que éste tenía abierta conjuntamente con la demandada.

Sostienen la nulidad de la última voluntad de su padre porque contraviene la cláusula correspectiva que contiene el testamento mancomunado que D. José otorgó en unión de su esposa y madre de los hermanos D. José y D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Del Carmen, el día 7-3-1977.

En apoyo de la pretensión de nulidad testamentaria invocan los arts. 95, 96, 97, 101 y 108 CDCA (vigentes al tiempo del otorgamiento del primer testamento) y 108 L 1/1999 de la Comunidad Autónoma de Aragón, así como los arts. 675 CC y 1281 CC y ss.

Por lo que se refiere a la segunda de las peticiones, la de reintegro del caudal relicto, afirma que las disposiciones de efectivo sobre la cuenta corriente no fueron ordenadas por su padre, sino por su hermana y en su beneficio, y que no pueden ser calificadas de donaciones.

La demandada niega el carácter correspectivo de las disposiciones contenidas en el testamento mancomunado de 1997, y sostiene que todos y cada uno de los actos de disposición de la cuenta de su padre fueron hechos por éste o por su orden, por lo que solicita la desestimación de la demanda.

El juzgador de primer grado participa de la opinión del demandado, y entiende que no nos hallamos ante disposición correspectiva alguna, por lo que el padre disponía de total libertad para otorgar nuevo testamento revocando las disposiciones testamentarias que ordenó en el primero, por lo que no incurre en nulidad de género alguno. Y, en cuanto a la acción de reintegro del caudal relicto, sostiene que el actor no ha probado que todos y cada uno de los actos de disposición no hayan obedecido a la voluntad del finado D. José, por todo lo cual desestima la demanda con imposición de las costas a la parte actora.

Contra dicha decisión se alza la parte actora mediante el recurso de apelación del que conocemos

SEGUNDO.— Conforme al art. 97 CDCA en su redacción vigente al tiempo del primero de los testamentos, se entendían como correspectivas aquellas disposiciones que, por voluntad declarada de ambos en el mismo testamento o en documento público estén recíprocamente condicionadas, y conforme al art. 105 L 1/1999 de la Comunidad Autónoma de Aragón vigente al tiempo del segundo otorgamiento:

“1 Son correspectivas entre sí las disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente condicionada, sean en beneficio mutuo o de tercero. La correspectividad no se presume

La institución de la “correspectividad” tiene su arraigo formal y material en el testamento mancomunado propio del derecho aragonés. Es una de las variedades de esa manera de testar. Cuando los otorgantes no sólo testan a la vez, sino de forma que cualquiera de ellos no dispondría de lo suyo si el otro no hiciera a su vez otra disposición.

Las disposiciones correspectivas son instituciones que responden a un recíproco condicionante que justifi-

ca la especial naturaleza de las disposiciones así denominadas. Es una cualidad que se predica de aquellas disposiciones en las que un testador no dispondría de lo suyo si el otro no realizase, a su vez, otra disposición y viceversa. No se trata de reciprocidad en el sentido contractual por faltar el justo equilibrio de las prestaciones, ni tampoco de una liberalidad, dado que este instituto no exige necesariamente condición.

Dada la especial configuración de esta clase de disposiciones testamentarias, es principio general admitido doctrinal y jurisprudencialmente y hoy legalmente sancionado que la “correspectividad” no se presume y si no se deduce con claridad debe entenderse que no existe. (SAP Zaragoza 13-12-2004 y 11-5-2005)

TERCERO.— En el primero de los testamentos, el otorgado mancomunadamente por los padres de los hermanos en conflicto, los testadores dispusieron en la segunda cláusula testamentaria:

“Ambos cónyuges testadores, se conceden y reconocen, mutua recíprocamente, usufructo universal de viudedad foral, con relevación de inventario y fianza”.

Y en la tercera de las cláusulas que:

“Instituyen herederos universales a sus tres nombrados hijos ..., con derecho de representación en favor de los descendientes de cada uno de ellos, o el de acrecer en su caso”.

Y lo que los actores sostienen es que ambas cláusulas son correspectivas porque la primera integra una institución recíproca cuyos efectos son los propios del pacto al más viviente (art. 95 CDCA de 1967 y art. 108 art. 95 CDCA de 1967), por lo que, fallecida la madre al tiempo en que el padre otorgó segundo testamento, éste es nulo por contravenir la institución de los hijos como herederos por partes iguales, en cuanto instituye un legado a favor de la demandada (art. 97 CDCA de 1967 y art. 106 L 1/1999)

Tal argumentación no puede ser acogida por esta Sala. La primera de las cláusulas no contiene una institución recíproca de herederos, sino tan sólo el reconocimiento del derecho universal de viudedad establecido en la legislación, y en modo alguno el reconocimiento de aquél derecho aparece recíprocamente condicionado con la institución de herederos que contiene en las personas de sus hijos, por todo lo cual D. José disponía de total libertad para otorgar nuevo testamento disponiendo de sus bienes para el momento de su muerte (art. 96 CDCA de 1967 y art. 106 L 1/1999)

CUARTO.— Por lo que se refiere al reintegro del caudal hereditario, lo primero que ha de ser señalado es que los actores no expresan la razón jurídica del por qué han de ser incluidas en el haber relicto determinadas sumas extraídas de sus cuentas, pues en ningún momento llega a ser afirmado en la demanda que la demandada extrajo dichas sumas en contra de la voluntad o sin el consentimiento de su padre.

El juzgador de primer grado funda la desestimación de tal pedimento en que el padre, cuya plena capacidad y control sobre su patrimonio no ha sido contradicha eficazmente, dispuso de las cantidades que ahora se reclaman como integrantes del haber relicto por propia decisión, y no existe prueba capaz de contradecir la valoración llevada a cabo por el juzgador de primer grado, por lo que ha de ser mantenida.

QUINTO.— Finalmente los recurrentes discuten la imposición de costas por ser de aplicación la excep-

ción que establece el art. 394 LEC, pero esta Sala no comparte las dudas que afirma pues la complejidad del caso no es mayor que las de ordinario suele plantear las disputa hereditarias.»

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Zaragoza de 8 de septiembre de 2008. Interpretación de cláusula testamentaria: no hay preterición:

«PRIMERO.— No es admisible la pretensión formulada por el letrado de la demandante de que se le conceda, como diligencia final, un plazo para presentar alegaciones por escrito respecto al cálculo del caudal relicto que le correspondería a su cliente, y ello por cuanto el art. 435 de la LEC prevé dicha posibilidad única y exclusivamente para la práctica de pruebas pertinentes referidas a hechos nuevos o de nueva noticia, o sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes. Ninguno de estos supuestos concurre en el presente caso pero es que, además, y por los motivos que luego se desgranarán, resulta innecesaria la realización de dicho cálculo.

SEGUNDO.— La actora, declarada por sentencia judicial de 29 de noviembre de 2006 hija extramatrimonial del finado D. Salvador, padre a su vez de los demandados, solicita en las presentes actuaciones que se declare que la misma, en su condición de legítimaria de grado preferente, ha sido preterida no intencionalmente por aquél en su testamento de 17 de junio de 2004 (revocatorio de otro anterior mancomunado), y que de conformidad con lo establecido en el art. 191 de la Ley 1/99 de Sucesiones por causa de muerte en Aragón tiene derecho a una porción del caudal relicto de la herencia del causante, a calcular de conformidad con los arts. 181 y 193 del citado texto legal.

A esta pretensión se oponen los cinco codemandados, hijos también del finado y a quienes éste instituye herederos por partes iguales, negando que la actora haya sido preterida por el testador; subsidiariamente consideran que se trataría, en todo caso de una preterición intencional y, aun en el supuesto de que se considerase como no intencionada la preterición de la actora, esta únicamente tendría derecho a percibir la cantidad prevista por el disponente (6 euros); en última instancia consideran que la parte de la actora en la herencia nunca podría exceder de la suma de los seis euros.

TERCERO.— Planteados así los términos del debate, la primera cuestión a dilucidar —pues de ella dependen todas las restantes— es ver si realmente se ha producido o no una preterición de la actora por parte del testador en su testamento, y en este sentido hay que señalar que, con carácter general, el art. 188.1 de la Ley 1/99 establece la regla de que “se entienden preteridos aquellos legitimarios de grado preferente que, no favorecidos en vida del causante ni en su sucesión legal, no han sido mencionados en el pacto o testamento”, recogiendo el artículo siguiente, el 189, una aclaración o concreción de la mencionada regla general en el sentido de considerar suficiente, para que no haya preterición “cualquier mención del legitimario en cualquier parte o cláusula del testamento o escritura en que se ordene la sucesión, aun sin disposición alguna a su favor ni exclusión expresa de la legítima o de beneficios sucesorios”.

Con este fondo legal, procede determinar si en el testamento otorgado por el finado D. Salvador ante Notario el día 17 de junio de 2004 (doc. nº 2 de la demanda) existe algún tipo o clase de mención o referencia a la actora que puede considerarse suficiente para excluir la preterición o, por el contrario, estimar que la misma se ha producido realmente. Pues bien, en la cláusula segunda del citado testamento el testador hace la siguiente manifestación: “Lega la cantidad de seis euros en pago de sus derechos legitimarios a cualquier persona que con derecho, alegase tal condición y la probare”. De este pronunciamientos deducen los demandados que existe una mención suficiente para excluir la preterición mientras que la actora, por el contrario sostiene que no encontramos ante una denominada “cláusula de estilo”; habitual en los documentos notariales donde se recogen voluntades testamentarias, y alega como prueba de ello que esa misma cláusula, del mismo tenor (sustituyendo euros por pesetas) aparece también recogida en el testamento mancomunado otorgado, junto con su esposa, el 9 de diciembre de 1999 (doc. nº 2 de la contestación de D. Juan Ignacio, D. Salvador y D. Jorge), revocado posteriormente por el ya indicado de 17 de junio de 2004.

La interpretación de dicha cláusula, y en general de cual fue la voluntad del testador, requiere un estudio del contexto y de las circunstancias que rodearon tanto al causante como a la actora, y en este sentido hay que indicar que de la prueba documental practicada queda debidamente acreditado que el difunto era plenamente conocedor desde el primer momento de la existencia de la actora y de que la misma era hija suya (hubo incluso unas actuaciones penales contra él finalmente sobreesidas en 1940 por perdón de la agravada); asimismo se considera probado que, con posterioridad al nacimiento de la demandante, su padre la conoció personalmente al trasladarse madre e hija a vivir durante un tiempo a la localidad de Calatayud, lugar de origen y residencia del padre. Durante los siguientes cuarenta años la parte actora reconoce que mantuvo tres contactos con aquél, con motivo de una grave enfermedad que padeció y que hizo necesario recabar antecedentes familiares y a consecuencia de un acontecimiento religioso (la comunión de una de las hijas suyas y de la hija menor del finado, pues ambas iban a la misma clase) y otro escolar (fiesta de fin de curso), habida cuenta que la demandante reside en Zaragoza desde hace años. Por todo ello es evidente que D. Salvador era plenamente consciente, al otorgar el testamento mancomunado en 1999, de la existencia de la actora pese a lo cual ocultó esta circunstancia en todo momento tanto a su esposa como a sus hijos negándose a reconocerla como hija, por lo que, con el fin de seguir manteniendo el secreto y previendo que la demandante podía fácilmente plantear y ganar una demanda de reclamación de paternidad, otorgó la fórmula testamentaria a la que antes se ha hecho referencia, que no puede considerarse una fórmula de estilo por lo antes dicho sino un pronunciamiento pensado única y exclusivamente para la actora, y buena prueba de ello es que al otorgar el testamento de 2004 vuelve a reiterar el mismo pronunciamiento pocos días antes de fallecer lo que demuestra, bien a las claras, que su intención era excluir a la actora de cualquier derecho hereditario pero sin mencionarla expresamen-

te por razones privadas, y utilizando para ello una cláusula genérica; en la práctica suelen utilizarse fórmulas de estilo tratándose de testadores jóvenes que no descartan tener en el futuro algún hijo más haciéndose una referencia a sus hijos” y a los demás que pudiere tener en lo sucesivo...”, pero tratándose, como es este caso, de una persona de avanzada edad (más de ochenta años) es evidente que la cláusula está pensada y puesta para una concreta y determinada persona: la actora.

CUARTO.— Por todo ello hay que concluir que no ha tenido lugar ninguna preterición de la actora en el testamento del finado y carece, por tanto, de derecho alguno a una porción del caudal relicto, debiendo limitarse su expectativa al legado de seis euros establecido en la citada cláusula, y que le ha sido reiteradamente ofrecido por los demandados.

QUINTO.— Pero es que, aun admitiendo hipotéticamente que la mencionada cláusula fuese excesivamente genérica o abstracta, entendiendo que la misma iba dirigida a otros posibles legitimarios desconocidos, estaríamos ante un supuesto de preterición intencional del art. 190 de la Ley 1/99 pues, tal y como ya se ha indicado, el disponente, al ordenar su sucesión, conocía perfectamente la existencia de la actora y su condición de legitimaria, y ello aunque ésta no hubiese interpuesto la correspondiente demandada de filiación (lo hizo tras el fallecimiento del testador), siendo plenamente consciente de que no le costaría excesivo esfuerzo acreditar su condición de hija extramatrimonial, lo que conllevaría como única consecuencia la posibilidad del ejercicio del derecho contemplado en el art. 192 a reclamar la legítima colectiva frente a terceros cuando exista lesión de la misma, que no es el caso.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 29 de diciembre de 2008. Validez de disposición testamentaria otorgada en Francia por una persona con vecindad civil aragonesa:

«PRIMERO: Son datos relevantes para resolver el presente recurso los siguientes. Dña. (Nombre de la parte eliminado), respecto de la cual pretende la apelante que se le declare heredera ab intestato, falleció en Francia en el año 1991 sin haber perdido su nacionalidad española y siendo su vecindad civil la aragonesa. Al disponer el art. 9.8 del Código Civil (en su redacción vigente a la fecha del fallecimiento del causante, que coincide con la actual a los efectos que ahora interesan) que la sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante al momento de fallecer, cualquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren, todo lo cual nos conduce a dar prevalencia al Derecho español sobre el francés y, en aplicación del art. 16.1 del propio Código Civil, al Derecho aragonés sobre cualquier otra legislación civil de las existentes en la nación española, y al no haberse publicado aún la hoy vigente Ley Aragonesa de Sucesiones al tiempo de morir la causante, es de aplicación al caso la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 1967 como norma vigente al tiempo de la apertura de la sucesión.

El art. 127 de la Compilación establece que “en defecto de sucesión ordenada por testamento o pacto se abre la sucesión legítima conforme a lo dispuesto en esta Compilación”. Aun teniendo en cuenta que la refor-

ma de 21 de mayo de 1985 suprimió en dicho precepto la referencia final al Código Civil junto a la propia Compilación, una corriente doctrinal se muestra partidaria de integrar el art. 127, incluso después de la precitada reforma, con el Código Civil, aplicable en cualquier caso en Aragón como Derecho supletorio conforme a la propia Compilación, y concretamente con su art. 912, cuyo apartado segundo dispone que procede la apertura de la sucesión intestada “cuando el testamento no contiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes o no dispone de todos los que correspondan al testador”, en cuyo caso la sucesión legítima tendrá lugar solamente respecto de los bienes no dispuestos.

Consta asimismo que en el año 1986 la causante otorgó testamento en Francia y ante un Notario de dicha nacionalidad, siendo indudable la validez de dicho testamento conforme al art. 11.1 del Código Civil, pues entre las varias leyes conforme a las cuales son válidos los testamentos se halla la ley nacional del disponente. En dicho testamento dispone la causante que *‘institue pour ma légataire universelle en toute propriété* a una hermana de la hoy apelante, añadiendo que el legado comprende *la totalité de mes biens mobiliers et immobiliers que je possède tant en France qu’en Espagne*.

Así las cosas, y tanto si se entiende que la testadora estaba instituyendo en realidad como heredera universal de todos sus bienes a quien designaba como *légataire universelle*, en cuyo caso existiría una auténtica institución de heredero, como si se interpreta que tan sólo existe un legado, en cuyo caso es indudable que comprende todos los bienes de la testadora —*la totalité de mes biens mobiliers et immobiliers*— a los efectos previstos en el art. 912.2 del Código Civil, según el cual, como ya hemos dicho, se abre la sucesión intestada o bien si no hay institución de heredero o bien si el testador no ha dispuesto de todos los bienes, es claro que no ha lugar a lo solicitado por la hoy apelante pese a que ésta insista en que sólo hay un legado, pues repetimos que comprende la totalidad del patrimonio de la testadora.

Finalmente, y saliendo al paso del resto de las alegaciones vertidas en el escrito de formalización del recurso, el propio art. 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil citado por la apelante dispone en su apartado tercero que la eficacia de las declaraciones de voluntad contenidas en documentos extranjeros será la que determinen las normas aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos, entre las que hay que incluir el precitado art. 11.1 del Código Civil, según el cual el testamento de la causante es válido, aún otorgado en Francia, al ser conforme al Derecho aragonés como ley nacional de la disponente. Por último, el argumento autodenominado como de autoridad que se invoca en el recurso debe forzosamente perecer, ya que, si bien es cierto que el Ministerio Fiscal apoyó durante la primera instancia la tesis de la apelante, ahora ha impugnado el recurso solicitando la confirmación del Auto apelado, la cual procede por todo lo hasta ahora expuesto.»

c.— Sucesión Paccionada:

— Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 19 de febrero de 2008. El testamento mancomunado otorgado en su día no impide automáticamente la de-

claración interesada por la vía del artículo 80 y 104 de la L.S. por los bienes de los que no hubiera dispuesto el supérstite, tras haberlos recibido del primeramente fallecido:

«PRIMERO: Procede estimar el recurso interpuesto pues también el Ministerio Fiscal está conforme con la recurrente en que el testamento mancomunado otorgado en su día no impide automáticamente la declaración interesada por la vía del artículo 80.3 y 104 de la Ley Aragonesa 1/1999, de sucesiones por causa de muerte, por los bienes de los que no hubiera dispuesto el supérstite, tras haberlos recibidos del primeramente fallecido, de modo análogo con lo que sucede también en el caso del artículo 216.2 de dicha Ley. Como dijo el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su sentencia de 13 de junio de 2007, referida a un caso de pacto al más viviente, "la especial norma del artículo 108.3, luego recogida con mayor precisión en el artículo 80 de la vigente Ley de Sucesiones 1/99 de 24 de febrero establece la posibilidad de que a la misma herencia del cónyuge primero fallecido... puedan ser llamados, y de modo sucesivo, primero, su cónyuge, y luego sus propios familiares". Por todo ello, sin prejuzgar la resolución que en definitiva deba dictarse tras haberse concluido la tramitación del expediente, ahora procede ordenar la admisión a trámite del mismo, dejando sin efecto el archivo decretado en la resolución apelada.»

— Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 1 de diciembre de 2008. La sucesión por causa de muerte se rige por la ley vigente en el momento de apertura de la sucesión. Aplicación del artículo 108.3 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón. Pacto al más viviente:

«PRIMERO.— El presente procedimiento se inició por demanda formulada por el ahora recurrente don Alfonso J. M. en pretensión de división judicial de la herencia de los cónyuges don Miguel L. G. y doña Cecilia J. M.

Los hechos que son causa de la controversia planteada tienen su origen en el testamento mancomunado que los cónyuges otorgaron ante Notario el día 16 de septiembre de 1964, y en el que se instituyeron recíprocamente herederos "en pleno dominio y de libre disposición tanto por actos entre vivos como por testamento".

Constante el matrimonio se produjo el fallecimiento de la esposa, doña Cecilia, el día 13 de abril de 1994 y el posterior del esposo, don Miguel, poco más de diez años después, el día 30 de agosto de 2004. Producido el óbito del esposo D. Miguel L. G., y solicitada la declaración herederos respecto de él, el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Zaragoza acordó por auto del día 14 de octubre de 2005 la declaración como únicos y universales herederos de D. Miguel a su hermano Don Emilio L. G. por derecho propio, y a los sobrinos del difunto Don Atilano y Doña María Elena L. D. por derecho de representación de otro hermano del causante. Igualmente, en el mismo auto se declaró como heredero de los bienes adquiridos por el difunto de su esposa doña Cecilia G. M. y de los que no dispuso, al hermano de ella, don Alfonso J. M.

Hecha por el Juzgado de Primera Instancia número 13 la declaración de herederos en los términos que se

ha expuesto, fue formulada ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Zaragoza la demanda rectora de este procedimiento por D. Alfonso J. M. Demanda que se planteó y admitió a trámite para "la división judicial de la herencia de D. Miguel L. G. y D<sup>a</sup> Cecilia G. M." de modo que se tramitó todo el procedimiento como si fuera una sola la herencia a dividir y tener en cuenta. Finalmente, no hubo acuerdo entre los interesados respecto de si el patrimonio en metálico objeto del litigio (activo de una cuenta corriente y de dos plazos fijos) debía considerarse consorcial o no en tal herencia, siempre tratada como común de ambos cónyuges, por lo que el procedimiento en primera instancia terminó por el dictado de la sentencia de fecha 2 de octubre de 2007 en la que se razonó que debía considerarse consorcial el dinero ingresado en cuenta corriente y plazos fijos abiertos en entidad bancaria por el esposo luego fallecido don Miguel y, en consecuencia, acordó que las cantidades en cuestión formaban parte del activo hereditario de la herencia que se consideraba común de don Miguel y doña Cecilia.

La anterior sentencia fue recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4<sup>a</sup>, que dictó la sentencia de 13 de marzo de 2008, ahora recurrida, en la que estimando las pretensiones de fondo del recurso de apelación acordó la exclusión del inventario del caudal hereditario, siempre considerado común de don Miguel y doña Cecilia, de las cantidades ingresadas en la cuenta corriente y en los plazos fijos, declarando asimismo en su fallo que tales sumas no pueden considerarse patrimonio de don Miguel como heredado de quien fuera su mujer doña Cecilia J. M., nombrada en el fallo como doña "Gloria G. M.".

SEGUNDO.— Presentado recurso de casación por interés casacional, al amparo de la previsión contenida en el artículo 477.2.3<sup>º</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entiende la parte recurrida que existe motivo para la inadmisión del recurso, por no haberse citado en el escrito de recurso presentado la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales que pueda existir sobre la cuestión objeto del recurso, interesando, en consecuencia, la inadmisión del recurso sin pronunciamiento sobre el fondo.

El escrito de interposición del recurso, que funda los tres motivos de casación en el interés casacional, no cita, efectivamente, doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales. Ahora bien, el artículo 477.2.3<sup>º</sup> de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el apartado 3 del mismo artículo 477, y para los casos de competencia de los Tribunales superiores de Justicia, no refiere tan solo como razón del interés casacional la existencia de jurisprudencia contradictoria, sino que entiende también presente tal interés para la interposición del recurso cuando no existe sobre la cuestión litigiosa doctrina del Tribunal Superior de Justicia de que se trate.

El recurrente no efectuó en concreto la manifestación de inexistencia de tal doctrina, incurriendo así en una indebida omisión. Pero tal defecto meramente procedimental no se consideró al tiempo de la admisión del recurso, ni se considera ahora, que pueda entenderse de tal categoría que impida el acceso al recurso en el presente caso, en el que tanto por el propio contenido de los fundamentos del recurso que se presenta, como por revisión de la jurisprudencia de este Tribunal Superior de Justicia de Aragón consta la ausencia de

doctrina consolidada sentada en resolución de cuestión como la que es planteada en el pleito.

Por todo lo cual no cabe apreciar la causa de inadmisión del recurso alegada.

TERCERO.— Manifiesta igualmente la parte recurrida que existe un segundo motivo de inadmisión del recurso de casación, basado en que la parte recurrente pretende nueva valoración de los elementos probatorios, haciendo supuesto de la cuestión.

Indudablemente, en los motivos de casación que se exponen en el recurso se hace referencia a algunas cuestiones fácticas que no han sido consideradas probadas por la sentencia de instancia. Pero no se sostiene la petición de casación tan solo en estos alegatos sobre qué debe entenderse acreditado, pues se mezclan con ellos también razonamientos sobre sus posibles consecuencias jurídicas. Por tanto, sin perjuicio de tratar mas adelante en la forma que corresponda tales referencias a la valoración de la prueba, no cabe denegar la admisión del recurso de casación preconizada por la parte recurrida.

CUARTO.— El primer motivo del recurso de casación se funda en la indebida aplicación del artículo 108.3 de la Compilación Aragonesa que hace la sentencia recurrida, por considerar el recurrente que, dado que el fallecimiento de don Miguel L. tuvo lugar el día 30 de agosto de 2004, la norma aplicable no es la Compilación, sino la Ley Aragonesa 1/1999 de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte (LS en adelante), dado que ésta era la ley vigente el día del óbito de D. Miguel.

De conformidad con lo establecido en la disposición transitoria primera de la repetida LS, las sucesiones por causa de muerte se regirán por la ley vigente en el momento de apertura de la sucesión. Apertura de la sucesión que tiene lugar cuando se produce el fallecimiento del causante, sin que al efecto exista excepción por el hecho de haber sido paccionada la sucesión o de haberse establecido como el caso de autos el pacto al más viviente. En este caso, el pacto previsto puede producir efectos mucho después de abierta la sucesión, cuando fallece el segundo causante, pero ello no implica en modo alguno que la sucesión del primero fallecido no haya quedado abierta, deferida y adquirida por el heredero hasta el momento en que éste fallece. Por el contrario, como de modo expreso regula en la actualidad el artículo 103 de la LS y, con la vigencia de la Compilación se deducía por los efectos previstos en el artículo 108.3 en relación con los artículos 657 y 661 del Código Civil, la apertura de la sucesión del primer cónyuge fallecido tiene lugar desde el momento de su muerte, y es desde tal momento cuando despliega todos los efectos lo ordenado en su testamento, también cuando sea mancomunado, y aunque en él se haya hecho uso de la institución del pacto al más viviente.

El hecho de que el trámite procesal, admitido en este aspecto por ambas partes, se siguiera incorrectamente como si de una sola herencia común a ambos cónyuges se tratara no altera el aspecto sustantivo de la cuestión: no se está ante una sola herencia, sino que son dos las existentes, y claramente diferenciadas: la de la esposa doña Cecilia, de quien fue heredero su esposo; y la del esposo, D. Miguel, en la que son herederos su hermano y sus sobrinos. Y a los efectos que

interesan al tiempo de resolver sobre el alcance final del pacto al más viviente, la sucesión a considerar es la de la esposa, puesto que fue cuando ella fallece el momento en que se produce la apertura de su sucesión y, por tanto, la eficacia del pacto al más viviente que ella había testado de mancomún.

Por tanto, como los efectos de la institución recíproca de herederos tuvieron lugar en el momento en que quedó abierta la sucesión por fallecimiento de la esposa, doña Cecilia, el día 13 de abril de 1994, la norma vigente era la Compilación. En consecuencia, y en contra de lo que se expone en el motivo de recurso, por aplicación de lo dispuesto en la antes citada disposición transitoria primera de la LS, es la Compilación la que debe observarse, tal y como se hizo en la sentencia de la Audiencia Provincial.

Por lo que el primer motivo del recurso de casación debe ser desestimado.

QUINTO.— Los motivos segundo y tercero del recurso de casación reputan infringidos tanto los preceptos de la Ley Aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad como los de la Compilación Aragonesa reguladores de la presunción de ser comunes los bienes del matrimonio respecto de los cuales no pueda acreditarse que sean privativos de uno de los cónyuges.

En primer lugar, y aun cuando la parte recurrente alega infracción de ambos cuerpos normativos, debe concretarse que la ley de aplicación al supuesto de autos es la Compilación Aragonesa, y no la Ley 2/2003, por cuanto la disolución de la comunidad conyugal se produjo al tiempo del fallecimiento de la esposa, el 13 de abril de 1994, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda de esta última Ley, es la Compilación la que rige y debe regir aún ahora las consecuencias jurídico-económicas derivadas de la disolución de la comunidad.

SEXTO.— Respeto del fondo del asunto, los motivos de casación segundo y tercero se fundan en la consideración del recurrente de que, al tiempo de decidir sobre el carácter privativo o consorcial de las cantidades objeto del litigio, debe estarse a las presunciones legales de consorcialidad recogidas en los artículos 40 y 55 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, tanto en el mismo momento de disolución del consorcio al tiempo del fallecimiento de la esposa, como en la comunidad conyugal continuada que luego se mantuvo. En consecuencia con ello se concluye, tal y como acordó el Juzgado de Primera Instancia y en contra de lo decidido por la Audiencia Provincial, que el dinero metálico que, después del fallecimiento de D<sup>a</sup> Cecilia, el esposo sobreviviente empleó para suscribir la cuenta corriente y los plazos fijos contratados con la entidad bancaria era ab initio y se mantuvo luego como consorcial. Por tanto, finalmente, fallecido el marido, las cantidades que tales activos suponen deben integrarse en el activo del caudal hereditario de ambos cónyuges con tal condición de consorciales, lo que conlleva, por los efectos del artículo 108.3 de la Compilación Aragonesa, que la mitad de las cantidades deben pasar a los herederos de la esposa primeramente fallecida.

A tales motivos de recurso les afecta una primera causa de desestimación derivada de la falta de acreditación de que, efectivamente, el metálico posible antecedente del que luego fue invertido fuera realmente

común. La sentencia recurrida expone con claridad que no consta acreditada tal afirmación, sino que, por el contrario, la única prueba que existe en autos lo que permitiría en su caso presumir es, precisamente, lo contrario, esto es, que el dinero en cuestión era propiedad del esposo y no consorcial, para lo cual valora especialmente que el único dato histórico que se conoce respecto del dinero se remonta al año 1995, en el que el esposo sobreviviente apertura un plazo fijo y lo hizo con sus hermanos Emilio y Marcelino, junto con una tercera persona.

Como se ha indicado en sentencias de esta Sala (como más recientes, de 27 de febrero de 2006 o de 9 de enero de 2007), el recurso de casación tiene por objeto la garantía del ordenamiento jurídico, y en función de determinados hechos acreditados en la instancia, para concluir si la aplicación del derecho a los hechos comprobados se ha realizado correctamente. De modo que, salvo situaciones excepcionales, no cabe efectuar nueva valoración de la prueba, sino que debe estarse a los hechos que como probados vienen establecidos en la sentencia recurrida.

En el presente caso no se observan motivos excepcionales que permitan entender incorrecta la valoración de la prueba efectuada por la sentencia de instancia ni procede, por tanto, partir de otros hechos acreditados que los establecidos como tales en la sentencia debatida, y en concreto, el punto de partida de que el metálico empleado en la suscripción de los productos bancarios en cuestión debe considerarse privativo, y no consorcial.

SÉPTIMO.— También atendiendo al fondo de la cuestión pretendida, existe motivo de desestimación de los motivos segundo y tercero de casación, derivado de la aplicación de la normativa reguladora de la institución del pacto al más viviente vigente en el presente caso.

Según resulta de lo establecido en el artículo 108.3 de la Compilación Aragonesa, y como con claridad ya se indicó en sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 2005, efecto del pacto al más viviente es que el cónyuge viudo deviene a todos los efectos heredero del premuerto y se hace, por tanto, "... dueño absoluto de los bienes del causante, pudiendo disponer de ellos a su arbitrio por cualquier título, inter vivos, mortis causa, oneroso o gratuito; se está pues, en presencia de un supuesto normal de sucesión hereditaria a favor del cónyuge...". El efecto posterior previsto en el artículo 108.3, de que al fallecimiento del cónyuge heredero pasen los bienes que quedaren a las personas llamadas en tal momento a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido exige, por tanto, y, como se indicaba en sentencia de este Tribunal de fecha 27 de febrero de 2006, que se mantengan en su patrimonio los bienes que procedan de la herencia del primer cónyuge fallecido.

Mantenimiento que en el caso de autos no puede predicarse respecto de las cantidades de dinero en metálico de que se trata. Incluso si los bienes hubieran tenido la naturaleza, no probada, como se dijo, de bienes consorciales, directamente o por vía de presunción. Porque el esposo sobreviviente hizo suyo, como heredero de su esposa, todo el dinero en metálico que integraba tal herencia. No se declara acreditada ni se alega unidad alguna de dinero, depósitos en metálico

o similar, identificable o separada del resto del patrimonio que heredó de su esposa. Y por el contrario, consta que, a lo largo de los más de diez años que sobrevivió a su cónyuge, hizo ingresos bancarios junto con otras personas disponiendo de cantidades en metálico no diferenciadas del resto de su propio patrimonio crematístico.

El esposo heredero, por tanto, dispuso de las posibles cantidades que pudiera haber recibido de su esposa causante, integrándolas en su propio patrimonio en metálico, sin que exista prueba que permita concluir frente a los herederos del propio esposo e, incluso, frente a los terceros que participaron con él en las inversiones, que las cantidades en cuestión eran las procedentes del consorcio disuelto ni, menos aún, que sólo tuvieran origen en el común de los cónyuges. Consecuentemente, no cabe reputar que la cuenta corriente y fondos objeto del litigio, abiertos con lo que era un único patrimonio en dinero del esposo, estén incluidos en la prevención del artículo 108.3 de la Compilación relativa a los bienes del primer cónyuge fallecido que quedaran, o sea, de los que no se hubiera dispuesto en los términos interpretativos de unidad diferenciada que antes se expusieron.

OCTAVO.— Por existir aspectos dudosos a resolver en el presente recurso, y de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en el presente procedimiento.»

#### d.— Fiducia Sucesoria:

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 20 de octubre de 2008. Se dilucida si el plazo de caducidad de tres años contemplado para la fiducia en la L.S. es o no aplicable en un supuesto en el que la fiducia se estableció en capitulaciones otorgadas a principio del siglo XX, con mucha anterioridad a la entrada en vigor de la L.S., no siendo ejecutada hasta 2004:

«PRIMERO: La propia parte apelante señala que la cuestión controvertida es esencialmente de índole jurídica, en concreto de interpretación de la norma legal y de derecho transitorio, pues se trata de dilucidar si el plazo de caducidad de tres años contemplado para la fiducia en la vigente Ley aragonesa de Sucesiones del año 1999 es o no aplicable —y, en su caso, de qué modo— a un caso como el presente, en que la fiducia quedó establecida en capitulaciones otorgadas a principios del pasado siglo, y por tanto con mucha anterioridad a la entrada en vigor de la precitada Ley, pero no fue ejecutada hasta el año 2004.

Hemos de observar al respecto que, pese a las consideraciones tanto jurídicas como sociológicas llevadas a cabo en el escrito de interposición del recurso, este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la cuestión debatida en la Sentencia de 16 de junio de 2008, en la que reiterábamos cuanto ya habíamos dicho en la de 25 de abril de 2006, ya citada por la parte actora en la demanda rectora del presente pleito. En dichas resoluciones señalábamos que el legislador aragonés de 1999, pese a ser en todo momento consciente del tradicional rechazo existente a la sucesión intestada, prefirió poner un límite temporal a la ejecución de las fiducias pendientes a la entrada en vigor de la nueva

Ley de Sucesiones. Añadimos que, pese a que los entonces recurrentes también defendían, como ahora sucede, que la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Aragonesa 1/1999, y el plazo de tres años que de ella resultaría en relación con el art. 129 de dicha Ley, no sería aplicable a las fiducias sucesorias pendientes de ejecución a su entrada en vigor por deber estar únicamente a lo reglado en la Disposición Transitoria Novena, específicamente prevista para la fiducia sucesoria en Aragón y que no contempla el art. 129, considerábamos por nuestra parte que ambas Disposiciones Transitorias no se excluyen sino que se complementan, ya que, mientras que la Tercera se refiere, con carácter general, a los plazos introducidos en la nueva ley para acciones, derechos y deberes nacidos antes pero no cumplidos todavía, como las facultades fiduciarias de la sucesión en litigio, la Novena se refiere a determinadas normas de la nueva regulación de la fiducia que "también" son aplicables a las fiducias sucesorias pendientes de ejecución, con lo que no creemos que se excluya la regla general, para toda clase de instituciones, resultante de la Disposición Transitoria Tercera para el ejercicio, duración o prescripción y procedimientos para hacer valer las acciones, derechos y deberes nacidos antes, como tampoco excluye la Transitoria Novena la entrada en juego de la Transitoria Segunda, en la que incluso se hace mención expresa a las fiducias sucesorias concedidas o pactadas bajo la legislación anterior, por lo que nos parece que si la Transitoria Novena nada dice de la aplicación de los plazos del art. 129 de la Ley de Sucesiones a las fiducias pendientes de ejecución es porque la vigencia del mismo ya resultaba de la Transitoria Tercera. Ahora bien, debemos resaltar, como también hicimos en nuestras precitadas Sentencias, que los arts. 147. b) y 148.2 de la Ley de Sucesiones, aplicables por la Transitoria Novena, cuando expira el plazo establecido para la ejecución fiduciaria no parecen dar por extinguida la fiducia sino, únicamente, la condición de fiduciario, al menos mientras sea posible su sustitución por la vía del art. 144.2, al que se remite el 148.2, precepto que incluso admite que el encargo sea cumplido por los restantes, aunque sólo quede uno, lo cual, de todos modos, carece de relevancia en este caso pues todos los parientes posibles ya habían perdido la condición de fiduciarios con anterioridad a la fallida ejecución de la fiducia, conforme a lo reglado en el art. 147 b) en relación con la Transitoria Novena, por la previa entrada en acción del plazo trienal del art. 129 en virtud de la Transitoria Tercera, ya que, conforme a esta última, dicho plazo ha de aplicarse desde la entrada en vigor de la Ley de Sucesiones, esto es, desde el 23 de abril de 1999, por todo lo cual, al haber dejado todos los parientes extinguir su encargo fiduciario por transcurso del plazo, pues recordamos que la escritura de ejecución de la fiducia se otorgó en el año 2004, y por tanto con posterioridad al 23 de abril de 2002, mal puede negarse ya la extinción de esta fiducia por más que tengamos en cuenta lo reglado en los referidos arts. 147.b) y 148.2 de la Ley de Sucesiones. No cabe afirmar, por todo lo expuesto, que la Sentencia yerre al declarar extinguida la fiducia y abierta la sucesión legal de los capitulantes.

SEGUNDO: Consideran asimismo los apelantes que, aún de entenderse caducada la fiducia en virtud

del art. 129, serían aplicables las normas generales de la sucesión intestada, conforme a las cuales la delación de la herencia habría tenido lugar en el año 1958, año en el que fallecieron los dos capitulantes que instituyeron la fiducia, y no, como se dice en la Sentencia, el día 23 de abril de 2002, esto es, tres años después de la entrada en vigor de la Ley aragonesa de Sucesiones. Sin embargo, la solución adoptada por la Sra. Juez a quo debe ser mantenida por los mismos argumentos que hasta ahora han quedado expuestos, pues el art. 133.1 de la precitada Ley establece, caso de existir fiducia, que la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de dicha fiducia o de su extinción, siendo dicha norma de aplicación a un caso como el presente conforme a la Disposición Transitoria Tercera de la Ley y sin que la Disposición Transitoria Novena suponga un obstáculo para dicha aplicación, del mismo modo que, según hemos expresado, sucede con el art. 129.»

e.— Legítimas:

— Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de enero de 2008. La renuncia de la acción de protección de la intangibilidad cualitativa de la legítima puede exteriorizarse de forma expresa o tácita. Los actos propios de los que quepa deducir inequívocamente que se renunció de forma tácita al ejercicio de dicha acción han de ser concluyentes e indubitados:

«PRIMERO.— A la hora de dar adecuada solución al presente recurso es útil reseñar, con carácter previo, los siguientes extremos:

— El Sr. S era el único hijo del matrimonio contraído en su día por D. Matías S. B., quién falleció intestado el 27 de diciembre de 1985, y D<sup>a</sup> Manuela G. B., quién murió el 5 de julio de 2005, tras haber otorgado testamento ante el Notario que fue de Zaragoza, D. Jesús Martínez Cortés, el 9 de enero de 2002.

— En dicho testamento la Sra. G. B. instituye heredero universal de todos sus bienes, derechos y acciones a su hijo Pablo-Francisco S. G., con sustitución vulgar a favor de sus descendientes en caso de premoriencia, incapacidad o renuncia, y "lega a D. Tomás S. E., mayor de edad, con D.N.I. núm. —X, con cargo a la parte de libre disposición, el usufructo vitalicio del piso morada de la testadora sito en calle, nº 7, 10<sup>a</sup>, F, de Zaragoza, con todos los muebles y enseres que haya dentro del mismo."

— El mentado piso era un bien consorcial, habiéndose comprado por D. Matías S. B. y su esposa D<sup>a</sup> Manuela G. B. a la compañía "", según escritura autorizada el 10 de febrero de 1977.

— El 12 de diciembre de 2005 D. Pablo-Francisco S. G. formalizó escritura de aceptación de herencia ante el Notario de Zaragoza D. Francisco de Asís Sánchez-Ventura Ferrer, expresando en el otorgamiento segundo lo siguiente: "Se adjudican los bienes en pleno dominio, quedando pendiente la entrega del legado ordenado por D<sup>a</sup> Manuela G. B., que no ha sido aceptado al día de hoy."

— En escritura de fecha 2 de febrero de 2006 D. Tomás S. E. aceptó el legado dispuesto a su favor por D<sup>a</sup> Manuela G. B., inscribiéndose a su favor en el Registro de la Propiedad el usufructo vitalicio sobre el mentado piso.

— El Señor S. G. dirigió el 28 de febrero de 2006 un burofax al Señor S. E. que decía así:

“La presente es para comunicarle que una vez realizado el oportuno análisis legal del testamento de mi madre, D<sup>a</sup> Manuela G. B., en el que le otorga un legado, mis abogados han concluido que el mismo vulnera lo previsto en la Ley aragonesa de Sucesiones en lo referente a los derechos de los legitimarios y que, por lo tanto, dicho legado se debe tener por no puesto.

Esto implica que usted está ocupando de forma irregular el piso de mi propiedad, por lo que en este acto le requiero para que lo abandone en un plazo máximo de tres meses desde la recepción de la presente, entendiéndolo que con dicho plazo tiene usted tiempo suficiente para conseguir un nuevo domicilio, sin causarle un grave perjuicio. Esta oferta debe ser aceptada por usted de forma expresa en un plazo no superior a QUINCE DÍAS, entendiéndolo que de no recibir noticias suyas en ese período de tiempo, retiraré la misma y recurriré a los Tribunales para solicitar la tutela de mis derechos.

Al margen de ello, le conmino para que en el improrrogable plazo de SIETE DÍAS desde la recepción de la presente, señale día y hora para que podamos proceder a la realización de un inventario de los bienes existentes en la vivienda y que forman parte del caudal relicto.

No soy ajeno a la incómoda situación en que la aplicación de la legalidad vigente le sitúa, motivo por el que le vuelvo a ofrecer la posibilidad de que hablemos acerca de las posibilidades que existen de solucionar de forma amistosa el contencioso que nos ocupa, ya que de otro modo procederé a impugnar judicialmente el testamento con las consecuencias que de ello se derivarán para usted.”

