



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

---

Número 221  
Fascículo 4º  
Año XXVIII  
Legislatura VII  
10 de mayo de 2010

## **Sumario**

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

Informe sobre el estado de observancia,  
aplicación e interpretación del ordenamiento  
jurídico aragonés (*continuación*) . . . . . 14498



QUINTO.— Frente a dicha sentencia, la parte demandada y apelante interpuso recurso de casación alegando interés casacional por inexistencia de doctrina jurisprudencial sobre el artículo 142 de la Compilación del Derecho civil de Aragón de 8 de abril de 1.967, fundándolo en una doble infracción de dicho precepto. El recurso de casación fue admitido por auto de esta Sala de 1 de diciembre de 2008.

El recurso expresa que el motivo del mismo es una doble infracción del artículo 142 de la Compilación de 1.967 y lo articula en dos apartados, el primero por infracción legal del precepto al interpretar el término "proindiviso", como excluyente de aquellos casos en que la proindivisión resulta de la partición de la herencia y no de una expresa atribución por partes indivisas ordenada por el ascendente, y el segundo por infracción legal del mismo artículo 142 al interpretar que su expresión "bienes inmuebles" se refiere exclusivamente a bienes inmuebles en pleno dominio, excluyendo en particular los bienes inmuebles que se reciben en nuda propiedad por existir usufructo vidual a favor del cónyuge sobreviviente.

En definitiva, se alega infracción del artículo 142 de la Compilación de 1.967 en dos concretos aspectos del mismo, lo que permitiría su examen conjunto pero, dado que el recurrente sigue para ello los dos hilos argumentales que son expuestos separadamente por las sentencias de primera instancia y de apelación, se seguirá el mismo esquema en el examen del recurso.

SEXTO.— En cuanto al término proindiviso, el fundamento tercero de la sentencia de la Audiencia Provincial expone que el artículo 142 de la Compilación exigía que se tratara de una adquisición "pro indiviso", que no tiene lugar en la comunidad hereditaria, por lo que tal requisito no puede predicarse en el caso presente. Frente a ello afirma el recurrente en el primer apartado del recurso de casación que, paradójicamente, se estaría negando la existencia de consorcio foral aragonés (comunidad germánica) en todo supuesto de comunidad hereditaria (también comunidad germánica) y que, por el contrario, sólo se admitiría en aquellos supuestos en que el testador o donante hubiera dispuesto una transmisión por cuotas de bienes concretos (comunidad romana).

Se aprecia que, aunque la sentencia no lo expresa con tal claridad, el razonamiento de la misma implicaría que la adquisición proindiviso, exigida por la Compilación para el nacimiento del consorcio, sería incompatible con la comunidad hereditaria y, en consecuencia, que el consorcio sólo nacería en los casos de atribución directa de cuotas por parte del testador. A tal conclusión llega de forma expresa la sentencia de primera instancia que, como hemos visto, es expresamente asumida y ratificada por la de apelación, cuando manifiesta en el fundamento quinto que el proindiviso se debe constituir en el propio título traslativo y lo debe constituir el testador o donante por lo que en el caso presente, dice, los hermanos B no adquirieron proindiviso de su difunto padre, que se limitó a instituirles herederos por partes iguales, sino que adquirieron una cuota ideal sobre el conjunto de la herencia y en modo alguno cuotas concretas sobre bienes determinados. Concluye afirmando que la indivisión la constituyeron los hermanos al partir la comunidad hereditaria y adjudicarse por terceras e iguales

partes la nuda propiedad sobre la mitad indivisa del inmueble.

Si se termina tal razonamiento se podría afirmar que en el presente caso, a pesar de que los hermanos constituyeron la indivisión en el momento del otorgamiento de la escritura de manifestación y aceptación de herencia, no quedó constituido el consorcio foral porque no habían adquirido en situación de consorcio por atribución directa del causante. De modo que desde el fallecimiento del causante en noviembre de 1.979 hasta el otorgamiento de la escritura de aceptación de herencia en junio de 1.981 hubo una situación de comunidad hereditaria, pero no consorcio foral, y desde junio de 1.981, aceptada la herencia por terceras e iguales partes indivisas, tampoco existió consorcio foral porque al tiempo del fallecimiento del causante sólo habían adquirido una cuota ideal, que sólo se transformó en cuota indivisa desde el momento de la escritura de aceptación de herencia, pero no hubo atribución directa del causante.

Tales interpretaciones dan lugar a serias incoherencias, cuando no contradicciones. De una parte, la supuesta incompatibilidad entre comunidad hereditaria y situación de proindiviso en el consorcio es rechazada por la propia parte recurrida en la oposición al recurso de apelación, según veremos. De otra, resulta difícil afirmar que en el iter sucesorio hay una situación, tras el fallecimiento del causante, en la que existe una comunidad hereditaria en la que, con matizaciones, encajaría el consorcio foral, según la gran mayoría de los autores y, sin embargo, interpretar al mismo tiempo que en la regulación del artículo 142 de la Compilación ni siquiera con la aceptación de la herencia por iguales partes indivisas se produce el supuesto previsto en la norma para el nacimiento del consorcio.

La misma representación de la parte recurrida se muestra disconforme con tal interpretación de la sentencia de primera instancia y explica en su escrito de oposición al recurso de apelación, al contestar a la alegación primera del apelante, que "esta tesis, que se citó como argumento a mayor abundamiento no es compartida totalmente ya que va más allá del contexto y atiende al criterio literalista de la norma. Este criterio sería quizá el deseable (absolutamente restrictivo del consorcio) pero a juicio del compareciente, no es el que resultaba de la Compilación, ni se evidencia de la ley ni es el más acorde con la naturaleza de la institución consorcial". Y continúa diciendo: "Estimamos que el consorcio tal y como está regulado y estaba regulado en la compilación (art. 142) bajo cuyo régimen se produce el hecho que lo podría haber hecho nacer (en esto el compareciente está de acuerdo con el criterio de la Registradora sobre la intrascendencia a estos efectos de que el hecho se haya producido bajo el régimen de la Compilación o de la nueva Ley de Sucesiones: Fundamento 6º de la Nota denegatoria de Calificación), independientemente de lo que diga el causante en la sucesión testada, exige que los consortes incidan en el hecho objetivo de la adquisición "in solidum" es decir proindiviso, sin especial designación de partes". En nuestra opinión no cabe reducirla a la "comunidad hereditaria" (ni a la constitución por el causante o donante). De hecho existe, de acuerdo con la legislación vigente (y la derogada), aun después de aceptada y adjudicada la herencia proindiviso, es decir, en régimen de comunidad romana. Hay

proindivisión aunque haya cuota, o precisamente por haberla”.

Para exponer su concepto de adquisición proindiviso pone el acento el recurrido en la adquisición in solidum, que la equipara a proindiviso, sin designación de partes y, sin embargo, afirma que existe aun después de adjudicada la herencia proindiviso en régimen de comunidad romana. Añade después: “Equiparar consorcio con comunidad germánica y argumentar que, por tanto, la comunidad hereditaria al ser una comunidad germánica encaja con el consorcio y que como consecuencia de la aceptación y partición, la existencia de una comunidad romana por cuotas es incompatible con el consorcio, es un sofisma. Y lo es porque, si bien la figura de la comunidad germánica nos sirve para aproximarnos al trasfondo personalista del consorcio, no son en modo alguno lo mismo”.

En todo caso rechaza tajantemente la argumentación de la sentencia de primera instancia, sobre la necesidad de que el causante haya efectuado una expresa atribución por cuotas, por atender a un criterio literalista de la norma que, en su opinión, aun siendo el deseable, no es el que deriva de la regulación del artículo 142 de la Compilación ni de la actual.

Se pone de manifiesto la dificultad de cohonstar la idea del consorcio como expresión de comunidad germánica y, al mismo tiempo, exigirla sólo para los casos en que se adquiera en régimen de cuotas y, yendo más allá, sólo cuando el testador o donante haya dispuesto expresamente tales cuotas. Evidencian así quienes requieren una aplicación restrictiva de la institución que tal contradicción implicaría una práctica imposibilidad de su aplicación, a lo que aspiran, y ello en base a una interpretación que no es la que se deduce del artículo 142 de la Compilación, ni de la actual regulación.

Expone la doctrina en este aspecto concreto, no controvertido exactamente en los actuales términos el tema de la indivisión, que el artículo 142 de la Compilación reproduce aproximadamente reglas contenidas en los Fueros Communi dividundo y en las Observancias del título De Consortibus eiusdem rei. Señala que la Compilación oscense de 1247 prohibía enajenar o gravar los inmuebles heredados de ascendientes, en común, por hijos o nietos, en tanto no se hubiera hecho su división con carta bastante, según fuero. Mas, aun hecha la partición de la herencia en común, dice, si una finca se había adjudicado a dos o tres o más hermanos, falleciendo uno de ellos sin hijos, los otros hermanos no adjudicatarios no podían tener parte —suceder— en la finca, sino solo los comuneros en dicha finca, en la cual tampoco podía enajenar independientemente su cuota cada partícipe.

Se pone el acento en los inmuebles heredados en común en tanto no se hubiera hecho su división (proindiviso significaría aquí sin dividir, sin más), y se admite la vinculación también en el caso de adjudicación a dos o tres o más hermanos, por lo que no entra en juego el concepto de adquisición proindiviso, más técnico y que exige entrar en la naturaleza de la partición, que entendemos deber ser considerada especificativa y no traslativa. Como indica la jurisprudencia citada por el recurrente, la partición no supone una nueva transmisión sino una especificación del derecho en abstracto de los herederos, pero tal derecho existe ya desde el momento del fallecimiento del causante y

si los herederos se adjudican bienes en proindivisión ésta no la constituyen los herederos sino que procede de la herencia sin atribuir, lo que, según las sentencias recaídas en este caso, resulta incompatible con el consorcio foral.

Si se acepta que se admite tanto en los supuestos de bienes heredados en común sin dividir como en los casos de efectuada la partición en común (como sucede en la adjudicación proindiviso), la adquisición de bienes inmuebles pro indiviso del artículo 142 se entiende así en su sentido originario, para ambos supuestos, sin que del texto pueda deducirse la exigencia de que la atribución viniera ya dispuesta por el causante o donante.

En la regulación actual todo queda más claro en el artículo 58 de la Ley 1/1999 al declarar que el consorcio queda establecido desde que varios hermanos o hijos de hermanos hereden —ya no hay confusión con adquisición de inmuebles proindiviso— en tanto que se mantiene aquella expresión para los bienes así adquiridos —proindiviso— por legado o donación, porque en estos casos la adquisición se produce con sus particularidades y mediante disposición expresa del testador o del donante.

Si, conforme al artículo 58, se establece el consorcio desde que varios hermanos o hijos de hermanos heredan de un ascendiente, debe tenerse presente que la sucesión se defiere en el momento del fallecimiento del causante (artículo 6.1 de la LS) y que la adquisición de la herencia se produce, para el heredero, desde el momento del fallecimiento (artículo 7.1 de la LS), lo cual despeja también el momento desde el que se constituye el consorcio, bien entendido que la vinculación deberá ser voluntariamente querida en el momento de la aceptación de la herencia porque en otro caso los herederos optarían, lógicamente, por la división de la herencia.

En este primer apartado del motivo del recurso incide el recurrente en otro aspecto que derivaría de la aplicación restrictiva del término proindiviso y de la necesidad de expresa atribución del disponente, según establecen las sentencias de primera instancia y de apelación, como es la imposibilidad de aplicación de la institución en los supuestos de sucesión intestada.

En efecto, una consecuencia evidente de la tesis de ambas sentencias es que no cabría consorcio foral en ninguna sucesión intestada pues no existiría voluntad del causante dirigida a la atribución de cuotas a sus herederos. Y, si se afirma que el consorcio no es compatible con una situación de comunidad hereditaria en la que los herederos no disponen de cuotas concretas, se niega la posibilidad de su nacimiento en los supuestos de sucesión intestada en los que, necesariamente, al tiempo del fallecimiento del causante surge una comunidad hereditaria en la que, hasta el momento de la aceptación de la herencia, no se conoce si se producirá la división y adjudicación de bienes concretos o la adjudicación en proindiviso, como con tanta frecuencia sucede.

No se había planteado que el consorcio foral no pudiera constituirse en los supuestos de sucesión intestada, ni en la doctrina surgieron dudas al respecto, sino al contrario. Afirma algún autor en este aspecto concreto, no controvertido, que “el consorcio foral no tenía lugar solamente en caso de sucesión intestada, sino también

en los supuestos en que el ascendiente hubiera dispuesto por testamento de determinados bienes inmuebles por indiviso y a favor de hijos o nietos”.

La colocación sistemática del artículo 142 dentro del Título VII del Libro Segundo de la Compilación, en las normas comunes a las diversas clases de sucesión, y la resolución judicial de supuestos relativos al consorcio derivados de sucesiones intestadas sin que su existencia se pusiera en duda por tal circunstancia, llevan a la conclusión de que es acogible el motivo del recurso también porque la interpretación dada por la sentencia recurrida llevaría a la imposibilidad de existencia de consorcio foral en los supuestos de sucesión intestada.

SÉPTIMO.— Procede examinar ahora la denunciada infracción del artículo 142 de la Compilación en el punto relativo a la incompatibilidad del consorcio foral y el usufructo de viudedad, que se declara en la sentencia recurrida.

La sentencia plantea el problema, expone las soluciones contrapuestas de las dos posturas doctrinales existentes al respecto y se decanta por la necesidad de que el consorcio recaiga sobre bienes adquiridos en pleno dominio, excluyendo las situaciones en las que concurran los nudo propietarios con el cónyuge superviviente titular del usufructo de viudedad.

Dice la sentencia recurrida, siguiendo la tesis sostenida por la del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1.909, así como por las de la Audiencia de Zaragoza de 8 de febrero de 1.917 y 15 de junio de 1.918, y más recientemente por la de la Audiencia Provincial de Huesca de 10 de noviembre de 2.004, que en la concurrencia de los hijos nudo propietarios con la madre usufructuaria hay notoria incompatibilidad entre su estado y el del supuesto consorcio, pero no se explica el motivo de tan notoria incompatibilidad, que en expresión tan tajante hubiera requerido una explicación adecuada, aunque sólo sea porque dicha interpretación supone una restricción en la aplicación de la figura que no se deduce directamente del texto legal y que, por tal motivo, debe ser explicada, salvo que se parta de una previa posición tendente a la interpretación restrictiva.

El artículo 142 de la Compilación requiere, para el nacimiento del consorcio, la adquisición de bienes inmuebles. Entiende algún autor, y en este punto no parece haber contradicción, que lo son los enumerados en el artículo 334 del Código civil que se hallen dotados de autonomía, por lo que quedarían excluidos los derechos reales de garantía, dada su accesoriedad respecto de un derecho de crédito. Señala que entran en la categoría de inmuebles los derechos inmobiliarios, como serían el dominio útil, una servidumbre personal de carácter real como el derecho de pastos, o el usufructo temporal atribuido a varios hermanos, pues recayendo sobre bienes inmuebles son bienes inmuebles aun en una interpretación estricta, y no hay en ellos ineptitud para soportar, una vez tenidos en común, las limitaciones que el consorcio entraña.

No parece que se pueda negar que en tales ejemplos cabe el consorcio respecto a estos derechos atribuidos en indivisión a varios hermanos, pero se plantea la duda respecto a la nuda propiedad desprovista del derecho inmediato de goce por estar éste atribuido al cónyuge viudo.

El usufructo, como derecho en cosa ajena, en los términos previstos en el artículo 467 del Código civil, se constituye como gravamen sobre el bien, que tiene que ser soportado por el propietario del mismo. Da derecho a disfrutar del bien con la obligación de conservar su forma y substancia, lo que lo pone en relación inevitable con el nudo propietario que es, precisamente, el primer interesado en que se cumpla adecuadamente dicha obligación de conservación y por ello es dotado de las acciones correspondientes en defensa de su derecho. En la relación entre nuda propiedad y usufructo rechaza la doctrina el supuesto desgajamiento del pleno dominio en nuda propiedad y usufructo y, por el contrario, pone el acento en la necesaria coordinación de ambos derechos que debe redundar en beneficio de los titulares de los mismos. El nudo propietario tiene un derecho de disposición sobre su nuda propiedad y también a exigir la adecuada conservación del bien. Tiene un derecho actual, no sólo potencial, a disponer de él y a realizar actos de defensa, e igualmente a pedir la división de la cosa, por lo que parece razonable que su posición se conjugue con la del usufructuario.