— Como no hubo acuerdo entre las partes, se entabló el presente proceso mediante demanda que tuvo entrada en el Juzgado Decano de Zaragoza en fecha 19 de abril de 2006, correspondiendo su conocimiento, por turno de reparto, al Juzgado de Primera Instancia n<sup>o</sup> Diecisiete de los de esta Ciudad.

SEGUNDO.— El Sr. S. G. entiende que el legado dispuesto por su madre, consistente en el usufructo vitalicio de la vivienda sita en la calle, n<sup>o</sup> 7, 10<sup>o</sup>, F, de Zaragoza, vulnera la prohibición contenida en el artículo 183 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, según el cual “el causante solo puede imponer gravámenes sobre los bienes relictos que atribuya a sus descendientes cuando el valor de los atribuidos libres de gravamen sumado al de las donaciones imputables a la legítima cubra el importe de la legítima colectiva”, en razón a lo cual pide en su demanda que se declare nulo dicho legado y que como consecuencia de ello se requiera al Sr. S. E. a que le entregue la posesión de la mentada vivienda.

Dicha pretensión es acogida por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, quién en su sentencia de fecha 29 de junio de 2007 señala, entre otras cosas, lo siguiente:

“... el gravamen (usufructo vitalicio) impuesto por la causante, Sra. G. B., sobre el referido bien inmueble transmitido por herencia a su hijo único (mitad indivisa del mismo), el hoy actor-apelante, conculca la prohibición establecida en el artículo 183 de la Ley aragonesa de Sucesiones por causa de muerte, toda vez que el

valor de los atribuidos libres de gravamen no cubren el importe de la legítima colectiva que corresponde a su hijo, que asciende a la mitad del valor del caudal relicto (arts. 171 y 174 de dicho texto legal), por lo que, conforme a las reglas establecidas en el artículo 184 de dicha Ley aragonesa, en concreto la regla 1<sup>a</sup> en su inciso final, reguladora de los efectos de la citada infracción, debe tenerse por no puesto tal gravamen, dejándose sin efecto en su integridad el referido legado a favor del Sr. S. E., quien debe cesar, en consecuencia, en el uso y disfrute de dicha vivienda, restituyendo su posesión al actor al quedar privado del título que le habilitaba para ello.”

Frente a la sentencia de la Audiencia Provincial se alza en casación D. Tomás S. E., aduciendo que el Sr. S. G. aceptó la existencia del legado ordenado por D<sup>a</sup> Manuela G. B. y sus efectos, según se desprende de la escritura de aceptación de herencia de fecha 12 de diciembre de 2005, por lo que no puede ahora instar judicialmente que se deje sin efecto el legado establecido, pues ello supondría ir contra los propios actos, infringiéndose lo dispuesto en los artículos 7 y 113 de la Ley aragonesa 1/1999 y el artículo 7 del Código Civil.

Pues bien, tal planteamiento suscita dos cuestiones: a) Si la renuncia de la acción de protección de la intangibilidad cualitativa de la legítima puede hacerse de modo tácito, y b) Si concurren actos propios de los que quepa deducir de forma inequívoca que se renunció de forma tácita al ejercicio de dicha acción.

TERCERO.— Como regla general rige en nuestro actual Derecho en el ámbito negocial el principio de libertad de forma, establecido explícitamente para los contratos por el artículo 1278 del Código Civil, a cuyo tenor “los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez”.

Ahora bien, ello no significa la ausencia total y absoluta de negocios formales en nuestro ordenamiento, cuando como excepción al principio de libertad de forma una norma singular y específica exija una determinada formalidad como vehículo de manifestación de la voluntad negocial, lo que nos sitúa ante los denominados negocios formales y solemnes, aquellos respecto de los cuales el ordenamiento jurídico exige que la manifestación de voluntad se haga con formas determinadas y preestablecidas, sin cuya observancia no se produce el efecto querido.

El elenco de esas excepciones es limitado, y entre ellas se encuentran la repudiación de la herencia y la renuncia a la legítima, pero no la renuncia de la acción de protección de la intangibilidad cualitativa de la legítima, por lo que ésta, ante la falta de una norma singular y específica exigiendo que la manifestación de voluntad se exteriorice, para que valga, de forma determinada, queda sujeta al régimen general, o sea al principio espiritualista o de libertad de forma, pudiendo exteriorizarse, en consecuencia, de forma expresa o tácita.

Sentado lo anterior, queda por dilucidar la segunda de las mentadas cuestiones, a saber, si concurren actos propios de los que quepa deducir de forma inequívoca una renuncia tácita de la acción de protección de la intangibilidad cualitativa de la legítima.

A este respecto, en la sentencia de esta Sala de fecha 10 de abril de 2003 se expresa lo siguiente:

“... el principio general de Derecho que afirma la inadmisibilidad de venir contra los propios actos, al que incluso se hacía referencia en el texto de Las Partidas, supone un límite del derecho subjetivo o de una facultad, como consecuencia de la buena fe y de la exigencia de la observancia de una coherencia en el ámbito del tráfico jurídico y siempre que concurren los presupuestos o requisitos exigidos por la doctrina para su aplicación: a) En primer lugar, que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación jurídicamente afectante a su autor y, asimismo, b) que exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente. Sentencias, por todas y por citar entre las recientes, de 18 de enero de 1990; 5 de marzo de 1991; 4 de junio y 30 de octubre de 1992; 12 y 13 de abril y 20 de mayo de 1993; 17 de diciembre de 1994; 31 de enero, 30 de mayo y 30 de octubre de 1995; 21 de noviembre de 1996; 29 y 30 de abril, 12 de mayo, 15 de julio, 30 de septiembre y 30 de noviembre de 1998; 4 de enero, 13 de julio, 1 de octubre y 16 de noviembre de 1999 y 23 de mayo y 25 de julio de 2000—.”

En la misma línea se manifiesta la sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 2006, que dice así:

“... el principio general de derecho que veda ir contra los actos propios (“nemo potest contra proprium actum venire”), cuyo apoyo legal se encuentra en el art. 7.1 del Código Civil que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, sin que sea dable defraudar la confianza que fundadamente se crea en los demás, “precisa para su aplicación la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con plena conciencia de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indudable, con plena significación inequívoca, del mismo” (sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero y 9 de mayo de 2000, 13 de marzo de 2003, etc.)...”

Por lo tanto, para que los actos propios puedan ser tenidos como efectivamente concurrentes han de revestir la condición de concluyentes e indubitados, esto es, que tengan una significación jurídica inequívoca, no siendo aplicable la doctrina de los actos propios cuando los actos tomados en consideración tienen carácter ambiguo o inconcreto, versando sobre esta materia la duda de autos.

El demandado-recurrente invoca el otorgamiento segundo de la escritura de aceptación de herencia de fecha 12 de diciembre de 2005 como acto propio que impide el ejercicio de la acción aquí entablada, cláusula que dice así: “Se adjudican los bienes en pleno dominio, quedando pendiente la entrega del legado ordenado por D<sup>a</sup> Manuela G. B., que no ha sido aceptado al día de hoy.” Pues bien, de su lectura se desprende que el Sr. S. G. no dio voluntaria ejecución al usufructo vitalicio sobre el piso sito en la calle, nº 7, 10º, F, de Zaragoza, ordenado por D<sup>a</sup> Manuela G. B. a favor de D. Tomas S. E., pues se lo adjudicó en pleno dominio (no en nuda propiedad), lo que supone la voluntad de mantener en su poder la facultad de uso y disfrute de la vivienda. Además expresamente manifiesta en la transcrita cláusula que queda pendiente la entrega del legado, indicando que aun no había sido aceptado. Por otro lado, el Sr. S. E. aceptó en escritura

de fecha 2 de febrero de 2006 el legado dispuesto a su favor por D<sup>a</sup> Manuela, y días después, concretamente el 28 de dicho mes y año, el Sr. S. G. le dirigió un burofax en el que, entre otras cosas, le dice lo siguiente: “La presente es para comunicarle que una vez realizado el oportuno análisis legal del testamento de mi madre, D<sup>a</sup> Manuela G. B., en el que le otorga un legado, mis abogados han concluido que el mismo vulnera lo previsto en la Ley aragonesa de Sucesiones en lo referente a los derechos de los legitimarios y que, por lo tanto, dicho legado se debe tener por no puesto.”

En suma, D. Pablo-Francisco S. G. no dio voluntaria ejecución al legado dispuesto por su madre y de lo expresado en la escritura de aceptación de herencia de fecha 12 de diciembre de 2005, en relación con su actuación posterior, no se desprenden hechos o actos concluyentes e inequívocos que permitan deducir una renuncia tácita de la acción de protección de la intangibilidad cualitativa de la legítima, por lo que no cabe hablar de infracción, por inaplicación, ni del artículo 7 del Código Civil, en cuyo párrafo primero encuentra apoyo legal la doctrina de los actos propios, ni del artículo 113 de la Ley 1/1999, en cuanto supone una aplicación de dicha doctrina (este precepto se refiere a otras acciones, pero la doctrina de los actos propios que contiene es extensible por analogía: “No puede ejercitar las correspondientes acciones quien, conociendo la causa de la nulidad o anulabilidad del testamento o de cualquiera de sus disposiciones, le ha dado voluntaria ejecución o ha renunciado a la acción”).

Por último, nada decisivo en contra supone para la posición del actor-recurrido el artículo 7 de la Ley aragonesa de Sucesiones, según el cual “el llamado a título de heredero que acepta la herencia adquiere los bienes y derechos de la misma, se subroga en las obligaciones del causante y queda obligado a cumplir las cargas hereditarias, todo ello desde el momento de la delación”, pues tal norma, en cuanto impone al heredero que acepta la herencia la obligación de cumplir las cargas hereditarias, se refiere a las cargas hereditarias válidas, no a las que son nulas, anulables o rescindibles, que pueden ser impugnadas por el heredero aceptante, en tanto no prescriba la correspondiente acción o renuncie a la misma (de modo expreso o tácito).

Por lo tanto, la renuncia a la acción aquí ejercitada puede hacerse de modo tácito, acogiéndose en este punto el recurso entablado, pero ello no da lugar a la casación de la sentencia, cuyo fallo se mantiene, pues no se ha dado un acto propio que, a tenor de las exigencias de la buena fe, suponga una renuncia tácita de la acción aquí entablada.

CUARTO.— No procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas de este recurso, a tenor de lo prevenido en el artículo 398, en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por cuanto la renuncia de la acción dirigida a la protección de la intangibilidad cualitativa de la legítima está sujeta al principio de libertad de forma, tal como entiende el recurrente, cuyo criterio al respecto se acoge.»

— Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 8 de abril de 2008. Caudal computable a efectos del cálculo de la legítima:

«PRIMERO.— Recurre el actor la sentencia dictada en la instancia que desestimó la demanda por él formu-

lada, imponiéndole las costas causadas, suplicando su revocación y se condene a las demandadas a abonarle la suma de 10.272,38 € cada una al no haberse acreditado el consentimiento del donante, subsidiariamente, se condene a las mismas a abonar dicha cantidad al no ser válida la donación por no haberse efectuado ésta en forma escrita, subsidiariamente, se les condene al pago de esa suma al no ser válida la donación por no cumplirse el requisito legal en cuanto a la cantidad exacta objeto de la misma, y, subsidiariamente, no se le impongan las costas causadas al existir dudas de hecho y de derecho suficientes en el pleito.

SEGUNDO.— El actor, D., formuló demanda de juicio ordinario contra D<sup>a</sup> y D<sup>e</sup>, en reclamación de 10.325 € y 13.025 €, respectivamente, mitad de las sumas de las que ambas se apropiaron, extrayéndolas de las cuentas bancarias del causante, su padre, D., en fraude del aquí reclamante, su legítimo heredero, no constando "autorización alguna del causante de donar tales cantidades a las demandadas que no fueron mencionadas en el testamento" (sic), por lo que entiende se ha producido un enriquecimiento injusto en fraude de los herederos, con fundamento en el Art<sup>o</sup> 171 y ss. de la Ley de Sucesiones Aragonesa, y 90 y ss. de dicho Texto Legal, reguladores de la legítima y de la sucesión testamentaria.

Es decir, el demandante parte del hecho de que las disposiciones de dinero efectuadas por las demandadas se realizaron en fraude de los herederos al pertenecer esas sumas dinerarias a la herencia, a la legítima, que a él le corresponde como hijo heredero del causante.

Las demandadas alegaron haber satisfecho diferentes gastos de asistencia, tratamiento hospitalario, desplazamientos, ambulancia y de entierro del causante, ascendentes en total a 5.610,81 €, por lo que la cantidad dineraria percibida de éste es la de 41.089,19 €, debiendo haber acreditado el actor la lesión de la legítima conforme a lo dispuesto en el Art<sup>o</sup> 180 de la Ley de Sucesiones, lo que no ha verificado, suplicando la desestimación de su demanda, y, subsidiariamente, de estimarse acreditada la lesión proceder a la resolución de las liberalidades conforme al citado Art<sup>o</sup> 180, fijando la cantidad a ellas donada en la suma de 41.089 € y, por tanto, quedando la legítima circunscrita a la suma de 20.546,19 €.

TERCERO.— Sentada como antecede la controversia litigiosa, debe partirse de los siguientes hechos relevantes acreditados en el proceso, a través de la prueba documental aportada y del propio reconocimiento de los litigantes.

Las extracciones de dinero se realizaron en vida del causante, (fallecido el 12 de Julio de 2005), entre los meses de Junio y Julio de 2005 de la cuenta corriente de Ibercaja N<sup>o</sup>, (Doc. N<sup>o</sup> 4 de la demanda).

El actor fue declarado heredero legítimo de su padre en Sentencia dictada por el Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia n<sup>o</sup> 17 de Zaragoza el 9 de Febrero de 2006, y en escritura pública de aceptación y adjudicación de herencia de 31 de Marzo de 2006, entre los bienes relictos del causante, se establecieron los saldos de las libretas de ahorro que cita el demandante en su demanda, ascendentes a 15,07 € y a 1.564,80 € (este último correspondiente a la libreta de las que las demandadas efectuaron las extracciones).

CUARTO.— La Ley de Sucesiones 1/1999, de 24 de Febrero, aplicable al caso de autos (Disposición Transitoria Primera), establece en sus Arts. 171 y ss. que el caudal computable a efectos del cálculo de la legítima se forma partiendo del caudal relicto valorado al tiempo de liquidarse ésta (Art<sup>o</sup> 174). Aún admitiendo el criterio más genérico de tomar el valor de los bienes del causante al tiempo de su fallecimiento, según se infiere de los Arts. 5-1<sup>o</sup>, 6-1<sup>o</sup>, 14-1<sup>o</sup>, 28-1<sup>o</sup> y Disposición Transitoria Primera de la Ley de Sucesiones, es claro que el saldo bancario, o extracciones dinerarias aquí reclamadas no forman parte de la legítima del actor, ni conforme a estos preceptos ni al primeramente citado.

Consiguientemente, la acción ejercitada tendente a la inclusión de ese valor o del valor reducido de las extracciones que se invoca en el recurso (tras la deducción de los gastos opuestos por las demandadas), resulta insostenible, ni siquiera por la vía del fraude de los legitimarios alegado, pues dicho valor no existía a la muerte del padre del recurrente.

Efectivamente, las demandadas tienen razón al argumentar que sólo cabría, si procediere, acudir a la vía de la reducción de liberalidades inter vivos, si se probase la existencia de infracción o lesión de la legítima, lo que aquí ni se ha probado, ni, por otra parte, se ha ejercitado.

Por ello, las peticiones sucesivas del recurrente en su recurso sobre la condena de las demandadas al pago señalado por invalidez de la donación efectuada por su padre, al no cumplir ésta los requisitos legalmente exigidos, no resulta procedente pues entraña el ejercicio de una acción nueva, no deducida en su demanda, que supone un cambio del debate entablado y sobre la que este Tribunal no puede pronunciarse al entrañar una cuestión novedosa sobre la que no ha existido discusión ni posibilidades de defensa de la contraparte.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 16 de junio de 2008. Renuncia a la legítima. Extinción de la fiducia:

«PRIMERO: Aceptamos y damos por reproducidos los expuestos en la sentencia apelada con la salvedad de que el controvertido pacto de renuncia de la escritura de 1955 más parece una promesa de renuncia a la legítima que a la herencia, tal y como sostiene la parte apelada, la demandante inicial.

SEGUNDO: Todos los demandados discrepan del pronunciamiento emitido en la primera instancia para solicitar, en su lugar, la íntegra desestimación de la demanda, pretensión que no puede prosperar por los propios fundamentos que ya vienen expuestos en la sentencia apelada, anteriormente aceptados y dados por reproducidos en esta ocasión procesal, con la precisión que ya ha quedado vista, careciendo de todo sentido volver a reproducir cuanto ya tiene expuesto el Juzgado en la sentencia apelada con todo acierto, incluso siguiendo precedentes de esta misma Audiencia Provincial que, por más que nuestras sentencias no creen desde luego jurisprudencia, sí que acostumbra a respetar y seguir sus propios precedentes como, por otra parte, lo requiere el principio de igualdad en los términos repetidamente declarados por el Tribunal Constitucional.

El pacto de la escritura de 1955 que contiene la controvertida renuncia, introducida en el debate, precisamente, por los demandados, lo que dice es que la

contrayente, la demandante, "aporta a su futuro matrimonio todos sus bienes en general, y en especial como dote estimada la cantidad de cincuenta mil pesetas, de las que, cuarenta mil pesetas son de su propio peculio y dice entregará el día de la boda, y las diez mil pesetas restantes se las promete entregar dentro del año siguiente a partir de esta fecha, su padre compareciente en complemento pago de sus derechos legitimarios paterno y materno; prometiendo para cuando las reciba no pedir ni reclamar cosa alguna más por legítima ni suplementos de su casa nativa". Aparte de que tal pacto más parece relacionado con una renuncia a la legítima, con la muy relativa trascendencia que le da el hecho de que en Aragón exista la legítima colectiva, sin alcanzar a los derechos que pudieran provenir de la sucesión voluntaria del causante, como dice actualmente el artículo 177 de la Ley de sucesiones, de modo similar a la previsión que contenía el artículo 106 de la Compilación en relación con los derechos que provinieran de disposiciones testamentarias del causante, el caso es que aunque se entendiera en relación con cualquier atribución por causa de muerte lo cierto es que tal renuncia no llegó a tener lugar. En la indicada escritura no se renunció a nada. Sólo se prometió no pedir ni reclamar nada por legítimas o suplementos para cuando recibiera el pago de las diez mil pesetas que se le prometieron, pero que no consta que las recibiera, hecho que no viene a integrarse en los hechos constitutivos de la demanda, sino que es un hecho impeditivo en el se sustenta la excepción de falta de legitimación activa opuesta por los demandados. Si consideramos que dicho hecho no fue introducido en el debate, los demandados se quedan sin soporte fáctico para su excepción y si entendemos que los demandados sí que introdujeron en el debate esta cuestión lo cierto es que los mismos no han acreditado que la actora recibiera efectivamente las diez mil pesetas que iban inseparablemente unidas a su promesa, para cuando las recibiera, de no reclamar cosa alguna más por legítima ni suplementos de su casa nativa. En definitiva, la demandante no ha introducido hecho nuevo alguno en el debate. Todos los hechos constitutivos de su pretensión quedaron recogidos en su demanda. No hay pues vulneración alguna del artículo 428 de la Ley procesal, ni del principio de preclusión, ni del de defensa, ni del de carga de la prueba, ni hay incongruencia alguna en la sentencia, al menos en perjuicio de los demandados, ni está actuando la actora en contra de sus propios actos, ni se puede negar a la misma legitimación activa. Los hechos donde se introducen son en la demanda y en la contestación e insistimos en que son los demandados quienes excepcionaron falta de legitimación activa amparándose en la escritura de 1955 y si con tal alegación no entendemos introducido en el debate la cuestión del pago prometido en dicha escritura condicionando la promesa de nada reclamar por legítimas ni suplementos de su casa nativa, lo que sucede es que los demandados se quedan sin soporte fáctico para su excepción, pues no estamos ante un hecho constitutivo de la pretensión ejercitada en la demanda sino ante un hecho impeditivo invocado, siquiera sea implícitamente, por los demandados de modo que, como ya ha quedado dicho, si entendemos que tal cuestión quedó fuera del debate, los demandados se quedan sin el soporte fáctico de su excepción

pues en la escritura de 1955 no se renunció a nada, del modo antes explicado, dados los concretos términos del pacto que, en el caso (y tenemos que estar a lo pactado), condiciona la promesa de no reclamar cosa alguna por legítimas ni suplementos de su casa nativa a la recepción de la dote prometida para el pago completo de, precisamente, sus derechos legitimarios paterno y materno, pacto que ha sido correctamente interpretado por el Juzgado, con la salvedad que ya tenemos dicha de que más nos parece relacionado con una renuncia a la legítima que con una renuncia a cualquier atribución hereditaria con la que, finalmente, sin obligación alguna del causante por razón de legítima, pudiera ser favorecida.

TERCERO: Por otro lado, en cuanto al juego de las transitorias de la Ley de Sucesiones no podemos sino reiterar cuanto ya dijimos en nuestra sentencia de 25 de abril de 2006, por más que la fiducia ya esté ejecutada pues, en este concreto caso ahora examinado, se ejecutó cuando los fiduciarios ya habían perdido esa condición por el transcurso del plazo, por lo que no se está en modo alguno revocando los actos realizados por los fiduciarios pues quienes ejecutaron esta fiducia, al tiempo de su ejecución, ya no eran fiduciarios por disposición expresa del legislador aragonés, que en todo momento fue consciente del tradicional rechazo existente a la sucesión intestada, pese a lo cual prefirió poner un límite temporal a la ejecución de las fiducias pendientes a la entrada en vigor de la Ley de sucesiones. Ya dijimos en aquella sentencia de 25 de abril de 2006 que la tesis de los ahora apelantes, a juicio de este tribunal, no puede prosperar. En aquel caso los entonces recurrentes también defendían que la disposición transitoria tercera de la Ley Aragonesa 1/1999, de sucesiones por causa de muerte (y el plazo que de ella resultaría en relación con el artículo 129 de dicha Ley), no es aplicable a las fiducias sucesorias pendientes de ejecución a su entrada en vigor por deber estarse únicamente a lo reglado en la disposición transitoria novena, específicamente prevista para la fiducia sucesoria en Aragón. Pues bien, ya dejamos dicho entonces que ambas disposiciones transitorias no se excluyen sino que se complementan. Mientras que la tercera se refiere, con carácter general, a los plazos introducidos en la nueva ley para acciones, derechos y deberes nacidos antes pero no cumplidos todavía, como las facultades fiduciarias de la sucesión en litigio, la novena se refiere a determinadas normas de la nueva regulación de la fiducia que "también" son aplicables a las fiducias sucesorias pendientes de ejecución, con lo que no creemos que se excluya la regla general, para toda clase de instituciones, resultante de la disposición transitoria tercera para el ejercicio, duración o prescripción y procedimientos para hacer valer las acciones, derechos y deberes nacidos antes, como tampoco excluye la transitoria novena la entrada en juego de la transitoria segunda, en la que incluso se hace mención expresa a las fiducias sucesorias concedidas o pactadas bajo la legislación anterior. En definitiva, parece que si la transitoria novena nada dice de la aplicación de los plazos del artículo 129 de la Ley de sucesiones a las fiducias pendientes de ejecución, es porque la vigencia del mismo ya resultaba de la transitoria tercera, tal y como lo parece considerar también la opinión doctrinal citada por los demandantes de aquel caso al oponerse al recurso (folio 189, de los autos re-

suelos por la sentencia de 25 de abril de 2006) opinión doctrinal a la que alude la hoy apelada al folio 244 de estos autos, en la que precisamente el artículo 129 sirve allí de ejemplo para explicar el juego de la transitoria tercera. Ahora bien, debemos resaltar que, como ya lo dijimos en nuestras sentencias de 24 de mayo de 2005 y 25 de abril de 2006, los artículos 147 b) y 148.2 de la Ley de sucesiones (aplicables por la transitoria novena), cuando expira el plazo establecido para la ejecución fiduciaria, no parecen dar por extinguida la fiducia sino, únicamente, la condición de fiduciario, al menos mientras sea posible su sustitución por la vía del artículo 144.2, al que se remite el 148.2, precepto que incluso admite que el encargo sea cumplido por los restantes, aunque sólo quede uno. Pero esto en el caso carece de relevancia pues todos los parientes posibles habían perdido la condición de fiduciarios ya con anterioridad a esta fallida ejecución de la fiducia, conforme a lo reglado en el artículo 147 b), en relación con la transitoria novena, por la previa entrada en acción del plazo del artículo 129 por la transitoria tercera. Es decir, en este caso, todos los parientes dejaron extinguir su encargo fiduciario por transcurso del plazo, también quienes, una vez producida la caducidad, intentaron la fallida ejecución de 25 de agosto de 2005, por lo que mal puede negarse ya la extinción de esta fiducia por más que tengamos en cuenta lo reglado en los artículos 147.b y 148.2 de la Ley de Sucesiones. Por último, debemos indicar que el cumplimiento de la Ley no genera inseguridad jurídica, pareciendo claro que, conforme a la disposición transitoria tercera, el plazo debe contarse desde la entrada en vigor de la Ley de sucesiones, no pudiendo aplicarse plazo alguno de la legislación anterior pues tal cosa sólo sucede cuando los de la legislación anterior habrían de cerrarse antes que los de la nueva Ley y se da la circunstancia de que ha sido, precisamente, la nueva Ley la que, para limitar la situación de pendencia, ha puesto límites temporales a esta situación, señalando plazo de caducidad al fiduciario para el cumplimiento de su encargo si bien, como se indica en su exposición de motivos, se ha respetado el nombramiento vitalicio del cónyuge como fiduciario.»

— Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 23 de julio de 2008. No se deduce del conjunto probatorio que la donación remuneratoria que era encubierta por un negocio jurídico de compraventa tuviera por finalidad privar a los demandantes de sus derechos legitimarios:

«PRIMERO.— La parte actora interpuso demanda, que correspondió en su tramitación al Juzgado de Primera Instancia número Diecisiete de Zaragoza, en la que solicitaba la nulidad radical y absoluta de la escritura de compraventa de participaciones sociales, otorgada ante el Notario de Zaragoza D. Gonzalo Dívar Loyola el día 12 de noviembre de 2003, bajo el número de su protocolo, por tratarse de un negocio jurídico simulado y con finalidad ilícita en perjuicio de D. Salvador B B y D<sup>a</sup> Encarnación B B, herederos y legitimarios de D. Salvador B V, además de otros pronunciamientos derivados de dicha pretensión.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, declaró nula la referida escritura de compraventa y sin efecto alguno los actos y negocios jurídicos otorgados por las demandadas en calidad de

socias de P, S.L., y ordenó la cancelación de las anotaciones e inscripciones registrales producidas como consecuencia de la referida escritura pública.

Interpuestos sendos recursos de apelación por ambas partes, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial dictó sentencia de fecha 8 de enero de 2008 por la que, estimando el recurso de la parte demandada y desestimando el de la actora, revocó la resolución impugnada y, en su lugar, desestimó íntegramente la demanda deducida por los actores.

Éstos últimos han interpuesto contra la mencionada sentencia recurso extraordinario por infracción procesal junto con recurso de casación, siendo procedente el examen del primero de los citados, con carácter previo al de casación, conforme a lo establecido en la Disposición Final Decimosexta de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Recurso extraordinario por infracción procesal

SEGUNDO.— El recurso extraordinario por infracción procesal se interpone al amparo de lo dispuesto en el ordinal segundo del art. 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se funda en dos motivos: el primero, por infracción del art. 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al apreciar incoherencia y contradicción interna de la fundamentación de la sentencia y el fallo; y el segundo, por infracción del art. 216, con relación al art. 218.2, ambos de la Ley procesal, por estimar que la sentencia infringe las normas procesales reguladoras de la sentencia, al vulnerar el principio dispositivo e incurrir en incongruencia.

La propia parte recurrente expresa, al desarrollar el segundo de los motivos, que éste guarda conexión con el primero, lo que es constatado por la Sala, puesto que ambos se refieren a la denuncia de incongruencia o incoherencia interna de la sentencia, lo que conduce a una consideración conjunta de ambos motivos de recurso.

TERCERO.— Conforme a lo establecido en el art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Se regula así el principio de congruencia de las sentencias con las peticiones formuladas, o congruencia externa, que guarda relación con el principio dispositivo que, de modo general, rige el proceso civil. Por otra parte, las sentencias han de ser motivadas, en la forma prevista en el art. 218.2 de la indicada ley de procedimiento, y conforme al precepto constitucional establecido en el art. 120.3 de la Constitución española. Una sentencia que en su motivación resulte insuficiente o incoherente no cumple los requisitos de razonabilidad y de proscripción de la arbitrariedad, de modo que la incoherencia o incongruencia interna está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico procesal. Como afirma la Sentencia 42/2005, de 28 de febrero, del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, con remisión a otras anteriores, “teniendo en cuenta que el derecho a la tutela judicial efectiva incluye entre sus variados contenidos el que se dicte una resolución fundada en Derecho, resulta evidente que no puede reputarse como tal una Sentencia cuya fundamentación discurre por una senda diametralmente opuesta a la del fallo (STC 138/1985, entre otras) y en la que se motiva lo contrario de lo que se falla”.

CUARTO.— En el caso de autos los dos motivos de recurso se centran en considerar que el razonamiento

de la sentencia de la Audiencia Provincial, al estimar que el contrato de compraventa fue simulado, constituyendo una mera apariencia negocial, carente de toda virtualidad jurídica —fundamento de derecho tercero—, resulta incoherente con el pronunciamiento final que desestima la demanda. Entiende la recurrente que se produce una discordancia entre los pronunciamientos del fallo y la fundamentación, con lo que la sentencia incurre en incongruencia manifiesta.

Pero el recurso extraordinario por infracción procesal no puede ser estimado. En efecto, la sentencia de la Audiencia Provincial no solo es ampliamente motivada, sino que la argumentación que mantiene guarda una perfecta coherencia interna. Es de tener en cuenta que dicha sentencia, acogiendo en lo necesario los hechos declarados probados en la de primera instancia y los fundamentos que en ésta se recogen, considera que el negocio jurídico documentado en escritura pública, mediante el cual se cedían a las demandadas determinadas participaciones sociales de la entidad P, S.L., era un negocio simulado, al tratarse de una compraventa con precio inexistente; que dicho negocio ocultaba otro, disimulado, de donación, como forma de beneficiar a título lucrativo a las destinatarias de dichas participaciones sociales; pero que no entendía acreditado que mediante el contrato simulado de compraventa se pretendiese privar a los hijos del donante de sus derechos legitimarios en la herencia. Por ello, la sentencia estimaba que al no reunirse el requisito de causa ilícita establecido en el art. 1275 de Código Civil, procedía la desestimación de la demanda, sin perjuicio de la posibilidad de ejercicio de la acción para la reducción de liberalidades, recogida en el art. 171 y siguientes de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de las Cortes de Aragón, reguladora de las sucesiones por causa de muerte, expresando que la reducción “no puede ser estudiada ni resuelta en este proceso por la simple razón de que no ha sido pedida” —fundamento de derecho cuarto—.

Tal argumentación resulta plenamente coherente y condujo a la Audiencia Provincial a la estimación del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, con la consiguiente desestimación de la demanda. Por tanto, la sentencia recurrida no ha cometido infracción procesal ni vulnera los arts. 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y tampoco se ha producido vulneración del principio dispositivo, pues la sentencia absolutoria es congruente con la pretensión sostenida en el proceso por la demandada.

Cuestión distinta es la relativa a si dicha argumentación es adecuada a los hechos probados y si aplica correctamente el ordenamiento jurídico aplicable al caso, lo que será objeto de examen al estudiar la procedencia del recurso de casación.

#### Recurso de casación

QUINTO.— Para la resolución del recurso de casación interpuesto es preciso partir de los hechos que en las instancias se han declarado acreditados, y que no han sido combatidos eficazmente en estos recursos:

1. Los demandantes son los únicos hijos de Don Salvador B V, fallecido en 13 de febrero de 2005. Don Salvador se separó de la madre de los actores en 1990 y desde tal fecha unos y otro no han tenido relación alguna a no ser por las continuas reclamaciones judiciales, en vía penal y civil, que se han sucedido.

2. En fecha 20 de mayo de 1995, Don Salvador B V contrajo matrimonio con la demandada Doña María Teresa B A, otorgándose escritura de capitulaciones matrimoniales pocos días antes por la que ambos cónyuges pactaban el régimen de separación absoluta de bienes.

3. En fecha 26 de octubre de 1993, Don Salvador B V constituyó con otras personas la sociedad “P, S.L.”, suscribiendo aquél 1.770 participaciones sociales de las 1.820 existentes. En 13 de diciembre de 1995 se otorgó escritura de ampliación de capital social en cuantía de 106.379,14 euros íntegramente suscrito por el socio mayoritario antedicho, quedando fijado el capital social en la suma de 109.384,20 euros. Tal sociedad, de carácter patrimonial, a fecha de fallecimiento de Don Salvador era dueña de los siguientes bienes: a) un piso, una plaza de garaje y un trastero en el nº 11 de la Avenida de esta capital, fincas registrales nº, y, adquiridas en virtud de Auto de adjudicación dictado el día 25 de marzo de 1994 por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de esta capital en un procedimiento de ejecución seguido contra la demandada Doña TB; b) un piso y un trastero en el nº 52 de la Avenida de de esta capital, fincas registrales nº ; y c) un piso, identificado como número 106, y una plaza de garaje, nº 23, en el de la localidad de Salou (Tarragona), fincas registrales y respectivamente.

4. En fecha 20 de julio de 1996 se suscribió un documento privado ente Don Salvador B y su esposa, por el que ésta compraba a su esposo 1.770 participaciones sociales por un precio de 17 millones de pesetas, documento que se presentó en 1 de agosto siguiente para liquidación exenta en la Diputación General de Aragón.

5. En fecha 12 de noviembre de 2003 se otorgó escritura pública en la que se manifestaba que Don Salvador vendía a su esposa 1.765 participaciones sociales por un precio de 105.917,65 euros, y a la hija de su esposa, la codemandada Doña María Aranzazu B B, cinco participaciones sociales por un precio de 300,50 euros, indicándose en ambos casos que el precio había sido recibido con anterioridad a este acto.

6. Falleció Don Salvador B ordenando su sucesión en testamento otorgado en fecha 18 de mayo de 2000, mancomunadamente con su entonces esposa, disponiéndose en el mismo que el testador legaba a su esposa las participaciones sociales que poseía en P, S.L. así como el usufructo universal sobre todos sus bienes, y en el remanente de sus bienes instituía herederos universales a sus hijos, los aquí demandantes.

7. A fecha de su fallecimiento, los únicos bienes existentes en la herencia de Don Salvador era el líquido existente en cuatro cuentas bancarias en CAI e Ibercaja en cuantía total de 539,05 euros.

A tales declaraciones fácticas que constan en la Sentencia de Primera Instancia se añade en la que es objeto de recurso: el contrato de privado constituyó una mera apariencia negocial de carácter formal, sin existencia jurídica real, y sin que se hubiese producido la transmisión a favor de la compradora de la propiedad de las 1700 participaciones sociales referidas en dicho documento, ni abonado por ésta el precio señalado de 17.000.000 de pesetas (102.172,06 €), pago del que no existe evidencia alguna; que el contrato de compraventa fue simulado, constituyendo una mera apariencia

negocial, carente de toda virtualidad jurídica; y que “ las circunstancias concurrentes que deben ser tenidas en cuenta al valorar la actuación del Sr. B V respecto de la transmisión de las aludidas participaciones en el capital de la mercantil P S.L. a su segunda esposa, Sra. B A, y la hija de ésta, Sra. B B, es que siendo dicha mercantil una sociedad de carácter patrimonial, cuyo socio mayoritario, como titular de 1770 participaciones de las 1820 en que se hallaba dividido su capital, ascendente a 109.400,20 euros, y administrador único hasta la transmisión de dichas participaciones era el Sr. B V, se había adjudicado en subasta judicial llevado a cabo por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de esta Ciudad, y mediante auto de fecha 25 de marzo de 1994, los siguientes bienes inmuebles propiedad privativa de la Sra. B A, al haberle sido adjudicados en la liquidación de la sociedad conyugal de su primer matrimonio como consecuencia de su extinción tras su separación judicial, a saber, la vivienda sita en Avda nº 11, portal 5, piso 4º-C, de esta Ciudad —finca registral del Registro de la Propiedad nº de Zaragoza..., que constituye su domicilio; la plaza de garaje nº 252 del citado inmueble..., finca registral nº., y local trastero nº 273 —finca—, bienes inmuebles que fueron gravados con una hipoteca a favor de D. Salvador B V para responder en conjunto de una capital de 30.050,50 € por plazo de 10 años a contar desde el 29 de abril de 1992. Asimismo dicha mercantil adquirió mediante escritura pública de compraventa, de fecha 17 de marzo de 1997, otorgada ante el Notario con residencia en Cambrils, (Tarragona), D. José Rodríguez Calvo, nº de protocolo, la nuda propiedad de un apartamento en Salou (Tarragona) y plaza de aparcamiento, adquiriendo por el mismo título los padres de Dª Mª Teresa Bn A el usufructo vitalicio conjunto y sucesivo de ambos inmuebles, usufructo al que renunciaron en escritura pública de 3 de marzo de 1999 otorgada en Zaragoza ante el Notario D. Fernando Gimeno Lázaro. Anteriormente, en fecha 6 de marzo de 1997, y ante este mismo notario, los padres de la Sra. B A otorgaron escritura pública de donación a favor de su referida hija de la suma de 6.000.000 de pesetas (36.060,73€). En las cuentas anuales de ejercicio 2004 de la mercantil P, S.L. consta en el pasivo un saldo acreedor a favor de la Sra. B de 46.069,12 € derivado de entregas pecuniarias realizadas por la misma”.

SEXTO.— En el primer motivo de recurso de casación se denuncia la infracción de los arts. 1275, 1276, 1277, 1261 y 633 del Código Civil y 1 y 2 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, expresando la parte recurrente en el desarrollo del motivo que, tratándose la compraventa de un negocio jurídico simulado, no se puede mantener la validez del negocio disimulado de donación, y que al hacerlo así la sentencia de la Audiencia Provincial ha infringido los preceptos antes citados, haciendo igualmente referencia al contenido del art. 3 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, que consagra el principio *standum est chartae*.

Es necesario indicar, antes de entrar al examen del motivo, que la correcta técnica casacional no permite incluir en un mismo motivo de casación la infracción de diversos y heterogéneos preceptos como son, en este caso, los relativos a los requisitos de validez de un contrato, los referentes a la existencia y validez de la

donación, y los que regulan el sistema de fuentes en derecho civil aragonés.

También procede afirmar que el artículo 633 del Código Civil no es de aplicación al caso, pues regula los requisitos formales de la donación de inmuebles. Por tanto, la jurisprudencia relativa a la eficacia de la escritura pública de compraventa en la que se disimula una donación de bienes de esa naturaleza, como forma suficiente requerida por norma imperativa, carece de relevancia en este caso.

Dicho lo anterior, la Sala va a proceder a examen del motivo de recurso, por cuanto en el mismo se explicita la razón por la que el recurrente entiende que la sentencia de la Audiencia infringe el ordenamiento jurídico, que no es otra que la declaración de validez del negocio jurídico disimulado.

SÉPTIMO.— Conforme a lo establecido en los arts. 1261, 1275 y siguientes del Código Civil, uno de los requisitos esenciales de todo contrato es el de la existencia de causa, definida en el art. 1274 del mismo Código legal, causa que habrá de ser verdadera y lícita. En el caso de autos la sentencia recurrida sostiene que el contrato de compraventa fue simulado, ya que no existió precio, y por tanto no se da el elemento de contraprestación establecido como esencial en los arts. 1445 y 1274 del Código Civil.

Sin embargo, expresa la mencionada sentencia que no cabe estimar que la causa fuera ilícita, porque del resultado de la prueba no es dable sostener con la debida certeza que la donación de las 1770 participaciones en el capital de P S.L., mediante contrato simulado de compraventa documentado en la referida escritura pública otorgada en fecha 12 de noviembre de 2003, tuviese por finalidad privar a los dos hijos del donante de sus derechos legitimarios en la herencia del mismo.

Sostiene, pues, la sentencia del Tribunal provincial que, bajo la apariencia de un contrato de compraventa, o negocio simulado, se encubría, como negocio disimulado, un contrato de donación. La validez de los negocios jurídicos disimulados ha sido sostenida en reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, de la que es muestra la Sentencia de 18 de octubre de 2002 y las en ella citadas.

Si la causa hubiese sido ilícita, la consecuencia sería la nulidad del contrato. Como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007, “Esta Sala ha sentado la doctrina según la cual cuando el causante quiere favorecer a alguien con una donación en perjuicio de sus legitimarios, encubriendo bajo la apariencia de un contrato oneroso o disimulado una donación, ésta no puede tener eficacia por fundarse en una causa ilícita conforme establece el artículo 1275 del Código civil. Ejemplo de ello se encuentra en la sentencia de 28 febrero 1953 que afirma que “el contrato de compraventa careció de existencia real y no significó más que una estratagemata usada por el comprador o por ambos contratantes para eludir los derechos legitimarios que pudieron corresponder a la madre de la causante en la finca vendida, por lo que tampoco como donación en su caso podría tener eficacia, por fundarse en una causa ilícita conforme al artículo 1275 del Código civil, por lo cual tal contrato titulado de compraventa resulta ineficaz para reivindicar el dominio de la finca vendida” (ver asimismo sen-

tencias de 11 diciembre 1957 y 20 octubre 1961). Esta doctrina se ha reiterado y así la sentencia de 20 diciembre 1985 dice que "reiterada y uniforme jurisprudencia de esta Sala, de la que es muestra la sentencia de 20 octubre 1961, y las citadas por la misma, ha establecido la doctrina de que cuando la escritura de compra-venta se otorga con la exclusiva finalidad de defraudar los derechos legitimarios de los demás herederos, procede declarar también inexistente el contrato de donación por ser ilícita su causa". Esta doctrina se confirma en las sentencias de 30 junio 1995, 4 mayo 1998, 2 abril 2001, 23 octubre 2002 y 29 julio 2005, si bien esta última de forma indirecta al confirmar la sentencia de la Audiencia, que había declarado la nulidad. Deben distinguirse, además, las donaciones que lesionan la legítima que pueden ser declaradas inoficiosas y aquellas que pueden ser declaradas nulas por tener causa ilícita. Las donaciones encubiertas o disimuladas con la intención de defraudar a los legitimarios pueden ser declaradas nulas por infringir el artículo 1275 del Código civil si tienen causa ilícita, cosa distinta de aquellas que lesionen la legítima, que se regirán por lo dispuesto en los artículos 636 y 654 del Código civil".

La expresión de una causa falsa en el contrato produce un efecto sobre la carga de la prueba: partiendo de que, como regla general, la causa se presume existente y lícita, en los casos en que se expresare una causa falsa corresponderá a la parte que así lo hizo la carga de acreditar que el negocio se sustenta en una causa verdadera y lícita. Artículos 1275 y 1276 del Código Civil.

Por en el caso de autos dicha acreditación es recogida por la Audiencia Provincial, en declaración de carácter fáctico que no ha sido combatida eficazmente en casación. Así, se expresa que el negocio jurídico de compraventa encubría otro de donación remuneratoria, y que no puede deducirse, del conjunto de la prueba practicada, que dicha donación tuviera por finalidad la de privar a los demandantes de sus derechos legitimarios.

En consecuencia, no se ha producido la vulneración de las normas cuya infracción se denuncia, en cuanto a la existencia de causa remuneratoria, eficaz para sustentar el negocio jurídico de transmisión patrimonial. Por lo demás, no se explica en el recurso ni se entiende por la Sala que se haya producido infracción de las normas de derecho civil aragonés reguladoras de las fuentes del derecho.

Por todo ello, el primer motivo del recurso ha de ser desestimado.

OCTAVO.— El segundo motivo del recurso de casación denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 1303 del Código Civil y el art. 101 de la Ley Aragonesa de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad.

El primero de los preceptos denunciados refiere las consecuencias de la declaración de nulidad de una obligación, relativas a la obligación de los contratantes de restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses.

Es claro que en el planteamiento del motivo la parte recurrente hace supuesto de la cuestión, en cuanto parte de la existencia de la nulidad de la obligación, cuando tal nulidad no ha sido declarada por la sentencia de

instancia, ni es procedente por las razones antes expuestas. Por consiguiente, no se da en el caso de autos el supuesto de hecho para la aplicación del art. 1303 del Código Civil, que se denuncia como infringido.

Por otra parte, el motivo de recurso denuncia igualmente la infracción del art. 101 de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad, en cuanto previene que el fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente el derecho de usufructo de todos los bienes de premuerto, así como de los enajenados en vida sobre los que subsista el derecho expectante de viudedad, de acuerdo con lo pactado y lo dispuesto en los artículos anteriores.

Realmente ni la parte recurrente expresa convincentemente la razón por la que entiende infringida esta norma, ni hay razones para la estimación de esta denunciada infracción. La entrega de los frutos de los bienes del difunto fue solicitada en la demanda, pero esta pretensión no fue estimada, ni en primera ni en segunda instancia. En la sentencia del Juzgado se citaba el precepto para indicar que no procedía la entrega de los frutos por aplicación del artículo indicado, y la actora en su recurso de apelación sustentaba que de no restituirse nos encontraríamos ante un enriquecimiento injusto a favor de la demandada en virtud de un contrato declarado nulo. Pero es así que la nulidad no se ha mantenido en la Sentencia de segunda instancia, ni es procedente según se ha afirmado en los anteriores fundamentos, de modo que la sentencia disidentida no aplica ni infringe el indicado precepto.

Procede así la desestimación del motivo y, con él, del recurso de casación.

NOVENO.— La complejidad de la cuestión jurídica y el hecho de que la argumentación de la primera y segunda instancia sea dispar son razones que conducen a no hacer imposición de costas en este recurso, ex art. 394.1 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

#### f.— Sucesión Intestada:

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 29 de enero de 2008. Declaración de herederos de bienes troncales. Aceptación tácita de la herencia:

«I. Frente a la sentencia de instancia, que desestima las pretensiones de la demanda, encaminadas a que se declare la condición de herederas legítimas de D<sup>a</sup>, a sus hermanas de doble vínculo D<sup>a</sup> Rosa y D<sup>a</sup>, y consecuentemente con ello se declare la nulidad de la adjudicación de bienes hereditarios procedentes de aquella efectuada a favor del demandado D., se alza la parte actora denunciando error de la Juzgadora de instancia en la apreciación de las pruebas y solicitando una sentencia totalmente estimatoria de la demanda. Fundamenta la parte recurrente dicha pretensión en dos alegaciones esenciales: de una parte, que fueron las demandantes quienes fueron declaradas herederas de su hermana D<sup>a</sup> Florentina, en virtud de auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia N<sup>o</sup> 2 de Teruel, de fecha once de Junio de mil novecientos noventa y siete, por lo que la posterior declaración como heredero en los bienes no troncales de D<sup>a</sup> Florentina, efectuada por acta notarial de fecha tres de Junio de dos mil cuatro deviene nula; y en segundo lugar, que D., esposo fallecido de D<sup>a</sup> Florentina no llegó a aceptar la herencia de la misma, por lo que difícilmente

pudo transmitir los bienes de aquella a sus herederos respectivos; sin embargo este planteamiento no puede ser asumido por la Sala. Así, en lo que se refiere a la primera de las cuestiones planteadas, es cierto que el auto del Juzgado de Primera Instancia Nº 2 de Teruel de fecha once de Junio de mil novecientos noventa y siete declara heredera de D<sup>a</sup> a sus hermanas de doble vínculo D<sup>a</sup> Encarnación y D<sup>a</sup> Rosa, hoy demandantes, sin especificar si dicha declaración lo era únicamente en los bienes troncales, o en todos los bienes; ahora bien esa falta de especificación no supone, como pretende la parte recurrente, que deba de entenderse que lo fueron en la totalidad de los bienes relictos, no solo porque dicha declaración vulneraría abiertamente lo dispuesto en el artículo 135 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, vigente en el momento del fallecimiento de la causante, en relación con el artículo 944 del C. Civil, que, a falta de ascendientes o descendientes, atribuyen al cónyuge viudo el carácter de heredero ab intestato del causante en los bienes no troncales, con preferencia a los colaterales, sino porque además la parte dispositiva de aquella resolución ha de ser puesta en relación con la propia solicitud efectuada en dicho procedimiento por las hoy demandantes, quienes solicitaron expresamente que se les declarase herederas "respecto de los bienes del causante" (folio 125); y porque, además, los actos posteriores tanto de las demandantes como del esposo de D<sup>a</sup> Florentina, así lo corroboran, ya que en fecha catorce de Octubre de mil novecientos noventa y ocho suscribieron un convenio en el que éste vendía aquellas su derecho de usufructo, exclusivamente limitado a los bienes troncales, por lo que no cabe duda que el llamado a la herencia en los bienes no troncales de D<sup>a</sup> Florentina era su esposo D., tal y como acertadamente se recoge en el acta notarial de fecha tres de Junio de dos mil cuatro.

II. En cuanto a la segunda de las alegaciones del recurso, relativa a la falta de aceptación de la herencia de su esposa por parte de D., lo que a juicio de la parte recurrente determinaría la apertura de la sucesión ab intestato en favor de las demandantes, hermanas de aquella, parece olvidar la parte recurrente, en primer lugar, que el hecho de disponer a título oneroso del usufructo sobre los bienes troncales de la herencia, que llevó a efecto D., mediante contrato concertado con las demandantes en fecha catorce de Octubre de mil novecientos noventa y ocho, supone un acto inequívoco de aceptación tácita de la herencia de su esposa, conforme al artículo 34. 3 y 35. 1 de la Ley de Cortes de Aragón 1/1999, de 24 de Febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte; pero aún cuando así no se entendiese, habría que tener en cuenta que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 de la misma Ley, salvo expresa previsión en contrario del disponente, que en el presente caso no aparece justificada, por la muerte del llamado sin aceptar ni repudiar la herencia, se transmite por ministerio de la Ley a sus herederos, en la proporción en que lo sean, el mismo derecho que el tenía a aceptarla o repudiarla, por lo que, al fallecimiento de D., el derecho a aceptar la herencia de su esposa D<sup>a</sup> Florentina, se entendería transmitido a sus herederos testamentarios; lo que conduce inexorablemente a desestimar el recurso y a confirmar íntegramente la resolución recurrida.»

— Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 28 de marzo de 2008. declaración de herederos ab intestato. Sucesión troncal. Sucesión de bienes no troncales:

"TERCERO: 1. En cuanto al fondo del asunto y al ámbito de la apelación dentro los términos a que se refiere el artículo 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las respectivas súplicas del recurso y de las impugnaciones, antes transcritas, no especifican el alcance de la declaración de herederos según la naturaleza de los bienes relictos: troncales simples, troncales de abolorio y no troncales, de acuerdo con el Derecho aragonés. Además, una de las partes — (Nombre de la parte eliminado), (Nombre de la parte eliminado) y (Nombre de la parte eliminado)— formaliza dos súplicas, en la segunda de las cuales, la relativa a la oposición al recurso, no al impugnar el auto, es cuando plantea la solicitud de declaración de herederos. No obstante, aunque la técnica empleada en los recursos no podía ser más imperfecta (lamentablemente, cada vez es más frecuente que las partes descuiden la redacción de la súplica de sus escritos, a los que deberían dotar del mismo rigor y precisión que luego esperan de los pronunciamientos judiciales, como ya nos quejamos en nuestra sentencia de 2-IV-2008), esto no impide que el tribunal tome en consideración, aun con ciertas dificultades, lo aparentemente pretendido en el llamado cuerpo de los respectivos escritos con el siempre encomiable fin de salvar todo formalismo enervante y de solucionar la controversia sin más dilaciones. Así, mientras que la promotora parece que se centra en la troncalidad por la línea paterna y niega la troncalidad por la línea materna porque considera que no hay bienes procedentes de esta rama familiar, al mismo tiempo indica en su recurso que la causante heredó bienes de sus padres que a su vez provenían de sus abuelos, lo que nos lleva a la categoría de los bienes troncales de abolorio. Las demás partes aparentemente mantienen que puede haber bienes troncales de procedencia materna, e incluso (Nombre de la parte eliminado) expresa, con más o menos claridad, que puede haber bienes no troncales. Este planteamiento genérico y poco técnico de las partes nos obliga a determinar los herederos troncales y los no troncales, y, dentro de los troncales, los simples y los de abolorio. En cualquier caso, este expediente para la declaración de herederos abintestato no es el adecuado para determinar la naturaleza, troncal o no, de los bienes que componen la herencia, sino, en su caso, el procedimiento ordinario correspondiente, como hemos dicho en otras ocasiones (autos de 21-IV-1999 y 12-VII-2001), aunque tampoco contamos con elementos para decidir tal cuestión ni ha sido objeto de controversia más allá de lo ya indicado. Por último, hemos de aclarar que (Nombre de la parte eliminado) no solicita la práctica de prueba en segunda instancia en la súplica de su escrito, sino en su contenido argumental, y que no especifica los testigos que desea que declaren, como tampoco lo hizo en primera instancia, de modo que en ningún caso concurren los requisitos del artículo 460.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para recibir el pleito a prueba en esta alzada, aparte de que los documentos unidos a los autos son suficientes para determinar los llamados a la herencia de la causante, en los términos que vamos a exponer.

CUARTO: 1. Las partes aluden —en uno u otro momento del proceso— a la sustitución legal, de acuerdo con la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte (Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero). Sin embargo, lo primero que hemos de aclarar es que la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967 (aprobada por Ley 15/1967, de 8 de abril) resulta la ley aplicable a la sucesión, pues se hallaba en vigor en el momento del fallecimiento de la causante, que ocurrió en el año 1983, como ordena la disposición transitoria primera de la citada Ley de Sucesiones por Causa de Muerte.

2. Respecto a la sustitución legal, hemos de tener en cuenta que la causante falleció intestada, en estado de soltera, sin descendientes, sin hermanos que le sobrevivieran y sus dos hermanos premuertos también fallecieron en las mismas condiciones —sin descendientes—. De acuerdo con los árboles genealógicos y documentos aportados, le sobrevivieron varios primos hermanos por cada una de las líneas paterna y materna, algunos de los cuales fallecieron con posterioridad a la causante y con descendientes. Por el contrario, no consta que los primos hermanos premuertos por la línea paterna tuvieran descendientes, como alega la propia instante del procedimiento. Precisamente, las partes se refieren a la sustitución legal cuando hablan de los hijos de los primos hermanos sobrevivientes a la causante aunque ya fallecidos, por lo que, como este supuesto no supone premoriencia, no podemos hablar de sustitución legal, sino, en su caso, de transmisión del *ius delationis* o derecho de aceptar o repudiar la herencia a la que ha sido llamado su respectivo causante, en los términos previstos en el artículo 1006 del Código civil (actualmente, artículo 39 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte). Lo procedente, por tanto, será declarar herederos a esos fallecidos, sin perjuicio del derecho de los herederos (no sabemos quiénes son) de los herederos sobrevivientes en el momento de la apertura de la sucesión y ya fallecidos a aceptar o repudiar la herencia que nos ocupa en nombre de los fallecidos después de la causante (por el contrario, como hemos dicho en alguna otra ocasión, los sustitutos son herederos del causante, no del sustituido o persona intermedia, aunque por sustitución legal).

3. Además, de acuerdo con lo razonado en nuestro auto de 18-XII-2007 aplicando la Compilación (bajo la reforma operada por Ley 3/1985, pero en aspectos que no modifican la solución que merece el presente caso), no cabe la sustitución legal en la sucesión intestada de los bienes troncales simples y de abolorio, dentro de la línea colateral, más allá de los descendientes de hermanos, a pesar del carácter genérico del artículo 141 de la Compilación, aplicable a cualquier clase de sucesión, dados términos literales empleados en los artículos 132 y 133 —bienes troncales simples y de abolorio, respectivamente—, los cuales se refieren, después de hablar del orden sucesorio principal para los bienes troncales (primero, hermanos, sustituidos o representados por sus descendientes; segundo, padre o madre) a “los más próximos colaterales del causante” —hasta el cuarto grado en el caso de los troncales simples y sin limitación de grado en los de abolorio en el régimen legal ahora aplicado—.

4. Asimismo, respecto a los bienes no troncales, dentro del régimen de la Compilación sí era admisible

la sustitución legal en toda clase de sucesiones, como acabamos de expresar y dijimos en nuestro auto de 20-III-1997 (citado también en el auto de 11-X-2000), conforme a la disposición general contemplada en el citado artículo 141. Ahora bien, en esa misma resolución también dijimos que, en la línea colateral, no cabía una sustitución legal indefinida, sino limitada al cuarto grado, a pesar de que el artículo 141 de la Compilación no efectuaba ninguna limitación, pues semejante criterio supondría, entre otros inconvenientes, que nunca se produciría la delación de la herencia en favor de la Comunidad Autónoma establecida en el artículo 137 de la Compilación. Por ello —seguíamos diciendo— habrá de acudir al artículo 135 de dicho texto legal, que remite a las disposiciones contenidas en los artículos 935 al 955 del Código civil cuando se trata de la sucesión no troncal; y el artículo 954 del Código civil mantiene que más allá del cuarto grado no se extiende el derecho a la sucesión intestada. Y tal solución —concluíamos— es acorde con la seguida por la propia Compilación en el artículo 132-2º cuando se trata de la sucesión troncal. En consecuencia, en ningún caso cabría la sustitución a favor de hijos de primos hermanos premuertos si los hubiera con descendencia, lo cual no consta, como hemos anticipado.

QUINTO: En conclusión, respecto a la sucesión troncal, no parece que deba haber diferencias entre los bienes troncales simples y de abolorio, teniendo cuenta que solo concurren colaterales de cuarto grado —siete primos hermanos de la causante, tres por línea paterna y cuatro por la materna—, sin perjuicio de que en su momento se determine la naturaleza de los bienes relictos. Es decir, el doble llamamiento —principal y subsidiario— previsto en el artículo 132-3.º de la Compilación nos lleva en ambos casos a los primos hermanos de la fallecida por cada una de las líneas, materna y paterna.

SEXTO: Por lo que afecta a la sucesión de los bienes no troncales, el artículo 135 de la Compilación señalaba que la sucesión en los bienes que no tengan la condición de troncales, o en estos mismos cuando no hubiera heredero troncal, se deferirá con arreglo al Código civil, salvo lo que dispone el artículo siguiente. Y el artículo 955 del Código civil dispone que la sucesión de los colaterales distintos de los hermanos e hijos hermanos se verificará sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón del doble vínculo. Esto nos debe llevar a declarar herederos abintestato de los bienes no troncales a los primos hermanos por ambas líneas.

SÉPTIMO: Por todo ello, en cuanto al fondo del asunto, procede estimar las impugnaciones de (Nombre de la parte eliminado), (Nombre de la parte eliminado) y (Nombre de la parte eliminado), por un lado, y, por otro, de (Nombre de la parte eliminado).»

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de La Almunia de Doña Godina de 2 de abril de 2008. Solicitud de declaración de herederos abintestato sobre bienes troncales. Solicitud de declaración judicial de nulidad de un contrato privado de compraventa:

«Primero.— Los demandantes ejercitan la acción reivindicatoria contra el demandado e interesan que se declare su derecho de propiedad y se les restituya en

su posesión sobre las dos fincas siguientes: 1.— Campo Secano, Partida, parcela . Exponen los actores que los referidos inmuebles fueron adquiridos por su hermana D<sup>a</sup> Josefina en virtud de la herencia de sus padres. Tras la muerte de D<sup>a</sup> Josefina, quien se encontraba casada con D. Francisco, y sin que hubiera habido descendencia de dicha unión, la posesión de las mismas pasó a manos de su esposo en virtud del usufructo vidual. Una vez fallecido este último, los actores han promovido su declaración como herederos ab intestato de su hermana sobre los bienes troncales, siendo éstos las referidas parcelas, inscribiendo su dominio en el Registro de la Propiedad una vez aceptada y adjudicada la herencia. Asimismo, solicitan que se declare judicialmente la nulidad del contrato privado de compraventa celebrado el día 29 de enero de 1996 entre el Sr y el demandado en virtud del cual el primero transmitía al segundo la propiedad de los bienes objeto de reivindicación por carecer aquél de la titularidad de los bienes que transmitía.

Por otra parte, el demandado se opone a la demanda y solicita su desestimación. El Sr. sostiene que ha adquirido el dominio de las dos fincas en virtud del instituto de la prescripción pues desde el año 1996 ha venido poseyendo de manera ininterrumpida los referidos inmuebles, en concepto de dueño, con buena fe y justo título.

Segundo.— Una vez expuestas las posiciones de las partes, en primer lugar será necesario averiguar si los actores cuentan con un verdadero derecho de propiedad sobre las dos fincas adquirido por herencia de su predecesora hermana D<sup>a</sup> ; y en segundo lugar, si la posesión de los inmuebles por parte del demandado desde el año 1996 le atribuye algún derecho sobre los mismos en virtud de las normas que regulan la prescripción adquisitiva.

No cabe duda que las fincas objeto de controversia tienen la condición de bienes troncales en virtud de lo establecido por el artículo 213 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte (antiguo artículo 132 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón), ya que fueron adquiridas por D<sup>a</sup> J por herencia de sus padres el día 8 de febrero de 1985 (documentos números 2 y 3 demanda), tratándose de inmuebles que pertenecían desde siempre a la familia tal como se desprende la prueba testifical y de los documentos catastrales (doc. 4 demanda). A la muerte de D<sup>a</sup>, el disfrute de las fincas pasó a manos de su esposo en virtud del derecho de usufructo vidual (artículo 101 de la ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte y artículo 72 de la derogada compilación de derecho civil de Aragón vigente al tiempo del fallecimiento de la Sra.). Los actores promovieron su declaración como herederos intestados de su hermana sobre los bienes troncales, y así la obtuvieron en virtud del auto dictado por este Juzgado en fecha 22 de noviembre de 2004, habiendo aceptado su herencia por escritura pública de 5 de abril de 2005, adjudicándoles los referidos inmuebles. Es obvio pues, en virtud de lo precedentemente motivado y de acuerdo con lo establecido por el artículo 211 de la ley aragonesa de sucesión por causa de muerte (antiguo artículo 132 de compilación de derecho civil), que los campos objeto del presente pleito habrían sido adquiridos por los actores gracias a la sucesión troncal de su hermana D<sup>a</sup> quien

falleció sin descendencia, por lo que la acción reivindicatoria entablada contra el actual poseedor tendría visos de prosperar.

Sin embargo, habrá de analizarse también si la posesión continuada en el tiempo de los dos inmuebles por parte del demandado le atribuye algún derecho real sobre los mismos en virtud del instituto de la usucapión. Los artículos 1940 y 1957 del Código Civil disponen que para la prescripción ordinaria del dominio y demás derechos reales se necesita poseer las cosas con buena fe y justo título durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes. Es un hecho no controvertido que el demandado entró a poseer los inmuebles el día 29 de enero de 1996 en virtud de un contrato privado de compraventa celebrado con el Sr. y que desde entonces ha venido usando y disfrutando de los mismos en concepto de dueño. Tal como se desprende de las manifestaciones del demandado realizadas durante la tramitación del proceso penal de diligencias previas nº 127/2006 (documento nº 11.A demanda) y en el acto de conciliación (doc. 11.B), el Sr. celebró el contrato de compraventa con la persona que pensaba que la propietaria de los campos, ignorando que los mismos eran titularidad de la difunta esposa del vendedor y que por su carácter troncal debían de ser heredados por los parientes colaterales. Ninguna prueba ha presentado la parte demandante que justifique que el comprador actuó a sabiendas de que adquiriría un bien de quien no era propietario, por lo que concurre el presupuesto de la buena fe del artículo 1950 del Código Civil.

Pese a que el demandado adquirió las fincas de quien no era propietario y carecía por tanto de título para transmitir las, concurre igualmente en el presente caso el presupuesto del justo título. El Tribunal Supremo tiene declarado en reiterada jurisprudencia, sentencia de 28 de diciembre de 2001 entre otras, que por justo título ha de entenderse el que legalmente baste para transmitir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate y en este concepto podrán comprenderse los contratos anulables, rescindibles, revocables o resolubles (sentencias de 25 de junio de 1966, 5 de marzo de 1991, 22 de julio de 1997 y 17 de julio de 1999), cuyos respectivos vicios o defectos vienen a quedar subsanados por el transcurso del tiempo necesario para que se produzca la usucapión que de otro modo vendría a ser una institución inútil (sentencia de 25 de febrero de 1991). En el presente caso no nos encontramos ante un título nulo de pleno derecho; no puede considerarse como tal el contrato de compraventa celebrado por quien no tenía facultades de disposición sobre la cosa vendida pues como dice la sentencia de 22 de julio de 1997 “una cosa es la falta de eficacia de los repetidos contratos en cuanto a la finalidad que persiguen, y otra que no sirvan de títulos que legitimen una prescripción adquisitiva. La nulidad declarada judicialmente no es porque a aquéllos les faltase alguno de los requisitos del art. 1261, esenciales para que exista un contrato, sino porque el vendedor no era propietario, carecía de la disponibilidad jurídica de los pisos que enajenó al haberse anulado el título de su transmitente sobre el solar porque tampoco era la propietaria del mismo. Pero precisamente ese vicio de la adquisición es el que subsana la prescripción». No es aplicable al caso la doctrina de la sentencia de esta

Sala de 14 de marzo de 1983 ya que en ella se parte del hecho de que el comprador conocía que el inmueble vendido no pertenecía a la vendedora, circunstancia que no consta como probada en el supuesto ahora contemplado.

De igual modo, ha de entenderse que el demandado ha estado poseyendo los inmuebles desde el 29 de enero de 1996 hasta la actualidad de manera interrumpida. Los artículos 1940 a 1948 contienen la regulación de la interrupción de la posesión, distinguiendo entre la interrupción natural y la civil. Resulta evidente que no ha tenido lugar la interrupción natural de la posesión al no constar que el demandado hubiera cesado en su posesión durante más de un año. Civilmente la posesión se interrumpe cuando quien se irroga el derecho entabla la demanda civil contra el poseedor de la cosa. En el caso que nos ocupa se han puesto de manifiesto ciertas actuaciones de los actores tendentes a reivindicar su derecho y que negaban cualquier clase de legitimidad al hecho posesorio del demandado. Así, consta como los demandantes promovieron ante este Juzgado la declaración de herederos intestados de su hermana sobre los bienes troncales, obteniéndola por auto de 22 de noviembre de 2004; denunciaron penalmente al demandado por la presunta comisión de un delito de usurpación; instaron demanda de conciliación ante el Juzgado de Paz de Épila por los hechos que ahora nos ocupan; y han reclamado al Sr. en diversas ocasiones de manera extrajudicial su derecho de propiedad sobre las fincas. Sin embargo, la demanda civil de reivindicación de la propiedad no se ha presentado hasta el día 8 de febrero de 2008, más de diez años después del hecho inicial de la posesión del demandado, por lo que no puede considerarse interrumpida la posesión. El acto de conciliación no interrumpe la posesión si en el plazo de dos meses desde su celebración no se interpone la demanda sobre posesión o dominio de la cosa cuestionada (art. 1947 Código Civil). El Tribunal Supremo en sentencia de 15 de diciembre de 1993 ha declarado que la eficacia interruptora de la conciliación se contrae a la prescripción extintiva, tal y como establece el art. 1973 del Código Civil, para cuya interrupción no rige la necesidad de promover el correspondiente juicio dentro de los dos meses siguientes al acto de conciliación, requisito este, sin embargo, inexcusable en la prescripción adquisitiva, por disponerlo el art. 1947 del propio Ordenamiento sustantivo, estableciendo, así, una diferencia en consonancia con la que separa ambos tipos de prescripción, sustentada la una en el hecho positivo de la posesión, que continúa si el poseedor no es vencido en el juicio que, con posterioridad al acto conciliatorio se promueva, mientras en el caso de la prescripción extintiva asentada sobre el requisito negativo de la inactividad del titular del derecho, a éste le es dable exteriorizar su voluntad de mantener su titularidad, mediante un acto interruptor que, cual la conciliación, ha de considerarse por sí solo bastante a producir el efecto por el mismo pretendido. Tampoco produce efectos interruptivos la sustanciación de un proceso penal que finalizó por el sobreseimiento libre y el archivo de la actuaciones ni el expediente de jurisdicción voluntaria sobre declaración de derechos ab intestato en el que no consta que hubiera intervenido el demandado. Lo mismo puede de-

cirse de las reclamaciones extrajudiciales que carecen de fuerza para interrumpir la posesión pues no es aplicable el artículo 1.973 del Código Civil. La interrupción de la usucapión sólo se interrumpe como dije por las reglas de los artículos 1940 a 1948 CC, entre los que no figuran las reclamaciones extrajudiciales al que está prescribiendo; conclusión que ha reconocido el Tribunal Supremo en sentencia de veintitrés de diciembre de mil novecientos sesenta y uno, que declaró no ser justificado invocar, pese a su similitud, el artículo mil novecientos setenta y tres del Código Civil, relativo a los modos de interrumpir la prescripción extintiva, ya que sus mandatos no pueden proyectarse frente a la prescripción del dominio, y una simple «reclamación» no es suficiente para interrumpir la prescripción adquisitiva del dominio, pues tal evento sólo se produce cuando se cesa en la posesión por más de un año (artículo mil novecientos cuarenta y cuatro) o cuando el poseedor se ve demandado judicialmente (artículo mil novecientos cuarenta y tres).

En consecuencia, procede considerar que, precisamente, el paso del tiempo y la posesión pública, pacífica, de buena fe y como dueño del usucapiente sanan el defecto material del título y convierten a la usucapión en la institución jurídica que transforma una adquisición con un título viciado, en una situación de subsanación que permite adquirir el pleno dominio y que sana y corrige las deficiencias del título traslativo del dominio, sin que el hecho de que los demandantes tuvieran inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad desde el año 2005, y su causante desde el año 1985, sea óbice para apreciar el derecho del demandado adquirido por usucapión, al no ostentar los hermanos la condición de terceros hipotecarios a la que se refiere el artículo 36 de la Ley Hipotecaria, en relación con el artículo 34 del mismo cuerpo legal, pues adquirieron su derecho no de forma onerosa, sino a título de herencia de su hermana.»

— Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 16 de junio de 2008. Declaración herederos ab intestato: improcedencia:

«PRIMERO: 1.— En este expediente de jurisdicción voluntaria pretende la Comunidad Autónoma de Aragón la declaración de heredera ab intestato de (Nombre de la parte eliminado), fallecido el 5 de noviembre de 1996, sin hijos ni descendientes y sin haber otorgado testamento, en estado de casado con (Nombre de la parte eliminado). Esta, a su vez, falleció el 24 de enero de 1997 sin descendencia y sin haber otorgado testamento, y de la que la Comunidad Autónoma de Aragón ha obtenido la declaración de heredera en auto de 15 de junio de 2001. El auto recurrido desestima la petición de declarar en vía judicial heredera ab intestato de (Nombre de la parte eliminado) a su esposa, ya que ha de hacerse mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial, artículo 979 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, según la disposición derogatoria única, 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000. Y no procede hacerlo a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón por que carece de capacidad sucesoria directa respecto del causante.

2.— Las sucesiones por causa de muerte se regirán por la ley vigente en el momento de la apertura de la sucesión, disposición transitoria primera de la

Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte. Como (Nombre de la parte eliminado) falleció antes de su entrada en vigor, su sucesión se regirá por la Compilación del Derecho civil de Aragón, con las modificaciones introducidas por la Ley 4/1995, de 29 de marzo. Conforme al artículo 135, la sucesión en los bienes que no tengan la condición de troncales, o la de estos cuando no hubiere herederos troncales, se deferirá conforme a lo dispuesto en los artículos 935 a 955 del Código civil, en concreto, de acuerdo con el artículo 944 y a falta de ascendientes y descendientes, la heredera era su esposa que le sobrevivió.

SEGUNDO: El recurso sostiene que el auto recurrido está dando por supuesto que (Nombre de la parte eliminado) —esposa del causante— no aceptó la herencia de su esposo, en cuyo caso cabría la aplicación del artículo 205.1.3º de la Ley de sucesiones por causa de muerte, en relación con el artículo 202.2.2º, ya que, si no llegó a aceptar la herencia, no sucedió. Por tanto, los bienes que le hubiesen correspondido pasarían directamente al siguiente llamado a la sucesión legal, esto es al Gobierno de Aragón. La interpretación que hace el Gobierno de Aragón, si bien tiene una finalidad práctica indudable, no es admisible, dado que está basada en principios y reglas sucesorias de la Ley de sucesiones por causa de muerte, que no es la norma por la que se rige la sucesión de (Nombre de la parte eliminado). La petición subsidiaria tampoco puede acogerse, pues la aceptación de la herencia, sea expresa o tácita, supone una previa designación de heredero, bien sea testamentario o ab intestato. (Nombre de la parte eliminado) todavía no ha sido declarada heredera de su esposo, por consiguiente, no pudo aceptar expresa o tácitamente la herencia. Además, según el último párrafo del artículo 999 del Código Civil, no todos los actos presuponen la aceptación de la herencia, sino sólo aquellos que impliquen el título o la cualidad de heredero. Se supone, pues nada se ha demostrado en ese sentido, que (Nombre de la parte eliminado) vivió en el piso, pero se desconocen que clase de actos hizo (Nombre de la parte eliminado) y en calidad de qué, si como copropietaria, usufructuaria, mera usuaria o, por el contrario, los hizo considerándose heredera de su difunto esposo. Alega en último lugar que, según el artículo 220.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte, la Comunidad Autónoma de Aragón, solo puede obtener la declaración de herederos por vía judicial. Efectivamente, el artículo 220.2, en relación con los artículos 979 y 980 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, previene que, salvo los descendientes, ascendientes o cónyuge del finado, los demás herederos ab intestato deberán obtener la declaración en vía judicial, pero no es este el caso, en el que, como indica la resolución recurrida, corresponde tal designación a la esposa, lo que ha de hacerse mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial. El recurso, por lo expuesto, no puede prosperar.»

— Derecho de Bienes:

a.— Relaciones de Vecindad:

— Sentencia del T.S.J.A. de 23 de enero de 2008.

Relaciones de vecindad: La obra realizada tiene finalidad legítima y está amparada en las facultades domi-

nicales reconocidas en el artículo 144 de la Compilación. El cierre ejecutado tiene fundamento en la protección del derecho a la intimidad reconocido constitucionalmente:

«PRIMERO.— La procuradora Doña Emma Bestué Riera, en nombre y representación de Don Teófilo H Z, interpuso demanda en juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia de Barbastro, actuando el señor H en representación de su cónyuge, al tener poder especial de ésta. La demanda se dirigía frente a Don Ramón N A y los legales herederos de su esposa Doña Rosa R C. En la demanda se ejercía acción de declaración de derecho de dominio y se formulaban peticiones derivadas de las facultades de tal derecho, en los términos que se han recogido en el primer antecedente de hecho.

Emplazados los demandados, comparecieron en autos: Don Ramón N A, para negar cualquier relación con el objeto del proceso, dado que no es titular del predio a que se refiere la demanda; y Don José N R y Doña Rosa María N R, como herederos de Doña Rosa aceptando ser titulares de dicho predio, negaron los hechos en que se fundaba la demanda y el derecho reclamado por el actor, por lo que en definitiva solicitaron la desestimación de la demanda deducida de contrario, con expresa condena en costas a la parte demandante.

La sentencia de primera instancia declaró la falta de legitimación pasiva *ad causam* del señor N, al no ser propietario de la finca a que se refiere el litigio —fundamento de derecho primero, último párrafo—, y entró a resolver sobre el fondo de la cuestión litigiosa en relación con el resto de los demandados. Tras el examen razonado de la prueba y de los alegatos de las partes, concluyó desestimando la demanda.

Apelada por la parte actora, en lo relativo a la desestimación de sus pretensiones frente a los demandados Don José y Doña Rosa María N R, la sentencia de la Audiencia Provincial ha desestimado el recurso, fundando su decisión en los siguientes argumentos, sucintamente resumidos: a) el patio interior en el que se han realizado las obras, que dan origen al litigio, pertenece exclusivamente al edificio número 22 de la calle de Barbastro, que es propiedad de los citados demandados; b) la existencia de un alero de la casa número 20, propiedad de la actora, que ocupa parte del vuelo del patio citado, en una extensión de unos 25 centímetros, no es signo exclusivo de propiedad del espacio sobrevolado; c) el muro de nueva construcción, realizado por los demandados en forma perpendicular al suelo del patio y adosado o arrimado a la pared de cierre del inmueble contiguo, no carga sobre ésta ni la utiliza estructuralmente, de modo que los demandados tienen derecho a aprovechar su finca hasta su límite, sin retranqueo alguno; d) acreditada la utilidad de la obra, tanto de la citada pared como del forjado situado a la altura del suelo de la primera planta, tanto para proporcionar más espacio a la planta baja y primera, cuanto para evitar humedades y afectaciones de su intimidad, no se estima que la actuación suponga abuso de derecho a través de un acto de emulación o realizado con finalidad de perjudicar a los ocupantes de la finca limítrofe.

SEGUNDO.— Frente a dicha sentencia la parte actora ha interpuesto recurso de casación, que funda

en cinco motivos por infracción de normas sustantivas. De ellos, el primero ha sido inadmitido por la Sala, en Auto de 8 de noviembre pasado, por razón de que, aun invocando formalmente la infracción del artículo 144.3 de la Compilación del derecho civil de Aragón, se funda realmente en unos hechos distintos de los que la sentencia recurrida establece. Afirma la parte recurrente que se ha infringido la norma citada, "por haber realizado la construcción de la terraza en una zona común o en todo caso en una forma especial de comunidad de utilización o aprovechamiento", con lo que hace supuesto de la cuestión, partiendo de unos hechos que no son los declarados como probados. Realmente, con el motivo pretendía impugnar la valoración de la prueba realizada por la sentencia de la Audiencia, con olvido de que el recurso de casación no es una tercera instancia, dada su naturaleza de recurso extraordinario, que tiene como finalidad principal la nomofiláctica, o de asegurar la correcta interpretación y aplicación del derecho por parte de los tribunales.

TERCERO.— El segundo motivo de recurso denuncia la infracción del artículo 144.3 de la Compilación, al no tener la obra realizada una finalidad seria y legítima, explicando en el desarrollo del motivo que el muro realizado no tiene finalidad estructural, que el demandado consigue ampliar la propiedad en apenas 3,5 metros cuadrados, y que la construcción se ha realizado solamente para perjudicar a su mandante, concurriendo un exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho. Solicita así la estimación del motivo, por haber sido construido el muro y ejecutado el cerramiento con finalidad de tapar sus ventanas, de modo que toda la obra debe ser derruida; subsidiariamente, reclama que lo sea la parte superior del muro que supera el forjado, construido para cerrar el patio de luces.

El artículo que se cita como infringido regula las relaciones de vecindad en Aragón, de la forma siguiente:

"1. Tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio, 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 fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna".

Esta Sala, en su función casacional, se ha pronunciado al respecto en la sentencia de 31 de marzo de 2004, en la que se afirma —fundamento de derecho octavo—:

"El derecho aragonés ha establecido históricamente, y mantiene en su regulación vigente, un régimen normal en las relaciones de vecindad, que establece un sistema de tolerancia a los huecos abiertos, pero debidamente protegidos, aunque advirtiendo que dichos huecos no constituyen signo aparente de servidumbre, ni impiden al propietario del predio sobre el que dan los huecos edificar en su propiedad, a cualquier distancia del contiguo o colindante. Como se ha expuesto en la Sentencia de esta Sala de 4 de febrero de 2004, ya el derecho consuetudinario aragonés inspiró el Título de la Observancia única *De aqua plu-*

*viali arcenda* incluida en el Libro VII de la Compilación de las Observancias del Reino de Aragón, elaboradas por Martín Díez de Aux en 1437, donde se permite, conforme al uso del Reino y a la buena voluntad, en su Observancia VI, reguladora de la materia relativa a las luces y vistas, la posibilidad de disfrutar de la posesión ajena mientras eso se haga sin daño de aquél de quien es la posesión, y permite que en la pared común se puedan abrir huecos para luces y vistas, lo que no impide que el dueño de la casa pudiera cegar aquellas edificando por encima de esas ventanas, siempre que la casa vecina pueda tener luz por sí misma o de otra parte. De lo contrario está obligado a dejar a dicha casa la luz necesaria a arbitrio del Juez mediante esa misma ventana o mediante otra, no sea que —por falta de luz— la casa se haga inútil para el dueño, lo que implica la tolerancia existente en esta materia en el derecho histórico con respecto a la pared común; Observancia que fue recogida en lo esencial en los artículos 14 y 15 del Apéndice Foral de 1925 así como en los Anteproyectos aragoneses de 1961, 1962 y 1963 y Anteproyecto de la Comisión de Codificación de 1965, y en la vigente Compilación del Derecho Civil de Aragón.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1989 afirma: "sin dejar de reconocer el incuestionable derecho que el propietario del fundo sobre el que aparecen abiertas las ventanas tiene a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna respecto de dichos huecos, conforme establece el párrafo 3.º del citado artículo de la Compilación aragonesa, de cuyo derecho podrá usar en cualquier momento en la forma indicada, o sea, mediante una construcción o edificación, pues la permisión de abrir huecos o ventanas contenida en los párrafos 1.º y 2.º de dicho precepto, con acogimiento a los cuales fueron abiertas las nueve ventanas a que se refiere este proceso, no es más que un acto meramente tolerado y potestativo, como simple relación de vecindad, que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta (Sentencias de esta Sala de 30 de octubre y 23 de noviembre de 1983; 12 de diciembre de 1986), sin embargo no puede ser jurídicamente permisible que, pretendiendo acogerse a ese incuestionable derecho que le concede el citado párrafo 3.º del artículo 144 de la aludida Compilación, el dueño del fundo sobre el que aparecen abiertos, tales huecos trate de cerrarlos o taparlos, sin realizar, como establece dicho precepto, alguna construcción o edificación"— En este caso, continúa diciendo la citada sentencia, se "configura una clara y típica situación de abuso de derecho, proscrita por el artículo 7.º del Código Civil de indudable aplicación a este supuesto (artículo 13 del mismo Cuerpo legal), al concurrir las circunstancias que, según reiterada doctrina de esta Sala, determinan la existencia de la misma, cuales son las subjetivas de intención de perjudicar o falta de una finalidad seria y legítima, y las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho (Sentencias de 26 de abril de 1976; 2 de junio de 1981; 22 de abril de 1983; 23 de mayo de 1984; 14 de febrero de 1986, entre otras)."

Cuarto.— La aplicación de tal criterio al caso de autos conduce, sensu contrario, a la desestimación del motivo. El cierre efectuado por los demandados se

constituye, por una parte, en un muro adosado a la pared de la casa de la parte actora, sin cargar sobre ella, que se eleva perpendicularmente al suelo y llega desde éste a la altura de la planta primera; allí se ha construido un forjado, que sirve de suelo a una zona de terraza de nueva construcción, y a la que los demandados tienen acceso desde su casa; finalmente, el mencionado muro continúa elevándose más de la mitad, aproximadamente, de la altura del piso primero, de manera que cubre la ventana que la actora tenía abierta sobre la casa de los demandados, y por la que recibía luz y tenía vistas, ventana que estaba protegida mediante malla y reja. Así pues, la consideración que realiza la sentencia de la Audiencia de que la obra realizada tiene finalidad legítima, y está amparada en las facultades dominicales reconocidas en el precepto dictado, debe ser confirmada.

Por una parte la obra consistente en levantar un muro en el patio de los demandados, a fin de evitar humedades y lograr, cerrando el espacio con un forjado, una ampliación de la planta baja, es plenamente correcta, y frente a ello no son atendibles los argumentos relativos a que el demandado no reside habitualmente en la localidad, o que el espacio de ampliación sea de reducidas dimensiones.

El punto más debatido es el relativo a la elevación del muro lateral, que cubre la ventana de la actora situada en planta primera y que, a criterio de la recurrente, carece de toda finalidad constructiva. Sin embargo, la tesis sustentada en la sentencia que se recurre es ajustada a derecho, ya que el cierre realizado tiene fundamento en la protección del derecho a la intimidad, reconocido constitucionalmente, y que en este caso se vería seriamente afectado por las vistas de los ocupantes de la casa de la actora, pues podrían desde su ventana observar, a muy escasa distancia, toda actividad que se realizara en el espacio de terraza de los demandados sita en planta primera, siendo relevante el hecho de que tal actividad se llevaría a efecto en el domicilio de éstos, que es el espacio privilegiado de intimidad.

Como expresa la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 2004 (Sala Primera), en su fundamento jurídico segundo, "Constituye doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 CE, en cuanto derivación de la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10.1 CE, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana"; de modo que "confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido (SSTC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 5; 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3; 89/1987, de 3 de junio, FJ 3; 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3; 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3, y en general las SSTC 134/1999, de 15 de julio, 144/1999, de 22 de julio, y 115/2000, de 10 de mayo). De ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal

que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada".

Los derechos fundamentales, constitucionalmente reconocidos, tienen relevancia no sólo respecto a la actuación de las administraciones públicas y al poder legislativo, a quienes obliga a actuar y legislar en protección adecuada de ellos, sino también a los particulares en sus relaciones de derecho privado, por cuanto el ejercicio de los derechos que las normas civiles les reconocen ha de llevarse a cabo teniendo en consideración especial el horizonte de los derechos fundamentales, que no podrán ser vulnerados en la relación jurídica, salvo que exista norma expresamente habilitadora; y, en el mismo sentido, la posible estimación de un abuso de derecho habrá de hacerse ponderando la necesaria protección de esos derechos.