Desde esta perspectiva no se aprecia la supuesta incompatibilidad entre nuda propiedad y usufructo, sino al contrario. La nuda propiedad no aparece desprovista de facultades y entre ellas se encuentra, precisamente, la de vigilar la correcta utilización del bien frente al usufructuario y la defensa del mismo frente a terceros. Si, además, el titular del usufructo viudal es persona tan próxima a los nudo propietarios, no se entiende que, por el hecho de que el usufructuario tenga la disposición más inmediata de la cosa, tal posición resulte incompatible con la de los nudo propietarios en régimen de consorcio.

La finalidad del consorcio foral, de defensa del patrimonio común familiar, no se quiebra ni se ve alterada porque el nudo propietario no tenga el derecho de goce inmediato del bien. Al contrario, como señala la doctrina y recoge la sentencia recurrida, el Fuero Común dividundo estaba pensado para una situación en la que no existía propio usufructo viudal sino comunidad continuada del cónyuge sobreviviente con los hijos. Si se entendía que la mejor defensa de los bienes familiares era la que ejercían, una vez fallecido uno de los cónyuges, el sobreviviente con los hijos o descendientes comunes, no se comprende la resistencia a que se mantenga esa situación una vez concretado el usufructo viudal en el cónyuge superviviente, que usufructúa mientras sus hijos o descendientes mantienen la nuda propiedad en común.

Por otra parte, la defensa del patrimonio familiar se consigue, entre otros medios, con la limitación que impone el consorcio por la indisponibilidad de la cuota salvo a favor de los descendientes (y hoy también a favor de los demás consortes, aplicable ahora a los consorcios nacidos al amparo de la Compilación) por lo que con más dificultad se cumple dicha finalidad si, caso de no existir consorcio, el cónyuge viudo usufructúa un bien en el que uno de los nudo propietarios ha podido disponer de su cuota a favor de persona ajena. Parece más acorde con la institución que los nudo propietarios se encuentren en la situación que les proporciona el consorcio.

La supuesta incompatibilidad que examinamos no se desprende del texto legal y su aplicación restrictiva

necesitaría mejores justificaciones. Como señala, además, la parte recurrente, tal incompatibilidad limitaría extraordinariamente la figura a los supuestos de sucesión de causante viudo o cuyo cónyuge no disfrutara del usufructo viudal, o en caso de viudo que en el momento de la disolución de la sociedad conyugal y aceptación de la herencia con los herederos éstos recibieran bienes libres del usufructo. Sin embargo, la situación más habitual es precisamente la que da origen a este procedimiento, concurriendo herederos y viudo, por lo que parece lógico pensar que si el legislador de 1.967 hubiera querido limitar los supuestos a los antes indicados, lo hubiera hecho expresamente.

Se comprueba que las interpretaciones históricas tienen sus dificultades y también, para este caso, la de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1.909, que en buena medida sirve de fundamento de la tesis de incompatibilidad entre nuda propiedad de los herederos y usufructo del cónyuge viudo, que ha sido objeto de críticas e interpretaciones contradictorias por tratarse de supuesto en el que esta cuestión no era el objeto del debate. En la sentencia de esta Sala de 5 de julio de 2.005, recurso 7/2005, en la que tampoco la cuestión central era ésta, se parte de un supuesto de concurrencia de herederos con cónyuge viudo titular del usufructo, sin que se ponga en cuestión por ello la existencia de consorcio foral, cuyo nacimiento se sitúa en el momento del fallecimiento del causante y no en el de la consolidación del pleno dominio en los nudo propietarios.

En el presente supuesto, al mismo tiempo que la viuda e hijos aceptaron la herencia en la escritura de 8 de junio de 1.981, aquélla donó a sus hijos la nuda propiedad de su mitad consorcial y fue inscrita la finca en nuda propiedad para sus tres hijos por terceras e iguales partes indivisas, una mitad por herencia paterna y otra mitad indivisa por la donación materna, y el usufructo a favor de la viuda. Según se desprende de la comparecencia en la escritura de 11 de enero de 2.007, que dio origen a la calificación registral negativa, la finca constituye el domicilio de la viuda y no parece que suponga incompatibilidad el disfrute de la misma por su derecho de usufructo junto con la nuda propiedad de sus hijos en régimen de consorcio, que ella misma propició mediante la donación a ellos, veintiséis años antes, de la nuda propiedad que le correspondía. Naturalmente no se trata de inferir de situaciones concretas presuntas voluntades de unos u otros, pero desde la perspectiva de la defensa del patrimonio familiar, aunque esté compuesto exclusivamente por un piso que constituye la vivienda del viudo, la defensa del mismo se consigue adecuadamente en la situación de consorcio de los nudo propietarios, en la que se impide la entrada de extraños en las cuotas consorciales.

Por lo demás, el presente supuesto pone de manifiesto la posibilidad de constitución del consorcio por distintos títulos, el de herencia y el de donación, sin que ello vaya contra la esencia de la institución, como se ha defendido en ocasiones.

Se pueden dar hoy situaciones aparentemente más incompatibles que la que examinamos: Por ejemplo, queda definitivamente aclarado en el artículo 96 de la Ley 2/2003, de Régimen económico matrimonial y viudedad, que el viudo de un consorte tiene usufructo viudal sobre la cuota del fallecido acrecida a favor de

los otros consortes. O que, por enajenación forzosa de una cuota de un consorte, la adquiera un extraño quien no ostentará la condición de consorte. O la posibilidad de que, como en el presente supuesto, habiendo recobrado la donante la parte indivisa del hijo fallecido, coexista con su sexta parte con los demás consortes sin serlo ella. Situaciones todas ellas que admiten la coexistencia de distintos derechos que, naturalmente, pueden presentar situaciones difíciles, como en todas las comunidades, que deben ser resueltas por los mecanismos legalmente previstos, en última instancia mediante la separación de un consorte o la división de la cosa común.

Por las razones expuestas debe ser estimado el recurso, también en lo relativo a este apartado, y casada la sentencia.

OCTAVO.— Se hace una expresa referencia en el fundamento quinto de la sentencia al valor que pueda darse a la nueva regulación que de la institución del consorcio foral se hace en la Ley 1/1999, de Sucesiones por causa de muerte. En esta misma sentencia se ha hecho alguna referencia a la nueva regulación y por tal motivo debe aclararse su alcance.

Debe partirse, necesariamente, de la imposibilidad de aplicación retroactiva de las normas, salvo previsión expresa en tal sentido (artículo 2.3 del Código civil). De forma expresa el Preámbulo de la Ley 1/1999 manifiesta que se mantiene en sus rasgos básicos el consorcio foral reintroducido por la Compilación de 1.967, pero añadiendo las precisiones inspiradas en las necesidades de la práctica, tanto en la previsión de los hechos que lo originan como en la determinación de sus efectos. Anticipa la sentencia recurrida que el artículo 58 de la Ley 1/1999 omite toda referencia a la frase relativa a la adquisición "pro indiviso" de los bienes inmuebles aclarando la intención del legislador de superar toda diferencia que pudiera sostenerse con base en esta consideración. A ello hemos de añadir que en ese punto concreto, y en otros más, la ley vigente no ha hecho sino aclarar lo que podía resultar confuso en la anterior regulación, sin que la cita de la ley vigente suponga su aplicación retroactiva. En esta materia la ley, como otras muchas, sin cambiar la naturaleza de la institución y sus requisitos, aclara o confirma interpretaciones ya posibles en la anterior norma. Piénsese, por ejemplo, en el instituto de la preterición: Habíéndose producido una concreta interpretación judicial, que se estimaba contraria a la doctrina más correcta con la anterior regulación, resultó conveniente aclararla en la nueva, sin que la alusión que se haga a ello pueda interpretarse como aplicación retroactiva. La interpretación que en la presente sentencia se da a la adquisición de bienes inmuebles pro indiviso o la posibilidad de constitución de consorcio sobre la nuda propiedad coexistiendo con el usufructo viudal ya venía siendo admitida, de forma discutida, con la anterior regulación, pero la nueva aclara, sin modificar su naturaleza, la mejor aplicación precisamente para superar toda diferencia.

Donde se han producido modificaciones que no serían aplicables retroactivamente sin disposición expresa es, precisamente, en los efectos que siempre fueron denunciados como contrarios a la libre administración y disposición de los bienes. Se ha ampliado por ello la disponibilidad de la cuota consorcial, ade-

más de los otros efectos del artículo 59, y se regula la posibilidad de separación de los consortes, y ello sí que supone una modificación del régimen, por lo que el legislador expresamente ha dispuesto en la disposición transitoria sexta la aplicación de dichos efectos a los consorcios originados antes de la entrada en vigor de la ley.

De esta forma se consigue el alabado efecto de permitir esas manifestaciones de mayor libertad y, al mismo tiempo, se confirma que lo realmente denostado eran aquéllos indeseados efectos y quizás no tanto la naturaleza o el modo de nacimiento de consorcio, cuyo debate ahora queda ya sin contenido y que podía ser, en realidad, una manera de tratar de evitar los efectos no queridos de la institución. Como se dice en el Preámbulo de la Ley 1/1999, el mantenimiento del consorcio se ha hecho "tras vencer algunas dudas", como es lógico después de tanto tiempo de declaraciones contrarias a su existencia, pero de la lectura de las Actas de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, cuyo texto preparatorio se convirtió en ley, se extraen interesantes enseñanzas. En su seno se pusieron de manifiesto inmediatamente posturas totalmente contrarias al mantenimiento del consorcio pero, tras la propuesta del texto que luego se aprobó, eliminando aquellos aspectos tan criticados, fue sometida a votación la enmienda de supresión y no obtuvo ningún voto, de donde se deduce que lo que había que modificar eran los efectos, no el concepto y la naturaleza de la institución que, en lo que pueda servir, se ha deseado conservar."

#### "VOTO PARTICULAR

Que formula el Ilmo. Sr. Magistrado D. a la sentencia de esta Sala dictada el 10 de marzo del presente año en el rollo de recurso de casación número 11/2008, procedente de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de esta Ciudad.

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

#### SENTENCIA

En Zaragoza a diez de marzo de dos mil nueve.

Se aceptan el encabezamiento, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho primero a sexto de la sentencia de la mayoría.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— El consorcio foral es una institución tradicional en el ámbito del Derecho aragonés. Los Fueros 1, 2, 3 y 6, "De communi dividundo", incluidos en la Compilación de Huesca de 1247, y las Observancias "De consortibus ejusdem rei", números 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 13 y 14, se ocupaban de esta figura, siendo una de las instituciones forales mejor reguladas en las fuentes del primitivo Derecho aragonés, lo que denota su vigencia, vinculada principalmente a una sociedad agraria.

Pese a que fue una institución plenamente en uso durante el largo periodo de vigencia de los Fueros y Observancias, la doctrina de los siglos XVIII y XIX era contraria a la figura del consorcio, pues entendía que no respondía a las exigencias de los tiempos actuales, y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1.880-

1881, en una conclusión aprobada en la sesión de 3 de febrero de 1.881 decía escuetamente: "Debe prescindirse del consorcio o fideicomiso foral". De estas posturas doctrinales adversas se hizo eco la jurisprudencia aragonesa de la época (véanse las sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 2 de febrero de 1917 y 14 de marzo de 1924).

Tal estado de opinión llevó al legislador de 1.925 a la supresión del consorcio en el Apéndice Foral, supresión que se mantiene en los primeros Anteproyectos de Compilación elaborados por la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses, los de 1961 y 1962. Fue el siguiente Anteproyecto de la misma Comisión, el de 1963, el que por primera vez en ese periodo prelegislativo recoge la institución, que se mantiene en los sucesivos anteproyectos redactados por la Sección especial de la Comisión General de Codificación, de julio de 1965 y mayo de 1966, pasando finalmente a la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1.967, que la regula en el artículo 142, precepto que se ha conservado sin cambios hasta la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, que se ocupa del consorcio foral en el Capítulo VII, del Título Primero, artículos 58 a 61.

Pues bien, pese a la mentada evolución legislativa y a las posturas doctrinales sobre la figura, lo cierto es que el consorcio foral es una institución vigente en el ordenamiento jurídico aragonés, debiendo los Tribunales, en consecuencia, ajustar sus resoluciones a la normativa que regula la figura, tras una interpretación racional y lógica de la misma.

SEGUNDO.— El consorcio objeto del presente juicio se rige, en cuanto a los requisitos exigidos para su nacimiento, por el artículo 142. 1, inciso primero, de la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1.967, no por el artículo 58 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, extremo sobre el que no hay discusión entre las partes.

El mentado artículo 142.1, inciso primero, dice así:

"Cuando varios hermanos o hijos de hermanos adquieren de un ascendiente pro indiviso y a título gratuito bienes inmuebles, queda establecido entre aquellos, y en tanto subsista la indivisión, el llamado «consorcio o fideicomiso foral», ...".

De la propia dicción del precepto se desprende que la citada institución se constituye, por imperativo legal, cuando los descendientes adquieren bienes inmuebles en las condiciones y con los requisitos exigidos.

Para que el consorcio foral pueda surgir legalmente se precisa que la indivisión nacida, a título gratuito, entre descendientes ("hermanos e hijos de hermanos") tenga lugar respecto de bienes inmuebles, entendiéndose por tales los enumerados en el artículo 334 del Código Civil que se hallen dotados de autonomía, tal como señala la sentencia de la mayoría.

Un bien inmueble no supone necesariamente la propiedad de la cosa, pues también entran en esa categoría los derechos inmobiliarios. Por lo tanto, el consorcio también recae sobre derechos reales distintos de la propiedad siempre que sean autónomos, se tengan pro indiviso y representen facultades de goce sobre un inmueble: el dominio útil, el usufructo, una servidumbre, etc. Lo realmente importante es que la cosa sobre la que recae el derecho real sea inmueble,

pero en cuanto al derecho mismo nada dice la ley, y ningún motivo serio hay para excluir del consorcio cualesquiera derechos reales, perpetuos o temporales, que sean autónomos y representen facultades de goce sobre un inmueble.

A la inversa, quedan excluidos del consorcio los derechos reales de garantía, dada su accesoriedad a un derecho de crédito (falta de autonomía) y los derechos desprovistos de las facultades de goce (la nuda propiedad), versando la discrepancia con la mayoría sobre esta última afirmación.

TERCERO.— El consorcio foral, en un principio, fue el instituto básico de la después llamada “casa aragonesa”. Se formaba al suceder los hijos en el patrimonio familiar, por muerte de sus ascendientes, respondiendo a una idea de propiedad familiar, en momentos en que la familia vivía fuertemente cohesionada. Surge entre los hijos que conservan y explotan en común el patrimonio familiar, cumpliendo la misión de conservarlo en unidad por medio del trabajo conjunto de sus miembros.

Inicialmente la comunidad consorcial abarcaba todo el patrimonio familiar, pero más tarde, al poder disponer el ascendiente de parte de ese patrimonio, ya no es todo el patrimonio familiar el que va a estar integrado en la comunidad consorcial, sino aquella parte en estado de indivisión sobre la cual no haya dispuesto determinadamente.

En todo caso, lo que interesa a efectos del presente juicio es reseñar que la figura del consorcio foral va vinculada al trabajo conjunto de sus miembros, a la explotación en común del patrimonio familiar heredado, y, en consecuencia, si los hermanos que heredan pro indiviso se hallan desprovistos de la posesión material y goce de los bienes, ostentando tan solo la nuda propiedad, no habrá disfrute y explotación en común, faltando el presupuesto necesario para que surja el consorcio.

En la fase de nuda propiedad en virtud del usufructo viudal (supuesto de autos) los descendientes están sujetos a las reglas de la comunidad hereditaria sin especialidad alguna y el consorcio foral no nace hasta que los hermanos no tengan la facultad de goce en común sobre los bienes, o sea en tanto no se extinga el usufructo viudal.