En este caso, las circunstancias ya reseñadas conducen a estimar que la actuación de los demandados, levantando el muro que cubre la ventana de la casa de la actora, está amparada en la norma jurídica civil y se llevó a cabo para la protección del derecho a la intimidad, de modo que no ha existido abuso de derecho ni ejercicio antisocial del mismo, y por ende la sentencia de la Audiencia Provincial no ha vulnerado la norma contenida en el artículo 144.3 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

QUINTO.— Como tercer motivo del recurso esgrime la parte recurrente la infracción del mismo precepto de la Compilación aragonesa, al tocar la obra realizada la pared privativa del edificio de su mandante; y añade, en defensa del motivo, que la posibilidad de edificar "sin sujeción a distancia alguna" que recoge el artículo 144.3 tiene como límite la propiedad del edificio colindante.

El motivo de recurso no puede prosperar, porque en el caso de autos la construcción realizada no ataca a la propiedad de la parte demandante, y ahora recurrente. Se declara probado que el muro construido en terreno de los demandados, aunque esté adosado o arrimado al inmueble contiguo, no afecta al derecho de la actora: "aun suponiendo que su pared de cierre sea privativa, pues no carga sobre ella ni la utiliza estructuralmente", dice la sentencia de segunda instancia. Con ello no se introduce ningún gravamen ilegítimo sobre el predio de la parte actora, pues, como afirma con acierto la sentencia impugnada, ello es habitual en casas adosadas.

En resumen, la parte actora aprovechó el terreno de su propiedad para construir hasta el límite, y los demandados han hecho lo propio, en ejercicio de su derecho, por lo que la sentencia recurrida no ha ignorado ni infringido el artículo 144.3 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

SEXTO.— En el cuarto motivo del recurso de casación se denuncia la infracción del artículo 144.2 de la Compilación aragonesa, en cuanto previene que para salvaguardar las relaciones de vecindad entre los vecinos en los huecos debe de colocarse reja remetida y red de alambre o protección semejante o equivalente, de modo que —sigue diciendo el recurrente— el demandado solo tiene derecho a exigir a esa parte que en los huecos se coloque reja remetida o red de alambre, pero no tiene derecho a proteger dichas relaciones de vecindad y su intimidad mediante el levantamiento del muro, o mediante la realización de un cerramiento.

El motivo está condenado al fracaso, tanto en su petición principal —derribo de toda la construcción—, como en la subsidiaria —derribar la parte del muro que supera el forjado—.

En efecto, la exégesis del artículo 144 de la norma aragonesa, considerado en su conjunto, conduce a entender que, en las relaciones ordinarias entre predios contiguos, es posible en Aragón abrir huecos para luces y vistas a cualquier distancia del predio ajeno, tanto en pared propia como en medianera, sin sujeción a dimensiones determinadas y, por tanto, sin sujetarse a las limitaciones que para estas relaciones de vecindad establece el Código Civil; sin embargo, dentro de las distancias marcadas por el art. 582 de este Código, los huecos carecerán de balcones y voladizos y deberán estar provistos de la protección que refiere la norma, de forma que no se produzca signo aparente de servidumbre; y en todo caso, esta facultad de apertura de huecos para luces y vistas, que en principio facilita la entrada de luz en el edificio y hace posible las vistas, aun limitadas, sobre fondo ajeno, no afecta al derecho del propietario de éste a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna, lo que en la exégesis que se ha explicitado en los precedentes fundamentos jurídicos significa que este derecho de edificación o construcción se refiere al pleno aprovechamiento de los derechos dominicales que corresponden al titular del fondo vecino, pero no a simplemente tapiar los huecos abiertos por el vecino, sin razón constructiva alguna.

En el caso de autos, evidenciada la razón por la que se ha producido el levantamiento del muro y la construcción del forjado, en los términos antes expuestos, no se ha producido infracción del precepto mencionado en la sentencia de la Audiencia, que simplemente reconoce y ampara el derecho de los propietarios, aquí demandados, a construir en el ámbito de su propiedad.

SÉPTIMO.— El quinto y último motivo del recurso denuncia la vulneración del art. 145 de la Compilación Aragonesa, afirmando el recurrente que, dado que el tejado de su edificación vuela sobre el patio de luces, siendo dicho voladizo del tejado un signo aparente de luces y vistas, por ello no puede construirse en el patio, debiendo de respetarse las distancias que marca el Código Civil.

La invocación del precepto se hizo ya en la demanda, si bien con otra argumentación, ya que se utilizaba como fundamento del amparo de la acción ejercitada. En efecto, en el escrito de iniciación del proceso la parte demandante establecía que, con arreglo al art. 145 de la Compilación, los voladizos en pared propia o medianera, que caigan sobre fondo ajeno son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas. Siendo así que el edificio de su mandante en el tejado tiene un voladizo, todo lo que está debajo del mismo le pertenece en propiedad, y dado que el muro construido está debajo de dicho voladizo, y por lo tanto ocupa una parte de la propiedad de su mandante, por este motivo debe ser derruido. Dicha argumentación pretendía amparar el contenido del *petitum*, en el que se demandaba una sentencia que declarase que el patio de luces es un elemento común de los edificios descritos en el hecho primero y segundo de la demanda, patio de luces del que su mandante es copropietario

junto con los demandados; y subsidiariamente, se considerase que dicho patio es una forma especial de comunidad de utilización o aprovechamiento, que genera un derecho al uso del mismo por parte de su mandante.

De ello se desprende que no se ha ejercitado en el proceso acción declarativa de servidumbre de luces y vistas, a la que se refiere el art. 145 de la Compilación, cuya infracción se denuncia. Lo que afirma el precepto es que los voladizos que caigan sobre fondo ajeno, como sucede en el caso de autos, son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, lo que podría, en su caso, dar lugar al ejercicio de la acción confesoria en reconocimiento de tal derecho, que constituye una limitación de las facultades a ejercitar por parte del propietario del fondo ajeno. Sin embargo tal acción no ha sido ejercitada, sino que se ha utilizado el apoyo del art. 145 de la Compilación para pedir la tutela de un derecho que no tiene amparo en dicho precepto, pues la existencia de un alero o voladizo que caiga sobre fondo ajeno no determina que el espacio sobre el que el mismo sobrevuela pase a ser propiedad de la finca en la que se sitúa dicha tejado.

Por ello, la sentencia de la Audiencia Provincial no ha infringido la norma denunciada. Sencillamente ni siquiera la cita, porque su objeto y finalidad es distinto del comprendido en la acción que se ejercita, y conforme al principio *iura novit curia* el Tribunal debe aplicar al caso la norma que resulte procedente, y no aquellas que, aun invocadas por las partes, no guarden relación con las pretensiones ejercitadas.

OCTAVO.— La desestimación de todos los motivos conduce al rechazo del recurso de casación interpuesto, con imposición a la parte recurrente de las costas de este recurso extraordinario conforme a lo establecido en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 14 de enero de 2008. Relaciones de vecindad: Las ventanas, por sí mismas, son únicamente una manifestación del dominio y no suponen la realización de acto alguno de posesión sobre la finca hacia la que se mira, ni siquiera una posesión meramente tolerada:

«SEGUNDO: Los apelantes, por otra parte, sostienen que su acción interdictal debe prosperar en atención a la prueba documental, testifical y pericial practicada en primera instancia. La Sala debe discrepar de este planteamiento. Ha quedado acreditado, en efecto, que la edificación promovida por la demandada en la propiedad colindante a la de los actores llevará consigo que varias de las ventanas interiores existentes en este último inmueble quedarán tapadas cuando concluya la referida construcción, bien que el resto de las ventanas interiores, según quedó asimismo probado, no se verán afectadas al comunicar con un patio de luces que será respetado por la demandada, y resulta igualmente de la prueba que ninguna de estas ventanas estaba provista de voladizos o salientes sobre el fondo contiguo. A todo ello hay que añadir que el art. 144 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón establece en su párrafo primero la facultad de abrir en pared propia o medianera huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas, añadiendo en el párrafo tercero que dicha facultad no limita el derecho del propietario del fondo vecino a edifi-

car o construir en él sin sujeción a distancia alguna, y que el art. 145, por su parte, señala que no son signos aparentes de servidumbre la falta de las protecciones (reja de hierro y red de alambre) a que se refiere el párrafo segundo del artículo anterior.

Así las cosas, y como decíamos en nuestras Sentencias de 25 de enero de 1996 y de 11 de julio de 2001, no hay en principio inconveniente alguno en que con el proceso de tutela sumaria de la posesión que antiguamente era conocido como interdicto de obra nueva se proteja una servidumbre de luces y vistas, sin que sea necesario, dada la propia naturaleza del proceso interdictal, que se acredite totalmente la titularidad de un derecho de servidumbre de luces y vistas sobre el solar en donde se halla la obra que se quiere parar, pues bastará con constatar la existencia de una razonable controversia sobre la existencia del pretendido derecho de servidumbre para que así, siguiendo el consejo de que es mejor prevenir un mal que luego tener que evitarlo, proceda en su caso paralizar la obra, dejando para el ulterior declarativo la fijación definitiva de si existe o no realmente la servidumbre y si, en consecuencia, existe o no el derecho a construir. Ello no obstante, y como también mencionábamos en las expresadas resoluciones, la mera existencia de unas ventanas, que no consta que tengan voladizos invadiendo el predio contiguo, no supone acto alguno de posesión sobre la finca vecina, pues el actor es muy libre de tener o no en su propia finca una construcción cerrada con pared con o sin ventanas, dado que la apertura de éstas, tanto en pared propia como en medianera, desde siempre ha sido tolerada por la Ley en Aragón como una facultad derivada del estatuto normal del propio dominio, de modo que las ventanas, por sí mismas, son únicamente una manifestación de ese dominio y no suponen la realización de acto alguno de posesión sobre la finca hacia la que se mira, ni siquiera una posesión meramente tolerada, pues con las ventanas únicamente se disfruta del propio predio, aunque se pueda mirar hacia la finca del vecino, pero sin que por ello se pueda decir que se posee en modo alguno la finca que se ve o de la que se reciben luces. De esta manera, al igual que la parte actora es libre de tener o no una construcción cerrada con pared con o sin ventanas cerca del lindero, también su colindante tiene el mismo derecho a tener o no en su propia finca otra construcción cerrada con pared, sin más límite que la interdicción del ejercicio abusivo de los derechos y sin que al construir dentro de su dominio pase a realizar acto alguno de posesión sobre la finca cuyas ventanas pasan a quedar inutilizadas. Es decir, si no hay voladizo invadiendo la finca vecina, la mera presencia de las ventanas no supone rebasar en el ejercicio de la posesión los límites del propio predio, salvo que se hubiera realizado un acto obstativo impidiendo al vecino construir, momento a partir del cual el dueño de la finca que lo formula no sólo sigue disfrutando de su propia finca sino que, además, comienza a poseer de hecho una servidumbre de luces y vistas, aunque todavía no se tuviera derecho a ella, sin perjuicio de que la servidumbre pudiera llegar a adquirirse por usucapación conforme a las Leyes aragonesas. En el presente caso, y excepción hecha de la interposición de la propia demanda interdictal, no se ha acreditado, mediante pruebas objetivas distintas de las solas manifes-

taciones de una de los demandantes, que haya existido por parte de éstos acto obstativo alguno hacia la construcción promovida por la demandada. Por todo lo expuesto, la demanda debe ser rechazada como ya lo fue en primera instancia.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 22 de febrero de 2008. Relaciones de vecindad. Es objeto de enjuiciamiento si el cierre de una ventana abierta en el inmueble del demandante por el levantamiento de un muro se ha realizado con o sin abuso de derecho:

«PRIMERO. El actor Sr. alegó en su demanda que el demandado Don, propietario del edificio sito en el núm. 9 de la calle de la localidad turolense de, colindante con el inmueble propiedad del actor, procedió a levantar una pared en el solar destinado a patio de luces que le ha supuesto el cerramiento de una ventana de su casa que daba a la finca del demandado y que cumplía el servicio de dar luz y ventilación a una de sus habitaciones. Solicitó el actor la condena del demandado a la reapertura de la ventana existente en la segunda planta de la vivienda propiedad de aquél, eliminando la pared o muro que ha ocasionado el cierre de la misma. El Sr. se opuso 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 vivienda del actor respondía al régimen normal en las relaciones de vecindad para dar luz y ventilación a una de las estancias de la casa, 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.

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 del demandado, oponiéndose éste al recurso formulado de contrario.

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 y se trata (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 octubre 1964 (RJ 1964\4140) 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.º 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 preciso que se haga una construcción propiamente dicha y que esa construcción conlleve la necesidad de cerrar los huecos y ventanas que se abran, bien en pared propia del que disfruta de ellos, bien en pared medianera.

El problema que se dilucida en el presente proceso es si el cierre de la ventana abierta en el inmueble del actor por el levantamiento de un muro en la casa del Sr. se ha realizado con abuso de derecho por parte de éste contraviniendo lo dispuesto en el artículo 7 del Código Civil que impone a cualquier titular de un derecho, de la naturaleza que sea, ejercitarlo conforme a las exigencias de la buena fe; 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. Ahora bien, debe partirse de que los supuestos en los 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, recordando en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1418), "... el ejercicio abusivo de un derecho sólo existe cuando se hace con intención de dañar, o utilizando el derecho de un modo anormal y contrario a la convivencia, y como remedio extraordinario sólo puede acudir a la doctrina del abuso del derecho en casos patentes y manifiestos, como exige el artículo que el motivo invoca, sin que resulte provecho alguno para el agente que lo ejercita, sólo imbuido del propósito de causar daño a otro interés jurídico".

Ha quedado probada en autos la utilidad de la obra realizada por el demandado para unificar la planimetría de la superficie del patio de luces de su propiedad, por lo que esta Sala comparte con la juzgadora de instancia que el levantamiento del muro no se realizó con la única finalidad de perjudicar al demandante, sin que sea exigible al demandado realizar una obra más compleja— aun cuando a la vez sea sencilla (en palabras del perito)— para salvar el hueco de que disponía el actor por cuanto, como expone la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4), de 5 abril de 2004 (JUR 2004\141226) en un caso semejante al que nos ocupa y de perfecta aplicación a éste "... dicha posibilidad no constituye en modo alguno una obligación. La existencia del hueco de tolerancia previsto en la normativa no origina una servidumbre a favor de la actora. El hecho de que el hueco se haya visto tapado puede perjudicar a la demandante, pero ello no puede suponer que sus vecinos estén obligados a respetar el hueco, los codemandados procedieron a levantar una pared ejercitando un derecho legítimo y con una finalidad adecuada, por lo que la actora, en función de una convivencia que no está amparada legalmente, no puede exigir que tal obra se vea modificada."

Por todo ello, del contenido y finalidad de la técnica constructiva utilizada debe deducirse que nos hallamos ante una construcción amparada en el art. 144.3 de la Compilación de Derecho Civil Aragonés que no supone abuso de derecho proscrito por el artículo 7 del Código Civil, debiendo ser confirmada la sentencia apelada. "

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 7 de abril de 2008. No puede ser aplicado en este supuesto el artículo 144 de la Compilación por cuanto solo está previsto para aquellos casos en que la apertura de huecos tenga lugar en pared propia o medianera, no en pared privativo en fundo vecino:

«PRIMERO. Formulada por la actora doña demanda de juicio ordinario ejercitando una acción reivindicatoria de dominio y subsidiariamente acción negatoria de servidumbre contra don respecto al muro que dice de su propiedad donde el demandado ha abierto una ventana, es desestimada por la juzgadora de instancia sobre la base de no haber quedado debidamente acreditado que la superficie del patio donde se construyó el muro litigioso sea titularidad de la actora. Esta razón, dice la juzgadora de instancia, es suficiente para desestimar así mismo la acción negatoria de servidumbre ejercitada por la actora de forma subsidiaria.

Frente a dicha resolución se alza ahora la demandante solicitando la revocación de la sentencia apelada y el dictado de otra que estime totalmente las pretensiones de la demanda. El demandado interesa su confirmación.

SEGUNDO. No ha sido una cuestión discutida en el presente procedimiento que el muro objeto del mismo fue realizado exclusivamente por el padre de la actora don, y en este sentido han declarado los testigos don, albañil de profesión, que lo construyó en el año 1998 por encargo de don; doña, quien manifiesta constarle dicha circunstancia; y don, actual propietario del núm. 7 de la calle antes perteneciente a la familia; el propio demandado admite que no construyó la tapia ni participó en su coste. Lo que puso en entredicho la parte demandada en su contestación a la demanda fue la falta de acreditación por parte de la actora de que el patio donde su padre construyó el muro litigioso sea de su propiedad por cuanto entiende que no hay ni ha habido signos que pongan de manifiesto que el terreno ocupado por el actual patio fuera en ningún momento propiedad de quien se dice transmitente, de modo que no ha podido vendérsela al Sr., propietario del núm. 2 de la Calle, considerándolo el demandado como "una porción de suelo ajena a estas propiedades, como ellas mismas han expuesto en las actuaciones anteriormente mencionadas (refiriéndose a los autos de Interdicto de Recobrar núm. 87/97 del Juzgado de Primera Instancia de Calamocha), sin que ninguna pudiera acceder a él directamente y sin que nadie haya actuado como dueño del mismo en modo alguno". Añade que la apertura del hueco cuyo cierre se pretende en este juicio y que da al patio interior "no es mi más ni menos que el ejercicio de un derecho que hace tiempo se reconoció a mi mandante, y es que, con fecha 10 de diciembre de 1.997 se dictó sentencia núm. 81 por el Juzgado de 1ª Instancia de Calamocha, en ese sentido".

Las continuas referencias hechas por el demandado al interdicto que en fecha 22 de julio de 1.997 presentaron frente a él —como titular del núm. 3 de la calle— los entonces propietarios de los núms. 7 de la calle y 2 de la calle, y su pretensión de fundar la apertura de la ventana ahora litigiosa en el contenido de la sentencia recaída en aquel procedimiento en fecha 10 de diciembre de 1.997, exigen hacer la siguiente precisión: la superficie a la que se refieren ambos pleitos no es coincidente. En aquel interdicto el Sr., como propietario del núm. 2 de la

calle, y el Sr., como titular del núm. 7 de la calle, pretendían recuperar la posesión de las ventanas que ambos inmuebles tenían abiertas hacia la propiedad del Sr. y que éste cerró al construir dentro de su dominio, en lo que antes era como una prolongación del patio ahora propiedad de la Sra.. En dicha resolución el Juzgado de Calamocha no reconoció al Sr., a diferencia de lo que éste pretende hacer ver, derecho alguno sobre el patio donde el Sr. construyó el muro pues se limitó a declarar que los huecos de los que disfrutaban las viviendas de los entonces demandantes (Sres.) sobre la propiedad del Sr. eran de mera tolerancia y su permisión se enmarcaba dentro de las relaciones normales de vecindad aragonesa. También debe aclararse, ante la insistencia sobre este tema por parte del demandado-apelado, que en aquel interdicto interpuesto en el año 1.997 los entonces actores no calificaron la superficie que en el pleito actual nos ocupa como un patio interior de luces sin dueño, ni admitieron que tuvieran derecho a disfrutar de él todos los colindantes. Pero es que, además, como se ha dicho, el "patio interior" al que se refirieron los Sres. en el interdicto no se corresponde con el "patio" o "corral" que adquirió el Sr. de la Sra en el año 1.998 (aquel patio, al que daban las ventanas de don Ángel y del Sr. era propiedad de don Julián y éste lo cerró hasta el límite de su dominio. El patio ahora en litigio era un corral de la casa núm. 7 de la calle de).

TERCERO. Analizados por la juzgadora de instancia los elementos probatorios obrantes en autos, entre ellos la escritura privada de compraventa de fecha 29 de septiembre de 1.998 suscrita por don —como comprador— y doña —como vendedora— llega a la conclusión de que el padre de la actora Sr. adquirió un solar sito en la calle de la localidad de, por cuanto dicho contrato cumple con los requisitos marcados en el artículo 1.261 del Código Civil y no puede desvirtuarse un contrato privado por el hecho de que se refiera a bienes inmuebles dado que el requisito marcado en el artículo 1.280 de dicho cuerpo legal no puede ser considerado como constitutivo. Sin embargo no admite la juzgadora a quo equivalencia entre el terreno adquirido y aquél donde se ha construido el muro que ahora se reivindica. Niega así mismo la resolución impugnada que en la actualidad la porción adquirida por el Sr. sea propiedad de la demandante por entender que no aparece la misma en la escritura de aceptación de herencia otorgada ante el Notario de Zaragoza don José Enrique Cortés Valdés por los herederos de don. Concluye que no se ha acreditado que la pared litigiosa fuera edificada realmente en la propiedad adquirida por el padre de la actora.

No puede compartir la Sala los fundamentos esgrimidos en la sentencia apelada por cuanto de las alegaciones de las partes, documentos aportados por éstas y declaraciones testificales practicadas resulta que lo con unos linderos perfectamente definidos que según la escritura privada de compraventa de fecha 29 de septiembre de 1.998 son los siguientes: al Oeste o frente con la calle de la, al Sur con la propiedad de don, al Norte con herederos de y al Este o fondo con el inmueble núm. 3 de la calle M, propiedad de don. Es el único solar que existe en la calle, está claramente definido en el Catastro y delimitado por los linderos que aparecen en dicho registro público coincidentes con los precisados en la escritura de compraventa y se corresponde con el corral

que antiguamente pertenecía a la casa sita en el núm. 7 de la calle (según manifestación de los testigos referenciados anteriormente), por lo que no existe posibilidad alguna de que sea confundida su identidad, y ello con independencia de la diferente medición de su superficie en la escritura privada de compraventa (donde constan 8 m<sup>2</sup>) y en el informe pericial emitido por el Arquitecto Técnico don (donde constan 12,90 m<sup>2</sup>) que en nada afecta a la identidad del inmueble. El mismo demandado habla en todo momento de esa porción de terreno como un espacio determinado, como un "patio" único. Tampoco ofrece duda la transmisión de dicho patio a los herederos del Sr. pues cuando en la escritura pública de aceptación de herencia se hace referencia a la casa sita en (Teruel), calle núm. 2, se considera como lindero fondo ", y", no "patio interior", por lo que debe entenderse ya incluida en dicho inmueble la superficie adquirida por don de la Sra.. El propio colindante Sr. ha declarado que cuando compró la casa que antes pertenecía a la familia quiso adquirir también el corral ahora cuestionado pero le dijeron que ese trozo estaba vendido, por lo que antes de abrir una ventana a dicho patio pidió permiso al propietario del mismo, al Sr..

Ha quedado así mismo acreditado que el muro fue construido por el Sr. dentro de la porción de terreno adquirida al Sr., por lo que debe considerarse así mismo privativo, y que el demandado ha abierto sobre dicha pared privativa una ventana sin consentimiento de su propietario, por lo que concurren todos los requisitos exigidos jurisprudencialmente para la prosperabilidad de la acción reivindicatoria, es decir, el título legítimo de dominio en el reclamante, la identificación de la cosa que se pretende reivindicar y la detentación injusta de quien posee la cosa, sin que pueda ser aplicado en este caso el régimen de las relaciones de vecindad contemplado en el artículo 144 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón por cuanto sólo está previsto para aquellos casos en que la apertura de huecos tiene lugar en pared propia (a cualquier distancia de predio ajeno) o en pared medianera, pero no en pared privativa del fundo vecino.»

— Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de abril de 2008. Concepto de "voladizo". Inexistencia de servidumbre de luces y vistas:

«PRIMERO.— Los hechos que constan acreditados en la instancia, sin discusión de las partes en el presente recurso, evidencian la colindancia de las fincas de los recurrentes sitas en la localidad de Benasque (Huesca), así como la apertura en la pared de la vivienda propiedad del ahora recurrente que es colindante con la finca del recurrido de varios huecos, sin colocación de reja de hierro, red de alambre ó protección equivalente. Con base en tal hecho la demanda rectora del procedimiento fue planteada por don Marcial M. R. en pretensión de que la parte contraria colocara en tales huecos reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección equivalente, por considerar de aplicación lo dispuesto en el artículo 144 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón al régimen de luces y vistas. Frente a lo cual el demandado se opuso por entender que había adquirido derecho de servidumbre de luces y vistas sobre la finca del actor por la usucapión prevista en el artículo 148 de la misma Compilación.

El Juzgado de Primera Instancia de Boltaña, tras considerar probado que el voladizo exterior de uno de los huecos tenía tan solo 5 centímetros, consideró que este vuelo no tenía entidad suficiente para fundamentar la existencia de un signo exterior de servidumbre, además de que, aún considerando acreditado que los huecos existían desde la construcción de la vivienda del demandado, sin embargo no por ello podía considerarse existente posesión inmemorial en los términos y con los efectos previstos en el artículo 148 de la Compilación porque, al ser la de luces y vistas servidumbre negativa debía existir un acto obstativo a la servidumbre para el comienzo de la prescripción adquisitiva, de modo que, según la sentencia, resulta incompatible tal régimen de adquisición por usucapión en el caso de esta servidumbre y las demás negativas. En consecuencia, el Juzgado estimó la demanda principal del pleito condenando al demandado en el sentido interesado por el actor principal, y en concreto: "a colocar en todos los huecos existentes que se aprecian en la fotografía nº 5 unida a la demanda, reja de hierro remitida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente".

Interpuesto recurso de apelación, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca ahora recurrida en casación fundamenta la desestimación del recurso en que no cabe entender que exista adquisición por posesión inmemorial de servidumbre basada en el signo exterior que era el voladizo, porque el alféizar de una de las ventanas no constituía en este caso signo exterior que evidenciara la existencia de una servidumbre.

SEGUNDO.— Ahora, en el recurso de casación interpuesto, el único motivo de impugnación se funda en la alegación de que la posesión que ha detentado el recurrente respecto de los huecos de luces y vistas es inmemorial, por lo que, en consecuencia con tal situación, y por aplicación de lo establecido en el artículo 148, inciso último de la Compilación Aragonesa de Derecho Civil, ha adquirido por usucapión la servidumbre, sin necesidad de ningún otro requisito ni, especialmente, el de presencia de un acto obstativo del dueño del predio sirviente que determinara el comienzo del plazo para la prescripción adquisitiva. De modo que queda así centrado el motivo de recurso y las consideraciones jurídicas que en él se contienen en la concreta alegación de que siendo posesión inmemorial no era preciso acto obstativo para la adquisición de la servidumbre.

Tal y como se formula el recurso de casación combate en realidad un argumento que no fue el fundamento principal de la sentencia impugnada, porque la sentencia dictada por la Audiencia Provincial no entró en la consideración de si siendo posesión inmemorial de servidumbre es o no preciso acto obstativo, sino que basó la desestimación del recurso en considerar que no se daba realmente posesión de servidumbre de luces y vistas, sino sólo posesión y uso del derecho de luces y vistas propio de las relaciones de vecindad del Derecho Civil Aragonés.

Así, la sentencia impugnada expone, en argumentos no combatidos en el recurso de casación y que detallan tanto los hechos a valorar como diversas sentencias que han tratado la cuestión, que el alféizar de cinco centímetros que sobresale de uno de los huecos de la pared del inmueble del recurrente no tiene la

consideración de voladizo a los efectos de poder ser considerado signo exterior de servidumbre de luces y vistas y, por tanto, concluye que no puede partirse de la presencia de voladizo a efectos de poder declarar existente servidumbre de luces y vistas.

Conclusión que es plenamente ajustada a los hechos constatados y a la normativa de aplicación, puesto que no cabe considerar como un voladizo propiamente dicho y a los efectos prevenidos en el artículo 145 de la Compilación Aragonesa a cualquier saliente de la pared, aunque su finalidad sea de mero remate estructural de la ventana o cierre arquitectónico de una parte del edificio, si no tiene como uso previsto el de que una persona pueda salir al exterior de su propia casa para ganar vistas, frontal y lateral, sobre el predio sirviente.

TERCERO.— Antes de tratar el régimen propio de las servidumbres, la Compilación de Derecho Civil de Aragón regula en el Libro Tercero, Título Primero, y bajo rúbrica "De las relaciones de vecindad", artículo 144, el régimen derivado de las relaciones de vecindad entre fundos vecinos. En este régimen basado en la tolerancia, y como se indica en sentencias de este Tribunal de fechas 13 de noviembre de 2002 o 23 de febrero de 2005, no cabe entender que no surjan derechos a favor de quien dispone del beneficio de los huecos abiertos, porque el titular de la pared propia o medianera en la que han sido abiertas las ventanas sí ostenta un auténtico derecho dimanante de su dominio o de otro derecho real de goce. Lo que, a su vez, conlleva las respectivas obligaciones para el titular del fundo hacia el que son abiertos los huecos de soportar las luces y vistas que disfruta el vecino.

Ahora bien, tales recíprocos derecho y obligación nacen y se mantienen en los términos previstos en el artículo 144 ya citado, de modo que, en lo que interesa en este recurso, el dueño de la pared en que los huecos están abiertos, en el caso de darse dentro de las distancias previstas en el artículo 582 del Código Civil, tiene obligación de colocar reja de hierro remitida en la pared y red de alambre o protección equivalente. Mientras que el dueño del fundo vecino sobre el que se abrieron los huecos siempre mantendrá el derecho a exigir que la protección se coloque.

Al lado de lo anterior, en el Libro Tercero, Título Segundo, bajo rúbrica "De las servidumbres", artículo 145, se prevé en la Compilación la regulación de la servidumbre que guarda relación con el procedimiento, estableciendo que "Los voladizos, en pared propia o medianera que caigan sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas. No lo son la falta de la protección señalada en el artículo anterior ni tampoco los voladizos sobre fundo propio. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil".

Entre ambas instituciones tan solo es valorable la posible existencia de prescripción adquisitiva de los artículos 147 y 148 respecto de las servidumbres, no cuando la posesión que se ostente sea del derecho y facultades derivadas de las relaciones de vecindad, pues en este caso, conforme resulta del ya citado artículo 144, el vecino que soporta los huecos siempre mantendrá el derecho a reclamar y obtener que se coloquen las protecciones legalmente previstas.

CUARTO.— En el caso de autos, partiendo de la premisa sentada en la sentencia de instancia, y no

debatida en el recurso de casación, de que el alféizar que sobresalía de uno de los huecos no puede entenderse voladizo en los términos que exige el artículo 145 de la Compilación para poder estimarlo signo aparente de servidumbre, y considerando que conforme previene el mismo artículo 145, la ausencia de reja y red o protección equivalente no es tampoco signo exterior de servidumbre, la conclusión que se obtiene es que lo que el recurrente ha disfrutado desde mucho tiempo atrás, es el derecho derivado de las relaciones de vecindad, pero no de un derecho que pudiera surgir de una servidumbre de luces y vistas.

Con ello, y respecto de la pretendida adquisición de servidumbre, falta la posesión del recurrente como titular del derecho de servidumbre pretendido, que es la premisa jurídica básica y primer y esencial requisito previsto en el artículo 1940 del Código Civil para poder llegar a la adquisición por usucapión. Sin que pueda estarse a entender que basta con que el poseedor considera que lo poseído lo era a título demanial, porque como indica, con cita de otras varias, sentencia del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1990, (ponente Excmo. Sr. Santos Briz), al resolver sobre la adquisición por usucapión que se pretendía respecto de bienes previamente poseídos en usufructo otorgado en testamento, debe estarse a que "la posesión en concepto de dueño como base de la usucapión no es un concepto puramente subjetivo o intencional, es decir que el poseedor (...) no pudo en modo alguno, a su capricho, desprenderse de su cualidad de usufructuario y pasar a poseer en concepto de dueño para poder usucapir..." Doctrina a la que procede estar en el presente caso, en el que, con independencia de cuál fuera la intención o sentimiento subjetivo del recurrente o sus predecesores en la posesión, lo que realmente consta que se poseyó, considerando los datos objetivos presentes y conforme a la apariencia exterior de los inmuebles propiedad de los litigantes, fueron sólo las facultades derivadas de los derechos propios de la relación de vecindad aragonesa, nunca de facultades propias de una servidumbre de luces y vistas.

QUINTO.— Por tanto, siendo la institución presente la propia del artículo 144 de la Compilación y no la servidumbre de los artículos 145 y siguientes del mismo cuerpo normativo, la cuestión a tener en cuenta para resolución de la litis no es cuánto tiempo debe poseerse el derecho o desde cuándo, sino la de que no pudo prescribir a favor del recurrente derecho alguno de titularidad de servidumbre, pues nunca la poseyó como tal. Por tanto no ha quedado limitada la posibilidad del dueño del fundo que soporta los huecos de exigir el respeto de tal relación legal de vecindad, obligando a quien disfruta de la luz y vistas de los huecos a colocar las protecciones previstas en la Compilación.

Todo lo cual conlleva la desestimación del recurso de casación que se ha formulado contra la sentencia de la Audiencia Provincial en la que, confirmando la dictada por el Juzgado, mantiene el derecho que asiste a la parte ahora recurrida a que el recurrente coloque en sus huecos reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente.

SEXTO.— No se considera que el asunto debatido contenta serias dudas de hecho o de derecho, por lo que, de conformidad con lo establecido en los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede

imponer al recurrente el pago de las costas causadas en el presente recurso de casación.»

— Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 14 de julio de 2008. Concepto de "voladizo". Relaciones de vecindad. Inexistencia de servidumbre:

«PRIMERO.— Antes de examinar los motivos de casación planteados, y para centrarlos adecuadamente, conviene hacer referencia a los datos que se indican a continuación.

La actora es titular de un fundo rústico en Ainsa, colindante con la casa propiedad de la demandada en la que ésta ha realizado una serie de obras en función del decidido destino del inmueble como hotel rural. Por considerar algunas de dichas obras perjudiciales a sus intereses, la actora formuló la demanda que dio origen al presente procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia de Boltaña estimó parcialmente la demanda. La sentencia —y a los efectos que ahora interesan— determinó, en primer lugar, que no existía voladizo a los efectos de constituir un signo aparente de servidumbre de luces y vistas en ninguno de los tres grandes huecos abiertos en la fachada posterior del edificio colindante con el predio de la actora. En consecuencia, condenó a colocar en ellos la protección exigida en el art. 144 de la Compilación Aragonesa, salvo en el tercer hueco (contando desde el tejado) por entender, respecto del mismo, que había prescrito la acción para pedir la colocación de reja y red. En segundo lugar, acerca de dos huecos correspondientes, respectivamente, a evacuación de vapor de la secadora, y a salida de aire procedente de aparato de aire acondicionado, resolvió, en cuanto al primero, no estimar la pretensión actora al no apreciar la existencia de molestias objetivas para la misma, y en cuanto al segundo, dispuso que la rejilla, que estaba colocada hacia abajo, debía colocarse hacia arriba con el fin de evitar molestias.

Apelada la sentencia, la de segunda instancia desestimó la impugnación de la demandada, y amplió la estimación de la demanda en una serie de extremos. En concreto —y a los efectos que aquí interesan— condenó a la demandada a no dar salida de aire por el orificio conectado a la secadora ni por la rejilla de aireación del aparato de climatización situado en la parte superior de la ventana antes mencionada.

SEGUNDO.— El primero de los dos motivos de casación formulados por la demandada denuncia infracción por aplicación indebida del artículo 145 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, y no aplicación del artículo 147 del mismo texto legal. El pedimento que incluye en el suplico del recurso en relación con este primer motivo, se formula así: dada la existencia de servidumbre de luces y vistas en relación con los balcones de la primera y segunda planta... se desestime la demanda planteada en los extremos relativos a la petición de colocación de protección en dichos balcones. Debe recordarse que, como ya hizo notar la sentencia recurrida, la parte, aun sin calificarlo de forma expresa, vino a aducir la usucapión como medio de adquisición de la servidumbre de luces y vistas, para oponerse a la pretensión actora relativa a la colocación de reja y red, pero no llegó a formular reconvencción. Ahora, en el recurso, expresa que la primera cuestión que se plantea en él se centra en si los balco-

nes existentes en la primera y segunda plantas... tienen o no la condición de voladizo a los efectos de constituir signo aparente de servidumbre de luces y vistas.

Ocurre que, en relación con el que denomina balcón de la primera planta, resulta improcedente semejante pronunciamiento. En efecto, la actora parece olvidar que la demanda ya se desestimó —si bien por la causa de pedir opuesta con carácter subsidiario, cual fue la prescripción de la acción para exigir reja y red— en este concreto punto. No hay gravamen que legitime a la parte para recurrir en relación con el contenido de la sentencia concerniente a dicho hueco. Como dice la STS de 14 de marzo de 2005 y las en ella citadas, es doctrina de esta Sala que la posibilidad de interponer recurso corresponde únicamente a la parte agraviada, sin que esté permitido a un litigante impugnar la sentencia que le absuelve, de tal modo que sin gravamen no hay legitimación.

Por consiguiente, es ocioso ahora entrar a examinar un aspecto que, con independencia de la conclusión que pudiera alcanzarse, nunca podría conducir a una correlativa modificación del fallo, que ya resultó favorable al recurrente en este particular. Esto, sin perjuicio de lo que más adelante diremos.

TERCERO.— Por lo que hace al balcón de la segunda planta, es inexacto afirmar, como hace la parte, que ha quedado acreditado que, al menos desde 1904, existían dos balcones con un voladizo de unos 20 cm. y con barandilla... Y tampoco es cierto —lo que también afirma la parte— que la sentencia apelada reconozca que el citado voladizo viene existiendo desde al menos el año 1904, pues, aparte de que no se le reconoce la condición de voladizo, la referencia está hecha a propósito del hueco del primer piso. Y, en cuanto al del segundo, lo que dice la sentencia apelada es algo bien distinto: ... se trata de una ventana nueva, y no puede ser considerada, por sus características y ubicación, ... la "sucesora" de los dos pequeños huecos abiertos en la misma planta con anterioridad... 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... 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... Es decir, y como se precisa en la sentencia de primera instancia, aunque originariamente hubo un hueco análogo al de la primera planta, y consta así en la documental, como puede verse en fotografías tomadas en 1904, dicho hueco no existía en 2001 cuando compró el edificio la demandada, al haberse cerrado y abierto en su lugar dos huecos pequeños y a los lados, y que después se cerraron abriéndose tal y como consta hoy día desde el año 2002, razón por la que se concluyó que no había prescrito la acción para pedir su protección con reja y red.

Dada dicha resultancia fáctica, que no es posible en esta sede casacional alterar, la situación de este hueco es, por tanto, análoga a la del hueco de la tercera planta (y es significativo observar que el pronunciamiento relativo a este último se ha consentido). Es decir, que debe considerarse un hueco nuevo, de apertura recién

te, de modo que no ha lugar a plantearse la adquisición de la servidumbre por usucapión. No ha sido infringido, por consiguiente, el art. 147 de la Compilación aragonesa, y ello sin necesidad de examinar, como pretende la parte, si existe o no voladizo, tal como hizo la sentencia que se ataca en punto al repetido hueco de la segunda planta, en relación con el cual, y acertadamente, no entra siquiera a considerar las características del saliente a los efectos del art. 145, que por lo tanto, tampoco se ha infringido.

Pero es que, aunque no fuese así, tampoco podría prosperar el recurso, por las razones que a continuación se expondrán.

CUARTO.— Expresa el recurrente que las características de lo que llama balcones de la primera y segunda planta, constituyen un signo aparente de luces y vistas a los efectos prevenidos en los artículos citados, pues considera —aludiendo a las fotografías obrantes en autos— que facilitan la proyección de las vistas sacando el torso. No es eso lo que concluyó la sentencia que ahora se recurre, sino que el pequeño saliente existente en el hueco de la primera planta, no tiene la condición de voladizo. Y esta apreciación es completamente ajustada a la prueba a la que también alude el recurrente, pues como es de ver por las fotografías aportadas a los autos, los susodichos balcones no vuelan, aunque los huecos estén provistos de barandilla, la cual no sobresale de la fachada, sino que delimita el vano.

Aunque voladizo, en su sentido literal es, en efecto, todo lo que vuela o sale de lo macizo de un edificio, no todo saliente puede ser considerado jurídicamente como voladizo a los efectos del art. 145 de la Compilación, pues el voladizo-signo aparente va unido a una finalidad de vistas. Como dijimos en nuestra reciente sentencia de 22 de abril de 2008, no cabe considerar como un voladizo propiamente dicho y a los efectos prevenidos en el artículo 145 de la Compilación Aragonesa a cualquier saliente de la pared, aunque su finalidad sea de mero remate estructural de la ventana o cierre arquitectónico de una parte del edificio, si no tiene como uso previsto el de que una persona pueda salir al exterior de su propia casa para ganar vistas, frontal y lateral, sobre el predio sirviente.

Es decir, no basta con que el saliente de que esté provisto el hueco, permita asomarse al exterior del edificio, ya que en realidad, esta posibilidad cabe en algunos huecos aun sin estar provistos de saliente. Hace falta, además, que el saliente sea tal que revele su utilidad o funcionalidad para facilitar las vistas, de modo que configure una apariencia reveladora de su finalidad: permitir que una persona, mediante el mismo, pueda situarse fuera del espacio de su propiedad, en el vuelo ajeno, para ganar vistas, frontal y lateralmente, sobre el predio sirviente, tal como ocurre con los balcones, a los que la norma foral asimila "otros voladizos". Solo así podría entenderse concurrente un signo aparente de servidumbre. Y no ocurre eso en el caso que nos ocupa, habiendo aplicado la sentencia atacada correctamente los artículos citados.

QUINTO.— En el segundo motivo de casación se aduce infracción, por aplicación indebida, del artículo 144 en relación con los 147 y 148 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón.

La recurrente discrepa de lo razonado por la sentencia impugnada en relación con el hueco de salida

de vapor de la secadora y el hueco para salida de aire del aparato de climatización, pero entremezcla en su propia argumentación, confundiendo las consideraciones acerca de las relaciones de vecindad y de las servidumbres. Indica que la rejilla y el pequeño orificio de la pared no suponen signo aparente de servidumbre puesto que se trata de un hueco sin ningún saliente ni voladizo y con reja de hierro remetida en la pared. Y considera que ni uno ni otro generan inmisiones ni molestias para la contraparte, comprendiéndose la situación existente en el normal uso dentro de las relaciones de vecindad, y no pudiendo ser calificada de servidumbre al no suponer limitación en el ejercicio de la propiedad del fundo vecino, por cuanto con arreglo a la normativa prevista en la Compilación de Derecho Civil de Aragón, el propietario del fundo vecino puede en cualquier momento cerrar los huecos sin tener que someterse a limitación alguna. Pero no es así.

SEXTO.— La Compilación Aragonesa no contiene, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos como el catalán, una regulación completa de las relaciones de vecindad, sino que la misma se limita a ordenar lo concerniente a la inmisión de raíces y ramas y al régimen normal de luces y vistas. Tampoco en el Código civil hay una disciplina general de las relaciones de vecindad, más allá de la regulación dedicada a algunos de sus particulares conflictos, ni hay tampoco una regla definitoria del límite de la tolerancia en las inmisiones en propiedad ajena. Pero como se expresó ya en la STS de 12 de diciembre de 1980, si bien el C. Civ. no contiene una norma general prohibitoria de toda inmisión perjudicial o nociva, la doctrina de esta Sala y la científica entienden que puede ser inducida de una adecuada interpretación de la responsabilidad extracontractual impuesta por el art. 1902 de dicho Cuerpo legal y en las exigencias de una correcta vecindad y comportamiento según los dictados de la buena fe que se obtienen por generalización analógica de los arts. 590 y 1908, pues regla fundamental es que “la propiedad no puede llegar más allá de lo que el respeto al vecino determina”.

En general, se entiende que si la inmisión no rebasa los límites de lo tolerable, el vecino debe soportarla (y ahí incide precisamente el recurrente). Ahora bien, esto debe entenderse referido a la actividad que se desarrolla en el fundo propio, incidiendo o prosiguiendo en el contiguo. Pero aquí no nos encontramos ante un problema de inmisiones. La expulsión de aire procedente del aparato de climatización y el vapor de la secadora, se dirigen de manera directa al fundo vecino.

Es decir, en tanto que las inmisiones suponen una intromisión indirecta en la finca del vecino, las intromisiones o injerencias directas son constitutivas de servidumbres (así lo ha entendido también el TSJ de Cataluña en sus sentencias de 26 de marzo de 1994 y 21 de diciembre de 1994).

SÉPTIMO.— La funcionalidad que permiten los huecos a los que se refiere el art. 144.1 de la Compilación aragonesa, no es otra que la de obtener luces y vistas. Ya dijo la STS de 23 de noviembre de 1983, que la apertura de huecos para luces y vistas en pared propia, sin existencia de voladizos, sobre fundo ajeno, se trata de una simple relación de vecindad, acto meramente tolerado y potestativo, que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna

en quien lo soporta. Pero la apertura de huecos, o el uso de los huecos, para otros fines, puede configurar una apariencia de gravamen, un plus sobre lo contemplado en el art. 144. Y la apariencia de servidumbre tiene una clara consecuencia legal, cual es la posibilidad de usucapir el derecho correspondiente.

La servidumbre (positiva) supone que el dueño del predio sirviente debe permitir que se haga algo en él en beneficio de otra persona o cosa. La circunstancia de que por los dos repetidos huecos se arrojen o viertan aire de climatización o vapor directamente al predio colindante, comporta que este último quede en una situación de subordinación, correlativa a la de dominio en la que se coloca el fundo del que proceden aquellos. En ese sentido es una carga, y como decimos, la demandada adquiriría un derecho a expulsar el aire y el vapor al fundo vecino si consolidara tal derecho por usucapición, lo que podría ocurrir de mantenerse el signo aparente. Y esto ocurriría con independencia de las molestias o incomodidades que las referidas expulsiones puedan causar, que son irrelevantes a esos efectos. De seguir la argumentación de la recurrente, podrían algunas servidumbres imponerse a los propietarios si se constatare que no les producen lo que normalmente se entiende como molestias, pero obviamente no es así.

Las servidumbres que, de mantener la actual situación, podría adquirir la demandada en este procedimiento, no serían de luces y vistas por lo que —frente a lo que argumenta el recurrente— hemos de decir que nada importa que haya o no voladizo, sino una servidumbre de expulsión de aire caliente y otra de expulsión de vapor, en la que el fundo sirviente queda sujeto a recibirlos. No ha existido, en consecuencia, infracción de los artículos citados.

OCTAVO.— En cuanto a las costas, por aplicación de lo dispuesto en el 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberán ser impuestas al recurrente las de este recurso, manteniéndose los pronunciamientos anteriores con respecto a las causadas en la primera y en la segunda instancia».

— Sentencia de la Audiencia de Teruel de 16 de octubre de 2008. La cuestión litigiosa descansa en si el cerramiento de dos ventanas por un muro construido por los demandados responde a fines objetivamente permitidos como facultad dimanante al derecho de propiedad o a perjudicar a terceros sin beneficio o utilidad propia:

«PRIMERO. Partiendo del hecho admitido por las partes litigantes de que la finca propiedad la actora no tiene a su favor una servidumbre de luces y vistas y que las ventanas existentes en su pared que dan al patio de luces propiedad de la parte demandada respondían al régimen normal en las relaciones de vecindad para dar luz y ventilación a dos de las estancias de la casa, la cuestión sometida a la consideración del tribunal, tras haber sido cegadas dichas ventanas por un muro construido por los demandados, es la determinación de si dicho cerramiento responde a fines objetivamente permitidos como facultades dimanantes del derecho de propiedad inmobiliaria o bien, por el contrario, a perjudicar a la actora sin beneficio o utilidad propia. Invo-ca la demandante en su recurso, reiterando lo manifestado en la instancia, la doctrina del abuso del derecho,

alegando que no ha quedado acreditada la utilidad que pudiera justificar la realización del tabique y cita como infringido el artículo 144.3.º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón.

Dicho precepto regula las relaciones de vecindad en Aragón de la siguiente manera: "1. Tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio, 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 fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna". En interpretación de dicho precepto, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 31 de marzo de 2004, en su fundamento de derecho octavo, afirma que "el derecho aragonés ha establecido históricamente, y mantiene en su regulación vigente, un régimen normal en las relaciones de vecindad que establece un sistema de tolerancia a los huecos abiertos, pero debidamente protegidos, aunque advirtiendo que dichos huecos no constituyen signo aparente de servidumbre, ni impiden al propietario del predio sobre el que dan los huecos edificar en su propiedad, a cualquier distancia del contiguo o colindante." Expone 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.º de la Compilación Foral. También la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1.989, citada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 1/2008 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1), de 23 enero, dice que "sin dejar de reconocer el incuestionable derecho que el propietario del fundo sobre el que aparecen abiertas las ventanas tiene a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna respecto de dichos huecos, conforme establece el párrafo 3.º del citado artículo de la Compilación aragonesa, de cuyo derecho podrá usar en cualquier momento en la forma indicada, o sea, mediante una construcción o edificación, pues la permisión de abrir huecos o ventanas contenida en los párrafos 1º y 2º de dicho precepto, con acogimiento a los cuales fueron abiertas las nueve ventanas a que se refiere este proceso, no es más que un acto meramente tolerado y potestativo, como simple relación de vecindad, que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta, sin embargo no puede ser jurídicamente permisible que, pretendiendo acogerse a ese incuestionable derecho que le concede el citado párrafo 3º del artículo 144 de la aludida Compilación, el dueño del fundo sobre el que aparecen abiertos tales huecos trate de cerrarlos o taparlos, sin realizar, como establece dicho precepto, alguna construcción o edificación"— En este caso, continúa diciendo la citada sentencia, se "configura una clara y típica situación de abuso de derecho, proscrita por el artículo 7º del Código Civil de indudable aplicación a este supuesto (artículo 13 del mismo Cuerpo legal), al concurrir las circunstancias que, según

reiterada doctrina de esta Sala, determinan la existencia de la misma, cuales son las subjetivas de intención de perjudicar o falta de una finalidad seria y legítima, y las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del derecho (Sentencias de 26 de abril de 1976; 2 de junio de 1981; 22 de abril de 1983, 23 de mayo de 1984, 14 de febrero de 1986, entre otras)".

SEGUNDO. En aplicación de dicha doctrina la juzgadora de instancia desestimó la demanda interpuesta por la Peña al considerar no acreditado el abuso de derecho por parte de los demandados en la realización de las obras en cuestión y sí una finalidad legítima de reparar y elevar todas las paredes de su patio de luces, no sólo la que linda con la pared de la casa de la actora, para cerrar su patio, de evitar las inmisiones de ruidos procedentes de la finca vecina superiores a las que procederían de una vivienda de uso normal dado el uso recreativo al que destina el inmueble la actora, y para preservar la intimidad de sus propietarios. Pues bien, la tesis sustentada en la sentencia que se recurre es ajustada a derecho, ya que el tapiado de las ventanas responde no solamente al propósito de reparar el patio de luces y cerrarlo cubriéndolo con una claraboya (aunque finalmente no pudo ponerse ésta por restricciones de seguridad de la compañía suministradora de gas al estar instalada allí la calefacción) sino que tiene también su fundamento en la protección del derecho a la intimidad. Frente a este último argumento esgrime la parte apelante que ya cuando se realizó la compra del inmueble por parte de la Peña demandante a los ahora demandados, anteriores propietarios del mismo, conocían perfectamente cuál era la actividad de la actora y no pusieron ninguna objeción ni limitación a la misma, ni se ha producido queja alguna en los años siguientes a la fecha de la compraventa en el año 1.998. No rebate, sin embargo, que desde las ventadas existentes en su inmueble puede observarse no sólo la actividad que puedan realizar los demandados en el patio de su propiedad con el que limita la pared de la actora, sino incluso también dentro de la casa dada la proximidad de unas ventanas a otras (en el juicio se habló por las partes y por los testigos de unos cuatro metros más o menos), ni tampoco objeta que las actividades realizadas en el inmueble por los miembros de la Peña pueden perjudicar la intimidad y el sosiego de los moradores de la vivienda de enfrente.

Tiene declarado en este sentido el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su sentencia de 23 de enero de 2008 que no puede considerarse abusivo el cierre cuando "tiene fundamento en la protección del derecho a la intimidad, reconocido constitucionalmente, y que en este caso se vería seriamente afectado por las vistas de los ocupantes de la casa de la actora, pues podrían desde su ventana observar, a muy escasa distancia, toda actividad que se realizara en el espacio de terraza de los demandados sita en planta primera, siendo relevante el hecho de que tal actividad se llevaría a efecto en el domicilio de éstos, que es el espacio privilegiado de intimidad. Como expresa la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 2004 (Sala Primera), en su fundamento jurídico segundo, "Constituye doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución Española, implica la

existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana"; de modo que "confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido. De ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada". Continúa diciendo nuestro Tribunal Superior de Justicia de Aragón que "los derechos fundamentales, constitucionalmente reconocidos, tienen relevancia no sólo respecto a la actuación de las administraciones públicas y al poder legislativo, a quienes obliga a actuar y legislar en protección adecuada de ellos, sino también a los particulares en sus relaciones de derecho privado, por cuanto el ejercicio de los derechos que las normas civiles les reconocen ha de llevarse a cabo teniendo en consideración especial el horizonte de los derechos fundamentales, que no podrán ser vulnerados en la relación jurídica, salvo que exista norma expresamente habilitadora; y, en el mismo sentido, la posible estimación de un abuso de derecho habrá de hacerse ponderando la necesaria protección de esos derechos."

Por todo ello, y dando aquí por reproducidos los fundamentos de la sentencia apelada que no han sido debidamente rebatidos en esta alzada, debe concluirse que la actuación de los demandados levantando los muros que cierran su patio interior, entre ellos el que ciega las ventanas del inmueble de la actora, está amparada en la norma jurídica civil y no existe abuso de derecho ni ejercicio antisocial del mismo, debiendo ser rechazado el recurso formulado.»

#### b.— Régimen normal de luces y vistas:

— Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 30 de enero de 2008. Régimen normal de luces y vistas:

«PRIMERO.— La Sra., propietaria de las casas nº 4 y 6 de la calle (Zaragoza), que lindan por su fondo, mediante patio de las mismas, con la casa nº 3 de la, de dicha localidad, propiedad de D., deduce demanda de juicio verbal contra éste último, instando al amparo del artículo 144 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón la condena del mismo a instalar reja de hierro y red metálica en todos y cada una de los huecos de ventana existentes en las paredes de su casa lindantes con el referido patio interior del inmueble de la actora, así como a retirar el tendedero instalado en uno de dichos huecos, que se proyecta sobre dicho patio y el saliente de ladrillos existente en una de dichas paredes, que vuela sobre la propiedad de la actora.

El demandado se opuso a la pretensión de la actora alegando, en primer lugar, la inexigibilidad de tal obligación de hacer, al haberse abierto los citados huecos de ventana de su casa al construirse la misma hace ya más de trescientos años bajo el régimen de relaciones de vecindad establecido en la Observancia 6ª "De aqua pluviali arcenda", incluida en el Libro VII de las Observancias del Reino de Aragón, que no obligaba a

colocar reja o red en las ventanas abiertas por el propietario en pared común para obtener luces y vista sobre fundo ajeno, no siéndole de aplicar las prescripciones sobre instalación de reja y red en tales huecos establecidas posteriormente en el Apéndice del Derecho Foral de Aragón de 1.925 y en la Compilación de 1.967, y, en todo caso, la prescripción de la acción ejercitada por la actora, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.961 y 1.963 del Código Civil.

El juzgador de instancia resuelve en su sentencia desestimar dicha demanda al considerar prescrita la acción deducida por la demandante, resolución que impugna ésta última en su recurso de apelación formulado contra la misma, alegando error por parte de dicho juzgador en la valoración de la prueba respecto a la antigüedad de los referidos huecos de la casa del demandado, así como error de derecho por indebida aplicación del artículo 1.963.1 del Código Civil e inaplicación, por el contrario, de la doctrina jurisprudencial sobre el régimen de las relaciones de vecindad del derecho aragonés contenido tanto en el artículo 15 del Apéndice Foral como en el 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

SEGUNDO.— Como ya han tenido ocasión de señalar las Secciones Civiles de esta Audiencia Provincial de Zaragoza en varias sentencias (núm. 5/2.002, de 11 de Enero, y 610/2.002, de 28 de Octubre, ambas de esta Sección Cuarta, así como la de 15 de Julio de 1.996 de la Sección Segunda, y la núm. 352/1.992, de 3 de Diciembre, de la Sección Quinta, entre otras) la prescripción extintiva de las acciones reales regulada en el artículo 1.963 del Código Civil no es de aplicación a la acción ejercitada por la actora en estos autos, ya que no puede ser considerada como acción real de las contempladas en dicho artículo, y sí, sólo, como expresión de la facultad de exigir en un momento dado el cumplimiento por parte del demandado de la obligación legal que al mismo alcanza, por mor del régimen que sobre apertura de huecos en pared propia o medianera para obtener luces y vistas sobre fundo ajeno, dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código Civil, establece el artículo 144.2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, de instalar en dichos huecos red de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente, acción que resulta imprescriptible, dado que, como ya señaló la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial en su sentencia nº 352/1.992, de 3 de Diciembre, dictada en Rollo de Apelación núm. 325/92, "por desarrollarse las relaciones de vecindad en el ámbito de los actos tolerados, su ejercicio anormal, eludiendo las defensas en los huecos abiertos en pared propia, no puede dar lugar a prescripción adquisitiva o extintiva de clase alguna, conclusión ésta que parece más conforme con el artículo 1.942 del Código Civil...".

Es de revocar, por tanto, con acogimiento en cuanto a dicho particular del recurso de apelación analizado, el pronunciamiento de la sentencia de primer grado que declara prescrita la acción ejercitada por la actora en su demanda instando la condena del demandado a colocar reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante en todos los huecos de ventana de las paredes de su casa lindantes con el patio de la de la actora, que quedan reflejadas

en las fotografías, que como prueba documental obran a los folios 49 a 54 de los autos.

TERCERO.— En nada obsta a lo anteriormente razonado el hecho acreditado por el conjunto de la prueba practicada de que tales huecos de ventana existiesen con anterioridad a la entrada en vigor del Apéndice del Derecho Foral de Aragón, quedando sometidos inicialmente a la regulación de la Observancia 6ª, De aqua pluviali arcenda, incluida en el Libro VII de las Observancias del Reino de Aragón, que no obligaba a la colocación de reja o red, toda vez que por aplicación de lo establecido en la Disposición Transitoria Novena de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, la regulación que sobre apertura de huecos en pared propia o medianera se establece en su artículo 144 es aplicable a las ya construidas al tiempo de entrar en vigor la citada Compilación, por lo que no cabe reconocer al demandado su exoneración del deber de colocar las referidas defensas en los huecos de ventanas y balcones existentes en las paredes de su casa lindantes con el patio de la de la actora y ello desde la vigencia de dicha Compilación.

Asimismo resulta inoperante a los fines pretendidos por el demandado en orden a que se le releve de la obligación de colocar tales defensas en la ventana de la cocina de su casa, que da al referido patio (documentos nº 20, 21, 22 y 23 de los aportados con la demanda, consistentes en otras tantas fotografías que obran a los folios 52 y 53 de los autos) para así poder acceder al patio de la actora para desatascar el sumidero de aguas existentes en el mismo, ya que ello es responsabilidad única de la actora como propietaria de tal instalación de evacuación de aguas pluviales.

CUARTO.— No es acogible, sin embargo, la pretensión de la actora en orden a la condena del demandado a demoler los dos salientes de ladrillo que existen en la pared de su casa, pared identificada con la letra "a" en las fotografías obrantes al folio 51 de los autos, y que tienen por finalidad aparente actuar como meros aleros superiores de las dos ventanas o balcones existentes bajo dichos salientes para preservar tales huecos de la entrada de agua de lluvia, salientes que no sobrepasan, por cierto, el vuelo del alero del tejado de la casa del demandado recayente sobre el patio de la actora, por lo que en nada afectan al derecho de propiedad de la misma.

Pero es que además tal acción no encuentra apoyo en el artículo 144 de la Compilación, al tratarse de cuestión ajena a la materia contemplada en dicho precepto, constituyendo en realidad una acción real sobre supresión de tal elemento constructivo, que ha de estimarse prescrita conforme al artículo 1.963 del Código Civil, tal como alegó el demandado, por cuanto que es evidente, vista la configuración de dichos salientes, que su construcción es del tiempo mismo que la casa del demandado y, por tanto, de una antigüedad superior a los treinta años al momento de formularse la demanda.

Por lo que respecta al tendadero instalado por el demandado en una de las ventanas de su casa que da al patio de la actora y que aparece en una de las fotografías del folio 53 de los autos, no se evidencia que vuele sobre dicho patio más allá del alero del tejado que remata la parte superior de la pared de la casa del demandado en la que se abre dicha ventana, por lo que

en nada afecta a la propiedad de la actora, no procediendo, en consecuencia, la condena a su retirada.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 18 de abril de 2008. Régimen normal de luces y vistas. Los huecos de las ventanas abiertas al amparo de este precepto deben ser protegidos desde el primer momento en el que se abren:

«PRIMERO: Aceptamos y damos por reproducidos los expuestos en la sentencia apelada en todo lo que no se opongan a los que a continuación se expresan.

SEGUNDO: En lo que concierne a la reja y red a poner en las ventanas no puede ponerse en duda que las mismas se encuentran abiertas dentro de las distancias del artículo 582 del Código civil. Nunca fue discutido dicho extremo. Además las ventanas dan directamente a la propiedad de los actores, tal y como reconoció el demandado en su declaración, en la que indicó que no había distancia entre las ventanas y la propiedad vecina, sino que están colindando. Además, no puede ser de otro modo cuando están abiertas en el plano de un muro que, al menos en parte, la propia sentencia considera medianero. Además, en relación con la vertiente del tejado orientada hacia el sur, que es el alero que vuela sobre las ventanas litigiosas, la misma sentencia reconoce, y es un pronunciamiento firme, que "vierte directamente sobre la propiedad de la parte demandante". De este modo, no existe ninguna duda de que las ventanas están a menos de dos metros de la propiedad de los actores y, por ello, aunque pueden ser abiertas al amparo del artículo 144 de la Compilación Aragonesa, deben ser dotadas de las protecciones que dicho precepto requiere. Y en contra no puede alegar la parte demandada que todavía no ha terminado la rehabilitación de su edificio. Comprendemos que si al poco tiempo de abrir las ventanas, con las obras de las ventanas en ejecución, la actora hubiera pedido la instalación de las protecciones, la demandada pudiera alegar que no le habían dado tiempo para hacerlo y que se allanaba a esa pretensión sin que procediera la imposición de las costas por la celeridad con la que la actora, en esa hipótesis, habría actuado. Pero no es eso lo que pasa en este caso. Las ventanas llevan ya años abiertas. En todo este tiempo el demandado, como reconoció en su declaración, no ha hecho mención de que las ventanas fueran a ser enrejadas y cuando es demandado, en lugar de allanarse a esta pretensión, se opone a ella. Desde luego el demandado es muy libre de alargar las obras de su casa todo el tiempo que quiera, pero los huecos que integran las ventanas están ya perfectamente hechos y por ello está legalmente obligado a rematar sin dilación esos huecos con las protecciones legales. Luego puede tardar todos los años que quiera en poner la carpintería que mejor le parezca y en revocar todo lo que quiera, pero los huecos los tiene que tener protegidos desde el momento que los abre. No puede introducir más separación temporal entre la apertura del hueco y la instalación de su protección que el mínimo tiempo imprescindible para ejecutar materialmente las operaciones precisas al efecto de dotar a los huecos de las protecciones legalmente exigidas. Por otra parte, no vemos qué trascendencia puede tener la discusión sobre cuánto tiempo llevan las ventanas antiguas sin reja cuando en la contestación a la demanda no se

opuso la prescripción de la acción para exigir su protección, prescripción que no puede apreciarse de oficio. En nuestras sentencias de 31-III-2001, 13-II-2007 y 26-XII-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, pero tal excepción debe ser opuesta en tiempo oportuno, aparte de que en el caso en absoluto se ha probado que las ventanas antiguas lleven más de treinta años sin proteger.

TERCERO: Con relación al alero, de la grabación del acto del juicio resulta sin duda alguna que el mismo ha sido ampliado. Ni siquiera en la contestación se atrevió el demandado a afirmar rotundamente que era igual para señalar sólo que "ha existido siempre con la misma o muy aproximada medida que actualmente tiene" y en la misma línea evasiva se mueve el testigo director de la ejecución de la obra de la parte demandada cuando señaló que el alero era "aproximadamente" igual al que había. Si así fuera realmente, nada habría sido más fácil para la demandada que aportar los documentos que el indicado testigo mentó en los que se describía el estado de la edificación antes de iniciar su rehabilitación. Por el contrario, los testimonios practicados en el acto del juicio permiten afirmar que el alero ha sido engrandecido, con lo que se agravó unilateralmente la servidumbre, pues a título de servidumbre se tenía el alero, tal y como se reconoce en la misma contestación. Ciertamente es que, con las testificales que el Juzgado ya tiene dichas, sólo se puede afirmar que el alero se ha ensanchado o engrandecido, pero no está claro cuanto pues nos movemos en un abanico, como medida originaria, de entre 10 y 30 centímetros, frente a los 70 centímetros que mide actualmente. Así las cosas, la demanda debe prosperar parcialmente pues la agravación existe sin duda y, no habiendo probado los demandantes que el alero tuviera originariamente una medida inferior a treinta centímetros ni, el demandado, que inicialmente fuera superior a dicha medida, procede ordenar que el alero quede reducido a treinta centímetros de vuelo, en lugar de los veinte que se reclamaban, por lo que tampoco puede decirse que haya existido una íntegra estimación de la demanda a efectos de las costas de primera instancia.

CUARTO: Por último, el recurso adhesivo del demandado no puede prosperar por los propios fundamentos ya expuestos en la sentencia apelada al analizar la existencia de medianería, que no se ha estimado existente en la parte de la pared que este recurso toma en consideración para alegar signos contrarios a la medianería sin tener en cuenta, además, dicho recurso, que no ha puesto siquiera de manifiesto la existencia de relex o retallos y que las ventanas abiertas por encima de la porción medianera son de reciente apertura, aparte de que en Aragón la apertura de ventanas no es signo contrario a la medianería, pues también en pared medianera se pueden abrir ventanas en Aragón conforme al artículo 144 de la Compilación.

Al desestimarse el recurso adhesivo interpuesto y no presentar el caso serias dudas de hecho o de derecho, procede condenar al demandado apelante al pago de las costas causadas en esta alzada por su recurso, en cumplimiento del artículo 394 de la Ley 1/2000, al que se remite el artículo 398 de la misma Ley. Y procede omitir todo pronunciamiento sobre las costas causadas por el recurso que es estimado.»

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Alcañiz de 21 de abril de 2008. Régimen normal de luces y vistas:

«PRIMERO: Se ejercita por la actora la acción de régimen normal de luces y vistas del artículo 144 de la Compilación de Derecho Foral, solicitando se dicte sentencia por la que se condene a la demandada a ejecutar a su costa las obras necesarias para reabrir el tabique adosado a la pared de la edificación de la actora.

La parte actora, tal como fue reconocido por la demandada, es propietaria de la vivienda sita Calle nº 16 de Alcorisa, que adquirió a la demandada Sra. y su esposo, fallecido, por escritura pública de compraventa de fecha 16 de septiembre de 1998.

La parte demandada, Sra. y sus hijas,, y, como heredera del Sr., son titulares de la vivienda sita en Calle nº 13 de Alcorisa, que es colindante de la de la actora por su patio de luces. Señala la actora en su demanda que en la casa de su propiedad ha habido, desde antes de la compraventa, dos ventanas, una en la planta primera y otra en la segunda, con luces y vistas rectas sobre el patio de luces de las demandadas y que en abril-mayo de 2006, la parte demandada mandó levantar un tabique de 12 metros de altura en el patio de luces, adosado a la pared de su parte, cegando las luces, vistas y ventilación.

La parte demandada alegó que la vivienda de la actora tenía un patio de luces independiente, adosado al patio de luces de la vivienda de la demandada y que, posteriormente a la compraventa, efectuó una ampliación de la vivienda, construyendo en el patio de luces y abriendo ventanas para luces y vistas al patio de la demandada, sin su consentimiento.

SEGUNDO: 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. 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 fundo vecino a edificar o construir sin sujeción a distancia alguna."

El origen de tal norma y su alcance queda perfectamente determinado en la Sentencia de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 19-11-2004, que resolvió un supuesto prácticamente idéntico al objeto del presente procedimiento, y señala: "Como reitera la jurisprudencia y ha de considerarse materia pacífica, el art. 144 no regula ningún derecho de servidumbre, sino relaciones de vecindad, de buena vecindad, habría que apostillar, y que arraigan en la tolerancia mutua hacia los derechos del vecino. Así viene esta forma de relación jurídica recogida en la Observancia 6ª *De aqua pluviae arcenda*, de las Observancias del Reino de Aragón y reconocida por la jurisprudencia en este sentido (S.T.S. 23-noviembre-1983).

El límite del derecho del dueño del predio a edificar tapando los huecos de mera tolerancia al amparo del artículo 144.3 de la Compilación, será la doctrina del abuso de derecho que prohíbe el artículo 7.2 C.C.,

exigiendo la jurisprudencia que la construcción efectuada tenga alguna utilidad para el predio y que no se halla realizado únicamente para tapar los huecos existentes.

La interpretación jurisprudencial de la prohibición de abuso de derecho viene recogida en la Sentencia de la Sala de lo Civil y lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 31 de marzo de 2004, EDJ 2004/58680, que señala: "Es principio general del derecho el que afirma *qui iure suo utitur, neminem laedit*: quien usa de su derecho no daña a nadie, en el sentido de que con el uso del derecho propio no se causa a un tercero un daño o perjuicio antijurídico, que no esté obligado a soportar. Por tanto, no se tiene acción, en sentido jurídico civil, frente al ejercicio legítimo de un derecho.

A la vez, nadie puede legítimamente abusar del derecho propio, habiendo perfilado la jurisprudencia los contornos del abuso de derecho. En la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 1998 EDJ1998/8613 se establecen los requisitos de este concepto: uso de un derecho, de forma externamente y en principio legal; el daño a un interés de tercero, no protegido por una específica prerrogativa jurídica; y la inmoralidad o antisocialidad de este daño, manifestado en forma subjetiva, como deseo de producir un perjuicio, *animus nocendi* o intención dañosa.

Se recoge en dicha sentencia doctrina jurisprudencial anterior, sentada en Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1944, 25 de noviembre de 1960, 10 de junio de 1963, 12 de febrero de 1964, de 5 de junio de 1972 EDJ1972/318 y de 10 de febrero de 1998 EDJ1998/342.

Conforme a la Sentencia del Alto Tribunal de 12 de julio de 2001 EDJ2001/15318, viene constituido por el ejercicio anormal del derecho, contrario a los fines económico-sociales reconocidos al mismo, en sentido objetivo, lo que desde un punto de vista subjetivo muestra que se ejercita el derecho con intención de dañar o perjudicar, sin auténtico interés en ejercitarlo.

También se ha mantenido que la doctrina del abuso de derecho es excepcional, de alcance singularmente restrictivo: Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2000 EDJ2000/610".

TERCERO: Para aplicar la doctrina señalada al caso de autos, deben tenerse en cuenta una serie de hechos relevantes que han resultado acreditados en el acto de juicio.

Por un lado, que la casa propiedad de la parte actora, en el momento de la compra, no contaba con huecos de luces y vistas al patio de luces de la demandada, sino a su propio patio de luces. Tras unas obras de reforma y ampliación, se construyó en el patio de luces en dos plantas, abriendo las ventanas litigiosas con vistas al patio de luces de la vivienda de la demandada, tal como quedó acreditado por la testifical del Sr., socio de la actora y propuesto por ésta, y de la Sra., propuesta por la demandada, además de los interrogatorios practicados a dos de las demandadas. Este hecho resulta relevante, ya que la actora hacía hincapié en su demanda en la existencia de tales huecos desde antes de la adquisición de la vivienda y así lo manifestó el Presidente de en su interrogatorio.

Por otro lado, resulta acreditado por el interrogatorio de las codemandadas y la testifical del Sr., albañil

que realizó las obras en el patio de luces de las codeemandadas, que se realizaron obras para arreglar las paredes del patio de luces de la vivienda de Calle nº 11, afectando a las cuatro paredes del patio y no sólo a la pared colindante con la finca de la parte actora y con la finalidad de arreglar todas las paredes, elevarlas y cubrir el patio con una claraboya, si bien finalmente no pudo hacerse por restricciones de seguridad de la compañía suministradora de gas, al estar instalada allí la calefacción.

La parte demandada alegó que la pared que tapa los huecos de la demandante también tiene como finalidad preservar la vivienda de la demandada de ruidos e inmisiones provenientes de la otra vivienda y preservar su intimidad. En este sentido, resulta acreditado por reconocimiento de la actora, que la misma es una, que efectúa semanalmente reuniones de sus socios, para comer y cenar juntos, y realizar diversas celebraciones.

Igualmente resulta acreditado por la testifical del Sr. que la distancia entre las ventanas de la actora y las ventanas de la vivienda de la demandada es de unos cuatro metros, coincidiendo con la longitud del patio de luces de esta vivienda y que están frente al dormitorio de la demandada.

CUARTO: A la vista de todo lo anterior, aplicando la doctrina jurisprudencial al caso de autos, no puede entenderse que la demandada, al ejercitar la facultad que le concede el artículo 144.3 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, haya obrado con abuso de derecho, ya que no se aprecia que la construcción se haya realizado con la finalidad de perjudicar a la actora, sino que tiene utilidad constructiva, al repararse y elevarse todas las paredes del patio, y no sólo la que linda con la pared de la vivienda de la actora; en segundo lugar, se realizó para evitar las inmisiones de ruidos procedentes de la finca vecina, superiores a las que procederían de una vivienda de uso normal, dado el uso recreativo al que se destina para la Peña, titular de la misma y también para preservar la intimidad de sus propietarios, finalidad que fue reconocida como legítima en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, de 7 de marzo de 1994, (EDJ1994/13841), que recoge la precitada SAP Zaragoza, sección 5ª, de 19-11-2004, que señala: "En el caso que nos ocupa y a través de las fotografías autenticadas unidas a los autos (folios 4.,51 y 52), aparece claro que el ... ha realizado una construcción en su terreno que sin duda obedece, siquiera en parte, a ornamentar su terraza, que dio lugar al cerramiento de las ventanas abiertas; con ello entendemos que no hizo otra cosa que hacer uso del derecho que le concede el repetido número 3 del art. 144, sin que pueda hacérsele reproche alguno, que cabría en el supuesto de que se hubiera levantado un tabique que sin reportarle beneficio de ninguna clase, fuese destinado exclusivamente a perjudicar a quienes habían abierto las ventanas, lo que no sucede en el caso de autos en que, como se ha apuntado el ..., aparte de conseguir un embellecimiento de su terraza evita el que en ella no pueda desarrollar vida privada, dada la pequeña superficie de la misma y la inmediación de las ventanas destinadas no solamente a obtener luz sino a proporciona vistas que impedirán una vida familiar reservada de ingerencias extrañas; por todo lo razonado entendemos que no procedía condenar al demandado a destruir las obras realiza-

das en cuanto afectaban a las ventanas, puesto que el disidente no hizo más que ejercitar un derecho que le reconoce explícitamente la Compilación al realizar las obras denunciadas; conclusión que conduce a la revocación de la sentencia rebatida y al correlativo acogimiento de la impugnación formulada”.

Por todo ello, no habiéndose acreditado que la parte demandada haya realizado las obras con abuso de su derecho, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 7.2 C.C. y 144.3 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, y quedando acreditado que la obra realizada se hizo para cumplir las finalidades señaladas anteriormente, en beneficio de la propiedad de la demandada y no para perjudicar a la finca de la parte actora, procede desestimar la pretensión de esta.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 24 de junio de 2008. Régimen normal de luces y vistas. Medianería:

«PRIMERO: Entiende el demandado recurrente que procede la íntegra desestimación de la demanda, negando para ello el carácter medianero de la pared y defendiendo que no procede tampoco la demolición del alero, por razones formales y materiales.

En lo que concierne a la medianería, no procede dejar sin efecto la declaración emitida en la sentencia apelada. Es cierto que no consta vinculación alguna de esta concreta pared con la del acto de conciliación de 1975 y nos parece también completamente irrelevante que desde la propiedad del demandado no se reaccionase judicialmente contra el tapiado de la ventana que quedaba abierta. Como tenemos repetidamente declarado, últimamente en la sentencia de 18 de abril de 2008, en Aragón la apertura de ventanas no es signo contrario a la medianería, pues también en pared medianera se pueden abrir ventanas en Aragón conforme al artículo 144 de la Compilación. Por esa misma razón, a estos efectos, tan irrelevante es que existiera la ventana como que los titulares de la propiedad del demandado se aquietara a su cierre o tapiado. En todo lo demás, sea cual sea la posición de la pared en relación con el espesor de los pilares, debe estar a cuanto ya tiene razonado el Juzgado. Fuera o no recriminado el hoy actor cuando hace más de cuarenta años incrustó sus vigas en los pilares, el caso es que ninguna acción se llegó a ejercitar contra él y con posterioridad lo único que hizo el actor fue alzar a sus expensas la pared medianera, pues hasta la común elevación es incuestionable que se trataba ya de pared medianera que, por otra parte, no podemos afirmar que se asiente exclusivamente en la propiedad del recurrente, que es cuestión que no puede quedar zanjada por un registro administrativo como el catastro, por más que la línea de fachada del edificio del recurrente sí que cubra el espesor de los pilares cuyo espacio libre o exento, entre pilar y pilar, desde que tales pilares existen dejando un hueco entre ambos pilares, viene siendo poseído desde abajo por el actor y sus causantes, como una parte más del corral que cubrió el demandante en 1967, sin perjuicio de la posesión que, ya desde arriba, se haya podido ejercer por la parte demandada desde que exista un alero volando sobre dicha zona, que es cuestión que ya concierne al otro pronunciamiento controvertido...»

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de La Almunia de Doña Godina de 28 de julio de 2008. Régimen normal de luces y vistas:

“Primero.— Las actoras pretenden que el actor coloque una reja de hierro remetida en la pared y red de alambre en el hueco que ha abierto en la pared de su propiedad y que es próxima a la finca de las demandantes. Sostienen las demandantes que el citado hueco incumple el régimen de distancias que debe mediar entre propiedades en el ámbito de las servidumbres de luces y vistas, por lo que de acuerdo con la normativa foral aragonesa y las normas del Código Civil el demandado debe de ser condenado a la colocación de un reja o similar.

Por su parte, el demandado, durante el trámite de contestación a la demanda, ha alegado que el hueco abierto en su pared no tiene por finalidad recibir luces y proyectar vistas al predio de las actoras, sino que el mismo constituye una puerta cuyo destino es acceder a un canalón que recientemente se ha instalado y así facilitar su conservación y mantenimiento.

Segundo.— El régimen jurídico de las luces y vistas que cabe recabar en un edificio próximo o colindante a finca ajena es, en la Compilación, significativamente diferente al del Código Civil. (en este último cuerpo legal se incluye en la regulación de las servidumbres, y sólo permite en el art. 581 la apertura de huecos con determinación de su ubicación (a la altura de las carreteras, o inmediatamente a los techos), de sus dimensiones (de 30 centímetros de cuadro) y con imposición de protección (reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre), huecos que no impedirán al propietario de la colindante “cubrirlos edificando en su terreno o levantando pared contigua a la que tenga dicho hueco o ventana estableciéndose en el art. 582 una prohibición de vistas rectas, balcones o voladizos, si no hay dos metros de distancia. Por el contrario en la Compilación, se denomina como régimen normal de luces y vistas, se enmarca en las relaciones de vecindad y, como expresión del mismo derecho de propiedad, se permite la apertura de cualesquiera huecos en la pared propia, si bien imponiéndose limitaciones cuando se esté dentro de las distancias del art. 582 C Civil, en cuanto a la forma de los huecos (prohibición de voladizos y exigencia de protección: reja de hierro remetida en la pared). Así, el artículo 144 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón permite la apertura de huecos para luces y vistas tanto en pared propia como en pared medianera. Cuando estos huecos tengan una distancia inferior a dos metros en línea recta o sesenta centímetros en línea oblicua, los mismos deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente, de acuerdo con lo previsto por el artículo 582 del Código Civil.

En el caso que nos ocupa no resulta controvertido que el demandado ha procedido a abrir en una pared de su propiedad un hueco o puerta en una distancia que en todo caso es inferior a dos metros a la finca de las actoras. Si bien los actores sostienen que el hueco se ha abierto a unos cuarenta centímetros de distancia de su finca, el demandado sostiene que la distancia que media es de un metro y trece centímetros. En cualquier caso, queda claro que la apertura realizada por el demandado se halla en una distancia inferior a dos

metros en línea recta. Por otra parte, las partes también tienen opiniones manifiestamente contrarias respecto al hueco abierto; mientras que las demandantes consideran que el demandado tiene por finalidad proyectar sus vistas respecto de la finca de las demandantes y recoger sus luces, el demandado indica que la puerta abierta tiene por finalidad acceder al canalón que recientemente se ha instalado y asegurar su correcto mantenimiento. No existe en los autos fotografía alguna en la que pueda observarse con claridad las características del hueco abierto. Si bien las demandantes pretendieron presentar en el acto de la vista un reportaje fotográfico sobre la realidad del mismo, dicho medio probatorio fue inadmitido por extemporáneo de acuerdo con el artículo 265 LEC. Únicamente son dos las fotografías en las que se puede vislumbrar ligeramente la naturaleza de la controvertida puerta, las que aparecen en el documento número 4 de los presentados por el demandado. En ellas se puede observar como el hueco abierto se encuentra próximo a un canalón que desciende desde la propia pared del actor. El mismo al parecer se ha colocado recientemente por el demandado para recoger las aguas pluviales en virtud de otro procedimiento judicial entablado por las partes. Entiende este Juzgador que la parte actora no ha acreditado que el destino del hueco abierto por el demandado en su pared sea la de proyectar vistas y recibir luces, sino que al contrario es la de facilitar el acceso del demandado al referido canalón, por lo que carece de contenido la acción ejercitada.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de julio de 2008. Régimen normal de luces y vistas. No se adquiere por usucapión el derecho real de servidumbre de luces y vistas, pues, en este supuesto no ha ocurrido el acto obstativo:

«PRIMERO: Como decíamos en nuestras Sentencias de 25 de enero de 1996 y de 11 de julio de 2001, y reiterábamos en la de 14 de enero de 2008, no hay en principio inconveniente alguno en que con el proceso de tutela sumaria de la posesión, que antiguamente era conocido como interdicto de obra nueva, se proteja una servidumbre de luces y vistas, sin que sea necesario, dada la propia naturaleza del proceso interdictal, que se acredite totalmente la titularidad de un derecho de servidumbre de luces y vistas sobre el solar en donde se halla la obra que se quiere parar, pues bastará con constatar la existencia de una razonable controversia sobre la existencia del pretendido derecho de servidumbre para que así, siguiendo el consejo de que es mejor prevenir un mal que luego tener que evitarlo, proceda en su caso paralizar la obra, dejando para el ulterior declarativo la fijación definitiva de si existe o no realmente la servidumbre y si, en consecuencia, existe o no el derecho a construir. Ello no obstante, y como también mencionábamos en las expresadas resoluciones, la mera existencia de unas ventanas, que no consta que tengan voladizos invadiendo el predio contiguo, no supone acto alguno de posesión sobre la finca vecina, pues el actor es muy libre de tener o no en su propia finca una construcción cerrada con pared con o sin ventanas, dado que la apertura de éstas, tanto en pared propia como en medianera, desde siempre ha sido tolerada por la Ley en Aragón como una facultad derivada del estatuto nor-

mal del propio dominio, de modo que las ventanas, por sí mismas, son únicamente una manifestación de ese dominio y no suponen la realización de acto alguno de posesión sobre la finca hacia la que se mira, ni siquiera una posesión meramente tolerada, pues con las ventanas únicamente se disfruta del propio predio, aunque se pueda mirar hacia la finca del vecino, pero sin que por ello se pueda decir que se posee en modo alguno la finca que se ve o de la que se reciben luces. De esta manera, al igual que la parte actora es libre de tener o no una construcción cerrada con pared con o sin ventanas cerca del lindero, también su colindante tiene el mismo derecho a tener o no en su propia finca otra construcción cerrada con pared, sin más límite que la interdicción del ejercicio abusivo de los derechos y sin que al construir dentro de su dominio pase a realizar acto alguno de posesión sobre la finca cuyas ventanas pasan a quedar inutilizadas. Es decir, si no hay voladizo invadiendo la finca vecina, la mera presencia de las ventanas no supone rebasar en el ejercicio de la posesión los límites del propio predio, salvo que se hubiera realizado un acto obstativo impidiendo al vecino construir, momento a partir del cual el dueño de la finca que lo formula no sólo sigue disfrutando de su propia finca sino que, además, comienza a poseer de hecho una servidumbre de luces y vistas, aunque todavía no se tuviera derecho a ella, sin perjuicio de que la servidumbre pudiera llegar a adquirirse por usucapión conforme a las Leyes aragonesas.

SEGUNDO: Para dar respuesta a los motivos de recurso, debemos dejar constancia que si bien las dos casas están construidas en el siglo XIX, no podemos decir lo mismo de las ventanas o huecos, según puede comprobarse en el reportaje fotográfico aportado con la demanda. Todas han sufrido alteraciones o modificaciones mas o menos intensas, y las de la parte central de la segunda y tercera planta, de mayores dimensiones que las demás, parecen mucho más recientes. No se abren directamente sobre la propiedad vecina, sino sobre un callizo de unos 50 cm de ancho, según puede apreciarse en las fotografías y en el informe pericial. De modo que los supuestos voladizos, —alféizar y tendedor—, no caen directamente sobre fundo ajeno. No suponen, por tanto, una intromisión en la propiedad vecina, sino que volarían sobre el callizo. Además, no tienen consideración de signo aparente de servidumbre, conforme hemos mantenido entre otras en nuestra sentencia de 24 de octubre de 2007, 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—, un vierteaguas —sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 11 de diciembre de 1985—, o un tendedor —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—.