En suma, si el cónyuge sobreviviente es quien tiene el disfrute de los bienes falta el substrato necesario para que nazca el consorcio foral. Nada dice expresamente la norma al respecto, pero el silencio de la misma debe rellenarse acudiendo a una interpretación racional del precepto en relación con los precedentes históricos de la institución.

En línea con lo expuesto se expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1909, que dice así:

“... ninguno de los fueros relativos al consorcio foral tiene aplicación al caso del presente recurso por no ser extensivos a la madre en la relación de ésta con los hijos, y porque teniendo éstos únicamente la nuda propiedad de los bienes dejados por su padre, por gozar de usufructo la madre, hay notoria incompatibilidad entre este estado y el del supuesto consorcio...”

Más recientemente, sigue el mismo criterio la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de fecha 13 de mayo de 1996, en tanto que la sentencia de esta Sala de 5 de julio de 2005 sitúa el nacimiento del

consorcio en el momento del fallecimiento del causante y no en el de la extinción del usufructo, pero en ambos casos se trata de una afirmación que no es fundamento de la resolución a la que se llega, sino que se hace obiter dictum, por lo que no crean jurisprudencia.

A todo lo expresado hay que añadir una consideración práctica. El consorcio no nace, hasta la extinción del usufructo del cónyuge superviviente, y si se sostiene lo contrario se van a producir sorpresas y decepciones, pues es frecuente que un cónyuge sin hijos nombre heredero al otro cónyuge en los bienes de procedencia familiar de que es condueño con sus hermanos, y como ignora (con razón) la existencia del consorcio no hará uso de la facultad de separarse del mismo, encontrándose finalmente con un instituto que hace ineficaz la disposición efectuada.

Por último, es de señalar que si bien existe una fuerte discusión doctrinal en torno al consorcio, ello no es porque se haya restablecido (a lo que nadie se opone), sino porque se impone su nacimiento imperativamente por el legislador cuando los descendientes adquieren bienes inmuebles pro indiviso y a título gratuito de sus ascendientes. Se dirá que cabe la exclusión voluntaria, pero para ello es preciso se conozca la existencia del consorcio, y en todo caso supone gastos (escritura pública y comunicación fehaciente —art. 60 de la Ley 1/1999—) y en ocasiones la separación puede originar roces entre hermanos.

CUARTO.— Habida cuenta de las innegables dudas de derecho que presenta la cuestión de autos, 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.»

#### b.— Sucesión Testamentaria:

— Sentencia de la Sala de lo Civil del T.S.J.A. de 26 de febrero de 2009. Voluntad testamentaria. Interpretación del testamento:

«PRIMERO.— Antes de entrar en el examen de los concretos motivos de fondo en que se funda el presente recurso de casación es útil señalar, con carácter previo, los siguientes extremos que resultan de las actuaciones:

— D.<sup>ª</sup> Rosario., nacida el 30 de septiembre de 1.905, una vez viuda de D. Máximo y fallecida su única hija, vivió sola en esta ciudad, en el piso sito en Paseo, n.º 2, izquierda, donde era visitada con cierta frecuencia por personas pertenecientes a la A. d A. A. d S. C., a la que pertenecía D.<sup>ª</sup> Rosario, quien había cursado sus estudios en el Colegio de Zaragoza.

— El 28 de mayo de 2002 otorgó testamento ante el Notario de esta ciudad D. Jesús Martínez Cortés bajo el número 2255 de su protocolo, en el que se instituye herederos a sus sobrinos, hijos de sus tres fallecidos hermanos, D. Vicente, D.<sup>ª</sup> Nieves y D. Antonio, y lega la casa de su propiedad sita en la calle de esta Ciudad, n.º 24, a la A. d A. A. d S. C., para la obra benéfica de “”.

— La finca a que se refiere el legado establecido es la que figura inscrita en el Registro de la Propiedad número de Zaragoza, bajo el número de la Sección 3.<sup>ª</sup>,

obstante al Tomo 366, Libro 13, Folio 27, y cuya descripción es la siguiente:

“URBANA. Casa situada en...”

— La testadora dejó a sus sobrinos todos los bienes que provenían de su familia consanguínea, en tanto que la mentada casa sita en la calle, n.º 24, procedía de su marido, de quien la hereda la hija de ambos, y cuando ésta fallece se consolida en la Sra. el usufructo con la nuda propiedad.

— D.ª Rosario murió en Zaragoza el 25 de diciembre de 2003, y en fecha 25 de julio de 2005 sus herederos, D. Pedro, José, Vicente., D. Ángel, D. Gerardo, María., D. Jesús, Víctor, Eusebio, D. Francisco Javier y D.ª Enriqueta, formularon demanda de juicio declarativo ordinario, en la que pedían se declarase la nulidad del legado establecido en la cláusula segunda del testamento, y subsidiariamente su anulabilidad.

— A dicha pretensión se opuso la A. d A. A. d S. C., y tras la sustanciación del juicio se dictó en fecha 28 de noviembre de 2007 sentencia en primera instancia por la que se desestima la demanda, sin hacer especial pronunciamiento sobre costas, e interpuesto recurso de apelación por cuatro de los actores (D. Gerardo-María, D. Jesús, y D. Francisco Javier., y D.ª Enriqueta.) y por la A. d A. A. d S. C. (ésta pedía la imposición de costas a los actores), recayó el 26 de mayo de 2008 sentencia de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial, que fue complementada por auto de 3 de julio, por los que se confirma íntegramente la resolución de instancia.

— Contra dicha sentencia de la Sección Quinta se estableció por D.ª Enriqueta. recurso de casación, pidiendo se deje la misma sin efecto y se estime la demanda.

SEGUNDO.— La representación de D.ª Enriqueta. formula contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza once motivos de casación, pero dada la relación existente entre varios de ellos, en puridad se reducen a cuatro.

El debate en el presente recurso versa, en primer lugar, acerca de cual fue la voluntad de la testadora al establecer el legado en el punto relativo a la persona jurídica destinataria del mismo, sometiéndose a la decisión del Tribunal el determinar si D.ª Rosario quiso favorecer a la A. d A. A. d S. C. o, por el contrario, como sostiene la recurrente, a la obra benéfica de “”.

El legado cuyo sentido se discute se recoge en la cláusula segunda del testamento, que es del siguiente tenor literal:

“La testadora lega la casa de su propiedad, sita en esta Ciudad, calle, número 24, a la A. d A. A. d S. C., para la Obra Benéfica de “”, con domicilio de esta Ciudad Paseo de, número 7.”

Tanto el Juzgador de instancia como la Audiencia Provincial consideran que la voluntad de la causante es clara, habiéndose establecido el legado del inmueble a favor de la A. d A. A. d S. C. para que le diese una aplicación determinada (legado “sub modo”), la conocida como obra benéfica de Zaragoza.

A este respecto, la sentencia de primera instancia de fecha 28 de noviembre de 2007 expresa lo siguiente:

«El Juzgado considera que la disposición testamentaria es clara en su literalidad: Dña. Rosario instituyó el legado a favor de la Asociación hoy demandada y no a favor de la Obra Benéfica. La legataria es la Asocia-

ción y lo que ocurre es que la testadora, en el ejercicio de la libertad civil que al testador reconocen los arts. 3 y 90 de la Ley aragonesa 1/1999, concretó el destino que la Asociación debía dar al legado recibido configurándolo como un legado modal o “sub modo” (arts. 797 y 798 del Código Civil, de aplicación supletoria en Aragón). Dña. Rosario era antigua alumna del Colegio Sagrado Corazón y miembro de la Asociación demandada y como tal ha de presumirse que era concedora de las actividades de la asociación y de la labor que esta desarrollaba con “” y fue su voluntad beneficiar a la Asociación con el legado para que esta lo destinase a la labor social conocida como “”»

Por su parte, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial dice así:

«Resulta evidente...que la testadora quiso establecer el legado del inmueble que se señala a favor de la A. d A. A. d S. C., no presentándose duda alguna sobre la cuestión, pues constituye incuestionablemente expresión de la última voluntad de la testadora, expresada con palabras claras e indubitadas, que no admiten interpretación contraria.»

«... la concreta aplicación del inmueble legado a la ... debe entenderse como una institución modal, en su consecuencia, con la eficacia determinada en el artículo 797 del Código, al expresar que: “La expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderá como condición, a no parecer que ésta fuera su voluntad...”».

La recurrente en casación discrepa de la interpretación efectuada en la instancia acerca de cual fue la voluntad de la testadora al instituir el legado, pero debe recordarse a este respecto que según doctrina reiterada del Tribunal Supremo la “cognitio” en relación con la interpretación contractual o testamentaria no supone una revisión total de la labor hermenéutica realizada sino que se limita a controlar si la misma es ilógica, arbitraria o irrazonable, sin que quepa entrar a discutir acerca de cual es el mejor criterio o la solución más adecuada a las circunstancias, porque tal examen supondría exceder de la función encomendada a un recurso extraordinario e ingerirse en la función soberana del Juzgado y la Audiencia, convirtiendo a la casación en una tercera instancia (véanse las sentencias de 16 de julio de 2002, 11 de marzo y 23 de diciembre de 2003, 29 de enero, 20 de mayo, 25 de octubre y 12 de noviembre de 2004, 24 de enero y 5 de junio de 2006, 21 y 27 de septiembre de 2007, 12 de mayo de 2008, entre otras muchas).

Pues bien, la exégesis realizada no solo no es ilógica, arbitraria o absurda, sino que debe calificarse de correcta y acertada. En efecto, de la cláusula testamentaria que nos ocupa resulta evidente que D.ª Rosario «lega» la casa de su propiedad sita en la calle, n.º 24, «a la A. d A. A. d S. C.» (legataria), y como dicha Asociación realiza diversas actividades por todo el territorio nacional (“bolsa del sello”, “rastrillo”, “hospitalidad”, “intercambios”, etc.), la causante especifica la concreta aplicación que se debe dar al legado recibido: «para» la obra benéfica de “”, evitando así que el legado se destine a otras actividades de la Asociación, benéficas o no, y a de otras poblaciones.

Nos hallamos, pues ante un legado modal (“sub modo”), con la eficacia determinada en el artículo 797

del Código Civil. El legado, por lo tanto, es válido, sin perjuicio de los efectos propios del modo establecido, en cuyo examen no procede entrar aquí dado que se trata de una cuestión ajena al presente proceso, tal como se delimitó por las partes. En suma, este primer motivo de impugnación debe ser desestimado.

TERCERO.— En segundo lugar se aduce que nos encontramos ante una disposición testamentaria afectada por error en la persona, dado que D.<sup>ª</sup> Rosario estaba en la creencia de que la obra benéfica de Zaragoza era una persona jurídica, cuando no existe, ni ha existido nunca, tal persona, por lo que el legado dispuesto debe anularse, a tenor de lo prevenido en el artículo 109, apartado 2.<sup>º</sup>, de la Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero de Sucesiones por Causa de Muerte, precepto que dice así:

“Será anulada la disposición testamentaria que haya sido otorgada con error en la persona o en el objeto, con engaño, violencia o intimidación grave y en los casos en que resulte que se ha otorgado por error, de hecho o de derecho, en los motivos si del testamento resulta que el testador no la habría otorgado de haber conocido el error”.

En cuanto a este particular, la sentencia del Juzgado señala que «D.<sup>ª</sup> Rosario era antigua alumna del Colegio y miembro de la Asociación demandada y como tal ha de presumirse que era conocedora de las actividades de la asociación y de la labor que esta desarrollaba con “”», añadiendo que no existe prueba alguna de la existencia de error que vicie la voluntad de la testadora, y por su parte la Audiencia Provincial también considera que no se ha probado que concurra vicio de la voluntad en D.<sup>ª</sup> Rosario.

Sentado lo anterior, como la carga de la prueba del error en la persona alegado pesa sobre la recurrente, es llano que el presente motivo de casación debe decaer, pues si la Sra. no estaba de acuerdo con la valoración probatoria realizada, debió impugnarla a través del recurso extraordinario por infracción procesal.

Al no hacerlo así y acudir directamente al recurso de casación denunciando infracción de norma sustantiva incurre en el vicio de “petición de principio” o de hacer “supuesto de la cuestión”. Conviene recordar que el Tribunal Supremo, al precisar el ámbito de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, ha reiterado que una correcta técnica casacional implica plantear cuestiones jurídicas sin apartarse de los hechos, toda vez que el recurso de casación no constituye una tercer instancia, sino que es un recurso extraordinario que tiene una finalidad de control de la aplicación de la norma sustantiva y de creación de doctrina jurisprudencial, lo que impide invocar la infracción de normas sustantivas desde una contemplación de los hechos diferente de la constatada en la instancia, eludiendo así la valoración probatoria contenida en la sentencia impugnada, y al argumentar al margen de la base fáctica contenida en la misma se incurre en el defecto casacional de hacer “supuesto de la cuestión” (véanse las sentencias de 29 de diciembre de 1.998, 22 de febrero y 6 de abril de 2000, 31 de mayo de 2001, 22 de marzo y 12 de junio de 2002, 13 de febrero de 2003, 16 de marzo, 8 de abril y 12 de mayo de 2005, 8 de marzo, 19 de abril, 11 de junio y 20 de diciembre de 2007, 5, 13 y 26 de junio de 2008, entre otras muchas).

CUARTO.— Se alega también que la sentencia impugnada infringe, por inaplicación, el art. 3 de la Ley aragonesa de 1/1999, 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, según el cual “el causante goza de la mas amplia libertad para ordenar su sucesión por pacto, por testamento individual o mancomunado, o por medio de uno o mas fiduciarios, sin mas limites que el respeto a la legitima y los generales del principio standum est chartae”.

El transcrito artículo 3 recoge el principio de libertad de disposición en el campo sucesorio, que nada tiene que ver con el debate litigioso, y en puridad lo que la actora-recurrente denuncia es infracción del principio “standum est chartae”, al que atribuye una función interpretativa, según resulta del desarrollo que hace del motivo de impugnación que nos ocupa, en relación con lo razonado sobre esta materia en el recurso de apelación.

A este respecto conviene recordar lo expresado en las sentencias de esta Sala de fecha 28 de marzo de 2003 y 25 de junio de 2007, en las que se dijo lo siguiente:

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

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

No obstante, los fueristas (siglos XVI al XVIII) también atribuyeron al principio “standum est chartae” un valor interpretativo; fue corriente la creencia de que dicho apotegma vedaba la interpretación extensiva, prohibición que los autores trataban de salvar ampliando las posibilidades hermenéuticas del documento.

Con ocasión del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880, en el cuestionario enviado a los asis-

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

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

Pues bien, la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 8 de abril de 1967, siguiendo la pauta marcada por Joaquín Costa, recoge el apotegma "standum est chartae" en el sentido único de libertad de pacto o disposición, como expresión del principio de autonomía de la voluntad, estableciendo en su artículo 3:

"Conforme al principio standum est chartae se estará en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria al Derecho natural o a norma imperativa aplicable en Aragón."

En la Exposición de Motivos del texto que aprobaron las Cortes se expresa que el principio "standum est chartae" se configura «en acatamiento a la tradición jurídica del país sobre autonomía de la voluntad y libertad civil, concretada en la Observancia dieciséis "De fide instrumentorum"».

La reforma de 1985 ha suprimido en dicho artículo la mención al Derecho Natural y la Ley 1/1999, de 24 de febrero, ha incorporado la relativa a la Constitución, quedando redactado así:

"Conforme al principio standum est chartae, se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre

que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas del Derecho aragonés."

Por lo tanto, el principio que nos ocupa tiene actualmente un único sentido: es expresión de la libertad de pacto o disposición, careciendo de función interpretativa. Sentado esto, es claro que el presente motivo de impugnación también debe decaer, pues se sustenta en una función interpretativa que no desempeña el apotegma "standum est chartae", que sólo es expresión del principio de autonomía de la voluntad.

QUINTO.— Por último la Sra. d I F. C. alega que la sentencia de la Audiencia Provincial infringe, por inaplicación, el artículo 1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, precepto que establece el sistema de fuentes:

"1. Las fuentes del Derecho civil de Aragón son la ley, la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamientos jurídico.

2. El Derecho civil general del Estado se aplicará como supletorio solo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan".