TERCERO: Respecto al derecho aplicable, y a la adquisición de la servidumbre bajo el régimen anterior al Apéndice de 1925 y la Compilación, hemos de recordar, vid nuestras sentencias de 14 de octubre de 1998 y 26 de enero de 2006, que “bajo el régimen de las Observancias del Reino de Aragón, la toma de luces y la proyección de vistas sobre fundo ajeno estaban regu-

ladas también como relación de vecindad. Por ello, y dado que la existencia de huecos sin voladizos sobre el predio contiguo no constituía tampoco signo aparente de servidumbre, el carácter negativo de este tipo de servidumbre de luces y vistas exigía —al igual que ahora— el llamado acto obstativo del dueño del presunto fundo dominante dirigido al del sirviente para que no obstruya las luces y las vistas, como reconoció la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1983 (y las que en ellas se citan), momento a partir del cual comienza el plazo de usucapión, y no antes, es decir, mientras se mantiene en sentido estricto la relación de vecindad o régimen de tolerancia sobre la apertura de los huecos. El Apéndice Foral de Aragón de 1925 recogía expresamente este criterio en el párrafo tercero de su artículo 14". Siguiendo esta sentencia, de plena aplicación al presente supuesto, no podemos aceptar que el actor haya adquirido por usucapión un derecho real de servidumbre de luces y vistas, pues, como venimos diciendo, en Aragón es posible abrir huecos tanto en pared propia como medianera. Tampoco sobre la base de la posesión inmemorial alegada, pues en ella también es necesario el acto obstativo y, si se entiende por posesión inmemorial aquella cuyo origen no consta por haberse perdido la memoria de su comienzo o aquella que tiene lugar cuando la actual generación, ni por sí misma ni por tradición, haya conocido otro estado de cosas, como hemos dicho en otras ocasiones, es obvio que, en esa situación, también se habría perdido memoria del supuesto acto obstativo, con la consiguiente imposibilidad de que pueda comenzar el plazo para usucapir.»

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de La Almunia de Doña Godina de 14 de octubre de 2008. Régimen normal de luces y vistas. Acción negatoria de servidumbre. Solicitud de colocación de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente:

«Primero.— El demandante, propietario del inmueble sito en la calle nº 24 de, dirige contra la Comunidad de Propietarios la acción negatoria de servidumbre a fin de que se declare que la propiedad del primero no está gravada con una servidumbre de vistas a favor de la demandada, exigiendo la condena de esta última a que coloque en las ventanas del piso Primero-B del inmueble sito en la calle nº 6 reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente, por proyectarse vistas oblicuas desde la ventanas de la referida vivienda hasta la heredad del actor en una distancia inferior a sesenta centímetros.

Por su parte, la entidad demandada excepciona la falta de legitimación pasiva por entender que debía de haber sido demandado el propietario del piso 1º-B del inmueble que supuestamente proyecta sus vistas sobre la propiedad del actor. En cualquier caso, la comunidad de propietarios demandada interesa la desestimación de la demanda por considerar que las ventanas abiertas en la nueva edificación respetan las distancias legalmente establecidas.

Segundo.— Analizando en primer lugar la excepción de falta de legitimación pasiva esgrimida por la comunidad demandada, este Juzgador entiende que, independientemente de que las ventanas a las que hace referencia la demanda formen parte del piso 1º B

del edificio sito en la calle el cual pertenece a persona distinta de la comunidad de propietarios, lo cierto es que dichas ventanas constituyen huecos abiertos en la fachada del inmueble, que sin duda, y en virtud de lo dispuesto por el artículo 396 del Código Civil, tienen la consideración de elementos comunes, por lo que la referida excepción debe de desestimarse.

Tercero.— En cuanto al fondo del asunto, el actor dirige contra la demandada la acción negatoria de servidumbre reclamando del Juzgado una sentencia que declare que su finca no se encuentra gravada con una servidumbre de vistas desde el inmueble de la demandada y que se condene a esta última a colocar reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección equivalente, por proyectar esta última desde las ventanas del piso 1º B vistas en línea oblicua en una distancia inferior a sesenta centímetros.

El régimen jurídico de las luces y vistas que cabe recabar en un edificio próximo o colindante a finca ajena es, en la Compilación, significativamente diferente al del Código Civil. (en este último cuerpo legal se incluye en la regulación de las servidumbres, y sólo permite en el art. 581 la apertura de huecos con determinación de su ubicación (a la altura de las carreras, o inmediatamente a los techos), de sus dimensiones (de 30 centímetros de cuadro) y con imposición de protección (reja de hierro remetida en la pared y con red de alambre), huecos que no impedirán al propietario de la colindante "cubrirlos edificando en su terreno o levantando pared contigua a la que tenga dicho hueco o ventana estableciéndose en el art. 582 una prohibición de vistas rectas, balcones o voladizos, si no hay dos metros de distancia. Por el contrario en la Compilación, se denomina como régimen normal de luces y vistas, se enmarca en las relaciones de vecindad y, como expresión del mismo derecho de propiedad, se permite la apertura de cualesquiera huecos en la pared propia, si bien imponiéndose limitaciones cuando se esté dentro de las distancias del art. 582 C Civil, en cuanto a la forma de los huecos (prohibición de voladizos y exigencia de protección: reja de hierro remetida en la pared). Así, el artículo 144 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón permite la apertura de huecos para luces y vistas tanto en pared propia como en pared medianera. Cuando estos huecos tengan una distancia inferior a dos metros en línea recta o sesenta centímetros en línea oblicua, los mismos deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente, de acuerdo con lo previsto por el artículo 582 del Código Civil.

Además, también debe de tenerse en cuenta que el artículo 145 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón no considera signo aparente de servidumbre la falta de protección señalada en el referido artículo 144 ni tampoco los voladizos sobre fundo propio. En consecuencia, considera este Juzgador que el ejercicio de la acción negatoria strictu sensu no procede en el presente procedimiento por cuanto que no queda acreditada la existencia de una perturbación por el demandado y que ésta haya sido realizada con la pretensión de ostentar un derecho real sobre la cosa. Según la jurisprudencia —sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 16 de junio de 2004— son por lo tanto dos requisitos los que deban concurrir para que prospere este tipo de acciones; en primer lugar, el de-

recho de propiedad que el actor ha de ostentar sobre la finca, elemento indiscutido en este procedimiento; y un segundo, la perturbación por parte del demandado atribuyéndose un derecho real sobre la finca del actor, requisito este último que no se aprecia habida cuenta que la propia ley señala que la falta de red de hierro y de red de alambre no es un signo aparente de la servidumbre de luces y vistas.

Cuestión distinta será, y en virtud de las relaciones de vecindad que regula el Título Primero del Libro Tercero de la Compilación de Derecho Civil, que la demandada pueda ser condenada a que realice cuantas actuaciones sean necesarias para evitar que las ventanas del piso 1º B proyecten sus vistas oblicuas sobre la heredad del actor. La remisión que hace la legislación foral al Código Civil implica que todo hueco que se abra en pared propia o medianera no podrá tener vistas oblicuas o de costado sobre las fincas vecinas en una distancia inferior a sesenta centímetros. La prueba pericial practicada es concluyente a la hora de señalar que las dos ventanas del piso 1º B del inmueble sito en la calle incumplen las distancias mínimas sobre vistas oblicuas por haberse construido en una distancia inferior a sesenta centímetros, sin que este Juzgador, al contrario de lo que opina la demandada, aprecie contradicción alguna entre los informes periciales aportados, debidamente ratificados por sus autores, realizando estos últimos cuantas aclaraciones y apreciaciones fueron necesarias para conocer las distancias entre los huecos y la propiedad vecina; resultando, además, que al tiempo en que los mismos fueron elaborados —años 2004 y 2005—, y tal como se desprende del reportaje fotográfico que los mismos incorporan, la estructura y el cerramiento de la nueva edificación ya estaban finalizados, conociéndose el lugar exacto en el que se abrieron las ventanas.»

c.— Servidumbre de luces y vistas:

— Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 15 de julio de 2008. Servidumbre de luces y vistas:

«PRIMERO.— La resolución del presente caso debatido debe partir de un hecho que ha quedado debidamente probado en las presentes actuaciones, de modo especial por la documental aportada con la demanda, constituida fundamentalmente por las escrituras notariales traídas al pleito como documentos dos y tres de aquel primer escrito, en las que se expone la conjunción inicial del terreno construcciones sobre el mismo edificadas, por las que se aprecia los dos procesos de transformación que sufrieron, la primera en diecinueve de diciembre de mil novecientos ochenta y siete, la segunda en veintitrés de agosto de dos mil, en cuya fecha también una de las fincas que fueron segregadas fue vendida a tercera sociedad, que a su vez procedió a su venta a otra segunda, que edificó sobre la misma, otorgándose escritura de obra pública y constitución de propiedad horizontal en treinta de marzo de dos mil cinco, levantando la edificación de modo tal que invadió materialmente la construcción primitiva propiedad de la actora, y desde luego le impidió el uso de la servidumbre de luces y vistas que tenía a su favor constituida, y así claramente lo señala el informe pericial que fue emitido en el curso de las actuaciones, en uno

de sus párrafos —Folio 3 del informe— se dice que: “La planta baja de la nueva construcción de la parte demandada tiene un cerramiento de ladrillo doble hueco de hormigón hasta una altura de 2,00 metros medidos desde el suelo de la galería volada de la parte demandante. Esta situación provoca que se produzca una perturbación de luces y vistas a los huecos de las habitaciones recayentes a la fachada posterior de la planta primera de la vivienda de la parte demandante por encontrarse estos huecos a las distancias señaladas (de 1,16 y 1,36 metros)...”, lo cual queda asimismo ratificado por el informe que fue acompañado con la demanda —documento nueve—, y, en fin, por el conjunto de fotografías que se han unido al expediente, en las que es de ver como la nueva construcción invade materialmente la anterior, en concreto la galería volada descubierta, referenciada en aquella escritura de diciembre de mil novecientos ochenta y siete, todos cuyos hechos quedan resumidos en los expositivos segundo párrafo último y quinto párrafo penúltimo de la demanda, en los que se hace constancia de la reseñada configuración inicial de la finca y posteriores enajenaciones de la misma, que son ciertos hechos ciertos no combatidos por prueba alguna propuesta por la parte demandada.

SEGUNDO.— Los hechos expuestos deben regularse por lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil, pues demuestran la existencia de un signo aparente de servidumbre de luces y vistas establecido por el propietario de ambas que no se hizo desaparecer al tiempo de separarse la propiedad de las mismas, que ha de considerarse título suficiente para que la servidumbre continúe activa y pasivamente. Los argumentos esgrimidos por la representación procesal de la entidad al articular su recurso no pueden desvirtuar esta apreciación. En primer lugar, el hecho que la finca se vendiera a la entidad compradora intermedia como libre de cargas, gravámenes y arrendamientos no es suficiente para entender que no existía servidumbre: primero, porque la concurrencia en el caso de los requisitos que se señalan en aquel artículo 541 del Código Civil es ciertamente contundente y ninguna prueba válida se ha efectuado en su contra, por lo que es preciso reafirmar la existencia de esa servidumbre de luces y vistas; y, segundo, porque, conforme a reiterada Jurisprudencia, la declaración en escritura pública al venderse una finca sobre carencia de gravámenes, no constituye prueba suficiente, cuando queda constancia de la misma por hechos fehacientes que denotan claramente su existencia, más aún cuando como en el caso presente la demandada ha venido a construir en el límite mismo de la edificación de la demandante, tapando toda posibilidad de tener luz o vistas, como es de comprobar viendo las fotografías unidas a las actuaciones. En segundo lugar, por lo que se refiere a la oposición fundada en argumentos extraídos de la Compilación de Derecho Civil aragonés, concretamente su artículo 145, aun cuando sea regulación en algún punto no excesivamente clara, sobre todo cuando se intenta compaginar los derechos del titular de pared propia o medianera para abrir huecos y vistas y la del fondo vecino para construir sobre su propiedad sin sujeción a distancia alguna como se refiere en el artículo 144, el artículo siguiente es sumamente claro en su redacción, cuando ante todo expresa que los voladizos sobre fondo ajeno son signos aparentes de servi-

dumbre de luces y vistas, no lo son los voladizos sobre fundo propio ni la falta de protección señalada en el artículo anterior, pero al final de modo inequívoco añade que: "Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil", por lo cual la existencia de esa galería volada descubierta debe tenerse como signo exterior de servidumbre y, separada la propiedad única inicial de la finca, sigue denotando la existencia de una servidumbre que debe ser respetada por el predio que ha de sufrirla. En un sentido semejante, cabe citar la Sentencia que fue dictada por el Tribunal Superior de Aragón con fecha 16 de diciembre de 2005, al decir que: "Había quedado constituida servidumbre de luces y vistas por el hecho de que al abrir el propietario donante sobre el patio contiguo un hueco por el que entraba la luz, carente de la protección exigida por el artículo 144 de la Compilación, constituyó un signo aparente de servidumbre determinante del nacimiento del gravamen al hacer la donación y no haber efectuado dicho propietario manifestación alguna, ni al donar las fincas ni en el momento de la partición, ni haber hecho desaparecer aquel signo externo"; del mismo modo debe merecer cita, "sensu contrario", lo que se dispone en el FJ Cuarto de la Sentencia dictada por el mismo Tribunal en fecha muy reciente, 22 de abril de 2008, cuando expresa que: "Partiendo de la premisa sentada en la Sentencia de instancia de que el alfeizar que sobresalía de uno de los huecos no puede entenderse voladizo en los términos que exige el artículo 145 de la Compilación para poder estimarlo signo aparente de servidumbre, y considerando que conforme previene el mismo artículo 145, la ausencia de reja y red o protección equivalente no es tampoco signo exterior de servidumbre, la conclusión que se obtiene es que lo que el recurrente ha disfrutado desde mucho tiempo atrás, es el derecho derivado de las relaciones de vecindad, pero no de un derecho que pudiera surgir de una servidumbre de luces y vistas". Y aun cuando no fuera así, volviendo otra vez a los párrafos primero y tercero del artículo 144 de la Compilación, sería necesario recordar la jurisprudencia mayoritaria dictada en su interpretación sobre que el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir sobre él sin sujeción a distancia alguna, incluso tapando los huecos, siempre que haya obrado conforme a los dictados de la buena fe, pues en otro caso, cuando se sobrepasen manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, se establece la correspondiente reparación, tal como se reconoce en el artículo 7º, 2 del Código Civil, como es de repetir ocurre en el caso presente, en que la edificación ha sido claramente extralimitada, llegando a invadir la finca ajena, o, por ser más exactos, a las mínimas distancias recogidas en los informes periciales antes citados, por lo que, desde esta otra perspectiva, tampoco la obra podría autorizarse, obligando asimismo a demolerla en su parte necesaria. Por cuyas razones el recurso interpuesto por la parte demandada en modo alguno puede prosperar, y ha de ser así desestimado.

TERCERO.— Diferente suerte debe correr el recurso interpuesto por la parte demandante. Se interpone este con base a un doble motivo: por un lado se recurre la parte de la Sentencia en que se absuelve a la comunidad de propietarios, única parte que había sido inicialmente demandada, y, por otro lado, se recurre aquella otra parte de la misma resolución por la que se impo-

nen a la actora las costas de "...", y ya es oportuno reseñar que el recurso con esa doble finalidad debe ser íntegramente acogido. Ciertamente, fue la entidad "... la que edificó la obra extralimitándose en su construcción, llevándola a cabo hasta casi la linde misma de la casa ajena, que constituye actuación que sin duda debe calificarse de mala fe, pues no quiso darse cuenta de la existencia de la tan repetida galería que evidenciaba la servidumbre existente sobre su predio, pero tampoco ha de descuidarse el hecho que con posterioridad la obra así levantada se constituyó en propiedad horizontal, determinándose unos elementos privativos y otros comunes, vendiendo los pisos a varios compradores, y entre estos elementos comunes debe comprenderse la pared de ladrillo que cierra el voladizo, cuya propiedad ha de atribuirse a la comunidad como muro o tabique de cerramiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 396 del Código civil y 1º de la Ley de Propiedad Horizontal, por lo que su demolición exige la condena de la comunidad de propietarios, sin la cual la Sentencia no podría llevarse a efecto, haciendo expresa reserva de la acción de repetición que pudiera corresponder a la comunidad frente a la entidad constructora al no haber cumplido los deberes de vigilancia que le incumbían al levantar el edificio...»

#### d.— Usucapión de servidumbres aparentes:

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 10 de julio de 2008. Usucapión de servidumbres aparentes:

«PRIMERO.— La parte actora ejercita en el presente procedimiento una acción negatoria de servidumbre de luces y vista, de salida de humos mediante chimenea y de aguas, con la pretensión de que se condene a los demandados a colocar en las ventanas que tienen abiertas en su edificación sita en la C/ de Cella, colindante con un solar propiedad del demandante, y que dan sobre el mismo, reja metálica y red de alambre, así como a retirar la chimenea que adosada a la pared de la edificación sobrevuela el referido solar, y a retirar el antiguo alero del pajar que existía antes de edificar la casa y que sobresale de la vertical de la pared.

La parte demandada se opuso a la demanda alegando, en síntesis, que ostenta un derecho de servidumbre sobre el fundo del demandante de vistas y luces, de salida de humos mediante chimenea y de aguas al haberlas adquirido por prescripción adquisitiva, al llevar en el disfrute de las mismas más de veinte años.

La sentencia de instancia entrando al fondo de la demanda, la estima parcialmente, condenando a los demandados a que procedan a la colocación en las ventanas de esa protección, y a retirar el alero y la chimenea, al considerar que no existía servidumbre alguna que justifique la inmisión en la propiedad ajena.

Contra dicha sentencia se alza ahora los demandados con la pretensión de que se les absuelva de la condena a retirar el alero y la chimenea de salida de humos, conformándose con el pronunciamiento que niega que exista servidumbre de vistas y les condena a colocar en las ventanas reja metálica y red de alambre.

SEGUNDO.— La primera de las cuestiones que plantea la parte apelante en su recurso hace referencia al pronunciamiento de la sentencia que le condena a

la retirada del alero del antiguo pajar que sobresale de la vertical de la pared de colindancia con el solar del demandante, alegando para ello infracción legal por inaplicación del artículo 1.963 del Código Civil, al llevar el alero construido más de 30 años. Basta ver las fotografías obrantes en autos de la pared en cuestión y de la construcción llevada a cabo por los demandados, para desestimar el recurso y confirmarse en este punto la sentencia recurrida, pues en las mismas se observa claramente que éstos, en la nueva construcción que realizaron en el año 1982 sobre el antiguo pajar, dieron otra vertiente a los tejados, de tal manera que las aguas no vierten a la finca del demandante, por lo que el antiguo alero que sobresale del parámetro de la pared no cumple ahora función alguna. No ofrece ninguna duda de que los demandados ostentaban un derecho de servidumbre de vertientes de agua a favor de su propiedad, pues dada la antigüedad del viejo pajar hay que considerar que la adquirieron por usucapión en virtud de lo establecido en el artículo 147 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón; pero, igualmente, no ofrece ninguna duda de que dicha servidumbre ha devenido innecesaria desde el momento en que construyeron la nueva edificación cuya vertiente de tejados, a diferencia de lo que ocurría con el antiguo pajar, no cae sobre la finca del demandante, sino sobre la calle y sobre la finca con la que linda al fondo. Si desde el año 1982 no se usa la servidumbre, la misma hay que considerarla extinguida en virtud de lo establecido en el artículo 546.2º del Código Civil, que establece que las servidumbres se extinguirán por el no uso durante veinte años, periodo que ampliamente se ha visto superado desde que se realizó esa nueva construcción en 1982. Al no ostentar en la actualidad ningún derecho de servidumbre de aguas, no puede justificarse la existencia de un signo tan aparente, y tan gravoso para el derecho de propiedad ajeno, como es un alero que no cumple ninguna función, pues ninguna agua recoge desde que se modificó la vertiente del tejado. Es por ello por lo que la presente alegación debe ser rechazada.

TERCERO.— La segunda cuestión que plantean los demandados en su recurso hace referencia a la chimenea que tienen adosada a la pared de su casa y que vuela sobre el fundo colindante propiedad del demandante. Combaten la sentencia con dos argumentos; en primer lugar, al entender que la misma infringe las normas sobre adquisición de las servidumbres, pues consideran que tienen ganada por usucapión la servidumbre de salida, recogida, canalización y evacuación de humos, al haber venido disfrutando de ella desde que se colocó la chimenea en el año 1982 y, en segundo lugar, por cuanto la misma vendría amparada por la servidumbre de aguas al no sobrepasar su grosor el espacio del alero. Esta última alegación debe decaer a la vista de lo indicado en el fundamento jurídico anterior, en el que se concluye que esa servidumbre de recogida de aguas quedó extinguida por el no uso durante el periodo marcado en el artículo 546.2º del Código Civil, por lo que no puede servir de justificación para la existencia de la inmisión que supone la chimenea.

Igualmente debe decaer el primero de los argumentos, pues aunque, en el supuesto más favorable para los demandados apelantes, diéramos por supuesto que esa servidumbre voluntaria (Sentencia del T.S. de de

13 de junio de 1998 citada en la sentencia recurrida) se hubiera adquirido por usucapión al amparo de lo establecido en el artículo 147 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, al haber transcurrido más de diez años desde que se colocó la original chimenea, esa servidumbre se habría adquirido para la concreta chimenea que durante ese periodo sirvió de signo aparente, pero dado que los demandados recientemente, en concreto en el verano de 2006, procedieron a cambiar, sin autorización del propietario del fundo sirviente, la chimenea por otra que discurre por distinto lugar, tal como claramente se aprecia al comparar las fotografías obrantes a los folios 20 y 43, procedieron a alterar la servidumbre cuyo derecho, en su caso, habrían adquirido por usucapión. Alteración que viene prohibida en el artículo 543 del Código Civil al indicar que el dueño del predio sirviente no podrá alterar ni hacer más gravosa la servidumbre, artículo éste que, según constante doctrina jurisprudencial, debe ser interpretado de manera restrictiva al tratar un tema que supone una limitación al derecho de propiedad ajeno. Por todo ello, sin más discurso, el recurso debe ser desestimado.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 13 de marzo de 2008. Existencia de servidumbre de paso:

«PRIMERO: Sostiene el recurrente que procede la íntegra estimación de la demanda y la desestimación de la reconvencción solicitando subsidiariamente, además de la desestimación de la reconvencción, la declaración de que subsiste la antigua servidumbre de paso, la que el informe pericial del Sr. (Nombre de la parte eliminado) denominaba "camino viejo". Esta última pretensión en modo alguno puede prosperar, ya no por razones de fondo, sino porque es una declaración que no se solicitó en la demanda y en apelación bien sabido es que no cabe introducir cuestiones nuevas. No obstante, es muy comprensible que el actor haga ahora esa petición pues la sentencia apelada, según resulta de su fundamento cuarto, ha declarado extinguida la servidumbre en su antiguo trazado, cuando no es eso lo que había pedido la parte demandada en su reconvencción. Así, cuando anunció su reconvencción lo que pedía la parte demandada era, para el caso de que fuera estimada la demanda, la extinción, por no ser necesaria, de la servidumbre descrita en el hecho segundo del folio 92, esto es, la servidumbre afirmada en la demanda, la nueva, la que tiene que discurrir paralela a la acequia, defendiendo en su contestación ya no que no hubiera un pacto afectando a la servidumbre antigua sino que sí que lo hubo, pero para renunciar el actor a dicha servidumbre que además, según la parte demandada, se habría extinguido por no uso con vehículos. Pues bien, aparte de que la prueba evidenciana que la servidumbre sí que se usaba para el paso de vehículos, no hay constancia alguna de que el actor renunciara a la servidumbre antigua, eso es una mera alegación de la parte demandada que, por otra parte, como la sentencia apelada, no está teniendo en cuenta que en Aragón, conforme al artículo 147 de la Compilación Aragonesa, las servidumbres de paso aparentes, ejercidas por senda, camino o carril, también pueden adquirirse por usucapión, tanto si el predio dominante tienen otros accesos como si no los tie-

ne, aparte de que el hecho de que haya perdido la memoria de cómo se constituyó una servidumbre no autoriza a suponer sin más que naciera forzosamente conforme al artículo 564 pues también pudo constituirse voluntariamente, por pacto o por usucapión, aparte de que la extinción de la servidumbre conforme al artículo 568 del Código Civil requiere la devolución de lo que se hubiere recibido por indemnización en la constitución forzosa. De este modo, la reconversión en ningún caso puede prosperar. Es decir, en ningún caso procede declarar extinguida la servidumbre por no ser ya necesaria, pues no consta que se constituyera con carácter forzoso, ni la antigua ni el trazado reclamado en la demanda, aparte de que los demandados confunden continuamente al demandante con su esposa, como si no fueran dos personas distintas.

Así las cosas, tenemos que, a la vista de lo actuado y de la grabación del acto del juicio, creemos que sí que existió el acuerdo invocado en la demanda, por el que se alteraba el trazado de la servidumbre antigua, que incluso se llegó a ejecutar en la primera parte de su trayecto, al menos cuando pasa sobre la 358. Además, si no se hubiera acreditado dicho cambio por dicho acuerdo, no estando en absoluto acreditado que en el mismo el actor renunciara a la servidumbre antigua, como se sostuvo en la contestación a la demanda, es claro que el actor ostentaría, al menos, la servidumbre originaria, por más que, por congruencia, no pudiéramos declararlo en la parte dispositiva...»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 15 de mayo de 2008. Servidumbre aparente. Servidumbre de paso:

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

SEGUNDO: Ambas partes discrepan con la sentencia apelada. La actora porque entiende que procede dejar sin efecto la declaración de la existencia de la servidumbre y que, en su lugar, procede la íntegra estimación de la demanda; y el demandado porque considera que tampoco debe prosperar la pretensión de la demanda que quedó acogida en la sentencia apelada. Como fundamento de dichas pretensiones, las dos partes invocan error en la valoración de la prueba y la actora, además, inadecuada aplicación del artículo 147 de la Compilación por haberse empleado el camino, según la demandante, por la "mera tolerancia" que no aprovecha a la posesión. No alegan las partes incongruencia alguna por haberse emitido en la parte dispositiva una declaración no solicitada, por lo que debe entrar en acción el artículo 465.4 de la Ley procesal.

Los recursos no pueden prosperar por los propios fundamentos de la sentencia apelada, anteriormente aceptados y dados por reproducidos en esta ocasión procesal, en la que, a la vista de lo actuado y de la grabación del acto del juicio, por muy en cuenta que tengamos las razones invocadas en los dos recursos, ningún error detectamos en la valoración de la prueba efectuada por el Juzgado, cuyo objetivo e imparcial criterio, como el de esta Sala, no puede ser sustituido sin más por el subjetivo e interesado parecer de las partes recurrentes, debiendo estarse, en definitiva y para ambos recursos, a las acertadas explicaciones que el juzgado ya tiene dadas al valorar la prueba

practicada siendo, no obstante, de resaltar que la frase del párrafo cuarto del fundamento tercero de la sentencia apelada que indica la demandante en su recurso no está valorando ninguna testifical, sino la declaración de la parte demandada y que, además, la demandante, aparte de dar a las pruebas que invoca un potencial probatorio del que realmente carecen, no puede desconocer que no estamos ante una constitución de una servidumbre de paso forzosa y que una finca puede tener, sin constitución forzosa, múltiples accesos ganados por título o por usucapión. Como dijimos en las sentencias de 25 de mayo de 2004 y 12 de diciembre de 2006, el reconocimiento de una servidumbre adquirida por usucapión no presupone ni lleva implícita la afirmación de que el predio dominante no tiene otro acceso a camino público pues una finca con uno o varios accesos de dicha clase, en uso o no, puede usucapir o adquirir por título uno o varios pasos más si los titulares de los predios llamados a ser sirvientes se lo toleran o permiten. Aparte de que, por más que el acceso inmemorial para la finca fuera otro, el que el vendedor dijo que le indicó al demandado, lo cierto es que el paso litigioso es el único camino para vehículos que la finca del demandado tenía en uso cuando la adquirió y tiene en la actualidad, si bien la prescripción adquisitiva se habría producido igual aunque hubiera dispuesto de otros accesos pues en Aragón se pueden usucapir todos los pasos que se posean durante el plazo legal si, además, son aparentes, careciendo así de relevancia determinar si el demandado podía o no "ensanchar" el camino de *a*, tal y como en la demanda se dice que lo intentó. Por otro lado, este tribunal no encuentra similitud alguna entre este caso y el resuelto por la Audiencia Provincial de Teruel en la sentencia invocada en el recurso de la demandante en la que, según indica la parte, se concluyó que el camino allí litigioso no se usaba, sino que se empleaba otra servidumbre, siendo del todo irrelevante que en aquel caso no se demostrara el derecho a pasar pues en éste sí que se ha acreditado, al haber tenido lugar la usucapión, sin margen alguno de duda que pudiera determinar la entrada en acción de la presunción de libertad de los predios. El demandado no ha entrado a su finca sino, precisamente, por el camino litigioso, por más que éste también sea usado por los empleados municipales para llegar al depósito del agua de Margudgued e instalación de bombeo de Sieste, ubicados dentro del camping, cuyo único acceso rodado desde su instalación siempre ha sido el camino litigioso y así era también incluso antes de la instalación del camping, según resulta del folio 113.

Mención especial merece el documento 14 de la demanda que, como muy bien dice la parte que lo invoca, no está firmado por nadie y, además, no se ha probado que el demandado interviniera de algún modo en su redacción, por lo que ningún valor probatorio le podemos reconocer, así como el documento 15, fechado en 1993, que nos parece perfectamente compatible con la intención de compra de la finca aludida por ambas partes, en demanda y contestación, lo cual en nada afecta al paso que siempre convino al demandado ensanchar (como el ensanchamiento realizado sobre la acequia), aparte de los otros usos que el demandado pudiera haber dado a la finca si hubiera conseguido adquirirla para su explotación. Que el de-

mandado quisiera comprarle la finca al Sr. (Nombre de la parte eliminado) nada determina en relación con la servidumbre en litigio. El demandado, desde luego, en ningún momento ha podido usucapir el dominio de la finca en cuestión, para lo que habría sido preciso que alegara y probara poseerla en concepto de dueño, sino que únicamente ha estado en posesión de una servidumbre de paso sobre ella para la que no hace falta considerarse dueño del terreno sino, precisamente, un tercero distinto al dueño, pero que pasa sobre el terreno ajeno en cuestión cuando mejor le viene en gana por su propia y unilateral voluntad, para mejor aprovechar la finca de la que sí que es propietario, creando así una relación continuada y estable con la cosa gravada por la servidumbre (sólo de hecho hasta que se consolida la usucapición) gravamen que el demandado ha estado así poseyendo, pues dicha relación estable y duradera con la cosa, como luego veremos, nos parece incompatible con la mera tolerancia de los artículos 444 y 1942 del Código Civil, para negar la existencia de posesión.

Por otro lado, debemos indicar que el demandado no ha evidenciado que nadie tenga mejor derecho que la actora sobre la franja por la que transcurre la servidumbre antes de llegar a la acequia, siendo por otra parte evidente que cuanto se resuelve en este procedimiento sólo tiene efecto entre las partes ahora litigantes.

TERCERO: El paso que el demandado viene disfrutando sobre el camino, que no podía ser más aparente, no puede entenderse disfrutado sólo por mera tolerancia y, por lo tanto, sin posesión, como pretende la demandante pues, como dijimos en un caso análogo en nuestra sentencia 12 de diciembre de 2006, sin clandestinidad alguna, la servidumbre se ha usado cuantas veces ha convenido al demandado, quien no ha actuado por mera tolerancia o licencia de la demandante o sus causantes, pues la servidumbre la ha usado siempre dicho demandado sin contar para nada con la previa aprobación de la actora o de sus causantes la cual, por otro lado, en sí misma considerada, en una hipótesis imaginaria, a los solos efectos dialécticos, de una supuesta autorización genérica para pasar emitida y recibida con voluntad bilateral de no consolidar ningún derecho por el paso del tiempo, debería llevar a discutir ya no tanto si había existido o no posesión del paso, que sí que habría existido si efectivamente se pasaba, sino el concepto en el que tal posesión se habría ejercido. Es decir, el paso litigioso no merece la condición de meramente tolerado para negar la existencia de posesión. Es cierto que dicha clase de actos, los meramente tolerados, no aprovechan a la posesión; así lo pusimos ya de manifiesto en nuestra sentencia de 27 de Noviembre de 1989 y en las de 13 de Febrero y 4 de Noviembre de 1992, 3 de Marzo de 1994, 25 de septiembre de 1996 y, entre otras, 25 de junio de 2004, al señalar que los actos aislados, intermitentes y ocasionales cuya causa estriba en la mera tolerancia, no afectan a la posesión —artículo 444 del Código Civil—, que conserva íntegramente el permisivo poseedor que consiente y tolera dichos actos por cualquier motivo racional, quien no por ello pierde su propósito de continuar siendo el único poseedor real de la cosa, sobre la que también conserva el corpus, aunque ligeramente atenuado por la leve relación física establecida con la cosa por el beneficiario de su

condescendencia, en la esporádica materialización de los actos meramente tolerados, los cuales no confieren la condición de poseedor de hecho ni de derecho, determinando todo ello la falta de legitimación para el ejercicio de la acción interdictal y también, desde luego, para usucapir, que es lo que está en cuestión en este procedimiento. Pero quiebra la tesis de la actora cuando considera que la posesión de la parte demandada no era tal posesión, sino secuela de la mera tolerancia de la demandante conforme a los artículos 444 y 1942, pues lo cierto es que, como ha quedado dicho, el demandado, como todos los clientes y proveedores de su camping, venía pasando cuando mejor le parecía sin contar para nada con la previa aprobación de la demandante o sus causantes, naciendo así una relación estable y definida con la cosa (el camino litigioso) que, como dijimos ya en las sentencias de 13 de Febrero y 4 de Noviembre de 1992, genera una posesión protegible interdictalmente, aunque pudiera pedirse a la autoridad judicial, en el declarativo correspondiente, que la impidiera antes que de ella naciera algún derecho, pues ejercida por senda, vereda, camino o carril capaz de cumplimentar el requisito de la apariencia durante el plazo del artículo 147 de nuestra Compilación, tal posesión permite la entrada en acción de la usucapición de la servidumbre, que es lo que ha acontecido en este caso, en el que la demandante ha accionado cuando ya se había producido la usucapición, careciendo así de relevancia que con anterioridad a ella no hubiera un título que legitimara el paso. Si, como pretende la demandante, equiparamos los actos tolerados o permitidos a los "meramente" tolerados de los artículos 444 y 1942, la usucapición de servidumbres o del dominio no podría tener lugar nunca, en ningún caso. Quien pierde el dominio o cualquier otro derecho por usucapición siempre ha tolerado, permitido o dejado de algún modo que un tercero posea la cosa. Otro tema a discutir en cada caso, si las partes tienen a bien introducir ese debate en el litigio, es el análisis del concepto en el que dicho tercero ha poseído pero, a nuestro juicio, entre los actos "meramente tolerados" de los artículos 444 y 1942, que no afectan a la posesión, y, por ejemplo, la "mera tolerancia" de quien "pierde" la posesión inmediata de una cosa por haberla cedido en precario hay un abismo. Al igual que no es lo mismo permitir a un vecino entrar en casa a recuperar una prenda que se le ha caído, o invitarle a tomar café (actos "meramente" tolerados del artículo 444 que no afectan a la posesión) que darle las llaves de esa casa para que la habite cuando quiera (acto también tolerado, pero que ya confiere una posesión, aunque sea en un concepto de precario inhábil para usucapir el dominio conforme al artículo 1941), tampoco es lo mismo dejar pasar puntual y ocasionalmente a un vecino por una finca por alguna razón transitoria y concreta, que tolerar o permitir que lo haga de un modo duradero, cuando mejor le parezca y siempre que él quiera, por una senda, camino o carril y, además, sin contar para nada con nuestra voluntad, que es lo venía haciendo el demandado, haciéndolo, desde el principio, desde que compró y entró en posesión del predio hoy dominante, de un modo totalmente autónomo y desconectado de la voluntad de la actora o sus causantes. Hasta en la misma demanda se alega que desde 1992 el demandado ha hecho lo

que mejor le ha parecido sin contar para nada con ellos siguiendo una "política de hechos consumados", política a la que nuevamente se hizo alusión en el recurso sin tener en cuenta, al parecer, que tal modo de actuar no es muy compatible con el fundamento jurídico alegado, pues se afirma que el demandado ha estado haciendo su santa voluntad, en contra incluso de las disposiciones de la parte actora, mientras que el fundamento jurídico invocado parte de la premisa fáctica contraria.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 30 de junio de 2008. Alero con canalera que sobrevuela el suelo contiguo; dicha circunstancia no puede suponer por sí misma la negación de la facultad de las demandadas para cercenarlos, con la obligación de realizar un remate adecuado de los encuentros entre los inmuebles, ejecutando un correcto sistema de canalización para la evacuación de aguas pluviales:

«PRIMERO: Con relación a las alegaciones vertidas en el escrito de interposición del recurso, consideramos que, en contra de lo alegado por la parte apelante, las fotografías obrantes en la causa no demuestran con absoluta claridad, dado el ángulo desde el que fueron tomadas, que la pared que delimita las propiedades de ambas partes sea recta, sin requiebro alguno, desde la fachada hasta el fondo, máxime teniendo en cuenta el resultado de la inspección ocular practicada por la juzgadora de instancia, quien pudo apreciar que, al menos en uno de los dos edificios, concretamente el de la parte actora, la trayectoria de la pared más cercana a la propiedad contigua no era completamente recta, por todo lo cual no podemos afirmar, como también se hace en el recurso, que las fichas catastrales aportadas a los autos, en las que sí se refleja que la divisoria entre los dos inmuebles realiza varios ángulos a lo largo de su recorrido, sean inexactas o incorrectas.

En cuanto al alero de la propiedad de la actora, respecto del cual se alega en el recurso que de antiguo no existía y que lo que se colocó recientemente es tan sólo una albardilla protectora, hemos de manifestar que, con ocasión de la construcción de una terraza en el edificio de la actora —para lo cual, según evidencia la fotografía en donde se muestra el estado del inmueble anterior a dicha construcción, no fue necesaria, en contra de lo alegado por las apelantes, elevación alguna de la pared litigiosa para llevar a cabo dicha terraza—, se colocó un alero que rodeaba la terraza por tres de sus lados, así como una canalera que discurría paralelamente al alero y bajo éste por el lado correspondiente a la pared litigiosa, entendiéndose la Sala que dichos alero y canalera llevaban colocados en ese lugar más de diez años cuando fueron cercenados con ocasión de las obras de rehabilitación —y elevación— de la antigua construcción de las demandadas, conclusión a la que llegamos teniendo en cuenta que la demandante, cuya declaración aceptamos en este particular, manifestó que las obras de la terraza se hicieron entre los años 1991 y 1992, lo que no deja de ser coherente con que la única licencia de obras que solicitó la actora —pese a que fuera para obras menores, y aunque no le habilitara para realizar una reforma de tal envergadura— se concediera en el año 1991, por lo que cabe afirmar, por lo que ahora nos interesa, que

la actora había consolidado, conforme al art. 147 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, una servidumbre sobre la propiedad de las demandadas al haber mantenido durante el plazo legal un alero con canalera que sobrevolaba el suelo contiguo. Ahora bien, dicha circunstancia no debe suponer automáticamente la negación de la facultad de las demandadas para cercenar el alero y la canalera, como así sucedió con motivo de las referidas obras de rehabilitación, pues entendemos que las demandadas pueden elevar su construcción hasta alcanzar la altura de la terraza del edificio contiguo, cual es su propósito, pero siempre y cuando realicen un remate adecuado de los encuentros entre ambos inmuebles y ejecuten un sistema satisfactorio de canalización para la evacuación de las aguas pluviales que reciba la terraza de la actora, que era sin duda la función que desempeñaba la canalera cercenada, sin que en tal caso sea necesaria la protección de la pared desde la que volaba el alero, cuya función, que no era otra que resguardar dicha pared del efecto de las aguas pluviales, se podrá obtener al adosar otra construcción en la finca vecina, solución a la que esta Sala aludió en su reciente Sentencia de 24 de junio de 2008, en la que citábamos la del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1968 y los arts. 587 y 545 del Código Civil.

Se alega también en el recurso que la antigua construcción de las demandadas estaba adosada a la pared divisoria, apoyándose en ella, y que las fotografías muestran los huecos en la pared medianil en los que se introducían las vigas y apoyos de la edificación de las demandadas. Hemos de significar al respecto que dicha afirmación viene avalada por algunas de las personas que habían intervenido en las obras de rehabilitación, como los testigos Sres. (Nombre de la parte eliminado) y (Nombre de la parte eliminado), manifestando este último —que, a diferencia del anterior, carece de vínculos familiares con las demandadas— que, en su condición de oficial de primera de albañilería, trabajó en el cambio de las vigas de madera por otras de hormigón y que cada viga se metía treinta o cuarenta centímetros dentro de la pared, siendo ésta la colindante con la finca de la actora. En esta misma línea, conviene recordar que la propia parte ahora recurrente reconoció en su escrito de contestación a la demanda, concretamente en el último párrafo de la página sexta de dicho escrito, que "el muro en que se han introducido las vigas y se están apoyando es de propiedad exclusiva de la demandante solamente a partir de la común elevación, ya que hasta la común elevación es pared o muro medianil perteneciente, en propiedad conjunta, a las actoras y a mis representadas", todo lo cual nos inclina por decidir que la referida pared, en el tramo que es objeto de este litigio, esto es, en su parte más lejana a la fachada y más próxima al fondo, es medianera hasta el punto de común elevación, o sea, hasta la altura de la construcción (cuadra con conejal según las demandadas, cobertizo según la actora) que existía en la propiedad de las apelantes y sobre la que se realizaron las obras de rehabilitación, mientras que por encima de dicho punto pertenece exclusivamente a la parte actora.

SEGUNDO: Dicho lo que precede, el recurso debe ser estimado parcialmente a fin de que se declare que el muro divisorio, en el tramo litigioso antes descrito, es

de exclusiva propiedad de la actora, pero no en su totalidad, como se decía en la Sentencia de instancia, sino solamente por encima del punto común de elevación, que en este caso viene definido por la altura de la antigua construcción de las demandadas, ya que por debajo de dicho punto tiene la condición de pared medianera. La Sentencia, por otra parte, debe ser igualmente revocada en cuanto condena a las demandadas no sólo a indemnizar a la actora por los daños derivados de la eliminación del alero y de la canalera sino además a facilitar la reposición de dichos elementos, pues ya hemos dicho que las recurrentes tenían derecho a elevar su construcción adosada al edificio contiguo, cercenando con ello el alero y la canalera, siempre y cuando se adoptaran las medidas necesarias en cuanto al remate adecuado y a la canalización de las aguas a las que ya hemos hecho mención. Por su parte, los demás pronunciamientos del Fallo relativos a la demanda principal deben ser mantenidos, máxime cuando en el recurso ninguna referencia se hacía a los daños consistentes en humedades en la propiedad de la actora.