Aduce al respecto que invocó en su demanda la sujeción de la controversia al Derecho civil aragonés, en particular a la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, en tanto que la Audiencia Provincial, en la fundamentación jurídica de su sentencia, prescindió de dicho Derecho, citando preceptos del Código Civil, que en el caso de autos tienen carácter supletorio, habiendo declarado la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia que, cuando existe derecho propio aragonés regulador de la materia, no procede la aplicación de los preceptos del Código Civil.

En el supuesto que nos ocupa hay aspectos que están regulados por norma aragonesa, pero otros no, procediendo en cuanto a éstos la aplicación del Código Civil como derecho supletorio, a tenor de lo previsto en el transcrito párrafo segundo del artículo 1 de la Compilación. Así vemos que la propia actora-recurrente expresa en su demanda que «la cuestión fundamental que constituye el principal "thema decidendi" es decidir acerca de si estamos ante un legado "sub modo", al que se refieren los artículos 797 y 798 del Código Civil, o, por el contrario, no hallamos ante un legado "sub causa", que conforme a la teoría general de la nulidad (ex artículos 1261 y 1300 y siguientes del Código Civil, y artículo 755 y concordantes del C. C.), se trata de un legado nulo» (folio 7 vuelto). Por otro lado, basta examinar la demanda para darse cuenta que en ella se mencionan numerosas normas del Derecho civil general del Estado.

La Ley 1/1999, de 24 de febrero, sólo regula determinadas cuestiones en materia de legados, siendo aplicable en lo demás el Código Civil como Derecho supletorio. Consecuentemente nada cabe objetar a la mención que la sentencia de apelación hace del artículo 797 del Código Civil, toda vez que el Derecho aragonés no regula el legado "sub modo"; en cambio, por ejemplo, al tratar de la interpretación del legado la Audiencia se debió referir al artículo 101.1 de la Ley 1/1999, y no al artículo 675, párrafo primero, del Código Civil, por cuanto es improcedente aplicar el Derecho civil general del Estado cuando existe norma aragonesa reguladora de la materia, pues aquél sólo

es Derecho supletorio, tal como establece el transcrito artículo 1.2 de la Compilación del Derecho civil de Aragón.

Por lo tanto, no procede aplicar normas del Código Civil cuando existe derecho propio aragonés regulador de la materia. Ahora bien, ello es irrelevante a los efectos del presente recurso, ya que el resultado sería el mismo habida cuenta de la coincidencia entre uno y otro ordenamiento en lo que afecta a la cuestión de autos, aludiendo la propia parte actora a unos y otros preceptos; así, el artículo 101.1 de la Ley 1/1999 y el 675, párrafo primero, del Código Civil son literalmente coincidentes, sin mas diferencia que la de aludir el primero de ellos también a los testadores, al admitir el Derecho aragonés el testamento mancomunado.

A este respecto es de recordar la reiterada y uniforme doctrina del Tribunal Supremo, denominada de la "equivalencia de resultados", que impide acoger el motivo correspondiente cuando haya de mantenerse el fallo de la sentencia, aunque sea por fundamentos jurídicos distintos de los que la resolución combatida tuvo en cuenta (véanse las sentencias de 24 de noviembre de 2000, 19 de julio y 21 de noviembre de 2001, 14 de febrero y 27 de septiembre de 2002, 26 de junio y 19 de diciembre de 2003, 29 de noviembre de 2007, entre otras muchas).»

— Sentencia de la Sala de lo Civil del T.S.J.A. de 5 de octubre de 2009. Validez del testamento. Testigos en testamento notarial:

«PRIMERO.— Por demanda presentada el día 20 de febrero de 2008, D. Fernando José impugnó la validez del testamento otorgado por su padre D. Fernando A A el día 6 de enero de 2005 ante el Notario D. Fernando Usón Valero por un doble motivo. En primer lugar, por considerar que debía declararse la nulidad del testamento por haberse infringido en su otorgamiento las normas previstas al efecto tanto en el Código Civil como en la legislación civil propia de Aragón, especialmente los artículos 667, 670, 687 y 695 del Código y el artículo 98 de la Ley de Aragón 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte (LS en adelante), ya que, en consideración primera y principal del demandante, el testamento era nulo porque en su otorgamiento firmaron testigos por el testador, cuando él mismo podía hacerlo y, además, porque no se recogió en el testamento la manifestación del otorgante de no poder firmar por sí.

Y, en segundo lugar, de modo subsidiario a la anterior causa, por entender el demandante que debía procederse a la anulación del testamento, porque el estado de salud del otorgante determinaba su falta de capacidad natural para otorgar el testamento.

Desestimadas íntegramente las pretensiones del demandante en sentencia de 24 de junio de 2008 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 17 de Zaragoza, fue interpuesto contra esta resolución recurso de apelación, en el que se mantuvieron las mismas peticiones de declaración de nulidad del testamento por inobservancia de requisitos esenciales de forma en su otorgamiento y, subsidiariamente, que fuera decretada la anulación del testamento por falta de capacidad del testador. Además, el recurso de apelación se sustentó en dos cuestiones introducidas ex novo, que en la demanda no habían sido citadas: la

infracción de la unidad de acto en el otorgamiento del testamento ordenada por el artículo 699 del Código Civil, y el hecho de que la petición a los testigos para que intervinieran en el otorgamiento del testamento no la había hecho el propio testador, sino terceras personas, con contravención así de lo dispuesto en los artículos 695 y 697 del Código Civil.

En sentencia dictada el día 4 de marzo de 2009 por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, fue íntegramente desestimado el recurso de apelación, rechazando el Tribunal la posibilidad de entrar a conocer de las cuestiones suscitadas como nuevas en la segunda instancia, y confirmando lo resuelto respecto del fondo en la sentencia de primera instancia, manteniendo así la validez del testamento frente a la pretendida nulidad invocada por el demandante por razones de forma en el otorgamiento de las disposiciones mortis causa y por la incapacidad para testar que se predicaba del testador.

SEGUNDO.— Presentado contra la citada sentencia dictada por la Audiencia Provincial el recurso de casación que ahora se resuelve, se observa que en el escrito de interposición se plantean, bajo apariencia formal de un solo motivo de impugnación, diversas razones de distinta naturaleza en contra de lo resuelto por la sentencia recurrida. Incorrecta formulación del recurso de casación que, sin embargo, no se consideró al tiempo de la admisión del recurso ni se considera ahora de tanta relevancia como la que indica la parte recurrida de inadmitirlo, ya que la subdivisión del único motivo en un total de cinco apartados permite a la Sala conocer con la suficiente concreción las razones de impugnación, sin que se observe que el defecto citado haya podido producir en este caso especial perjuicio procesal, causante de indefensión, a la parte contraria.

En consecuencia, procede desestimar la petición efectuada por la parte demandada y recurrida de inadmisión del recurso de casación, y entrar a conocer de él, si bien para el mejor estudio de las diversas cuestiones planteadas se considera más oportuno resolverlas por orden distinto del seguido por el recurrente. En primer lugar se tratará la impugnación contra el rechazo de entrar a decidir cuestiones nuevas que hizo la Sala de instancia, para luego ver, por este orden, lo relativo a la discutida capacidad del testador para otorgar testamento, a si el testador podía o no firmar por sí, y si fue correctamente expuesta en el testamento la intervención de los testigos instrumentales. Para, finalmente, tratar la impugnación de la imposición de costas en la instancia hecha por el recurrente.

TERCERO.— En primer lugar, por tanto (apartado IV del único motivo de casación formulado) procede resolver la pretensión del recurrente de que el Tribunal se pronuncie sobre los dos motivos de nulidad del testamento que fueron planteados como cuestiones nuevas en el recurso de apelación, esto es, la inobservancia de la falta de unidad de acto en su otorgamiento, y el hecho de no haber sido llamados por el testador, sino por tercera persona, los testigos intervinientes en el testamento.

Tales cuestiones fueron rechazadas por el Tribunal de instancia por motivos estrictamente procesales. En concreto, por aplicación de lo ordenado en los artículos 399, 400 y 412 en relación con el artículo 456 de

la Ley de Enjuiciamiento Civil. Dado que el fundamento del apartado IV del motivo único de casación es exclusivamente la posible infracción de tales normas procedimentales, su formulación, por aplicación de lo preceptuado en el artículo 469 de la misma norma procesal citada, debió hacerse por la vía legalmente prevista del recurso por infracción procesal, y no por el mecanismo empleado del recurso de casación. Por tanto, tal y como en este extremo señala la parte recurrida, procede declarar inadmisibles en sede de recurso de casación la pretensión indicada y, en consecuencia, al existir motivo de inadmisión del recurso de casación, corresponde en el momento de dictar sentencia, la desestimación de estas pretensiones.

CUARTO.— Aunque en el apartado V del motivo único de casación manifiesta el recurrente que no se fundamenta el recurso en relación con la desestimación de la acción que ejercitó fundada en la falta de capacidad del padre del actor para testar, sin embargo, en igual apartado se interesa que esta Sala integre el *factum* con base en una serie de consideraciones sobre la posible incapacidad de D. Fernando para otorgar su testamento. Lo que obliga a tratar, como previo necesariamente a las demás cuestiones relativas al fondo de la cuestión objeto del recurso, si realmente cabía dudar de la capacidad del Sr. A A cuando otorgó el testamento.

Al respecto, la sentencia recurrida, en su Fundamento de Derecho cuarto expone de modo extenso y completo los diversos medios probatorios analizados, que incluyen tanto las declaraciones de los facultativos que habían atendido al Sr. A, como las valoraciones judicial y médica hechas en el proceso de incapacitación seguido al testador, puesto todo ello en relación con los actos desarrollados por el mismo testador en otros instrumentos públicos cercanos a la fecha en que otorgó el testamento, y con la propia actuación acreditada desarrollada por el Notario autorizante del testamento debatido. Efectuado el análisis de tales datos, se concluye en la sentencia impugnada que, tal y como resolvió el Juzgado de Primera Instancia, el testador no carecía de capacidad para testar.

Ante esta pormenorizada explicación contenida en la sentencia recurrida sobre los distintos elementos de prueba, valorados en exhaustivo y detenido estudio de todos ellos, como lógico fundamento de la deducción obtenida de no existir motivo para estimar que faltara capacidad en el testador para otorgar su testamento, se concluye que lo que la parte recurrente interesa en esta causa de impugnación no es, realmente, lo que presenta como una solicitud de integración o complemento de los elementos fácticos de la sentencia de instancia, sino que pretende una nueva apreciación sobre los distintos extremos referidos a declarar acreditada o no la capacidad del testador. Motivo de impugnación que, por estar fundado en cuestión relativa a valoración de prueba, como ha señalado el Tribunal Supremo en reiteradas resoluciones (así, autos de 15 de julio o de 10 de junio de 2008, y sentencias de 11 de noviembre de 2008 y 26 de marzo de 2009), y esta misma Sala (así, autos de 27 de marzo o 24 de octubre de 2007, y sentencia de 20 de octubre de 2006), queda excluido de la posibilidad de ser tratado en el recurso de casación, limitado por la relación de los artículos 477.1 y 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

tan solo a la posible existencia de infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, esto es, de las normas de naturaleza sustantiva reguladoras de la cuestión material o de fondo planteada.

En consecuencia, este motivo de recurso incurre en la causa de inadmisión prevista en el artículo 483.2.º en relación con el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que conlleva, al tiempo de resolver por sentencia, su desestimación.

QUINTO.— En el apartado III del motivo de casación, tras la exposición de los razonamientos que estima el recurrente oportunos, concluye, en sustento de su tesis de invalidez del testamento impugnado que “con arreglo a los dictados de la lógica, ...el Sr. A podía firmar y que no lo hizo, lo que determina la nulidad del testamento”.

Al respecto, sin embargo, expone claramente la sentencia recurrida que del conjunto de prueba estudiado se concluye que la intervención de los testigos responde a la realidad de imposibilidad de poder firmar el testador. Así lo deduce tanto de los elementos de prueba relativos a actos ajenos al otorgamiento del testamento como de la propia redacción final de éste, en el que consta, de modo expreso, que el testador aprobó el testamento teniendo conocimiento tanto de la intervención de los testigos como de la manifestación de que él no podía firmar, de modo que, como conclusión de la deducción derivada de la prueba practicada, termina el Fundamento de Derecho tercero: “en definitiva, al consentir el testador el otorgamiento en los términos mencionados, hacía suya la afirmación de no poder firmar, por lo que rogaba que los testigos firmaran por él.”

Igual que sucedía en el extremo tratado en el anterior Fundamento de Derecho, se pretende de nuevo que en vía casacional se resuelva una posible equivocación en la valoración que hace la sentencia recurrida de la prueba practicada. Pretensión que, por iguales razones jurídicas que las ya expuestas en el mismo Fundamento, debe ser desestimada, por exceder del ámbito de este recurso extraordinario de casación la resolución de las cuestiones referidas a valoración o carga de la prueba.

SEXTO.— El recurso se fundamenta en sus apartados I y II en la consideración del recurrente de que la falta en el testamento de mención específica de la expresa manifestación del testador de no poder firmar determina su invalidez, por infringir lo ordenado en el artículo 98.1 de la LS y los artículos 695 y 699 del código civil, así como la Jurisprudencia sentada en interpretación del Código (especialmente cita la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1968)

Como señala la parte recurrente en defensa de este motivo de impugnación y del llamamiento a la Jurisprudencia que hace, el Código Civil es supletorio de la legislación sucesoria aragonesa. Así de modo expreso lo recoge el propio preámbulo de la LS en su apartado V y resulta de la genérica remisión del artículo 1.2 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón.

Pero tal supletoriedad, como se deduce del mismo preámbulo de la normativa de la misma LS, no puede predicarse, con la misma intensidad, respecto de todas las cuestiones contenidas en la Ley aragonesa, sino que queda matizado especialmente cuando son regu-

ladas instituciones propias del derecho sucesorio aragonés o, como sucede en este caso, cuando la ley aragonesa trata determinadas materias de modo más específico que el Código Civil.

En concreto, en lo que ahora más interesa, la norma aragonesa ha renunciado a regular algunas cuestiones relativas a los requisitos y formalidades extrínsecas que deben respetar los instrumentos notariales que contengan testamentos abiertos, lo que obligará a acudir, como señala el recurrente, a las normas propias del Código Civil para concretar los requisitos y forma de los testamentos.

Pero, en cambio, la normativa contenida en el artículo 108 de la LS en relación con las consecuencias que puedan tener los defectos de forma de los testamentos otorgados, presenta una mayor especificidad y matización que la recogida en el artículo 687 del Código Civil. A diferencia del terminante efecto de nulidad que recoge este último precepto cuando se infringe alguna de las formalidades previstas para el otorgamiento de los testamentos, la norma aragonesa no ordena la nulidad en todo caso por haberse incumplido algún requisito, sino que establece distinciones según la clase de requisito o formalidad no respetada. Primero, y con carácter general, al modo en que lo hace el Código Civil, se establece que la inobservancia en el otorgamiento de los testamentos de los requisitos y formalidades requeridos por la ley conlleva la nulidad del testamento. Pero luego, y a diferencia en este caso de la previsión del Código Civil, establece dos excepciones: no acarreará nulidad la falta de expresión de la hora en el testamento cuando el testador no hubiera otorgado otro en la misma fecha, ni tampoco lo anulará "la falta de indicación en el testamento de que se ha cumplido alguno de sus requisitos y formalidades cuando pueda demostrarse que efectivamente fue cumplido".

Así, la norma aragonesa, como se indica en su Preámbulo (apartado V), atendiendo primordialmente a los intereses en juego y a la seguridad jurídica, al tratar las consecuencias de la inobservancia de las formalidades y requisitos de los testamentos, se aleja del mayor rigor contenido en la normativa del Código Civil y, consecuentemente, de su aplicación por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que expone el recurrente en la que, bajo vigencia de la redacción del artículo 695 del Código Civil, anterior a la introducida por la Ley 30/1991, se declaró la nulidad del testamento por falta de la mención de la declaración del testador de no poder firmar. En su lugar, en una línea menos formalista, seguida también por el Tribunal Supremo en sentencias más recientes que la antes indicada (así, por ejemplo, de 29 de abril de 1999 o 21 de marzo de 2006), la regulación de Aragón se presenta como más favorecedora de la posibilidad de conservar el testamento aun cuando presente alguna incorrección de redacción, siempre que ésta no tenga un reflejo esencial en el acto del otorgamiento en sí mismo considerado.