En cuanto a la demanda reconventional, que fue íntegramente rechazada en la instancia y cuya estimación se solicita también en el presente recurso, hemos de señalar brevemente que no debe estimarse la acción negatoria de servidumbre (mediante la que solicitaban las ahora apelantes que se declarase que su finca no estaba sometida "a servidumbre de luces y vistas ni a la de vertido de aguas, ni a ninguna otra servidumbre") porque ya hemos dicho que la actora consolidó al menos una servidumbre de alero y de paso de canalización de aguas sobre el fundo contiguo. Sin embargo, cabe estimar, aunque sea de forma parcial o condicionada, la pretensión relativa a que se declare que las demandadas pueden continuar con las obras de rehabilitación de su vivienda con la ampliación para la que se concedió la última licencia de obra, ya que, aunque la acción negatoria de servidumbre haya de rechazarse, las demandadas tienen derecho, al menos, a obtener la modificación de la servidumbre conforme al precepto art. 545 del Código Civil, para lo cual, como ya hemos dicho, deberán articular un sistema de conducción de aguas que supla a la canalera cercenada. Por último, la reconvención no debe estimarse en cuanto al resto de lo pedido, esto es, que se declare que las humedades fueron causadas por el retraso producido en las obras de rehabilitación y que por este motivo debe ser condenada la actora a indemnizar a las demandadas, al no haberse probado adecuadamente dichos extremos, y ello porque no se le puede reprochar a la juzgadora de instancia que haya aceptado el único dictamen pericial, aunque fuera de parte, en el que se abordaba la cuestión del origen de las humedades surgidas en la propiedad de la actora, como tampoco ha quedado probado que los alegados retrasos se deban a lo que en la contestación a la demanda se denominan como reiteradas obstaculizaciones por parte de la actora y de sus familiares, quienes se limitaron a poner en conocimiento del Ayuntamiento la posible ilegalidad de las obras de las demandadas, siendo el arquitecto municipal quien, tras la pertinente inspección ocular, recomendó en su informe (folio 69) la inmediata paralización de dichas obras porque excedían de la licencia inicialmente con-

cedida, sin que, por tanto, pueda apreciarse nexo causal alguno entre la conducta de la actora, que no hizo sino denunciar una posible irregularidad administrativa, y los supuestos perjuicios derivados del retraso de las obras.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 9 de octubre de 2008. Servidumbre de paso: en este supuesto no queda acreditado que el paso hubiera sido aparente alguna vez:

«PRIMERO: Los demandantes mantienen en su recurso las pretensiones deducidas en primera instancia. En cuanto a la acción reivindicatoria del trozo de terreno discutido, las apelantes solo cuentan, para justificar su dominio, con los límites parcelarios plasmados en el catastro y en el SIGPAC. Sin embargo, como venimos diciendo continuamente (la última de las veces, en nuestra sentencia de 28-III-2008), el catastro aunque pueda ser valorado como un dato o indicio más, no es registro que resuelva por sí mismo cuestiones de dominio; y lo mismo hemos de decir del SIGPAC. Por otro lado, el distinto nivel entre la parcela 84 (propiedad de los demandantes) y la porción de tierra discutida, la separación de ambas por una línea de carrasacas y el cultivo de la zona conflictiva desde hace no menos de nueve años por el arrendatario —el demandado (Nombre de la parte eliminado)— de la parcela 75 perteneciente al también demandado (Nombre de la parte eliminado) son indicios que perjudican a los actores, más aún si tenemos en cuenta que las oliveras plantadas en la parcela 75 fueron arrancadas a principios de los años setenta a fin de dedicar la tierra al cultivo de cereales, como ahora el terreno controvertido sin solución de continuidad, a diferencia de la 84, que sigue manteniendo los olivos. En suma, tras el examen de las actuaciones y el visionado de la grabación del juicio no apreciamos error alguno en las conclusiones a las que llega el juez de instancia, de donde resulta la falta de prueba del título de propiedad sobre la franja en cuestión.

SEGUNDO: 1. Respecto al otro extremo discutido, el único título de adquisición de la servidumbre de paso que ampararía a los demandantes sería la usucapión. Como hemos dicho en otras ocasiones (por ejemplo, en nuestras sentencias de 28-XII-2006 y 11-VII-2007 y las que allí son 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, añadíamos, 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.

2. En el presente caso, obviamente ningún camino es ahora visible en el tramo señalado por los apelantes; pero, además, sobre la base de las pruebas practicadas, tampoco podemos entender acreditado que el paso hubiera sido aparente en alguna ocasión, ni mucho menos a lo largo del plazo de diez años necesario para usucapir, aunque el propio colono demandado admite que no le importa que los actores pasen cuando lo necesitan, lo cual no es suficiente para ellos, pues a veces las condiciones del terreno impiden el uso de vehículos, según explicaron en el juicio. A tal efecto, no son suficientes las pruebas o indicios aportados por los apelantes. Así, los vestigios de camino apreciados por el perito de parte no están objetivados de forma adecuada (la piedra fotografiada podría tener como finalidad determinar la propia linde de la parcela); y tampoco son convincentes las explicaciones dadas por el perito en el juicio sobre este extremo y sobre una zona de terreno aplanada que podría corresponder al supuesto desaparecido camino, cuya anchura, por cierto, tampoco estaría aclarada. Por último, la colindancia de otra parcela de los demandantes —situado más al norte de la 84— con un camino por el oeste, y que solo podría ser el ahora discutido, consiste en una manifestación unilateral hecha por los hoy actores en el expediente de dominio tramitado en 1981 en el juzgado de primera instancia e instrucción entonces único de esta capital.»

e.— Usucapción de servidumbres no aparentes:

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 14 de enero de 2008. servidumbre de paso: No es reconocido el derecho de paso:

«PRIMERO: La demandada, cuyo recurso será examinado en primer lugar, interesa que se rechace la única de las cuatro pretensiones formuladas de contrario que fue acogida en primera instancia, que es la relativa al derecho de paso hacia la finca a través de la finca. El Juzgado entendió al respecto que, pese a que el referido paso se llevó a cabo durante años por mera tolerancia del anterior propietario de la finca, la cual figura además registralmente libre de cargas, es lo cierto que el acceso directo a la finca desde la carretera N-240 representa un peligro, dada la dificultad del propio acceso y la importante circulación de la vía, lo que inclinó al Sr. Juez, por razones de justicia y equidad, a conceder el paso reclamado.

Varias observaciones pueden hacerse al respecto de dicha decisión. En primer lugar, es evidente a través de la lectura del hecho quinto de la demanda que el fundamento del derecho pretendido por el actor no es otro que el paso durante años (desde que tiene uso de razón o desde siempre, se dice en la demanda) a tra-

vés de la finca, esto es, la constitución de una servidumbre por usucapción, y no la mayor o menor dificultad de acceso por la vía pública con la que linda el predio supuestamente dominante, pese a que en la demanda se llegue a mencionar, aunque en ningún caso como fundamento de la acción, que con el paso pretendido se lograría evitar que los vehículos tuvieran que acceder desde la carretera nacional, todo lo cual adquiere relevancia porque la Sentencia ha reconocido el derecho reclamado no por el título alegado en la demanda sino con un fundamento distinto. Tampoco hay que olvidar, por otra parte, que las resoluciones de los Tribunales sólo pueden descansar de manera exclusiva en la equidad cuando la Ley expresamente lo permita, conforme se señala en el art. 3.2 del Código Civil y se recuerda además en el escrito de interposición del recurso, en el cual, sin embargo, también se insiste en que las servidumbres no pueden adquirirse por usucapción según el Código Civil sin mencionar que, como muy bien se dice en la Sentencia, ello es posible conforme a la Compilación de Derecho Civil de Aragón.

A mayor abundamiento, y como esta Sala ha señalado en anteriores ocasiones (entre las más recientes, Sentencia de 28 de diciembre de 2006), el dato relevante para pronunciarnos sobre la acción ejercitada no es el solo hecho de que haya quedado acreditado que se venía atravesando la finca para acceder a la, que es la perteneciente al actor, sino más bien si dicho paso se verificaba a través de un camino, senda o carril, y ello porque, como tenemos repetidamente declarado (entre otras, Ss. 16.6.1997 y 19.11.1998), para el reconocimiento en Aragón de una servidumbre de paso adquirida por prescripción debe tenerse en cuenta que la Compilación de Derecho Civil establece en su art. 147 que son las servidumbres aparentes las que pueden ser adquiridas por usucapción, de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, debiendo entenderse, por aplicación como supletorio del Código Civil a tenor del art. 1.2 de dicha Compilación, que son servidumbres aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el aprovechamiento de las mismas, siendo no aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia (art. 532 del Código Civil). La servidumbre de paso, añadíamos, 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 debe resaltarse 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 este sentido, Ss. 24.4.2003, 19.6.2003, 25.5.2004). Dicho esto, y teniendo en cuenta que los testigos que comparecieron al acto del juicio, más allá de afirmar que se atravesaba la finca

para acceder a la, no llegaron a especificar que el tránsito se llevara a cabo por un itinerario concreto y determinado, el derecho de paso, tal y como ha sido alegado por el actor, no puede ser reconocido, lo que debe conducir a la estimación del presente recurso y a la consiguiente revocación de la Sentencia de instancia en este particular...»

— Derecho de Obligaciones:  
a.— Derecho de Abolitorio:

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 14 de Zaragoza. Facultad moderadora de los Tribunales del ejercicio del derecho de abolitorio:

«PRIMERO.— Se ejercita por el actor en las presentes actuaciones la acción de retracto de abolitorio prevista en el artículo 149.1 de la Compilación de Derecho Foral de Aragón respecto de la finca registral nº inscrita en el Registro de la Propiedad nº TRECE de Zaragoza, sita en la localidad de El Burgo de Ebro, dirigiendo la misma contra la entidad mercantil demandada que ha adquirido la misma en virtud de escritura pública de fecha 3 de noviembre de 2.006 e inscrita en el Registro de la Propiedad el 3 de enero de 2.007, siendo sus vendedores los sobrinos del actor.

La citada demandada, por su parte, se opone a la pretensión actora, alegando que se ha infringido lo dispuesto en el artículo 150 en cuanto a plazo de ejercicio y entrega o consignación del precio y considerando, en cuanto al fondo del asunto, que concurren en el presente supuesto circunstancias especiales que permiten moderar el ejercicio de dicho derecho, desestimando la pretensión actora, por entender que realmente la voluntad del retrayente no es recuperar la finca para continuar con su explotación agraria sino hacerse dueño de un terreno catalogado como suelo urbanizable no delimitado de uso residencial, que es como fue adquirido por la citada demandada.

SEGUNDO.— Concurriendo en el actor los requisitos personales exigidos por el mencionado artículo 149.1 de la Compilación (en cuanto a grado de parentesco, tiempo de permanencia del bien en la familia y enajenación de la finca por sus actuales titulares —sus sobrinos, hijos de su hermano y su hermana— a un tercero) hay que pronunciarse respecto a las dos objeciones que plantea la demandada a las que antes se ha hecho referencia.

En cuanto al tiempo o momento de ejercicio de la acción, pese a la existencia de un previo compromiso de opción de compra es evidente que el momento que ha de tenerse en cuenta como plazo inicial del cómputo es el de la enajenación del bien (pues aquí lo que se ejercita es el derecho de retracto) y al no constar la existencia de notificación fehaciente de la venta al actor, el término de 90 días hay que contarlos a partir de la fecha de inscripción del título en el Registro de la Propiedad, por lo que debe considerarse que la demanda está presentada dentro del plazo, rechazándose cualquier objeción al respecto.

Por lo que se refiere al precio entregado o consignado, la cantidad es la conocida por el retrayente como verdaderamente pagada en concepto de precio, según tiene establecido el Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de abril de 1.998, siendo éste, en principio, el fijado en la escritura pública de compraventa (Sentencia

Audiencia Provincial de Huesca de 17 de octubre de 1.996), por lo que hay que acudir a la lectura de la certificación del Registro de la Propiedad y en ella se observa que el precio de la venta se compone de dos partes: un precio fijo y otro variable. Este último está condicionado a una operación matemática vinculada al número total de viviendas a edificar en la finca, cuya determinación se pospone a otro momento, si bien se establece un mínimo de 1.500.000 euros. Y en cuanto a la parte fija del precio se establece el mismo en 6.611.133 euros, fijándose un calendario de pagos. Por tanto, en el momento de interponerse la demanda la adquirente había abonado a los vendedores un total de 2.892.370,69 euros, cantidad que el actor ha consignado en autos, e igualmente ha acompañado tres pagarés, avalados bancariamente, equivalentes a los librados por la demandada para el pago de la parte aplazada del precio fijo, comprometiéndose expresamente al abono de la parte del precio variable (desconocida en estos momentos), así como al abono a la compradora de los gastos ocasionados por la compraventa (artículo 1.518 del Código Civil) pese a que nada diga expresamente al respecto la Compilación.

La demandada alega que el actor no ha llegado a consignar ni avalar la totalidad del importe del precio pues ella ha tenido que abonar el IVA a los vendedores, que también forma parte de dicho precio, por un importe de 1.297.781,28 euros, pero lo cierto es que en la mencionada certificación registral nada se hace constar respecto al pago del IVA, no habiendo tenido la parte actora conocimiento de su pago hasta el momento de la contestación a la demanda, por lo que hay que entender que en el momento del ejercicio de la acción se había consignado la totalidad del precio satisfecho y conocido en ese momento, debiendo considerarse incluido en la promesa de pago del resto del precio y de los gastos legítimos realizados por la demandada el abono del mencionado impuesto.

TERCERO.— Rechazadas las dos objeciones mencionadas, y considerando, por tanto, que concurren los requisitos previstos en los artículos 149.1 y 150 de la Compilación para el ejercicio del retracto de abolitorio, hay que pasar a considerar el punto central de discusión —y en el que, en definitiva, se basa todo el pleito— cual es el de determinar si en el presente supuesto concurren o no circunstancias especiales que permiten moderar equitativamente (entendido como desestimar o rechazar) el ejercicio de este derecho.

En este sentido debe recordarse que la institución del derecho de abolitorio, de honda raigambre en la tradición jurídica aragonesa, y que tiene como finalidad conservar en su integridad el patrimonio familiar, además de una afección puramente sentimental que no puede desconocerse, debe interpretarse y valorarse a la luz de la vertiginosa evolución socio-económica ocurrida en los últimos tiempos, de la que se deriva una realidad bien diferente del fundamento que justifica la citada institución (el deseo de volver a integrar el patrimonio de la casa para engrandecimiento de la misma), realidad que no se coherente muy bien con una limitación de la facultad de disposición del libre tráfico inmobiliario asentada en el mero afecto o apego, lo que ha llevado a una división en la doctrina sobre la oportunidad de la institución y a que la jurisprudencia la contemple con no pocos recelos, recelos que parece com-

partir la propia Compilación pues aparte de los breves plazos para su ejercicio y de la caducidad de los mismos, se reconoce una, inusual en nuestro ordenamiento jurídico, facultad judicial moderadora del ejercicio del derecho, sin más parámetro delimitador de la misma que la invocación de la equidad.

CUARTO.— Al hilo del anterior razonamiento, y con el fin de determinar las características concretas del caso en cuestión, conviene hacer un breve recorrido histórico sobre la finca litigiosa, y en este sentido hay que indicar que la misma, junto con la que hoy es propiedad exclusiva del actor (la nº) y que colinda con ella, formaban antes una única finca propiedad de la madre de éste, D<sup>a</sup>, que era gestionada y administrada por el citado demandante, quien llevó a cabo trabajos de mejora y defensa de la misma. Posteriormente, al fallecer la propietaria en 1.991 la citada finca pasó a ser propiedad del actor y de sus dos hermanos, D. y D<sup>a</sup>, constituyéndose entre ellos una Comunidad de Bienes y cesando D. en la administración de la misma, haciéndose cargo de ella los otros hermanos. En esta situación, y a los dos años aproximadamente de fallecer la madre, el actor solicitó a sus hermanos la división de la cosa común puesto que no estaba de acuerdo con la gestión que éstos llevaban a cabo y además, y principalmente, porque quería tener su propia finca independiente para trabajarla y administrarla él solo, dada su condición de agricultor profesional. Como quiera que sus dos hermanos no estaban de acuerdo con la partición de la finca el demandante instó en el año 1.994 un procedimiento judicial en el que, tras un largo y dilatado proceso (incluyendo una nulidad de actuaciones), se dictó sentencia firme estimando su pretensión y, en ejecución de la misma, se llegó en fecha 30 de noviembre de 2.001 (siete años después de iniciarse el juicio) a un acuerdo entre los tres hermanos para proceder a la partición tanto de la finca como de otros bienes (joyas, muebles, maquinaria agrícola y enseres familiares) que formaban parte del patrimonio familiar, repartiéndose asimismo el dinero obtenido por la explotación de la finca. A partir de dicha fecha la finca que permaneció proindiviso en propiedad de los otros dos hermanos (que es la hoy litigiosa) siguió siendo cultivada tanto por ellos como por sus hijos (doce en total) cuando les donaron la propiedad en noviembre de 2.002 hasta el momento en que se produjo la venta a la demandada (enero de 2.007).

QUINTO.— Expuestos los hechos antes mencionados, e integrándolos con la prueba practicada en el acto del juicio, hay que considerar acreditado que el actor era perfecto conocedor de la voluntad de sus sobrinos de proceder a la venta de la finca en cuestión, dada la inviabilidad de su mantenimiento habida cuenta el número de propietarios (doce en total) y la rentabilidad anual de la misma (entre 24.000 y 30.000 euros en un buen año agrícola), y habiendo comentado esta circunstancia uno de ellos (el testigo Sr.) a su fío varias veces. Igualmente está demostrado que ya por esas fechas era de general y público conocimiento la existencia de expectativas urbanísticas en la finca en cuestión, expectativas que requerían de un complejo e ímprobo trabajo para llegar a incluir la finca en terreno urbano mediante la modificación del PGOU de la localidad (modificación que, por cierto, también afectaba a la finca del actor, parte de la cual se convertía

en zona urbanizable y parte en zona industrial, datos también conocidos por él), y que, finalmente, llegaron a buen puerto variando por completo el valor de la finca en un 2.000% respecto a su precio agrícola (según declaración del testigo Sr., letrado contratado para llevar a cabo las actuaciones urbanísticas necesarias) por lo que, en definitiva, lo que los propietarios vendieron a la demandada ( ) no fue una finca agrícola sino una finca con una calificación urbanística concreta como suelo urbanizable.

Durante todos los años transcurridos desde el momento en que el actor instó la división de la finca hasta el de la venta por los sobrinos a la demandada, en ningún momento aquél hizo manifestación o intento alguno de hacerse propietario del resto de la finca que hoy reivindica, y ello pese a ser conocedor de las expectativas de aprovechamiento urbanístico de la misma, hasta el momento en que, cumplidas dichas expectativas, se procede a la transmisión de la finca, convertida ya en terreno urbanizable y con un valor tremendamente superior, alegando una supuesta finalidad de conservar íntegro el patrimonio familiar que casa mal con lo acontecido años atrás cuando todos sus esfuerzos fueron encaminados a disgregar y romper dicho patrimonio.

Si a ello le añadimos el hecho —irrefutable— de que la cantidad total que tendría que abonar para ejercer el retracto supera, con mucho, los ocho millones de euros, siendo así que el beneficio que podría obtener por la explotación agrícola de la misma no sería muy superior a los 30.000 euros/año, resulta absolutamente contrario a toda lógica asumir tal desproporción, pagando un precio de terreno urbanizable para dedicarlo a tareas agrícolas.

Por consiguiente, y tras valorar conjuntamente toda la prueba practicada examinando las circunstancias concurrentes en el caso concreto (que es el sinónimo de moderar equitativamente, según Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1.976), se llega a la conclusión de que realmente no existe en el actor un auténtico interés familiar de mantener unido el patrimonio inmobiliario rústico de la familia sino que su verdadera motivación es la de beneficiarse económicamente con el enorme incremento del precio sufrido por la finca y por la expectativa de, incluso, mayores ganancias atendiendo al número real de viviendas a construir, finalidad claramente distinta de la perseguida por la institución del retracto de abolorio y que no puede ser amparada judicialmente por lo que, en aplicación de la facultad moderadora del artículo 149.2 de la Compilación, procede desestimar la demanda.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 26 de septiembre de 2008. No se acredita el carácter troncal de las fincas:

«PRIMERO: Se ejerce el retracto de abolorio frente al contrato de febrero de 2005 suscrito por (Nombre de la parte eliminado) con (Nombre de la parte eliminado), pues cuando se formalizó la demanda el 22 de febrero de 2006 todavía no se había otorgado el contrato de 26 de febrero de 2006 con (Nombre de la parte eliminado), S.L., representada por el citado Sr. (Nombre de la parte eliminado). En función de esta demanda pedían que se declarase su derecho a retraer las parcelas litigiosas, se condenase al deman-

dado, una vez acreditado el precio, a recibir la misma suma y para que otorgase escritura pública de compraventa. Desde la presentación de la demanda luego admitida, se genera el efecto de la "perpetuatio iurisdictionis", que obliga al Juez a sentenciar conforme a los presupuestos de hecho y de derecho existentes al inicio del pleito. A partir de ese momento comienzan los efectos de la litispendencia en sentido general —de acuerdo con los principios de prohibición de *mutatio libelli* y *ut lite pendente nihil innovetur*—, con la consiguiente perpetuación de los hechos tal como son allí planteados y sus oportunos efectos procesales (*perpetuatio iurisdictionis*, *legitimationis* y *actionis*), sin atender a sus posteriores modificaciones, salvo las subjetivas y objetivas que excepcionalmente sean procedentes, así resulta de lo dispuesto en el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con sus artículos 411, 412 y 413 (este último se remite también al artículo 22). En la audiencia previa se permite a las partes alegaciones complementarias, sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas, artículo 426.1, aclaraciones o rectificaciones de extremos secundarios de sus pretensiones, siempre sin alterar éstas ni sus fundamentos, artículo 426.2, añadir alguna petición accesoria o complementaria, si la parte contraria se muestra conforme, artículo 426.3, o podrán alegar algún hecho o noticia de relevancia que hubiera ocurrido o hubiera llegado a su conocimiento después de la demanda o reconvencción, artículo 426.4.

SEGUNDO: Que se hagan alegaciones complementarias en la audiencia previa no quiere decir que sean admisibles, ni pueden transformar una acción de retracto en una de desahucio (condenar al demandado a retirar cuantos bienes pudiera haber depositado en los inmuebles, para que los actores puedan acceder a la libre toma de posesión sin limitación alguna, pudiendo ser lanzados de no avenirse), tener por ejercitado el derecho de abolorio, por resuelto el contrato de compraventa con el demandado y por satisfechas por los actores las cantidades que hubieran podido recibir los iniciales vendedores, tener al demandado por conforme con dicha manifestación contractual y resarcido de las cantidades que hubiera podido adelantar para la adquisición de los bienes litigiosos. Hay un tercer contrato de compraventa, otorgado el 19 de mayo de 2006 por los apoderados de (Nombre de la parte eliminado) en el que los compradores —demandantes en este procedimiento— dicen ejercer el derecho de abolorio en relación con las fincas urbanas y rústicas objeto del contrato celebrado con (Nombre de la parte eliminado), S.L. el 26 de febrero de 2006.

TERCERO: Debe mantenerse el rechazo de la demanda inicial, sin las modificaciones que se pretendían introducir en la audiencia previa, pues, como muy bien dice la sentencia, no se ha acreditado el carácter troncal de los bienes. A tal efecto no son suficientes las manifestaciones de los representantes legales del vendedor en ese tercer contrato de 19 de mayo de 2006, por más que fuera ratificado en el juicio, dado que el demandado (Nombre de la parte eliminado) no fue parte en el referido contrato. Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, artículo 1257 del Código Civil, sin que puedan obligar a terceros que no han sido parte en el mismo.

Por este motivo tampoco afecta al demandado en este procedimiento (Nombre de la parte eliminado) las manifestaciones del confuso pacto cuarto del indicado contrato de 19 de mayo de 2006, en el que consignan que "la firma de este contrato deja a la misma sin causa (se refieren a la demanda en ejercicio del derecho de abolorio contra (Nombre de la parte eliminado) y/o (Nombre de la parte eliminado), S.L., ante el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Jaca, Procedimiento Ordinario nº 60/06), por lo que la parte compradora se compromete a desistir del referido procedimiento (es decir, los apelantes), al haberse avenido la otra parte, según afirma la vendedora (es decir, los apoderados mancomunados de (Nombre de la parte eliminado)), a las pretensiones de dicha demanda, por lo que la vendedora se compromete a instar al Sr. (Nombre de la parte eliminado) o quien este represente (sea persona física o jurídica), incluso, de ser preciso, comparezca en el citado procedimiento a los efectos que resultaren procedentes y sin más efectos ni consecuencias". Todas estas consideraciones se hacen al margen del examen del cumplimiento de los requisitos procesales para el ejercicio de la acción de retracto, como por ejemplo hacerlo dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 150 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón o la presentación con la demanda del documento justificativo de la consignación del precio, si fuera conocido, o de la caución que garantice la constitución en cuanto se conociere, artículo 266.3, sin el cual no puede admitirse la demanda, artículo 269.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

b.— Daños y perjuicios:

— Otras materias:

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 9 de enero de 2008. Se discute en este litigio la propiedad de una finca. Se desestiman las excepciones de falta de legitimación pasiva *ad causam* del Gobierno de Aragón y de falta de litisconsorcio pasivo necesario del Ayuntamiento de Nueno y del ministerio de Agricultura y Montes:

«PRIMERO: Recurre el Gobierno de Aragón la sentencia que declara la propiedad del demandante alegando las excepciones de falta de litisconsorcio necesario, al no haber demandado al Ayuntamiento de Nueno y al Ministerio de Agricultura y Montes que en 1967 llevó a cabo el delinde del Monte Público, y de falta de legitimación pasiva *ad causam* del Gobierno de Aragón, ya que no intervino en el deslinde.

SEGUNDO: Ambas excepciones han de percer, como ya lo fueron en la primera instancia, pues el objeto del litigio es la propiedad de una finca, parcela del polígono paraje " del municipio de. En dicho término municipal radica la finca, y lo que es objeto de este pleito es "si la finca pertenece en propiedad al Ayuntamiento de Arguis, o si por el contrario es propiedad del actor", como dice la sentencia recurrida y no ha sido cuestionado en el recurso. Lo que está mancomunado es la explotación forestal o, según afirma la sentencia impugnada, "la gestión común del monte", no la propiedad de los montes sobre la que se desarrolla esta actividad. La Comunidad Autónoma de Aragón, por virtud del Real Decreto 141/1989, de 8 de febrero, recibió el traspaso de funciones del Estado en ma-

teria de conservación de la naturaleza. De acuerdo con el artículo 35.1.10 del Estatuto de Autonomía de Aragón de 1982, se establecía la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de montes, aprovechamientos y servicios forestales, vías pecuarias, pastos y espacios naturales protegidos, en el marco de la legislación básica del Estado (actualmente el art. 71.20ª de la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón). Y entre las funciones que asumió la Comunidad Autónoma está la administración y gestión de los montes propiedad de Entidades públicas distintas del Estado, declarados de Utilidad Pública, y la declaración de Utilidad Pública, así como la inclusión y exclusión en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública. Por todo ello, conforme a esta normativa y a lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Ley de Montes de 21 de noviembre de 2003, vigente en el momento de dictarse la sentencia, son parte en el juicio la comunidad autónoma y la entidad titular del monte (actualmente el artículo 14.4 de la Ley 15/2006, de 28 de diciembre, de Montes de Aragón contiene un precepto similar).»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 10 de marzo de 2008. Obligatoriedad o no de la colegiación: La cuestión estriba en determinar si el trabajo desarrollado por el demandado lo es en exclusiva para la Administración o si ejerce también privadamente la profesión:

«PRIMERO: El principio general, emanado tanto del artículo 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, como del artículo 22.1 de la Ley 2/1998, de 12 de marzo, de Colegios Profesionales de Aragón, es que para el ejercicio de una profesión colegial, (como es la de veterinario), es requisito indispensable estar incorporado al Colegio correspondiente. No obstante, el punto 4 del artículo 22 de la ley aragonesa, según redacción de la Ley 12/1998, de 22 de diciembre, de Medidas Tributarias, Financieras y Administrativas, establece que “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”. La legislación básica del estado, y en concreto el artículo 1.3 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales, al definir el objeto de estas corporaciones, parece circunscribir esta obligación al ejercicio privado de la profesión, pues señala que es fin esencial “la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados” y deja fuera la relación funcional y sindical, “todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública”, dice el precepto.

SEGUNDO: La Sentencia 76/2003, de 23 de abril de 2003, del Pleno del Tribunal Constitucional, a propósito de la colegiación de funcionarios públicos señala en el fundamento de derecho sexto, apartado b), “por lo que se refiere, en concreto, a la exigencia de colegiación obligatoria de los funcionarios públicos o del personal que presta su servicio en el ámbito de la Administración pública, este Tribunal tuvo ya ocasión de declarar que “es perfectamente admisible que las exigencias establecidas con carácter general, como es

el requisito de la colegiación obligatoria, cedan o no sean de aplicación en casos ? de que quienes ejerzan la profesión colegiada lo hagan únicamente como funcionarios o en el ámbito exclusivo de la Administración pública, sin pretender ejercer privadamente, con lo cual viene a privarse de razón de ser al sometimiento a una organización colegial justificada en los demás casos (STC 69/1985, FJ 2)». En tales supuestos, “la Administración asumiría directamente la tutela de los fines públicos concurrentes en el ejercicio de las profesiones colegiadas que, con carácter general, se encomiendan a los colegios profesionales. Corresponde, pues, al legislador y a la Administración pública, determinar por razón de la relación funcional con carácter general, en qué supuestos y condiciones, al tratarse de un ejercicio profesional al servicio de la propia Administración e integrado en una organización administrativa y por tanto de carácter público, excepcionalmente dicho requisito, con el consiguiente sometimiento a la ordenación y disciplina colegiales, no haya de exigirse, por no ser la obligación que impone proporcionada al fin tutelado» (STC 131/1989, de 17 de julio, FJ 4; doctrina que reitera la STC 194/1998, FJ 3). Y al respecto se recuerda también en la última de las Sentencias citadas que “la obligación de incorporación a un colegio para el ejercicio de la profesión se justifica no en atención a los intereses de los profesionales, sino como garantía de los intereses de sus destinatarios» (ibidem)”. Como decíamos en nuestra sentencia de 11 de octubre de 2007, este mismo Tribunal, 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. La sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 12 de junio de 2007, además de que no es unánime en el propio tribunal, no vincula a esta Audiencia. La cuestión está, pues, en determinar si el trabajo desarrollado por el demandado lo es en exclusiva para la Administración o si, por el contrario, ejerce también privadamente la profesión de veterinario, ya que de ello depende la obligatoriedad o no de la colegiación y, por ende, del pago de las cuotas reclamadas en este juicio. En este caso, el demandado ejerce las funciones de veterinario en exclusiva para la administración, luego no está obligado a pertenecer al colegio y, por consiguiente, no son exigibles las cuotas reclamadas. En consecuencia, 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 26 de marzo de 2008. Obligatoriedad o no de la colegiación:

«SEGUNDO: En cuanto a la cuestión de fondo planteada por la apelante, la Sala entiende que la pretensión de dicha parte debe ser estimada siguiendo el criterio que ya establecimos en nuestra Sentencia de 11 de octubre de 2007, dictada en segunda instancia —Rollo de Apelación N<sup>o</sup> 182/2007— con ocasión de los autos de Juicio Verbal seguidos bajo el número 173/06 ante el Juzgado N<sup>o</sup> Dos de Monzón, en los que era demandante el mismo Colegio Oficial que también lo es en este proceso y en los que, además, también se reclamaban las cuotas colegiales impagadas por quien, como ahora sucede, pertenecía de igual modo a la citada Corporación. En la mencionada resolución señalábamos que, al haber debido examinarse, de cara al análisis de la pretensión de condena al pago de las cuotas impagadas, si el demandado estaba o no obligado a permanecer colegiado en contra de su voluntad al ejercer sólo la profesión como funcionario, dicha cuestión, interpretando la Ley Aragonesa 2/1998 de 12 de marzo, sobre Colegios Profesionales de Aragón, había quedado zanjada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 16 de noviembre de 2001, en la que, refiriéndose precisamente al mismo ámbito profesional que aquí nos ocupa y al art. 22.4 de la citada Ley 2/1998, se declaraba “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, añadíamos en nuestra precitada Sentencia, 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, concluíamos, ningún reproche podía hacerse al Juzgado porque hubiera 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 art. 22.4 de la citada Ley de Colegios Profesionales.

TERCERO: En similares términos nos hemos pronunciado en la reciente Sentencia de 19 de marzo de 2008, dictada en segunda instancia —Rollo de Apelación N<sup>o</sup> 175/2007— con ocasión de los autos de Juicio Verbal seguidos bajo el número 278/06 ante el Juzgado N<sup>o</sup> Uno de Huesca, en los que, una vez más, era demandante el mismo Colegio Oficial que también lo es en este proceso y se reclamaban las cuotas colegiales impagadas por quien, como ahora sucede, pertenecía de igual modo a la citada Corporación. Decimos en dicha resolución que la Sentencia 76/2003 de 23 de abril, del Pleno del Tribunal Constitucional, a propósito de la colegiación de funcionarios públicos señala en el fundamento de derecho sexto, apartado b), “por lo que se refiere, en concreto, a la exigencia de colegiación obligatoria de los funcionarios públicos o del personal que presta su servicio en el ámbito de la Administración pública, este Tribunal tuvo ya ocasión de declarar que “es perfectamente admisible que las exigencias establecidas con carácter general, como es el requisito de la colegiación obligatoria, cedan o no sean de aplicación en casos ? de que quienes ejerzan la profesión colegiada lo hagan únicamente como funcionarios o en el ámbito exclusivo de la Administración pública, sin pretender ejercer privadamente, con lo cual viene a privarse de razón de ser al sometimiento a una organización colegial justificada en los demás casos (STC 69/1985, FJ 2)». En tales supuestos, “la Administración asumiría directamente la tutela de los fines públicos concurrentes en el ejercicio de las profesiones colegiadas que, con carácter general, se encomiendan a los colegios profesionales. Corresponde, pues, al legislador y a la Administración pública, determinar por razón de la relación funcional con carácter general, en qué supuestos y condiciones, al tratarse de un ejercicio profesional al servicio de la propia Administración e integrado en una organización administrativa y por tanto de carácter público, excepcionalmente dicho requisito, con el consiguiente sometimiento a la ordenación y disciplina colegiales, no haya de exigirse, por no ser la obligación que impone proporcionada al fin tutelado» (STC 131/1989, de 17 de julio, FJ 4; doctrina que reitera la STC 194/1998, FJ 3). Y al respecto se recuerda también en la última de las Sentencias citadas que “la obligación de incorporación a un colegio para el ejercicio de la profesión se justifica no en atención a los intereses de los profesionales, sino como garantía de los intereses de sus destinatarios» (ibidem)”.

CUARTO: La propia apelante, volviendo al presente caso, ha puesto de manifiesto que los criterios interpretativos que condujeron al Colegio hoy demandante a denegar las peticiones de baja cursadas por aquella y por otros colegiados, todos los cuales se encontraban en la misma situación, variaron sustancialmente después de que el Director General de la Función Pública de la Diputación General de Aragón se pronunciara en escrito de fecha 8 de febrero de 2000, y a la vista del propio art. 22.4 de la tan citada Ley Aragonesa, a favor de la inexistencia de normas vigentes que establecieran que la pertenencia a Colegio Profesional debiera exigirse como requisito para ingresar en la especialidad a la que pertenece la recurrente, pues a partir de aquel momento las peticiones de baja fueron aceptadas por la Corporación hoy apelada. La cuestión está, en cual-

quier caso, en determinar si el trabajo desarrollado por la recurrente lo es en exclusiva para la Administración o si, por el contrario, ejerce también privadamente su profesión, ya que de ello dependen la obligatoriedad o no tanto de la colegiación como del pago de las cuotas reclamadas en este juicio, y en este caso no se ha discutido que la apelante ejerce sus funciones en exclusiva para la Administración, por lo que ni está obligada a pertenecer al Colegio ni son exigibles tampoco las cuotas reclamadas, y ello aún cuando la apelante no hubiera formulado los oportunos recursos en vía administrativa frente a la resolución desestimatoria, por todo lo cual se impone el rechazo de las pretensiones deducidas en la demanda.»

— Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 10 de junio de 2008. El otorgamiento de escritura pública de compraventa de las viviendas protegidas en Aragón se rige por la Ley 24/2003 a partir del momento de su vigencia en cuanto a los requisitos, efectos y validez, con independencia del momento en el que hubieran podido firmar el contrato de compraventa privado sobre el mismo objeto:

«PRIMERO.— Para la resolución del recurso de casación son relevantes los siguientes hechos, que declaran probados en las instancias:

1) En fecha 19 de septiembre de 2002 don Domingo José L. C. y doña Ana Isabel R. B. suscribieron con don Juan Francisco R. B. y doña Teresita B. C., un contrato privado de compra-venta del piso 1º A, del inmueble sito en la Plaza, Bloque B. Dicho 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, 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 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 afirmaba 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. Teresita B. C. y por D. Juan Francisco 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 nº 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 vivienda de protección oficial de promoción pública”. La resolución adquirió firmeza al no ser objeto de recurso.— 7) Los demandantes remitieron a los demandados Burofax en fecha 11 de mayo de 2006, solicitando 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.— 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 pactado en el contrato privado de compraventa firmado entre las partes con fecha de diecinueve de septiembre de 2002.— 9) Los demandantes, dentro del plazo concedido al efecto, contestaron a través de su Letrado al requerimiento notarial expresando su sorpresa por la pretensión de los demandados de formalizar escritura pública de la vivienda sin haber obtenido la preceptiva autorización y visado de la Administración, y reiterando la consideraciones realizadas en el burofax al que se ha hecho referencia más arriba.

SEGUNDO.— El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda parcialmente, en cuanto pretendía la resolución del contrato privado de compraventa de la vivienda, y desestimó la reconvencción que reclamaba, por el contrario, la elevación a escritura pública del mencionado contrato.

Apelada por ambas partes dicha sentencia, fue confirmada por la Audiencia Provincial en la sentencia que ahora es objeto de recurso de casación, interpuesto por la demandada y reconviniendo.

El recurso se funda en tres motivos, que serán examinados en el siguiente orden: en primer lugar el motivo primero, referido a la aplicación indebida de las normas que se citan, al entender el recurrente que no deben tener alcance retroactivo; seguidamente, y en su caso, el motivo tercero, que invoca la inconstitucionalidad de dichas normas aragonesas; por último, y desestimados si fueren los precedentes, el motivo segundo, en cuanto alega la infracción de determinadas normas del Gobierno de Aragón, en relación con el art. 1124 del Código Civil.

TERCERO.— En el primer motivo la parte recurrente denuncia la infracción, por aplicación indebida, de los arts. 14.1, 14.2, 15.2 y 31.1 de la Ley 24/2003, del Gobierno de Aragón, de medidas urgentes de política de Vivienda Protegida, modificada parcialmente por la Ley 9/2004, de 20 de diciembre, en relación con el art. 2 del Código Civil y la Disposición Final Segunda contenida en cada una de las referidas Leyes Autonómicas.

Razonan los recurrentes, en el desarrollo del motivo, que siendo el contrato privado de compraventa de fecha 19 de septiembre de 2002 no se rige en su perfección y efectos por las citadas leyes de Aragón, sino por la legislación estatal vigente al momento, Real Decreto-Ley 31/1978, de 31 de octubre, y Real Decreto 3148/1978, de 10 de noviembre, citados en su demanda. Dado que estas normas no exigían el visado previo de la administración, no puede a posteriori imponerse a la parte compradora una obligación sobrevenida, lo que finalmente conduce, en la tesis de la sentencia impugnada, a la imposibilidad de otorgamiento de escritura pública y de inscripción en el Registro de la Propiedad.

Es cierto que el art. 2 del Código Civil previene que las leyes no tienen efecto retroactivo, salvo disposición en contrario; que la Ley aragonesa 24/2003, de 26 de diciembre, entró en vigor el día 1 de enero de 2004, y en su disposición final no se contempla la retroactividad; y que tampoco las disposiciones transitorias hacen referencia a la aplicación retroactiva de las normas contenidas en el articulado a situaciones jurídicas nacidas con anterioridad. Pero el problema que se plantea en el caso de autos no es de aplicación retroactiva, sino de normativa a aplicar a la elevación a escritura pública de un contrato privado, que se pretende llevar a efecto a partir del día 24 de octubre de 2006 —requerimiento notarial a los actores— y se reclama judicialmente en la reconvencción, datada a 19 de enero de 2007. En tales fechas la normativa vigente es la Ley aragonesa 24/2003, de 26 de diciembre, modificada parcialmente por Ley 9/2004, de 20 de diciembre.

Nuestro sistema jurídico de aplicación de las normas en el tiempo se rige por el principio "tempus regit actum", conforme al cual cada relación jurídica se disciplina por las normas rectoras al tiempo de su creación —vid STS 1193/2006, de 24 de noviembre—, de modo que el otorgamiento de escritura pública de compraventa de las viviendas protegidas en Aragón se rige por la citada ley a partir del momento de su vigencia, en cuanto a los requisitos, efectos y validez; ello,

con independencia del momento en que hubieran podido concertarse un contrato privado sobre el mismo objeto.

Entenderlo de otro modo determinaría un anquilosamiento del ordenamiento jurídico, no deseable en términos generales, y muy especialmente en materia como la presente, en que los intereses privados se ven afectados por otros colectivos, referidos a la utilización de dinero público con el que se subvenciona la construcción y adquisición de viviendas.

Por las razones expresadas, el motivo es desestimado, ya que la sentencia recurrida no ha hecho aplicación indebida de los preceptos que en él se expresan.

CUARTO.— En el motivo tercero denuncia la inconstitucionalidad del art. 15.2 de la Ley 24/2003, del Gobierno de Aragón, al haber invadido la Comunidad Autónoma competencias exclusivas del Estado, expresadas en el art. 149.1.8 de la Constitución española, en cuanto compete al Estado la ordenación de los registros e instrumentos públicos. En consecuencia, invoca el recurrente el principio de seguridad jurídica —art. 9.3 de la Constitución—, así como el contenido de los arts. 1279 y 1280 del Código Civil, sobre la elevación a escritura pública de determinados contratos privados.

QUINTO.— Dado que precedentemente hemos declarado la aplicabilidad al caso de la Ley 24/2003, de continua referencia, y en concreto de su art. 15.2, de estimar el Tribunal que dicha norma pudiera estar viciada de inconstitucionalidad deberíamos plantear la oportuna cuestión al Tribunal Constitucional, en los términos establecidos en el art. 35 de su Ley Orgánica, y suspendiendo mientras tanto el fallo del recurso.

Pero ello no es así. La reserva competencial se contrae a la ordenación de los registros e instrumentos públicos, lo que es entendido por el Tribunal Constitucional, supremo intérprete de nuestra norma fundamental, como la competencia exclusiva para regular "el estatuto jurídico de los mencionados profesionales del Derecho e, incluso, de la naturaleza de sus funciones públicas" —STS 207/1999, de 11 de noviembre, en Pleno, fundamento de derecho cuarto—. Allí se incluye aquello que constituye la esencia de la función notarial, como es la regulación de los actos y escrituras públicas, el protocolo notarial y la fe pública, como garantía de seguridad jurídica, que debe regir en todo el Estado. Es el contenido de la regulación formal que se recoge en la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862, y su desarrollo en el Reglamento Notarial.