Para aplicación de lo expuesto al caso presente debe partirse de que, como quedó acreditado, el testador no podía firmar y aprobó que los testigos lo hicieran con él. Consta así la realidad de no poder firmar y, además y especialmente, que el otorgante aceptaba tal realidad y su consecuencia de que firmaran testigos

por él. Por tanto, se cumplió el requisito de existencia de expresión de voluntad y conocimiento del testador de no querer firmar por no poder hacerlo y en consecuencia, conforme al repetido artículo 108.1.b) LS, a la mera omisión en la Escritura que contiene el testamento de su manifestación expresa y terminante respecto de no poder firmar, no cabe reconocerle el efecto de nulidad de lo otorgado, porque, cumplido el requisito, la mera falta de indicación en el testamento no implica su anulación.

SÉPTIMO.— Por último, mantiene la parte recurrente, dentro del apartado V, epígrafe B) del motivo de casación formulado que la sentencia recurrida infringió las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la imposición de costas causadas en la instancia. Pretensión respecto de la cual debe reiterarse, como ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala (v.g. sentencia de 8 de noviembre de 2006) al igual que el Tribunal Supremo (v.g. auto de 10 de junio de 2008), que la regulación de la imposición de costas es de naturaleza estrictamente procesal y, consecuentemente, no es susceptible de ser resuelta en el ámbito del recurso de casación, limitado a la decisión de cuestiones atinentes a la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, tal y como resulta de lo ordenado en el artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por ello, la pretensión del recurrente en materia de costas, verificada al amparo de las previsiones del recurso de casación incurrió en el motivo de inadmisión previsto en el artículo 483.2.1º de igual norma, lo que comporta, en el momento de dictar sentencia, su desestimación.»

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Zaragoza de 20 de octubre de 2009. Ejercicio de la acción de nulidad testamentaria por supuesta falta de capacidad del testador:

«PRIMERO.— Con carácter inicial respecto del ejercicio de la acción de nulidad testamentaria por falta de capacidad del testador al tiempo de verificarse el acto de disposición mortis causa, viene a oponer la parte demandada falta de legitimación activa, por cuanto la parte demandante, como hermana del fallecido ningún derecho hereditario ostenta con carácter preferente sobre los bienes integrantes de la herencia, respecto de la designada y favorecida en aquel, a la sazón esposa del fallecido.

La excepción debe estimarse.

Como recuerda la sentencia del TSupremo de 21 de Noviembre de 2007 "La jurisprudencia de esta Sala es la de que la acción para impugnar la validez y eficacia de un testamento corresponde a los que ostentarían por llamamiento de la ley el carácter de tales, sin que en ningún caso pueda exigírseles haber solicitado previamente la declaración de herederos, pues en otro caso el ejercicio de la acción de nulidad sería imposible por existir disposición testamentaria (sentencias de 7 de diciembre de 1.970 y 13 de julio de 1.989 y las que en ellas se citan). Por Ultimo, ha de recordarse la constante doctrina de esta Sala que legitima a un comunero para el ejercicio de acciones que correspondan a la comunidad, sin que la sentencia perjudique a los 'otros comuneros, que solo se benefician por los pronunciamientos favorables (sentencias de 3 de julio de 1.981 y 14 de marzo de 1.994 y las que en ellas se citan"

Por consiguiente es requisito previo para que doña ejerciera la acción impugnatoria del testamento efectuado por su hermano, que tuviera la condición de heredera ab intestato del mismo, aunque fuera compartida con otras personas, toda vez que se reconoce que no existían testamentos anteriores al impugnado, y la indicada no tiene la condición de legitimaria.

Conforme a la Ley de Sucesiones de Aragón 1/99, en defecto total o parcial de sucesión ordenada de modo válido y eficaz en pacto o testamento se abre la sucesión legal. (art. 200 LS) Caso, como en el presente de ausencia de descendientes, la sucesión se defiere respecto de los bienes que integran en el caudal hereditario dependiendo de si estos tienen carácter recobrabable o troncal.

Respecto de los bienes recobrabables, la delación tiene lugar entre las personas con derecho a recobro. Respecto de los troncales a los parientes troncales. Respecto al resto, en defecto de ascendientes, como es el caso, hereda el cónyuge, en este caso la demandada, heredera testamentaria.

Por consiguiente la demandante carece de derecho hereditario respecto de los bienes que se integren en este apartado.

Pero nada obsta a que tenga derecho hereditario por existir bienes troncales o recobrabables.

Por los primeros se entienden conforme al art. 213 LS los que el causante hubiera recibido a título gratuito de ascendientes o colaterales hasta el sexto grado.

Dada la definición de referencia el único bien que se expresa como integrante de la herencia, casa sita en, según ambas partes refieren, no tiene este carácter por haber sido adquirido a título oneroso por el causante en el año 1969.

Por bien recobrabable se entiende conforme al art. 209 LS, aquellos, subsistentes al tiempo del fallecimiento del causante que hubieran sido donados a éste por ascendientes o hermanos, sin perjuicio del derecho de viudedad que sobre los mismos ostente el cónyuge.

Conforme a ello, la legitimación de la demandante exigiría haber acreditado que en el caudal hereditario existiera algún bien que hubiere sido donado al causante por ella, prueba que le correspondía como base del ejercicio de la acción a la Sra. (art. 217 LEC). Como quiera que ello no se acredita, hay que concluir que la demandante carece de derecho hereditario alguno frente a la demandada por razón del fallecimiento de su hermano, cónyuge de ésta última, aunque el testamento se declarase nulo.

SEGUNDO.— A mayor abundamiento, presumiéndose la capacidad de todas aquellas personas que no se encontraran incapacitadas judicialmente, corresponde la prueba concluyente de que en el momento del otorgamiento del testamento de 9 de Diciembre de 2004, el Sr. se encontraba privado de voluntad. Así se deduce de la redacción del Art. 31 de la Ley de derecho de la Persona. (La capacidad de la persona que ha cumplido los catorce años y no ha sido incapacitada se presume siempre. Se presume también su aptitud de entender y querer para un acto concreto mientras no se demuestre lo contrario.) Nada se ha acreditado al respecto por la demandante que es quien tiene la carga probatoria conforme al Art. 217 LEC, lo que también conduce a la desestimación de la demanda.»

### c.— Sucesión Paccionada:

— Sentencia de la A.P. de Zaragoza, Sección Quinta, de 22 de enero de 2009. El objeto del litigio es la consideración, o no, como pacto sucesorio, de un documento privado firmado por los litigantes:

«PRIMERO.— En el presente procedimiento litigan tres hermanos entre sí. El demandante, , ejercita la acción de división de cosa común frente a los demandados, y M.ª, respecto a un inmueble (casa en c/ de , actualmente n.º 3-5), considerando que sobre el mismo hay un condominio por título hereditario, al fallecer la madre común que ostentaba el usufructo viudal.

Se oponen a ello los demandados, puesto que, según ellos, el actor principal no ostenta título jurídico alguno sobre la citada finca y, menos aún, dominical. Y ello porque en documento privado de 17 de septiembre de 1994, se repartieron la herencia de ambos progenitores y la de su tío. Y en dicho documento la casa quedaba para y. Prueba de lo cual es el uso de la finca agrícola que en exclusiva ha realizado y el pago de los gastos y uso de la casa que han hecho y.

Por ello, reconvienen estos, solicitando la plena eficacia del contrato privado de 17 de septiembre de 1994, declarando que la propiedad de la casa que quiere partir es de los otros dos hermanos, condenando a aquél a elevar a escritura pública el citado documento.

SEGUNDO.— La sentencia apelada estima la demanda principal y desestima la reconvenzional, acordando la división de dicha casa, como cosa común.

Recurren ambos demandados. Consideran plenamente válido el acuerdo de distribución de la herencia futura, como pacto condicionado a un hecho futuro —el fallecimiento de la madre—, lo que constituiría una condición perfectamente lícita, a tenor de los artículos 1051, 1074, 1125 y 1113 del Código Civil.

TERCERO.— Como hace la sentencia de primera instancia, en primer lugar habrá que averiguar si el documento de 17 de septiembre de 1994 constituye un pacto sucesorio y, en tal caso, si la distribución de la herencia en él contenida vincula al demandante .

Es reiterada en nuestra jurisprudencia y doctrina el rechazo a la institución de la sucesión paccionada. Ya desde el Derecho Romano se observa con reticencias el pacto sucesorio "dado que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte" y, por lo tanto, los pactos sucesorios son contrarios a la libertad de testar. Buena prueba de ello es el Artículo 1271 del Código Civil (S.A.P. Pontevedra, Sección 1ª, de 27 de septiembre de 2007).

Sin embargo, la legislación aragonesa ha recogido esta figura. Concretamente en los artículos 99 y siguientes de la Compilación de Derecho Civil de Aragón de 1967. En ella se regula un modo de exponer la última voluntad mediante la que la voluntad del ordenante queda vinculada a la voluntad de terceros, partícipes del pacto sucesorio. Pero —por tanto— para que haya pacto sucesorio se precisa la anuencia al mismo del instituyente. Generalmente a través de su firma en el documento que recoge ese contrato sucesorio (salvo supuestos de prueba contundente de la aceptación del mismo aún sin dicha firma física del documento).

En el caso que nos ocupa ni hay firma de la madre de los litigantes ni existe prueba alguna que permita deducir que aceptó clara e indubitadamente el pacto

de 17 de septiembre de 1994. Por lo tanto, hay que concluir que el mismo no reúne la condición de "pacto sucesorio".

CUARTO.— Otra cosa es que el citado documento, firmado por los tres herederos de D.<sup>a</sup> (madre común de todos ellos) contuviera una partición de herencia futura que sí vinculara a los suscribientes. Es decir, a los hermanos que hoy litigan.

Como es bien sabido, la partición de la herencia puede realizarse por el propio testador, por contador-partidor, por los propios coherederos y por árbitro (arts. 1056 a 1059 del Código Civil). ¿Estaríamos ante una partición anticipada hecha por los tres coherederos en vida de la causante?

El profesor Lacruz Berdejo califica este comportamiento como de negocio "inter vivos", no mortis causa, denominándolo con propiedad como un "pactum de hereditate tertii" y que adjetiva como inmoral, según el sentir de todas las legislaciones, que lo consideran nulo. Es el denominado "pactum corvinum", celebrado por varios sucesores sin intervención del causante, para repartirse la herencia de éste mientras todavía vive.

Y así lo recoge nuestro Código Civil, aplicable al pacto de 1994, según la redacción entonces vigente de la Compilación de Derecho Civil de Aragón (art. 1-2: Código Civil como norma supletoria). En efecto, el artículo 1271-2 del Código Civil no permite pacto alguno sobre la "herencia futura" salvo los contratos cuyo objeto sea practicar la división de un caudal conforme al artículo 1056 del Código Civil. Es decir, con la concurrencia del testador.

Pero, para no confundir la partición de "herencia futura" con un "pacto sucesorio" basta con tener en cuenta que éste sustituye al testamento y aquella precisa de su existencia. Pues, el art. 1056 del Código Civil —al que se remite el 1271— habla de "testador", no de "causante". (S.A.P. Córdoba, Sección 2.<sup>a</sup>, de 15 de junio de 2005, S.A.P. Cuenca, Sección 1.<sup>a</sup>, de 7 de septiembre de 2005, S.A.P. Pontevedra, Sección 1.<sup>a</sup>, de 22 de septiembre de 2007, La Coruña, Sección Quinta, de 7 de Abril de 2008).

En nuestro caso hay testamento mancomunado de la madre y el padre de los litigantes, del que se infiere el reparto igualitario del caudal relicto, Por lo tanto, para modificar esa última voluntad de la madre, no cabe duda de que debió de participar en la partición de "herencia futura" que modificara la testamentaria. No habiendo sido así, tampoco puede atribuirse al documento litigioso los efectos del artículo 1058 del Código Civil (partición por los coherederos).

En todo caso —y como resulta la sentencia de primera instancia— para que la partición hecha de común acuerdo por los herederos surta efecto, se requiere ineludiblemente un presupuesto que dimana, como esencial, del Art. 1058 del Código Civil, cual es la muerte del testador. En este sentido y en asunto similar, la S.A.P. La Coruña, Sección 5.<sup>a</sup>, de 7 de abril de 2008.

De lo contrario, se incurre en la nulidad ya explicada de la partición de la herencia entre los coherederos, en vida del causante o testador, en su caso.

QUINTO.— Es bien cierto que la partición por los coherederos (art. 1058 del Código Civil) sí que podía haberse efectuado respecto a la herencia del padre fallecido y había —además— testamento. Sin embar-

go, el 9 de octubre de 1978 tuvo lugar ante notario la partición y adjudicación de herencia del padre común, adjudicándose la finca litigiosa (casa en C/) por iguales y terceras partes indivisas (en cuanto a la nuda propiedad). Por lo tanto, a tenor del Art. 1068 del Código Civil desde ese momento los tres hermanos eran copropietarios de dicho bien.

Al ser copropietarios podían decidir sobre él (con respeto al usufructo vital de la madre), pero con la configuración de un puro acto dominical inter vivos. Sin embargo, el enfoque jurídico que hacen los demandados reconvinientes es el relativo a una distribución (nueva distribución) de la herencia paterna, lo que no es jurídicamente correcto.

Pero, además, y fundamentalmente, porque la distribución acordada tiene en cuenta los bienes de la madre que —a falta de su firma y estando aún viva— deviene en nula. Lo que arrastra al resto de elementos que tratan de compensarse en esa redistribución de bienes. Además de que se reparten bienes que aún no consta que hubieran entrado e el patrimonio de la madre (que es declarada heredera de su hermano el 27 de marzo de 2007).

SEXTO.— Y, por fin, el último inciso del pacto de 17 de septiembre de 1994, que parece querer, como requisito sine qua non la aceptación de la madre al conjunto de todo lo acordado entre los hermanos (art. 1285 del Código Civil).

La desestimación del recurso llevará consigo la condena en costas de la parte apelante, ex art. 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

— Sentencia de la A.P. de Zaragoza, Sección Segunda, de 1 de diciembre de 2009. Nulidad de la revocación del pacto sucesorio:

«PRIMERO.— La Sentencia recaída en la 1.<sup>a</sup> Instancia estimatoria de la demanda sobre nulidad de la revocación del pacto sucesorio contenida en la escritura de 30-11-2007, en relación al nombramiento paccionado de heredero contenido en la escritura de 19-02-1982, es objeto de recurso por la representación de la demandada, Sra., que en su escrito de interposición considera que está acreditado que el actor, instituido heredero con reserva del usufructo del y de la admisión de los bienes, quedó obligado a continuar en el domicilio familiar, que la necesidad de convivencia está insita en él, así lo entiende la mejor doctrina y viene exigida por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 09-11-1991.

SEGUNDO.— La institución a favor del actor ya que fue revocada por la recurrente en escritura de 08-03-2006 que derivó en el litigio anterior entre las partes, dando lugar a la declaración de nulidad de la revocación del pacto sucesorio por Sentencia del Juzgado de 17-01-2007, confirmada por esta Sala en Sentencia de 04-10-2007. En el presente litigio la nueva revocación del pacto sucesorio a favor del actor se ciñe por haber incumplido el instituido la carga de convivencia insita se alega en el que los instituyentes se reservaron.

El pacto sucesorio establecía: "Primero: Don y Doña nombran e instituyen heredero universal del lote NUMERO OCHENTA Y CINCO del poblado de, integrado por las cuatro fincas descritas en el apartado PRIMERO de la parte positiva de esta escritura, a su

hijo DON, si bien sujetándole a las siguientes limitaciones y condiciones: A). Los instituyentes se reservan el usufructo simultáneo y sucesivo, señorío mayor y administración, de los bienes que comprende la institución. B). Manifiestan los instituyentes tener otros cinco hijos llamados Doña, Doña, Doña, Doña y Don, a cada uno de los cuales el heredero DON deberá entregarles, si los instituyentes no lo hicieran durante su vida, la suma de CINCUENTA MIL PESETAS, en pago de sus derechos legitimarios paternos y maternos; y además los instituyentes ruegan al heredero y le imponen la obligación, respecto de su hermano Don de sufragarle los gastos necesarios para en el tiempo y la forma usuales realice los estudios que le den un medio de vida para el futuro, hasta su terminación, en el plazo que normalmente se precise para ellos. SEGUNDO: Don acepta la institución deferida a su favor en la cláusula anterior y promete cumplir fielmente las condiciones y obligaciones impuestas por su padres. "

TERCERO.— La cuestión pues discutible es si el pacto anteriormente mencionado lleva "in situ" la obligación de convivencia del instituido con los instituyentes.

En la escritura de 19-02-1982 no se recoge expresamente dicha obligación y en la compilación aplicable al momento del pacto en su Art.º 102.1 no se hace referencia al deber de convivencia sino a las obligaciones y cargas impuestas a favor de la casa, tampoco el Art.º 73 de la Ley de Sucesiones de Aragón impone dicha obligación. La Sentencia del T.S.J.A. de 09-11-1991 analiza a la postre un caso en que no existía un pacto expreso de convivencia considerando ésta "in situ" al mismo, pero el supuesto fáctico en cuanto a los pactos alcanzados era muy diferente, de ahí que compartamos la tesis de la Sentencia recurrida en su muy fundamentada y extensa argumentación en cuanto a que el supuesto incumplimiento no puede constituir la causa de revocación unilateral del pacto sucesorio, dado que en el supuesto de autos únicamente se establecían unas cargas económicas cuyo incumplimiento no ha sido denunciado, por lo que la exclusiva mención al Señorío Mayor no parece determinante de la obligación de convivencia denunciada por la instituyente en su recurso.

CUARTO.— Otra cuestión también, a tener en cuenta es que habiendo cesado la convivencia hace más de veinte años según se declara probado por la Sentencia recurrida y admiten las partes, habrá de atenderse al plazo para ejercitar la revocación unilateral del pacto en virtud de la causa denunciada y al comienzo del dies a quo para su cómputo. Cualquiera que se considere la legislación aplicable al supuesto, la doctrina no es unánime en cuanto al plazo del ejercicio si el de 15 años (Art.º 1.966 del C.C.), el de 4 años (aplicación analógica de lo dispuesto en el Art.º 1.999 del C.C.) o el de 1 año (donación por ingratitud del Art.º 652 del C.C.), tesis ésta la mayoritaria.

Y en cuanto al día en que se inicia para su cómputo éste ha de ser conforme señala el Art.º 652 del C.C. y la STSJA de 19-11-1991 desde que el instituyente tuvo conocimiento del hecho y la posibilidad de ejercitar la acción, siendo hecho incontrovertido el abandono de la casa hace más de veinte años por el instituido, por lo que estaría en virtud de lo anteriormente expuesto caducado el derecho a revocar unilateralmente el pacto sucesorio por la recurrente, por lo que también por este apartado la demanda debería ser desestimada.»

d.— Fiducia Sucesoria:

e.— Legítimas:

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Zaragoza de 8 de abril de 2009. Principio de respeto a la intangibilidad de la legítima. Definición de gravamen. Requisito de justa causa. Administración del caudal relicto:

«PRIMERO.— No resultando controvertidas las dos primeras pretensiones de la parte demandante (entendida que la segunda no supone la impugnación por más del testamento ológrafo posterior a salvo las cuestiones materia de concreta impugnación en la demanda), respecto de la condición de aragonés del causante y del sometimiento del mismo a las normas civiles aragonesas, y en concreto a las reglas sucesorias, el resto de cuestiones controvertidas, no resueltas ya en el acto de la Audiencia Previa, se centran en la condición de carga o gravamen de la limitación de disposición contenida en el testamento de 1 de Febrero de 2001, impuesta al heredero de no poder disponer de sus bienes hasta cumplida la edad de treinta años y la existencia de justa causa para ello. Igualmente viene a suscitar controversia la facultad otorgada a las señoras, y sobre su condición más propiamente de administradoras de la herencia conforme a la voluntad testamentaria expresada, según vino a manifestarse en el acto de la audiencia previa, y la validez del mandato de representación respecto de las acciones sociales pertenecientes al causante en unas sociedades a favor de su hermana y sus herederos.

SEGUNDO.— La primera de las cuestiones entraña a mi juicio la necesidad por delimitar el concepto de gravamen legitimario. La intangibilidad de la legítima se obtiene por dos vías, una cuantitativa, esto es cuidando el causante que la proporción de los bienes del caudal reservada (o en su caso los que deban añadirse) cumplan con la cuota legal prevista al efecto, y otra cualitativa. Esta a su vez se cumple cuidando no sólo con la entrega a los legitimarios de bienes que integren el caudal relicto, y no otros, sino además proscribiendo que el causante grave esos bienes por encima del valor de la legítima en beneficio de terceros no legitimarios.

La previsión de que el legitimario percibiera los bienes de la herencia en plena propiedad existía en el Derecho romano clásico. A las Partidas pasó este principio y el bien debía pasar "libre e quita, sin embargo e sin agravamiento" (Partida 6, 1, 17) Y después al Código Civil en el art. 813 en el cual se expuso, que no se podría imponer sobre la legítima gravamen, ni condición ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo.

En el apéndice de 1925 también constaba esta prohibición de gravamen en el art.31 en el que decía que los dos tercios de la legítima de los descendientes no podían ser gravados por el testador con sustituciones, prohibiciones de enajenar, usufructos, términos ni otras condiciones u obligaciones, fuera de los casos que se detallaban a continuación.

Era intención del legislador del 67, y en ese camino continuaron los autores de posteriores reformas, que la legítima se percibiera limpia de gravámenes que pudieran hacer inútil la protección dada a los legitimarios. Por ello el art. 125 Comp establecía taxativamente su

prohibición para después fijar las excepciones a la regla general en un estilo similar al legislador del 25.

La LS parte del principio de respeto a la intangibilidad cualitativa de la legítima, no permitiendo salvo excepciones la existencia de un gravamen sobre los bienes relictos (primer aspecto de la intangibilidad cualitativa que respeta el art. 182 LS) impuesto por el testador (como se deduce tanto del contenido del precepto como de las exclusiones previstas a la regla general que se contienen en el artículo 186. 4), si bien centra acertadamente tal restricción, al aclarar algo, que por obvio, no exponía la regulación anterior, pero que podía prestarse a interpretación, como es el hecho de que tal prohibición no opera, por carecer de sentido, cuando el valor del resto de bienes atribuidos como libres sumado al de las donaciones imputables a la legítima (ver art. 174 LS) cubran por sí el importe de la legítima colectiva. Debe hacerse notar que la redacción del precepto no permite sostener la inclusión del valor del bien atribuido con la carga aun con reducción de esta, probablemente por efectos prácticos, dada la dificultad de valoración de algunas cargas.

El legislador aragonés optan por dar una definición de gravamen, y lo hace de forma amplia, extensa y múltiple. Primeramente elige un criterio enumerativo (carga, condición, modo, término, usufructo, obligación, prohibición, limitación) para decantarse por un criterio que atiende la necesidad de que los conceptos mencionados cumplan unos requisitos: a) que se incluyan en el título sucesorio, por lo que se zanja la polémica sobre si el gravamen era factible que pudiera contenerse al margen del título sucesorio; b) sea constituido por el causante, ya que si la carga era previa no se puede entender esta dentro del concepto que el artículo 183.1 LS recoge, por cuanto no ha sido la voluntad del causante la que grava los bienes que integran la legítima; c) debe recaer sobre bienes relictos.

Cumplidos estos requisitos, la existencia de gravamen debe interpretarse con la máxima amplitud, pues como exponía la STS de 14-5-1895, no se puede impedir a los herederos forzosos el derecho a promover el juicio de testamentaria para sacar y libre y entera su legítima, ya que ello equivaldría a poner condiciones a los legitimarios que solo pueden ser eficaces con relación a los herederos voluntarios (con excepción de las expresamente previstas).

La consecuencia de poner un gravamen no debido, es que conforme al artículo 184, el legitimario a quien se hubiera impuesto tiene derecho a que se tenga por no puesto.

En consecuencia dada la expresa mención en el artículo 183, del término limitación, que ésta se incluye por voluntad del causante en el testamento, y que la prohibición temporal impuesta al heredero restringe las facultades que sobre los bienes transmitidos tenía el causante, y que la existencia de todo gravamen conceptualmente debe ser interpretada en sentido extenso, llego a la conclusión de que la prohibición impuesta al heredero forzoso en el testamento del año 2001, constituye según los términos del artículo 183 LS un gravamen a la legítima.

La segunda incógnita a despejar es si tal y como se expone en la contestación a la demanda, no obstante tal carga o gravamen tendría su apoyo en una justa causa, y en consecuencia cabría considerarlo válido en virtud del contenido del artículo 186.3 de la LS.

En el Apéndice de 1925 ya se expresaba en el art. 31 una relación de gravámenes permitidos como excepción a la prohibición de gravamen de los bienes entregados como legítima. Con técnica similar el art. 125 Comp establecía los mismos. A la regla general de la prohibición de gravámenes, había cuatro excepciones, igual número que las habidas en el Apéndice, pero con diferencias notorias. Se omitía la referencia a la viudedad universal pues ella ya no se ve como un obstáculo o gravamen sucesorio. La regulación que se hacía de la comunidad conyugal continuada hizo inútil la segunda excepción. La primera excepción de la Compilación remite a la contenida en el párrafo tercero del art. 31 del apéndice y es consecuencia de la falta de atribución de una cuota legitimaria individual, y viene a ser el antecedente del actual 186.1 LS. El segundo de los supuestos se viene a corresponder con el cuarto párrafo del art. 31 del apéndice y se mantiene en el actual 186.2. Tercero y cuarto son creación de la Compilación.

El tercer supuesto del artículo 125 excepcionaba, al igual que lo hace el actual 186.3 LS las cargas establecidas con justa causa que esté expresada en el título sucesorio o en documento público, conforme a lo previsto en el artículo siguiente.

Los problemas interpretativos que suscitó el párrafo 3 del art. 125 Comp en cuanto a la novedad que entrañaba, se han intentado sustanciar en el actual 186.3. De un lado debe hacerse constar que se predica tanto de las cargas como de los gravámenes, lo cual para el presente caso, supone que se pueden perfectamente incluir dada la extensión de la excepción, las prohibiciones de disponer.

De otro lado se hace necesario que la justa causa se aduzca y se exprese por el causante bien en el título sucesorio, bien en documento público, entiendo que posterior, por lógica, aunque tal requisito temporal no existe. Esta previsión supongo que debe responder a la exigencia de la seguridad jurídica, para evitar que a posteriori se puedan pretender justificar o amparar, sin respaldo alguno, tales gravámenes. De este modo la mención de las causas o motivos que indujeron al testador a la imposición del gravamen, en caso de litigio o controversia, constituyen un instrumento idóneo que simplifica sobremanera la prueba de la licitud del gravamen.

Pese a que la Compilación no daba una definición de qué debía entenderse por justa causa, la LS sí la da al entender como tal aquella que busca un mayor beneficio del legitimario gravado o de los demás legitimarios.

Con independencia de que esta extensión pueda ser o no criticable (la del beneficio a los demás legitimarios, sobre todo si ya existe la causa del párrafo primero del artículo 186), lo que cabe exponer de esta mención, de esta expresión de causa por el causante para el gravamen, es que tal se presume que existe y es cierta, lo que produce un desplazamiento de la carga de la prueba al legitimario u otra persona con interés legítimo, que accione, para que pruebe la ausencia de tal justa causa o el error en la causa esgrimida.

Con estos antecedentes, a la vista del testamento, que es el lugar donde obra el gravamen de la legítima advertido, observo que no existe ninguna mención de causa, limitándose el causante a llevar a cabo el gravamen de la legítima sin aducir el motivo del mismo.

Aun cuando pudiera alegarse la validez de la causa expresada en el testamento ológrafo posterior, en la medida en que llega a ser, una vez protocolizado, complemento del anterior y parte de integrada de la Última voluntad del causante, tampoco este contiene referencia alguna al gravamen de la legítima.

Por consiguiente el gravamen que contiene el testamento no puede salvarse sobre la alegación de una justa causa expresada por el causante, ya que este no expresó ninguna, ni en el testamento notarial, ni en el ológrafo, ni consta documento público posterior en que aquél hiciera mención de ello. No cabe extrapolar explicaciones dadas por el causante en relación a otras disposiciones testamentarias para justificar lo que se debió justificar de modo directo respecto a la institución gravada, pues esta era la perjudicada. Tampoco puede entrarse a deducir cual fue la voluntad del testador derivada de actos anteriores, coetáneos o posteriores a la expresión de su voluntad testamentaria, por cuanto lo que la norma exige es que tal voluntad obre en el título sucesorio (testamento del tipo que sea o pacto) o en documento público.

Por consiguiente no obrando justa causa para la carga del gravamen, la consecuencia viene a ser la prevista en el art. 184 LS, esto es que se tenga por no puesto, lo cual conlleva la estimación del punto tercero de la demanda.

TERCERO.— En relación al punto cuarto, sin embargo, la respuesta creo que debe matizarse. La estimación del motivo anterior, conduce a que la actuación de la administración de los bienes prevista por el causante, se reconduzca a los términos en que se regula la capacidad en Aragón, y en ese sentido debe parcialmente estimarse la pretensión de demanda, aunque no entiendo que pueda irse más lejos, pues como ya se exponía en el auto en que se resolvieron las medidas cautelares, las facultades que el causante tiene para ordenar la administración de bienes integrados en el caudal, son amplias, y por cuanto la fijación de una administración por parte del causante respecto de aquel legitimario que no puede por sí, administrar sus bienes, no entraña a mi juicio un gravamen, por no ser la falta de capacidad del legitimario, una cuestión creada por el causante.

Conforme a la lacónica regulación de la LS sobre la materia (en oposición a la que obra en la Ley de Derecho de la Persona en que trata el tema de la administración impuesta por el testador respecto de los bienes transmitidos a menores e incapaces) el causante puede nombrar en pacto sucesorio a testamento a uno o más albaceas y establecer con entera libertad la determinación que tenga por conveniente. Y esto es lo que lleva a cabo el testador en el testamento ológrafo. Y lo hace en dos fases. La primera hace referencia a la designación de tres albaceas que designa y a las que llama para cumplir su última voluntad, y para que administren los bienes del caudal conforme a la voluntad expresada en el testamento, lo cual incluye lógicamente la intención de que ello ocurra hasta que el legitimario adquiera la edad de 30 años en los bienes que le correspondan.

Como ya se ha expuesto, siendo la voluntad del causante, la ley de toda sucesión, salvo en la medida en que ésta viole norma imperativa, como he considerado que se incurría en el supuesto anterior, creo que

debe respetarse la voluntad de coexistencia de una administración de tales bienes por parte de las albaceas, y la correspondiente administración del resto de patrimonio del menor por quienes ostenten su representación legal, dada su minoría de edad.

Debe considerarse que el albaceazgo viene a ser una institución que tiene como principal misión la ejecución de la voluntad de la última voluntad del fallecido, velando y vigilando para el cumplimiento de lo ordenado por aquél. Es un cargo de confianza, similar al fiduciario, de recio raigambre en Aragón, y que es en palabras de nuestro Tribunal Supremo "un vir bonus, executor e integrador de intereses no exclusivamente patrimoniales" (STS de 6 de Febrero 1982 y 20 de Febrero de 1993) y que pueden y de hecho vienen a compaginar, los cargos de executor, fiduciario, administrador y contador-partidor. La STS de 20-2-1993 ya mencionada, pone de manifiesto cómo la figura del albacea puede integrar la del contador partidor.

En principio la designación hecha por el testador reúne los requisitos predicados de tal figura; está efectuada en testamento; es voluntaria; puede ser remunerada; de carácter personalísimo, lo que entraña la identificación de quien la va a desempeñar y su carácter indelegable, salvo que lo contrario se exprese; y reviste carácter temporal.

Sobre este último requisito conviene recordar la STS de 13 de Marzo de 1989 que señala que el plazo señalado al albacea para cumplir con la voluntad del testador no es susceptible de ser interpretado por la vía del artículo 3.1 del CCivil, ni cabe aplicar el artículo 7.2 CC, por cuanto, responde a la voluntad soberana del testador en esta materia.