Cabe, sin embargo, que una Comunidad Autónoma competente en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda, y que establece una regulación propia sobre política de Vivienda Protegida, establezca por Ley determinadas exigencias tendentes a asegurar el buen fin de la programación pública de vivienda protegida y de los fondos públicos a ella destinados, entre los que se incluye la nulidad de la escritura pública que contravenga las exigencias de control establecidas por la Administración. Como afirma la Exposición de Motivos de la Ley 24/2003, "se trata de garantizar la posible exigencia de responsabilidad de todos los agentes implicados en la producción de la vivienda protegida, sin excepción alguna, de manera que la Administración no se encuentre inerme frente a prácticas ilegales, ocasionales pero innegables, cuya

existencia perjudica al conjunto de la política pública de vivienda protegida y siembra la duda acerca de la actuación de unos operadores privados que, habitualmente, ajustan su actuación estrictamente al marco normativo vigente”.

En ese ámbito competencial de regulación de la vivienda puede la Comunidad Autónoma establecer determinados requisitos de los contratos que sobre ellos se acuerden, así como de las escrituras públicas en que se autoricen, y sancionar con nulidad la ausencia de alguno de dichos requisitos, como es, en el art. 15.2, la obtención del preceptivo visado.

En consecuencia, el motivo se desestima.

SEXTO.— El motivo que resta por examinar denuncia la infracción, por aplicación indebida, de los arts. 14.1, 14.2 15.2 y 31.1 de la Ley 24/2003, ya citada, en relación con el art. 1124 del Código Civil, al entender el recurrente que no procede la resolución del contrato que ha reunido todos los requisitos legales para su existencia y validez, no existe voluntad rebelde al cumplimiento del contrato por parte de la compradora y no se ha frustrado el fin del negocio.

Para el examen del motivo es útil tener presente que: a) la parte actora ha ejercitado en su demanda acción de resolución del contrato privado de compraventa, no reclamando su nulidad radical; b) el Juez de Primera Instancia estima la demanda por concurrir la condición resolutoria, al haber transcurrido el plazo concedido en el contrato —mes de noviembre de 2006— sin que la parte compradora hiciera efectiva la suma convenida, por lo que “la condición resolutoria debe desplegar sus efectos”. Sin citarlo expresamente, aplica el art. 1124 del Código Civil y resuelve el contrato; c) la Audiencia Provincial desestima los recursos y confirma el fallo apelado, pero por otros argumentos: reconociendo que la parte compradora no tuvo voluntad rebelde al cumplimiento de sus obligaciones, aprecia que su situación administrativa, no impugnada en la vía correspondiente, impide el cumplimiento pleno del contrato, mediante la escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad, y esta importante limitación “frustra —desde una óptica objetiva— el fin del contrato de venta, lo que aboca a la resolución del mismo” —fundamento de derecho quinto, in fine—.

SÉPTIMO.— La amplia y bien construida argumentación de la parte recurrente, en defensa del motivo, serviría para sostener la perfección y viabilidad de un contrato privado de compraventa de vivienda libre en el mercado inmobiliario, ya que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, expresado incluso en documento privado, y desde entonces obligan al cumplimiento de lo pactado y a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley. De esta dimana el derecho a compelerse recíprocamente a elevar a forma pública, exigida para el acceso al Registro de la Propiedad de la titularidad dominical del bien. Así resulta de los arts. 1254, 1258, 1278 y 1279 y 1280 del Código Civil.

No existiendo voluntad rebelde al cumplimiento de lo pactado, según expresa la sentencia recurrida, no resultaría aplicable la condición resolutoria tácita establecida en el art. 1124 del Código Civil para las obligaciones recíprocas.

OCTAVO.— Pero la compraventa de viviendas de protección oficial o pública tiene unas exigencias espe-

ciales de intervención administrativa, tendentes a asegurar el buen uso de los fondos públicos que se dedican a la promoción de esa clase de viviendas y a asegurar el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna, contemplado en el art. 47 de la Constitución, entre los principios rectores de la política social y económica. Entre ellas se contemplaba, ya en la legislación anterior, la existencia de un precio máximo de la transmisión y la concurrencia en el adquirente de determinados requisitos económicos. Además, la Ley 24/2003 exige la autorización de la cesión y el visado administrativo del contrato.

En su art. 14 se establecían unas exigencias que fueron objeto de crítica doctrinal por razones técnico-jurídicas: se exigía la presentación del contrato para su visado, antes de su perfeccionamiento —apartado 3—, con olvido de que en nuestro derecho se perfeccionan por el mero consentimiento. Por su parte, no se declaraba la nulidad del contrato por falta de visado, pero sí de la escritura pública subsiguiente.

Tales exigencias, que responden a las razones de política de vivienda protegida ya enunciadas, determinan que de no reunirse los requisitos legales se produzca, efectivamente, la frustración del fin del negocio, pues el contrato privado no podrá documentarse en escritura pública ni inscribirse en el Registro, que no podrá publicar la titularidad del derecho real de propiedad así pretendidamente transmitida.

Todo lo expuesto conduce a la desestimación del motivo, pues la sentencia recurrida no ha infringido los preceptos que la parte recurrente invoca como vulnerados.

NOVENO.— La complejidad de la cuestión jurídica y el hecho de que la argumentación de la primera y segunda instancia sea dispar son razones que conducen a no hacer imposición de costas en este recurso, ex art. 394.1 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

— Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de julio de 2008. La obligación de la Administración municipal de facilitar el abastecimiento domiciliario de agua potable no autoriza para que, sin más, se haga a través de una propiedad privada gravándola con una servidumbre, a no ser que no pudiera realizarse por otro sitio, requiriendo la tramitación del oportuno expediente administrativo con las garantías legales, siendo precisa la indemnización al titular del predio sirviente:

«PRIMERO: Como decíamos en nuestras Sentencias de 25 de enero de 1996 y de 11 de julio de 2001, y reiterábamos en la de 14 de enero de 2008, no hay en principio inconveniente alguno en que con el proceso de tutela sumaria de la posesión, que antiguamente era conocido como interdicto de obra nueva, se proteja una servidumbre de luces y vistas, sin que sea necesario, dada la propia naturaleza del proceso interdictal, que se acredite totalmente la titularidad de un derecho de servidumbre de luces y vistas sobre el solar en donde se halla la obra que se quiere parar, pues bastará con constatar la existencia de una razonable controversia sobre la existencia del pretendido derecho de servidumbre para que así, siguiendo el consejo de que es mejor prevenir un mal que luego tener que evitarlo, proceda en su caso paralizar la obra, dejando para el ulterior declarativo la fijación definitiva de si existe o no realmente la servidumbre y si, en conse-

cuencia, existe o no el derecho a construir. Ello no obstante, y como también mencionábamos en las expresadas resoluciones, la mera existencia de unas ventanas, que no consta que tengan voladizos invadiendo el predio contiguo, no supone acto alguno de posesión sobre la finca vecina, pues el actor es muy libre de tener o no en su propia finca una construcción cerrada con pared con o sin ventanas, dado que la apertura de éstas, tanto en pared propia como en medianera, desde siempre ha sido tolerada por la Ley en Aragón como una facultad derivada del estatuto normal del propio dominio, de modo que las ventanas, por sí mismas, son únicamente una manifestación de ese dominio y no suponen la realización de acto alguno de posesión sobre la finca hacia la que se mira, ni siquiera una posesión meramente tolerada, pues con las ventanas únicamente se disfruta del propio predio, aunque se pueda mirar hacia la finca del vecino, pero sin que por ello se pueda decir que se posee en modo alguno la finca que se ve o de la que se reciben luces. De esta manera, al igual que la parte actora es libre de tener o no una construcción cerrada con pared con o sin ventanas cerca del lindero, también su colindante tiene el mismo derecho a tener o no en su propia finca otra construcción cerrada con pared, sin más límite que la interdicción del ejercicio abusivo de los derechos y sin que al construir dentro de su dominio pase a realizar acto alguno de posesión sobre la finca cuyas ventanas pasan a quedar inutilizadas. Es decir, si no hay voladizo invadiendo la finca vecina, la mera presencia de las ventanas no supone rebasar en el ejercicio de la posesión los límites del propio predio, salvo que se hubiera realizado un acto obstativo impidiendo al vecino construir, momento a partir del cual el dueño de la finca que lo formula no sólo sigue disfrutando de su propia finca sino que, además, comienza a poseer de hecho una servidumbre de luces y vistas, aunque todavía no se tuviera derecho a ella, sin perjuicio de que la servidumbre pudiera llegar a adquirirse por usucapión conforme a las Leyes aragonesas.

SEGUNDO: Para dar respuesta a los motivos de recurso, debemos dejar constancia que si bien las dos casas están construidas en el siglo XIX, no podemos decir lo mismo de las ventanas o huecos, según puede comprobarse en el reportaje fotográfico aportado con la demanda. Todas han sufrido alteraciones o modificaciones mas o menos intensas, y las de la parte central de la segunda y tercera planta, de mayores dimensiones que las demás, parecen mucho más recientes. No se abren directamente sobre la propiedad vecina, sino sobre un callizo de unos 50 cm de ancho, según puede apreciarse en las fotografías y en el informe pericial. De modo que los supuestos voladizos, —alféizar y tendedor—, no caen directamente sobre fundo ajeno. No suponen, por tanto, una intromisión en la propiedad vecina, sino que volarían sobre el callizo. Además, no tienen consideración de signo aparente de servidumbre, conforme hemos mantenido entre otras en nuestra sentencia de 24 de octubre de 2007, 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—, un vierteaguas —sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 11 de diciembre de 1985—, o un tendedor

—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—.

— Sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 21 de noviembre de 2008. Uniones de hecho: A falta de pacto expreso entre los convivientes, cabe entender la concurrencia de un pacto tácito de constitución de una comunidad entre ellos cuando tal voluntad se infiera de actos concluyentes que la revelen:

«PRIMERO.— D. Manuel reclama a Dª Gertrudis la suma de 58.286,44 €, o que se determine mediante pericial judicial, por su participación en los bienes adquiridos por la demandada durante el tiempo que duró su convivencia *more uxorio*, que abarca desde el año 1997 hasta el mes de junio de 2005 con dinero aportado por ambos, o subsidiariamente, la compensación económica que se determine mediante dicha pericia, y, además, la mitad de los saldos de las cuentas comunes.

Como bienes adquiridos durante la unión a nombre exclusivo de la demandada, afirma un piso sito en la C/, adquirido el día 11-12-1997 mediante hipoteca cuyas cuotas fueron satisfechas durante el tiempo de convivencia con cargo a las cuentas comunes así como los muebles del mismo y un vehículo matricula adquiridos igualmente con cargo a préstamos pagados con las cuentas comunes. Según expresa en la demanda, el importe de la vivienda asciende a 158.681,40 €, de los que deducido el importe de las dos hipotecas que la gravan supone para cada uno de los litigantes 54.786,44 €, el de los muebles 3.000 € (1.500 € para cada uno) y el vehículo 4.000 € (2.000 € para cada uno), e ignora los saldos existentes en las cuentas.

En apoyo de su pretensión invoca bien la ley 6/1999 de 26 de marzo de la CA de Aragón, sobre parejas estables no casadas, cuya aplicación analógica reclama al no hallarse la pareja inscrita en el registro a que dicha norma se refiere, o bien la doctrina del enriquecimiento injusto.

La demandada se opone a la demanda afirmando que la totalidad de los bienes que se dejan expresados, a excepción de un aparato de vídeo, fueron adquiridos por ella y a su exclusiva costa, bien mediante el pago de su precio, bien mediante el de las cuotas de los préstamos pedidos para satisfacerlo, y, además, que no se dan los presupuestos necesarios para la aplicación analógica de la normativa autonómica reguladora de la situación de hecho mantenida por los litigantes ni para la solución del conflicto mediante la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto.

La juzgadora de primer grado considera acreditada la existencia de actos concluyentes que revelan la intención de los convivientes de poner en común sus ganancias con las que procedieron a la adquisición de los bienes que se dejan reseñados, por lo que entiende que corresponde a cada uno de ellos el 50% de los bienes adquiridos, pero como no consta el haber líquido, en tanto no se ha procedido a descontar las cargas que recaen sobre los bienes y falta prueba para que tal determinación pueda ser realizada, concluye que aún cuando el actor solicita una concreta cantidad de dinero lo que procede es declarar el derecho del actor so-

bre el 50% de los bienes, así como sobre el 50% del las cuentas bancarias que estuvieran a nombre de los litigantes al tiempo de la ruptura, que fija en el mes de agosto de 2005.

Contra tal decisión se alzó la parte demandada mediante recurso de apelación, y la actora la impugnó en el trámite prevenido en el art. 461 LEC.

Sostiene la apelante que la sentencia es incongruente en tanto otorga cosa diferente de la pedida (una porción indivisa en lugar de una suma de dinero) y, en cuanto al fondo, alega la caducidad de la reclamación, si se pretende con base a la ley territorial, pues previene un plazo de 1 año para el ejercicio de la acción que persigue la compensación económica que proceda en caso de ruptura de parejas estables, y si en cualquier caso se entendiera que cabe una compensación, ésta ha de ser proporcional a las aportaciones que el actor acredite haber efectuado al común y el importe pretendido supera con mucho las ganancias habidas por D. Manuel durante el tiempo de convivencia, en cualquier caso, si como afirma éste sus ganancias fueron superiores a la de la su pareja, a él correspondía una mayor contribución a los gastos comunes sin que, además, hiciera aportación alguna para la atención de las tareas domésticas, a cargo todas ellas de D<sup>a</sup> Gertrudis, por lo que concluye que no en definitiva no hay enriquecimiento para ninguna de las partes.

El impugnante, por su parte, discrepa con la sentencia en cuanto no hace una concreta determinación del valor de la parte que le corresponde en los bienes que adquirió con su pareja, que ahora cifra en 68.435,70 € en atención a la valoración de los bienes hecha durante el proceso por los peritos de designación judicial, más la mitad de los saldos bancarios, al menos, dice, el actual de las cuentas de Ibercaja n<sup>o</sup> y n<sup>o</sup>, sin que reclame en esta alzada nada por el saldo de la cuenta abierta en Caja Madrid con el n<sup>o</sup>.

SEGUNDO.— Es doctrina generalmente aceptada (STS 913/1992, 536/1994 o 1075/1994) que la solución que haya de ser dada para la solución de los conflictos que puedan surgir entre quienes deciden poner término a una pareja no constituida por matrimonio no pasa por la aplicación analógica de las normas previstas para la disolución de las sociedades conyugales, ni, por ende, de las normas previstas para las parejas estables reguladas en las distintas comunidades autónomas, cual ocurre con la L 6/1999 de esta CA, cuando los convivientes optan por permanecer al margen de tal regulación, que es lo que sucede en el presente caso, en el que los litigantes no cumplieron el requisito de inscripción que establece el art. 2 de dicha norma, por lo que no les es aplicable, según resulta del art. 1.

Así las cosas, el conflicto ha de ser resuelto conforme a la doctrina jurisprudencial existente en torno a esta clase de uniones, según la cual, a falta de pacto expreso entre los convivientes, cabe entender la concurrencia de un pacto tácito de constitución de una comunidad entre ellos cuanto tal voluntad se infiera de actos concluyentes que la revelen, y si así se entienda, los bienes comunes han de ser divididos por mitad entre los partícipes (STS 975/1997 o 790/1998) atribuyendo una participación en los bienes adquiridos en el tiempo que duró la unión y ello a pesar de que figuren a nombre de uno sólo de los miembros de la pareja (STS 5/2003).

TERCERO.— En el presente caso, de la prueba practicada se desprende que efectivamente fue decisión de los litigantes constituir un régimen común de bienes, pues así se infiere de la suscripción de préstamos comunes, uno como prestatario y otro como avalista, para la adquisición de bienes, especialmente para la adquisición de un coche y para la compra del inmueble en el que constituyeron su domicilio tras un breve período en régimen de alquiler, préstamos cuyas cuotas eran satisfechas con cargo a las cuentas bancarias que la pareja tenía por comunes, que eran administradas por D<sup>a</sup> Gertrudis pese a que también en ellas eran ingresadas las nóminas percibidas por D. Manuel, según resulta de la documentación aportada y de las afirmaciones de ambos litigantes, y en tal sentido son constantes manifestaciones de la demandada durante el interrogatorio de que era ella quien administraba los ingresos de la pareja porque el actor era incapaz de hacerlo.

En cuanto a la procedencia de las sumas invertidas en la adquisición de los bienes de mención, es insostenible la tesis de la demandada de que fueron adquiridos con cargo a su peculio, pues de la prueba practicada, especialmente del informe de su vida laboral, así como de sus propias manifestaciones, resulta que se halla en situación de incapacidad en la que percibe una pensión por importe aproximado de 400 € desde el año 2003, notoriamente insuficiente para hacer frente al pago de la hipoteca concertada para la adquisición del piso en el año 1998, con una cuota mensual de de 45.089 de las antiguas pesetas, más otros créditos concertados que exigieron, según sus propias manifestaciones su reunificación en un nuevo préstamo hipotecario en el mes de septiembre de 2005 por una importe de 24.000 € y una cuota mensual de 136,13 €.

A lo dicho no es de oponer que los bienes hayan sido titularizados a nombre de la demandada, pues ello puede tener explicación en la situación de separado con cargas en la que se encontraba el actor.

Así las cosas, es de acoger la pretensión ejercitada por D. Manuel para que se le reconozca una participación igual que la de la demandada en los bienes que figuran a nombre de ésta y que fueron adquiridos durante la convivencia, que lo que en definitiva se pide en la demanda y lo que se concede en la sentencia que se recurre.

CUARTO.— Lo acabado de decir enlaza con el primero de los motivos de apelación formulado por D<sup>a</sup> Gertrudis, que afirma incongruencia en tanto que lo solicitado ha sido una suma de dinero, y lo reconocido una participación en bienes.

Pues bien, conforme una reiterada doctrina jurisprudencial, cuya reiteración permite obviar toda cita pormenorizada, la congruencia que exige el art. 218 LEC no implica una rígida sujeción a los términos de la demanda, sino un sustancial atendimiento a lo pedido.

Si se examina la pretensión del actor, lo que hace en su pedimento principal es la cuantificación económica de la participación igualitaria que sostiene sobre los bienes a que se contrae el litigio y que constan a nombre de D<sup>a</sup> Gertrudis, y no solicita una compensación al modo establecido en el art. 7 L 6/1999 de la CA de Aragón, petición que si formula como pretensión subsidiaria, por ello, reconocer esta participación pero no conceder la suma pedida por falta de elemen-

tos suficientes para llevar a cabo la correspondencia monetaria no implica incongruencia, pues se atiende a la esencia de la reclamación.

QUINTO.— El segundo motivo de apelación que formula D<sup>º</sup> Gertrudis versa sobre el fondo, y discute la procedencia del reconocimiento de toda participación de D. Manuel en los bienes.

Para desestimar tal pretensión baste la remisión a lo razonado en los fundamentos de derecho segundo y tercero de la presente resolución en los que señalábamos que es pertinente el reconocimiento de un derecho a participar en los bienes adquiridos por uno de los componentes de una pareja de hecho a cargo de un caudal puesto en común.

SEXTO.— Discute el actor en su impugnación la decisión de la juzgadora de primer grado en cuanto acoge su pretensión pero en la forma de una participación en bienes en vez de cómo una condena a una cantidad líquida, y ello porque entiende que sí es posible la traducción económica de dicha participación, a cuyo efecto acude a la valoración de los bienes dada por los peritos que informaron sobre tal extremo para elevar su pretensión inicial a 68.435,70 € más la mitad del saldo de las cuentas corrientes abiertas en IBERCAJA que dejan expresadas.

Pues bien, si lo que se sostiene, como parece, es la existencia de un patrimonio común constituido durante la convivencia y una participación en ella al cincuenta por cierto del recurrente, la disolución de ésta convivencia debe conducir a la división de esa comunidad y no, como pretende el actor, al pago de una suma en metálico a favor de uno de los convivientes y con cargo al otro.

En consecuencia, procede también la desestimación de la impugnación.»

## B) INTERPRETACIÓN DOCTRINAL

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

El 23 de octubre de 2008 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 «Decimocavos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés», que tuvo lugar durante el mes de noviembre, con el siguiente programa de ponencias:

— Día 4 de noviembre de 2008 en Zaragoza: Fiscalidad de la Instituciones Aragonesas de Derecho Privado, por D. Rafael Santacruz Blanco, D. Manuel Guedea Martín y D. Javier Hernanz Alcaide.

— Día 11 de noviembre de 2008 en Zaragoza: Derechos de la personalidad de los menores en Aragón, por D. Carlos Sancho Casajús, D<sup>º</sup> Carmen Gracia de Val y D<sup>º</sup> Carmen Bayod López.

— Día 18 de noviembre de 2008 en Zaragoza: Usufructo viudal de dinero, fondos de inversión y parti-

cipaciones en Sociedad, por D. José Luis Merino Hernández, D<sup>º</sup> María Biesa Hernández y D. Pablo Escudero Ranera.

— Día 25 de noviembre de 2008 en Huesca: Aplicación del Derecho Civil a los extranjeros, por D. Ignacio Martínez Lasierra, D. Javier Pérez Milla y D<sup>º</sup> Montserrat Vicens Burgues.

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 2008:

#### FUENTES: EDICIONES CONTEMPORÁNEAS

— AGUDO ROMEO, María del Mar, LAPÉÑA PAÚL, Ana Isabel y RODRIGO ESTEVAN, María Luz: «La edición de las adiciones del ms. 37/132 o Códice Turolense (Codex Turolensis)», en VV.AA.: Tiempo de Derecho Foral en el sur aragonés: Los Fueros de Teruel y Albarracín. I: Estudios. Edita el Justicia de Aragón, con la colaboración de Iber Caja, Zaragoza, 2007, págs. 321-359.

— GOROSCH, Max: Publicación de El Fuero de Teruel. *Leges Hispanicae Medii Aevi*, Estocolmo, 1950. Edición facsimilar del Justicia de Aragón (Zaragoza, 2007) en el T. II de VV.AA.: Tiempo de Derecho Foral en el sur aragonés: Los Fueros de Teruel y Albarracín.

#### OBRAS GENERALES

#### MANUALES DE DERECHO ARAGONÉS

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

Además del coordinador, colaboran en la obra: José Luis Artero Felipe, Pablo Escudero Ranera, Luis Alberto Gil Nogueras, Emilio Latorre y Martínez de Baroja, Francisco Mata Rivas, Mauricio Murillo y García-Atance y Francisco de Asis Pozuelo Antoni.

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

Colaboran José Luis Artero Felipe, Pablo Escudero Ranera, Raquel Ferrando Burúa, Luis Alberto Gil Nogueras, Emilio Latorre y Martínez de Baroja, Francisco Mata Rivas, Mauricio Murillo García-Atance y Francisco de Asis Pozuelo Antoni.

— VV.AA.: Manual de Derecho civil aragonés (Dir. Jesús Delgado Echeverría; Coor. M<sup>º</sup> Ángeles Parra Lucán). 2<sup>º</sup> 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.

## PANORÁMICAS

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

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

## REVISTAS

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.

MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS (SIGLOS XIX-XXI)  
TEMAS COMUNES A TODOS LOS DERECHOS FORALES

## LOS DERECHOS FORALES EN LA CONSTITUCIÓN Y LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

— 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<sup>a</sup> Ángeles: «Constitución, Amejoramiento y Derecho civil navarro», en Derecho Privado y Constitución, núm. 21, 2007, págs. 229-274.

— GÓMEZ DE LA ESCALERA, Carlos: Las competencias legislativas en materia de Derecho civil (Art. 149.1.8.ª CE). El caso de la propiedad horizontal, Iustel, 320 Páginas, 2007.

— LAHOZ POMAR, Carmen: «El Derecho Civil Foral: nuevas perspectivas», en Estudios Jurídicos sobre el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007. Coordinados por la Asociación de Letrados de la Comunidad Autónoma de Aragón. Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 13-32.

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

## PROBLEMAS DE DERECHO INTERREGIONAL. LA VECINDAD CIVIL

— ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: Estudios de Derecho interregional. De conflictu legum. Estudios de Derecho internacional privado núm. 9. Universidad de Santiago de Compostela, 2007, 170 págs.

— FONT I SEGURA, Albert: «La pluralidad interna visita el reino del Derecho internacional privado. Comentario a la Resolución de la Dirección General de Dret i Entitats Jurídiques de 18 de septiembre de 2006», en Indret Revista para el análisis del Derecho (www.indret.com), Barcelona, abril, 2007, 17 págs.

## ESTUDIOS DE FUENTES E HISTORIA DEL DERECHO E INSTITUCIONES DEL REINO DE ARAGÓN

## HISTORIA DEL DERECHO ARAGONÉS, EN GENERAL

— 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.

## FUEROS DE LA EXTREMADURA ARAGONESA; HISTORIA DE LAS COMUNIDADES DE TERUEL, ALBARRACÍN, DAROCA, CALATAYUD

— ABAD ASENSIO, José Manuel: «La Iglesia y los fueros de Teruel y Albarracín», en VV.AA.: Tiempo de Derecho Foral en el sur aragonés: Los Fueros de Teruel y Albarracín. I: Estudios. Edita el Justicia de Aragón, con la colaboración de Ibercaja, Zaragoza, 2007, págs. 465-495.

— AGUDO ROMEO, María del Mar: «Fuero, arte y arquitectura», en VV.AA.: Tiempo de Derecho Foral en el sur aragonés: Los Fueros de Teruel y Albarracín. I: Estudios. Edita el Justicia de Aragón, con la colaboración de Iber Caja, Zaragoza, 2007, págs. 565-602.

— AGUDO ROMEO, María del Mar, LAPEÑA PAÚL, Ana Isabel y RODRIGO ESTEVAN, María Luz: «Las fuentes: manuscritos y ediciones de los fueros de Teruel y Albarracín», en VV.AA.: Tiempo de Derecho Foral en el sur aragonés: Los Fueros de Teruel y Albarracín. I: Estudios. Edita el Justicia de Aragón, con la colaboración de Iber Caja, Zaragoza, 2007, págs. 281-320.

— ALVARADO PLANAS, Javier y OLIVA MANSO, Gonzalo: «La formación del derecho local en la extremadura aragonesa», en VV.AA.: Tiempo de Derecho Foral en el sur aragonés: Los Fueros de Teruel y Albarracín. I: Estudios; II: Facsímile El Fuero de Teruel publicado por Max Gorosch. Edita el Justicia de Aragón, con la colaboración de Iber Caja, Zaragoza, 2007, págs. 361-417.

— BONET NAVARRO, Angel: «La justicia en los fueros de Teruel y Albarracín», en VV.AA.: Tiempo de Derecho Foral en el sur aragonés: Los Fueros de Teruel y Albarracín. I: Estudios; II: Facsímile El Fuero de Teruel publicado por Max Gorosch. Edita el Justicia de Aragón, con la colaboración de Iber Caja, Zaragoza, 2007, págs. 497-548.

— NAGORE LAÍN, Francho: «Aspectos lingüísticos de la redacción romance de los fueros de Teruel y Albarracín en comparación con otros textos medievales en aragonés», en VV.AA.: Tiempo de Derecho Foral en el sur aragonés: Los Fueros de Teruel y Albarracín. I: Estudios; II: Facsímile El Fuero de Teruel publicado por Max Gorosch. Edita el Justicia de Aragón, con la colaboración de Iber Caja, Zaragoza, 2007, págs. 419-448.

— PÉREZ-PRENDES MUÑOZ-ARRACO, José Manuel: «Juan del Pastor y la Suma foral turolense», VV.AA.: Tiempo de Derecho Foral en el sur aragonés: Los Fueros de Teruel y Albarracín. I: Estudios; II: Facsímile El Fuero de Teruel publicado por Max Gorosch. Edita el Justicia de Aragón, con la colaboración de IberCaja, Zaragoza, 2007, págs. 449-464.

— VV.AA.: Tiempo de Derecho Foral en el sur aragonés: Los Fueros de Teruel y Albarracín. I: Estudios; II: Facsímile El Fuero de Teruel publicado por Max Gorosch. Edita el Justicia de Aragón, con la colaboración de Iber Caja, Zaragoza, 2007.

#### ESTATUTOS, ORDINACIONES Y DERECHO MUNICIPAL

— LATORRE CIRIA, José Manuel y PÉREZ PÉREZ, Isabel: El gobierno de la ciudad de Teruel en el siglo XVII. Prensas Universitarias de Zaragoza, 2006, 284 págs.

#### ESTUDIOS DE HISTORIA DE LAS INSTITUCIONES (PÚBLICAS Y PRIVADAS)

— BALTAR RODRÍGUEZ, Juan Francisco: «El establecimiento del Real Acuerdo en Aragón», en VV.AA.: Génesis territorial de España. Coordinador: José Antonio Escudero. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, págs. 149-184.

— 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.

— 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. Zaragoza, 8 de mayo de 2006. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, 197 págs.

#### ARAGÓN: DESDE LOS DECRETOS DE NUEVA PLANTA AL APÉNDICE DE 1925

##### DECRETOS DE NUEVA PLANTA

— ESCUDERO, 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.

— ESCUDERO, José Antonio: «Los Decretos de Nueva Planta en Aragón», en VV.AA.: Génesis territorial de España. Coordinador: José Antonio Escudero. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, págs. 41-89.

— FERNÁNDEZ GIMÉNEZ, María del Camino: «Aragón y los Decretos de Nueva Planta en las Narraciones Históricas de Castellví», en VV.AA.: Génesis territorial de España. Coordinador: José Antonio Escudero. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, págs. 185-201.

— MORALES ARRIZABALAGA, Jesús: «La nueva planta de Aragón. Proyecto e instrumentos», en *Ius Fugit*, 13-14, 2004-2006, pp. 365-497.

— MORALES ARRIZABALAGA, Jesús: «La Nueva Planta del reino de Aragón: la recuperación de la *iurisdictio regia*», en VV.AA.: Génesis territorial de España. Coordinador: José Antonio Escudero. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, págs. 91-148.

— VV.AA.: Génesis territorial de España. Coordinador: José Antonio Escudero. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2007, 950 págs.

#### LA COMPILACIÓN Y OTRAS LEYES CIVILES ARAGONESAS

— Legislación civil de Aragón. Introducción de José M<sup>º</sup> Navarro Viñuales. La Notaría, núm. 10 (2008), 398 págs. Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons.

— 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: Derecho civil de Aragón. Edición actualizada a marzo de 2007. Textos Legales, 98. Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2007, 442 págs.

#### PARTE GENERAL DEL DERECHO

##### FUENTES DEL DERECHO

— 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.

#### PERSONA Y FAMILIA

##### EDAD. INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN

— 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.

##### RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES

— AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina: Incapacitación y mandato. La Ley, Madrid, 2008. 381 págs.

— 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.

— 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.

— PARRA LUCÁN, M<sup>º</sup> 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.

##### RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL

##### CONSORCIO CONYUGAL

##### ACTIVO

— MARTÍN OSANTE, Luis Carlos: «El seguro de vida en el marco del régimen económico del matrimo-

nio en Aragón. Breve referencia a planes de pensiones y figuras afines en el consorcio conyugal aragonés», en Cuadernos Lacruz Berdejo núm. 5 (2007)

## GESTIÓN

— BAYOD LÓPEZ, M<sup>a</sup> 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.

— 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.

— 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.

— SALAS MURILLO, Isabel de: «Disposición intervivos 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.

## DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL

— SERRANO GARCÍA, José Antonio: «La comunidad conyugal en liquidación (I)», en Revista Jurídica del Notariado núm. 65 (enero-marzo 2008), págs. 343-503.

## LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN

— 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.

— 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.

— 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.

## VIUDEDAD

— 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.

— BARRIO GALLARDO, Aurelio: «Derecho expectante de viudedad e incumplimiento en materia de contratación inmobiliaria», en Cuadernos Lacruz Berdejo núm. 5 (2007)

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

## SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

### DE LAS SUCESIONES EN GENERAL Y NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS

#### ACEPTACIÓN Y REPUDIACIÓN DE LA HERENCIA

— BARRIO GALLARDO, Aurelio: La aceptación hereditaria derivada de actos dispositivos concluyentes sobre 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.

### NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS

— BARR, Alan R.: «The conditio si institutus sine liberis decesserit in Scots and Spath African Law», en Exploring the Law of Sucesión. Studies Nacional, Historical and Comparative. Edited by Kenneth G C Reid, Marius J de Waal and Reinhard Zimmermann. Edinburgh University Press, Edimburgo, 2007, pp. 177-192.

## SUCESIÓN TESTAMENTARIA

— BRAUN, Alexandra: «Revocability of Mutual Wills», en Exploring the Law of Sucesión. Studies Nacional, Historical and Comparative. Edited by Kenneth G C Reid, Marius J de Waal and Reinhard Zimmermann. Edinburgh University Press, Edimburgo, 2007, pp. 208-225.

— 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.

— 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.

## SUCESIÓN PACCIONADA

— HUTCHISON, Dale: «Sucesión Agreements in South African and Scots Law», en Exploring the Law of Sucesión. Studies Nacional, Historical and Comparative. Edited by Kenneth G C Reid, Marius J de Waal and Reinhard Zimmermann. Edinburgh University Press, Edimburgo, 2007, pp. 226-246.

— PACHECO CABALLERO, Francisco Luis: «Para después de los días y no en otra manera. Origen y desarrollo de la sucesión contractual en Aragón», en INITIUM, Revista catalana d'histria del dret, núm. 12, 2007, págs. 119-197.

## LEGÍTIMA

— 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.

— MOREU BALLONGA, José Luis: «El sistema legitimario 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, págs. 149-417.

— RUFAS DE BENITO, 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.

#### DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA

— 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: 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.

#### DERECHO FISCAL Y PROCESAL. OTRAS MATERIAS

— LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «La modernización de los recursos contra las calificaciones de los Registradores de la Propiedad, entre la tradición, la administrativización y la fragmentación», en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 706, 2008, págs. 725-763.

— 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.

#### OBRAS AUXILIARES

#### BIBLIOGRAFÍA, RECENSIONES Y RESEÑAS

— 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.

#### JURISTAS Y ESCRITORES ARAGONESES

— 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.

— SOLIS, 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.

#### EDICIONES DE FORMULARIOS Y DOCUMENTOS DE APLICACIÓN DEL DERECHO

— 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.

### 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 2008

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 mayo de 2008 por lo que previsiblemente existirán otras Sentencias a las que no se ha tenido acceso.

#### NORMAS ARAGONESAS DECLARADAS NULAS EN TODO O EN PARTE.

— La Sentencia de 7 de febrero de 2008 de la Sala de lo Contencioso— administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón tiene por objeto el recurso interpuesto contra Decreto 41/2005, de 22 de febrero, del Gobierno de Aragón, de Organización y funcionamiento del Sector Sanitario en el Sistema de Salud de Aragón.

El recurso es estimado y se anula el Decreto referido.

#### 3.2. INTERPRETACIÓN DOCTRINAL DEL DERECHO PÚBLICO ARAGONÉS

Damos noticia de los libros y artículos de los que hemos tenido conocimiento durante 2008:

— Jornadas sobre los nuevos Estatutos en las Comunidades Autónomas de la Antigua Corona de Aragón. Gobierno de Aragón, 2007.

— Monografías de la revista aragonesa de Administración Pública nº 31. El nuevo Régimen del Suelo. Gerardo García-Alvarez García Diputación General de Aragón.

— Estudios Jurídicos sobre el Estatuto de Autonomía de Aragón. Gobierno de Aragón. Vicepresidencia 2008

— Presupuestos Comunidad Autónoma de Aragón de 2008. Departamento de Hacienda y Empleo del Gobierno de Aragón.

— La Reforma de la Seguridad Social por la Ley 40/2007. Incidencia de la Legislación Autonómica en la Pensión de viudedad de las parejas de hecho Juan Molins García-Atance. El Justicia de Aragón

— Informe sobre la situación económica y social de Aragón 2007. Consejo Económico y Social 2007 Zaragoza.

— El agua, Derecho Humano y raíz de conflictos. Gobierno de Aragón.

— «Régimen Jurídico de las urbanizaciones privadas». Actas de los Decimoséptimos encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Ponente Dimitry Berberoff Ayuda y coponentes Francisco Javier Lardiés Ruiz e Ignacio Pemán Gavín.

— Régimen Jurídico y renovación del turismo rural. J. Tudela. Publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública 31. Diputación General de Aragón.

— Ética administrativa: reflexiones desde la función pública F. Gracia y L. Latorre. Publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 31. Diputación General de Aragón.

— La evaluación del desempeño en las Administraciones Públicas, tras la entrada en vigor de la ley 7/2007 de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público: retos y oportunidades para su implantación en las entidades locales. A Serrano y M<sup>º</sup> P. Teruel. Publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 31. Diputación General de Aragón.

— ¿Protagonistas o actores de reparto? A propósito de los sujetos intervinientes en la evaluación ambiental de planes y programas. J.E. Nieto. Publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 31. Diputación General de Aragón.

— Algunas consecuencias del reconocimiento constitucional del derecho a un medio ambiente adecuado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. G. García Álvarez. Publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 31. Diputación General de Aragón.

— Cuestiones fundamentales de la Ley 8/2007 de Suelo. J.L. Meilán. Publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 32. Diputación General de Aragón.

— La ética administrativa: elemento imprescindible de una buena administración. M. Díaz e I. Murillo. Publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 32. Diputación General de Aragón.

— Algunas iniciativas parlamentarias en materia de igualdad de género en las Cortes de Aragón. P. Cortés. Publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 32. Diputación General de Aragón.

— Los pueblos de colonización en las Cinco Villas. Una propuesta a las expectativas para su desarrollo. C. Fantacchiotti. Publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 32. Diputación General de Aragón.

— Sobre la distribución de competencias en materia de turismo. J. Rodríguez Arana, Publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 32. Diputación General de Aragón.

— El marco constitucional del urbanismo en España. Publicado en la Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 32. Diputación General de Aragón.

— «Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos», cuyo autor es Lorenzo Martín-Retortillo Baquer. El Justicia de Aragón.

— «Derecho Público Aragonés (4<sup>º</sup> Edición 2008)», dirigida por Antonio Embid Irujo. El Justicia de Aragón.

#### **4. ACTUACIONES CONDUCENTES A LA DIFUSIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARAGONÉS**

Las actividades realizadas a lo largo de 2008 en este apartado han sido las siguientes:

1<sup>º</sup>— 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.

El pasado año 2008, como cada año, 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<sup>º</sup>— Becas para el estudio del ordenamiento jurídico aragonés.

En 2008, se publicó una nueva convocatoria que quedó desierta por decisión del Tribunal calificador, por no alcanzar los solicitantes la puntuación requerida.

3<sup>º</sup>— Publicaciones sobre Derecho Aragonés:

— Actas de los Séptimos Encuentros de estudios sobre el Justicia de Aragón en el 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 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 de Villar» por Alberto Montaner Frutos.

— Actas de los Decimoséptimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, en el que se recoge las ponencias de las sesiones celebradas durante los martes del mes de noviembre del año 2007, sobre los temas siguientes:

«La junta de parientes en la nueva regulación de la Ley del Derecho de la persona: Composición y funcionamiento», cuyo ponente es Fernando Agustín Bonaga y cuyos coponentes son José Luis Argudo Pérez y David Arbués Aísa.

«Los menores e incapacitados en situación de desamparo», cuyo ponente es Luis Carlos Martín Osante y cuyos coponentes son Aurora López Azcona y Carlos Sancho Casajús.

«El régimen jurídico de las urbanizaciones privadas», cuyo ponente es Dimitry Berberoff Ayuda y coponentes son Francisco Javier Lardiés Ruiz e Ignacio Pemán Gavín.

«La disposición de bienes de menores e incapacitados», cuyo ponente es Luis Alberto Gil Nogueras y cuyos coponentes son Luis Arturo Pérez Collados y Alberto Manuel Adán García.

N<sup>º</sup> 35 de la colección del Justicia, «Los Ministros de la Real Audiencia de Aragón (1711-1808)», cuyo autor es Juan Francisco Baltar Rodríguez.

N<sup>º</sup> 36 de la colección del Justicia, «La Fiducia Sucesoria Aragonesa», cuyo autor es Miguel Ángel Martínez-Cortés Gimeno.

#### 4º— Foro de Derecho Aragonés.

El 23 de octubre de 2008 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 «Decimotavos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés», que tuvo lugar durante el mes de noviembre, con el siguiente programa de ponencias:

— Día 4 de noviembre de 2008 en Zaragoza: Fiscalidad de las Instituciones Aragonesas de Derecho Privado, por D. Rafael Santacruz Blanco, D. Manuel Guedea Martín y D. Javier Hernanz Alcaide.

— Día 11 de noviembre de 2008 en Zaragoza: Derechos de la personalidad de los menores en Aragón, por D. Carlos Sancho Casajús, Dª Carmen Gracia de Val y Dª Carmen Bayod López.

— Día 18 de noviembre de 2008 en Zaragoza: Usufructo vital de dinero, fondos de inversión y participaciones en Sociedad, por D. José Luis Merino Hernández, Dª María Biesa Hernández y D. Pablo Escudero Ranera.

— Día 25 de noviembre de 2008 en Huesca: Aplicación del Derecho Civil a los extranjeros, por D. Ignacio Martínez Lasierra, D. Javier Pérez Milla y Dª Montserrat Vicens Burgues.

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

#### 5º— 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.

#### 6º— 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 han publicado los números 31 y 32 y un monográfico sobre El nuevo régimen del suelo.

#### 7º— Otras actuaciones.

Dentro de este apartado incluimos noticias de otras actuaciones relevantes para la promoción y desarrollo del ordenamiento jurídico aragonés, producidas a lo largo de 2008 y de las que esta Institución ha tenido conocimiento:

a) Sextas Jornadas Constitucionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y del Justicia de Aragón: Derechos fundamentales y Constitución: treinta años de vigencia y praxis.

Las jornadas tuvieron lugar los días 15 y 16 de diciembre de 2008.

Las Ponencias fueron las siguientes:

— «Jueces, Estado Constitucional y Sociedad democrática». Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat.

— «Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales». Dr. D. Luis Prieto Sanchís.

— «Derechos humanos y lucha contra el terrorismo». Excmo. Sr. D. Ignacio Gordillo Álvarez— Valdés.

— «Los derechos fundamentales en los Estados compuestos». Dr. D. Javier Fernández López, Drª Dª Gloria Mª Gallego García, Dr. Iñaki Vivas Hernández, Ilmo. Sr. D. Xavier de Pedro Bonet, Dr. D. Manuel Ramírez Jiménez y moderador, Dr. D. Manuel Contreras Casado.

— «Independencia de los Jueces: Organización del Poder Judicial». Excmo. Sr. D. Félix Azón.

— «Libertad de expresión y respeto a los sentimientos religiosos». Excmo. Sr. D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer.

— «30 años de libertad de expresión». Drª Dª Remedios Sánchez-Férriz.