Por tanto la previsión de que conforme a lo previsto en el testamento, las demandadas administren el patrimonio conferido por el causante a título gratuito al legitimario, en los términos que se han expresado al principio de este fundamento, es conforme a derecho.

La LDP en diversos artículos de hecho prevé esta compatibilidad, y así por ejemplo a título de ejemplo pueden citarse los artículos 7 (La administración de los bienes del menor no emancipado, así como la disposición hasta que cumpla los catorce años, compete a los padres, como función aneja a la autoridad familiar... Se exceptúan los bienes cuya administración y disposición corresponda... o persona designada por aquél de quien el menor hubo los bienes por donación o sucesión, en cuyo caso se estará a lo dispuesto por el disponente) o 10.3 (Las personas a las que corresponde la administración y disposición de los bienes del menor conforme al artículo 7 le representarán en la realización de dicho tipo de actos), entre otros muchos.

Y el segundo modo de resolver o de actuar en torno a la administración de sus bienes, de modo expreso lo refiere el testador respecto de las acciones sociales que le pertenecían en el seno de esas sociedades, en la parte final del testamento ológrafo, que igualmente es objeto de petición extintiva, y que se refiere al mandato otorgado a su hermana, también demandada, y que es objeto de examen a continuación.

CUARTO.— Efectivamente el artículo 1732 CCivil como sostiene la parte actora expone entre las causas de extinción del contrato de mandato la muerte del mandante o del mandatario. Sin embargo este precepto, bastante criticado doctrinalmente, no entraña a mi

juicio la posibilidad de exclusión de un mandato post mortem, pues al fin y al cabo que supone una figura como el albaceazgo. Como ya se ha dicho anteriormente el albaceazgo entraña per se ya un mandato hecho por el causante para que ejecuten su voluntad. No guarda ello relación con el contrato de mandato, que es a lo que se refiere el artículo 1732, que es el que se extingue, por cuanto este contrato hecho ínter vivos y basado en la confianza, normalmente no delegable salvo que fuere autorizado por el mandante, se considera que no puede perdurar tras la muerte de quien lo ha conferido. (Y por el mismo motivo no considero aplicable el artículo 106 de la LSA pues es otro el punto de partida que contempla, ya que parte de una situación ínter vivos, basta el efecto revisar el precepto, y en especial su punto tercero) No es este el supuesto aquí examinado, en el que es la propia muerte de quien hace el encargo, el punto de partida de la propia configuración del mismo, y por tanto estamos ante una disposición testamentaria mas que ante un contrato, y como disposición testamentaria que es deberá, en aras a enjuiciar su validez someterla a las reglas de las disposiciones testamentarias.

Y a este respecto reseñar dos puntos, uno general, por otro lado principio general del derecho aragonés, y concreto de su derecho sucesorio, que se contiene en los artículos 3 de la Compilación Aragonesa (Conforma al principio *standum est chartae*, se estará, en juicio y fuera de el, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulte de imposible cumplimiento o sea contraria a la Constitución o a las normas imperativas de Derecho aragonés) y 3 de la LS (El causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión por pacto, por testamento individual o mancomunado. o por medio de uno o más fiduciarios, sin más limite que el derecho a las legítimas y los generales del principio *standum est chartae*) y otro concreto, el ya reseñado artículo 169 LS con la libertad concedida al causante para determinar lo que tenga por conveniente respecto del nombramiento de albaceas y las atribuciones que le sean asignadas.

Nada impide por tanto que conjuntamente con las personas expresamente mentadas como albaceas co-exista otra persona con funciones expresamente mencionadas en el testamento, y además de modo motivado, y respecto a unos bienes muy concretos. La intención respecto de las facultades de administración de los bienes de la herencia, el causante las reparte. Otorga las generales a las albaceas nombradas en el documento, y otorga unas muy concretas, las relativas a la administración de las acciones que pertenecientes en las sociedades mencionadas, estén en el caudal, a su hermana Y Explica su modo de actuar a continuación (que el patrimonio quede en la familia...), y en tal sentido la convierte en una ejecutante de su última voluntad.

Por la amplitud o generalidad del encargo que ha sido encomendado, se viene a distinguir entre albaceas particulares, que tienen asignadas unas concretas facultades específicas que pueden referirse a la estricta esfera personal o patrimonial (STS de 6-2-1982) o al ámbito patrimonial, que pueden ser de administración (STS de 28-4-1987), ejecución (STS 9-2- 902) e incluso de interpretación de testamento ( STS de 23 de Julio de 1927), y universales que tienen todas ellas integradas.

En este caso entiendo que la voluntad del causante era, que con excepción de la administración de las acciones mencionadas, todas las funciones fueran asumidas por las albaceas, y aquéllas fueran administradas por su hermana.

Lo cual con la abstracción que el supuesto requiere, pues ya quedó claro que la acción ejercitada no era de remoción (y es a éste ámbito donde han de reconducirse los graves conflictos de intereses entre albacea y herederos junto con el resto de las causas de remoción que en su caso el Tribunal Supremo ya concretó en una lejana sentencia de 18-2-1908, incluyendo la negligencia rayana al dolo, según sentencia TS de 23-2-1973)), sino que tenía por base la extinción del mandato por muerte del mandante, entiendo que es perfectamente factible y entraba dentro de las facultades del causante, la designación de su hermana como ejecutora de su voluntad concreta sobre unos bienes, al margen de la actuación de los albaceas, más si tenemos en cuenta que el causante realiza estas disposiciones a través de testamento ológrafo, esto es sin que conste el debido asesoramiento.»

— Sentencia de la A.P. de Zaragoza, Sección Cuarta, de 8 de junio de 2009. Ejercicio de la acción de reducción de legado y donación para proteger la legítima colectiva en su aspecto cuantitativo:

«PRIMERO.— Ejercitada acción de reducción de legado y donación realizados por el causante, con la finalidad de proteger la legítima colectiva en su aspecto cuantitativo, estimada parcialmente aquélla acción, se alzaré contra la misma la beneficiaria de esas disposiciones gratuitas para, tras detallar lo pedido en el primer antecedente y sintetizar sus motivos de oposición en el segundo; invocar en el primer fundamento jurídico una infracción de los arts. 24 y 120 CE al no haberse respetado el derecho a la defensa y a un procedimiento con todas las garantías, asentando esas infracciones constitucionales en que en la sentencia de instancia se han sintetizado y simplificado las excepciones planteadas en términos que han provocado una falta de pronunciamiento respecto de algunas objeciones opuestas que han quedado así sin respuesta, y así en concreto se ha reconducido toda la oposición únicamente al carácter no colacionable de la donación que contemplada en el art. 47 de la Ley aragonesa reguladora de las sucesiones, omitiéndose así las consecuencias del carácter modal de la donación y de el sometimiento de la misma, en virtud de lo reseñado en el art. 624 C.Civil por las reglas generales de perfeccionamiento de contratos.

Como quiera que el régimen de la segunda instancia en la Lec. 2000 impone como solución cuando se han cometido infracciones procedimentales la de su subsanación, reflejo del principio de economía procesal que la preside, la consecuencia que de esa incongruencia omisiva sería, no la nulidad de actuaciones, que tampoco se postula en el recurso, sino que esta Sala se pronuncie sobre las cuestiones pretendidamente omitidas en la instancia. Es ésta la solución que se deriva del art. 465.2 Lec. y cuya traducción práctica supone, para los supuestos de incongruencia omisiva, lo que la doctrina gráficamente ha denominado "robo de la instancia", por cuanto puede terminar provocando que en definitiva el objeto del proceso o parte de él se resuelva en un proceso de única instancia.

SEGUNDO.— Entrando en la problemática concreta, que se hace valer en el segundo fundamento del recurso, lo que se mantiene en el mismo es que existió una donación modal condicionada, hoy perfeccionada, pues en aquél negocio que vinculó a las partes “ambas partes recibían una contraprestación real y concreta: D. un cuidado directo en su casa de por vida y la nuda propiedad de la vivienda de D. y ello a cambio de la obligación de cuidarlo y mantenerlo en el domicilio del difunto hasta su muerte...”.

Más adelante se defenderá el sometimiento de la donación modal, conforme al art. 622 C. Civil, a “las reglas generales de los contratos, dado que no hablamos de liberalidades sino de contraprestaciones entre las partes”. Siendo legal y perfeccionado no es una “liberalidad encubierta” dado que en el momento en que se otorgó la donación no se sabía el tiempo que podía vivir el donante aunque, se reconoce, que “por Ley de vida no serían muchos años”.

A continuación se entrará en la alegación a realizar extensas consideraciones subjetivas sobre los motivos del donante, sobre el coste económico que le hubiera supuesto al mismo lo que quería evitar, el ingreso en una residencia o el coste de una interna nocturna, y las razones por la que la carga se impuso, no en la escritura pública, sino en documento público, lo que le llevará a la conclusión, no en el motivo, sino en el suplico, de que no debe “por tanto traerse a colación ni adicionarse en modo alguno en el cálculo de la legítima”.

TERCERO.— La Sala considera conveniente en primer lugar hacer algunas consideraciones sobre la naturaleza de la donación modal, con base a los criterios doctrinales y jurisprudenciales, sobre todo por los reflejados en la sentencia de 15 de junio de 2007.

En efecto la jurisprudencia ha destacado que la donación onerosa es la donación modal o con carga (ss de 30 de diciembre de 1961, de 17 de octubre de 1985, de 27 de julio de 1994 y de 14 de junio de 1995): en definitiva, se llama donación modal u onerosa o con causa onerosa a aquélla en que se impone al donatario una carga o gravamen. Y por la existencia de esta carga no deja de ser donación, lo que deja claro el art. 619 al disponer que “es también donación aquélla en que se impone al donatario gravamen inferior al valor de lo donado”, y ratificará la mencionada sentencia de 15 de junio de 2007: el ánimo liberal es exigido por el art. 618 para toda donación, “incluso por supuesto para la donación con carga inferior al valor de lo donado, que no deja de ser donación” (también s. 6-4-1999). Por tanto aunque la cuantía del beneficio es menor cuanto mayor es la carga, no por ello se altera la naturaleza del negocio.

Y es importante, porque en el recurso se han mezclado, no ya confusa sino errónea y contradictoriamente, los conceptos de contraprestación y de condición.

El modo, con el que recurrentemente se intitula la donación por la recurrente, se diferencia de la contraprestación en los negocios onerosos en que no existe entre él y la liberalidad la interdependencia que en éstos se da entre prestación y contraprestación: “lo que caracteriza la onerosidad —dirá también la misma sentencia de 15 de junio de 2007— es la interdependencia de las prestaciones”. Y la misma sentencia rechazará que la carga pueda considerarse contraprestación de la donación: el negocio mixto de onerosidad

y gratuidad “no es sinónimo de donación onerosa o modal, pues la carga o gravamen nunca es jurídicamente contraprestación, y en el negocio mixto hay sinalagma, por lo menos hasta la concurrencia del valor de lo donado con el de la carga”.

Y se diferencia el modo de la condición en que de ésta dependen los efectos del negocio, mientras que tales efectos, en el negocio modal, se producen independientemente del modo, que sólo se obliga cumplir éste: del cumplimiento del modo no depende la efectividad del negocio (s. de 8 de junio de 1971).

CUARTO.— En atención a esas consideraciones el argumento del sometimiento de la donación modal ex —art. 622 C. Civil a las reglas de los contratos onerosos no pueden servir, no sirve, para justificar su exclusión del cómputo de las legítimas.

En primer lugar porque aquí nos encontramos ante una donación otorgada en escritura en la que se dice lo que se dice. Y lo que se dice es que se “hace donación pura, simple y gratuitamente”, lo que debe prevalecer frente a un mero documento privado del que más que verosíblemente no tuvo noticia la parte demandante sino hasta que se le dio traslado de la contestación y que le es inoponible. Y aunque sea una cuestión contradictoria existe algún pronunciamiento jurisprudencial que exige que las cargas consten en escritura pública (s.1-XII-1964).

Porque si se atiende al documento privado en él se incurren en patentes contradicciones conceptuales y con relación a lo consignado en la escritura, dado que en aquél la donación de la nuda propiedad lo es “a cambio de que esta última, procediera al cuidado y atención del primero con la diligencia y buena fe...” y que en el mismo se regula esa atención y cuidados asumida por la donataria “como contraprestación de la donación...”, idea ésta de contraprestación recurrentemente recordada en el recurso. Con lo que, una de dos, o se trata de un error de concepto que no impide mantener la naturaleza de donación o no lo es y entonces existirían dos negocios causalmente independizados aunque vinculados en sus motivos, uno una donación puramente liberal y otro, un negocio atípico, un contrato vitalicio, cesión de bienes a cambio de dar asistencia, de marcado carácter aleatorio. Que es a lo que abocaría la recurrente afirmación de la recurrente de que la prestación de servicios era contraprestación de la donación.

Ya en fin, aunque se asuma el carácter de donación modal, integrando escritura con documento privado, ello no ha de conducir en ningún caso a la exclusión del cómputo de bien donado para el cálculo de la legítima.

Cierto que el art. 622 C. Civil somete a las donaciones onerosas a las reglas del contrato, pero es doctrina común que, por más que se refiera en primer lugar a las onerosas y luego a las remuneratorias, cuando somete estas últimas a las disposiciones del título de las donaciones en la parte que excedan del valor del gravamen impuesto, está comprendiendo también a las modales, pues aunque potencialmente el precepto sólo se refiera a las remuneratorias (lo que es poco probable porque en las remuneratorias no hay “gravamen”, como dice el texto legal), la razón es la misma para aplicarla a las onerosas. De lo que se colige que aunque la naturaleza de la donación sea úni-

ca, como verdadera donación, queda sometida a una regulación compartida (s. 12 julio 1984).

Lo que, a los efectos que ahora interesan, supone que la regla general de la donación ordinaria en orden a la reunión ficticia para el cálculo de la legítima de los donantes, *donatum más relictum*, opera respecto al exceso del valor de lo donado con relación al valor de la carga. Así se pronuncia la sentencia de 12 de julio de 1984 y la de 29 de julio de 2005, esta última para las remuneratorias.

Y esto es lo que cabalmente dice la sentencia de instancia cuando tras afirmar que el art. 174 de la Ley de sucesiones comprende todo tipo de donaciones, luego afirme que se incluyen "sin perjuicio de restar el valor del gravamen".

Es verdad que luego en los cálculos aritméticos luego no reduce el gravamen, y computa íntegramente, según la cuantificación del perito judicial, el valor en su totalidad del inmueble. Pero eso ha de ser así, aparte de consideraciones que más adelante se realizarán sobre el notorio carácter fraudulento del conjunto de la operación, por cuanto en modo alguno se ha cuantificado el valor del gravamen, fuera de las subjetivas consideraciones contenidas en el escrito de contestación y con relación, además, a lo que no era el gravamen, como lo es el coste de una residencia. Con lo que en definitiva no se produce la incoherencia que se denuncia en el recurso.

QUINTO.— En el tercer fundamento jurídico del recurso se denuncia una incorrecta aplicación de los arts. 171, 174, 176, 47 y 49 de la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte en Aragón.

Razona la recurrente que según dispone el art. 818 C.Civil, al igual que el art. 174 de la Ley aragonesa para fijar el valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el valor de las donaciones colacionables, para luego, con invocación del art. 1035 C.Civil y con cita de la sentencia de 21 de abril de 1990 concluir "a sensu contrario" (sic) que "para el cálculo de la legítima no habrán de sumarse al caudal relicto líquida la donación modal ante la que nos encontramos", lo que le lleva a sostener que en el supuesto de autos tal composición será única y exclusivamente el dinero existente en las cuentas.

Se razonará además que no se han tenido en cuenta los arts. 176 y 47, 48 y 49 de la Ley de sucesiones, para concluir que en último caso, lo que sería objeto de agregación al caudal relicto sería el valor de lo donado, que lo fue sólo la nuda propiedad.

SEXTO.— La sentencia ni obvia ni aplica inadecuadamente los preceptos cuya infracción se denuncia en el recurso, y la argumentación del recurrente participa de una histórica confusión entre colación, cálculo de las legítimas e inoficiosidad propiciada por la redacción del art. 818 C.Civil, y que está perfectamente resuelta en la instancia.

La colación se define en el art. 1035 C.Civil, y supone una operación normalmente exclusivamente contable, conforme a la que se agrega a la masa hereditaria bienes que la Ley entiende que salieron como anticipo de la misma herencia. La norma lo refiere a los "herederos forzosos" y en Aragón en su específico régimen jurídico lo disciplina como voluntario, nunca por ministerio de la Ley. Cuando el art. 818 C.Civil hace referencia a donaciones colacionables no hace

referencia a la colación en sentido técnico, sino a la consideración de llevar a cuenta, de computarlas.

Esta diferenciación se ha mantenido en la jurisprudencia, con referencia sentada para el C.Civil pero que es extensible a Aragón: "las diferencias que el Código Civil establece entre las donaciones no colacionables y las sujetas a colación —dirá la sentencia de 13 de marzo de 1989—, radica en realidad, en que mientras en las segundas han de traerse a la masa hereditaria para su computación (art. 1035 C.C.), en las no colacionables esto no acontece, si bien puede operarse su reducción en la medida en que resulten inoficiosas por aplicación de lo dispuesto en el art. 1036 en relación con el art. 636 y 654 y en su caso los 819 y 825 del citado C.C.". Y la misma sentencia antes citada de 15 de junio de 2007 recordará que "la computación comprende todas las donaciones hechas por el causante, es necesaria e imperativa para fijar las legítimas..."

Por eso el art. 174 LS a la hora de determinar el cálculo de la legítima sienta la regla clásica de *donatum más relictum*: se parte de este último "valorado al tiempo de liquidarse la legítima", al que se adiciona "el valor de los bienes donados por el causante calculado al tiempo de la donación, pero actualizado su importe al tiempo de liquidarse la legítima", con sólo determinadas excepciones (liberalidades usuales y gastos de alimentación, educación en enfermedades). No incurre el precepto en el error de referenciar exclusión alguna a las donaciones colacionables. Y esta base de cálculo es la que sirve de referencia, en cuanto a su mitad, para fijar la legítima colectiva (art. 174.1 LS).

Y tampoco se incurre en una incorrecta aplicación del art. 176 LS en la sentencia de instancia, pues este precepto se refiere, como el que le precede, el art. 175 LS., a una operación diferente al de la computación del art. 174 LS: así como el cálculo designa la agregación numérica que hay que hacer de las donaciones, también como hemos razonado de la modal en cuanto el valor de lo donado exceda del valor del gravamen, al caudal relicto (*donatum más relictum*), la imputación se refiere a cuestión distinta, y trata de resolver un problema diferente; se centra en liberalidades hechas por el causante a favor de "cualquiera de sus descendientes" (art. 175.1 LS), y con esa institución se trata de resolver un problema diferente a saber, cómo se deben entender estas donaciones hechas a los descendientes, esto es si como pago de la legítima o como incluibles en la mitad de libre disposición. Y este problema aquí no acaece porque la donataria no es descendiente y por ende no hay problemas que resolver: el valor de la donación computable sólo puede referenciarse a la mitad de libre disposición, y en cuanto exceda de la misma es susceptible de reducción por mermar la legítima.

El argumentario de la recurrente llevaría a la ilógica conclusión de que la sola voluntad del causante, otorgando donaciones declaradas no colacionables, sería suficiente para vaciar de todo contenido de la legítima colectiva, que perdería así todo su sentido. El principio "*standum est chartae*" no justifica la vulneración de normas imperativas y de orden público.

En definitiva, que la donación es "pura y simple", y aunque lo sea modal no excluye que se agregue su valor al caudal relicto para el cálculo de la legítima, y que tal agregación ni está ni puede estar vedada por

aplicación del principio *stamdam est chartae* ni por el art. 49.3 LS.

SEPTIMO.— Debe pues entrarse así en el cálculo de la legítima colectiva, reprochándose en primer lugar que se ha partido del valor total de la vivienda y no sólo de su nuda propiedad, que era el objeto de lo donado, además de no deducirse el valor del gravamen.

Respecto a esto último ya hemos razonado suficientemente que no sería procedente por cuanto se otorga preferencia a lo manifestado en la escritura pública de donación sobre el cuestionable documento privado. Que aunque se tuviera en cuenta éste dado la insistente consideración de contraprestación, existirían dos negocios jurídicos diferentes, uno liberal, donación libre y otro oneroso, contrato vitalicio. Y que aun si se sostuviera que existe un único negocio jurídico, en parte gratuito, en parte oneroso, por cuanto de la prueba practicada en términos muy verosímiles y que la Sala considera probados, resulta que la donataria percibía una compensación económica por los cuidados que prestaba al causante, con lo que la reducción del gravamen, además de aleatorio y sin prueba concreta en el proceso sobre el alcance de su valoración, perdería todo sentido al quedar compensado económicamente el valor del servicio, luego ese servicio vea duplicada su compensación en la donación modal. Realidad ésta que refuerza la idea de fraude que subyace en la donación. En efecto la misma sentencia de 15 de junio de 2007 razona que "las prestaciones y contraprestaciones las determinan las partes en virtud de su autonomía para contratar, lo mismo que entre los presupuestos para hacerlo pueden valorar las cosas objeto de contrato conforme a su criterio, no están obligados a atenerse a ningún precio objetivo de aquéllas en una economía liberal. Pero los legitimarios tienen derecho a ejercitar todas las acciones en defensa de sus legítimas, demostrando que aquel negocio se hizo para defraudarlas, o que en realidad ocultaba una liberalidad que ha de ser llevada al acervo hereditario".

La Sala debe asumir la idea de fraude, que se exterioriza en los hechos quinto y sexto de la demanda, en el sentido de que todo el conjunto de operaciones y negocios jurídicos "realizados" por el causante, donación de la nuda propiedad, declarada "no colacionable", documento privado otorgado el siguiente día en el que se establecían las contraprestaciones, y posterior otorgamiento de testamento, atribuyendo en legado a la donataria la mitad de libre disposición, y en pago de la legítima atribuía a un biznieto de cortísima edad la otra mitad de sus bienes, nombrando administrador de los bienes que así se atribuían a este último al mismo letrado que diseñó todas estas operaciones o negocios jurídicos, no es sino una maquinación para defraudar y burlar los derechos legitimarios y las normas de orden público que regulan la legítima colectiva en Aragón, y cuya sanción (art. 6.4 C.Civil) es la aplicación de las normas que se hubieran tratado de eludir.

Y sí el objetivo final era defraudar el contenido cuantitativo de la legítima, si la realidad económica subyacente era transmitir la total propiedad de la vivienda, lo que se lograba separando artificiosamente la nuda propiedad, objeto estricto de la donación, con el usufructo, tal operación, tratándose el donante de una persona de 91 años de edad, operado de un melanoma de coroides, suponía una real y muy próxima

atribución de la plena propiedad del piso, dado que con la muerte del donante se extinguiría el usufructo reservado a su favor, consolidándose a favor de la donataria la plena propiedad de lo donado, hurtando así artificiosamente del cómputo de la legítima el valor del usufructo. Con ese artificio se burla la regla de la suma del donatum al relictum, pues no se integraría ni en el uno ni en el otro.

Por ello la cantidad que debe traerse a colación es el valor real de los bienes donados al tiempo de la donación, pero actualizado su importe al tiempo de liquidarse la legítima, por lo que no hay razón para dar preferencia al valor consignado en la escritura, valores que tienen siempre la transcendencia tributaria del acto o negocio jurídico.

No se alcanza a comprender el último motivo del recurso referido a la atribución de la reintegración a favor del biznieto, dado que con independencia de que esta Sala comparta o no la argumentación del juzgado como tampoco la atribución de la reducción en su integridad a favor del biznieto, ( lo contrario resulta del art. 179. 2 LS que al hacer tributario de la acción *ad supplementum* a los legitimarios de grado preferente, de modo que "cada uno tendrá derecho a obtener una fracción del importe de la lesión proporcional a su cuota en la sucesión legal", individualiza el derecho a la reducción, opera una anulación del carácter colectivo de la legítima, que pasa en este concreto aspecto a operar como si de legítima individual se tratase), es lo cierto que la sentencia de instancia ha resuelto en el sentido postulado por el recurrente, ordenando la total entrega del dinero al mencionado biznieto. Razonamientos que fatalmente deben conducir a la desestimación del recurso.»

#### f.— Sucesión Intestada:

— Sentencia de la Sala de lo Civil del T.S.J.A. de 22 de junio de 2009. la cuestión litigiosa radica en dilucidar si en el caso de autos debe estarse a la regulación que se contiene en la Compilación o si es aplicable el llamamiento previsto en el artículo 216.2 de la L.S. a favor de los parientes del cónyuge premuerto, no obstante haber fallecido éste antes de la entrada en vigor de dicha Ley:

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

Dña. Visitación L. contrajo primeras y únicas nupcias con D. Joaquín B. en fecha, de cuyo matrimonio no hubo descendencia.

El Sr. Joaquín B. había contraído con anterioridad matrimonio por dos veces. Del primero de ellos, celebrado el 26 de noviembre de 1942, nacieron dos hijas, Dña. María del Carmen y Dña. Consolación., y del segundo, que se celebró el 16 de octubre de 1954, tuvo un hijo, D. Joaquín Vicente

Dña. Visitación . falleció intestada el día 3 de enero de 1993, resultando único heredero su esposo, D. Joaquín ., quién falleció, también intestado, el día 7 de enero de 2004.

El Notario de Teruel D. Dámaso Cruz Gimeno, en fecha 19 de abril de 2005, mediante Acta de declaración de herederos abintestato obrante al n.º 654 de su

protocolo, declaró único heredero de Dña. Visitación ., en cuanto a los bienes no troncales, a su esposo D. Joaquín ., y únicos herederos abintestato de D. Joaquín ., tanto en los bienes troncales como en los no troncales, a sus tres hijos por terceras e iguales partes entre ellos, dejando "a salvo los eventuales derechos de terceros para contender en la vía civil correspondiente".

El 23 de junio de 2005 se formalizó ante el expresado Notario de Teruel, D. Dámaso Cruz Gimeno, bajo el n.º 1.174 de su protocolo, escritura de aceptación y adjudicación de herencia de ambos cónyuges, en la que se señalan como bienes consorciales de Dña. Visitación y D. Joaquín que quedaron al fallecimiento de los mismos, el piso 2º, tipo B, a la derecha, de la casa sita en la c/ , n.º 3, de Teruel, y la plaza de garaje n.º 13 de dicha casa, bienes adquiridos por compra, en estado de casados, al Patronato en virtud de escritura otorgada el 28 de octubre de 1981, autorizada por el Notario que fue de Teruel D. Francisco de la Haza Cañete.

Ese mismo día (el 23 de junio de 2005), se otorgó por Dña. María Carmen., Dña. Consolación., y D. Joaquín Vicente ante el Notario D. Dámaso Cruz Gimeno, bajo el n.º 1.165 de su protocolo, escritura pública de venta por la que transmitían a D. Valero. y a Dña. María Teresa., por el precio global de 120.202 euros, la vivienda y plaza de garaje sitos en la casa n.º 3 de la c/ de Teruel.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Teruel dictó en fecha 7 de mayo de 2007 auto en el que declara herederos abintestato de Dña. Visitación L. L. a Dña. Leonisa (hermana de la causante) y a D. Pablo, Dña. María Elena y Dña. Amparo. (sobrinos de la causante), en sustitución de D. Joaquín., respecto de los bienes provenientes de la herencia de Dña. Visitación. que quedaren al fallecimiento del Sr. en su herencia.

En fecha 23 de mayo de 2008, Dña. Leonisa. y D. Pablo, Dña. María Elena y Dña. Amparo. presentaron demanda de juicio declarativo ordinario en la que, en base a lo prevenido en el artículo 216. 2 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte, pedían se les declarase únicos y universales herederos de los bienes provenientes de la herencia de Dña. Visitación. que quedaran sin disponer a la muerte de su esposo, D. Joaquín condenando a Dña. María Carmen y Dña. Consolación y a D. Joaquín Vicente. a su entrega, con sus frutos, intereses y rentas.

A dicha pretensión se opusieron los demandados, y tras la sustanciación del juicio por sus trámites, se dictó por el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Teruel, en fecha 8 de septiembre de 2008, sentencia por la que se desestimó la demanda, sin hacer especial pronunciamiento sobre costas, e interpuesto recurso de apelación por los actores, recayó el 9 de enero de 2009 sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel por la que se confirmó la de instancia, con imposición de las costas del recurso a la parte apelante.

Contra dicha sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel se formuló por los demandantes recurso de casación por interés casacional, pidiendo se dejase la misma sin efecto y se estimase la demanda.

SEGUNDO.— El Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Teruel, por auto de fecha 7 de mayo de 2007 declaró herederos abintestato de Dña. Visitación. a los aquí actores, respecto de los bienes provenientes de la

herencia de Dña. Visitación. que quedaren al fallecimiento del Sr. en su herencia, expresando en la fundamentación jurídica de dicha resolución lo siguiente:

«Resulta de aplicación al presente caso la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, de la Comunidad Autónoma de Aragón, que entró en vigor el día 23 de abril de 1999 y que en su disposición derogatoria única deroga el Libro II, "Derecho de sucesión por causa de muerte", artículos 89 a 192 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.»

Ahora bien, dicho auto de declaración de herederos no produce el efecto de cosa juzgada material (extremo no discutido), y por otro lado resulta que los demandados fueron declarados, en fecha 19 de abril de 2005, por el Notario de Teruel D. Dámaso Cruz Gimeno, únicos herederos abintestato de D. Joaquín., tanto en los bienes troncales como en los no troncales.

Ante tal situación, los actores formularon demanda en la que piden se dicte sentencia en la que se les declare únicos y universales herederos de los bienes provenientes de la herencia de Dña. Visitación. que quedaran sin disponer a la muerte de su esposo D. Joaquín. y se condene a Dña. María Carmen y Dña. Consolación y a D. Joaquín Vicente a su entrega, con sus frutos, intereses y rentas, versando el debate de autos en torno a si es o no de aplicación al supuesto que nos ocupa el llamamiento previsto en el artículo 216.2 de la Ley 1/1999 a favor de los parientes del cónyuge premuerto (los aquí actores), cuestión que fue resuelta tanto por el Juzgado como por la Audiencia Provincial en sentido contrario a lo postulado por los recurrentes, debiendo señalarse, a la vista de lo argumentado en el presente recurso, que para obtener sentencia desestimatoria a su favor los demandados no precisaban instar la nulidad del auto de declaración de herederos abintestato dictado por el Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Teruel, tal como alegan los demandantes.

En todo caso, dicho planteamiento (necesidad de solicitar se declare la nulidad de dicho auto) nos colocaría ante una cuestión de índole procesal que no cabe suscitar en el seno de un recurso de casación, por exceder de su ámbito, debiendo acudir al recurso extraordinario por infracción procesal si se estima que la infracción que se denuncia tiene cabida en alguno de los motivos del artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

TERCERO.— La cuestión litigiosa radica en dilucidar si en el caso de autos debe estarse a la regulación que se contiene en la Compilación del Derecho civil de Aragón, o si, por el contrario, es aplicable el llamamiento previsto en el artículo 216.2 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, a favor de los parientes del cónyuge premuerto, no obstante haber fallecido éste antes de la entrada en vigor de dicha Ley.

La Compilación aragonesa solo preveía el llamamiento en favor de los parientes del cónyuge premuerto en caso de "pacto al más viviente", institución a la que se refiere en tres lugares distintos. En primer lugar, y bajo el nombre "agermanamiento" o "casamiento al más viviente", en el artículo 33, dentro de las llamadas instituciones familiares consuetudinarias, precepto incluido, a su vez, en el Capítulo II del Título IV del Libro Primero, regulador "del régimen matrimonial paccionado" (las capitulaciones matrimoniales). En segundo

lugar, en el artículo 95, relativo al testamento mancomunado (Capítulo III, Título II del Libro II). Y, finalmente, en el artículo 108, dentro de la sucesión paccionada (Título III del Libro II).

El “pacto al más viviente” se podía establecer en testamento mancomunado o pacto sucesorio (otorgado ya en capitulaciones matrimoniales, ya en escritura pública entre parientes, ya en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias), y sus efectos, cuando no quedan hijos, se recoge en el apartado 3 del mentado artículo 108, precepto que dice así:

“No habiendo hijos, o fallecidos todos ellos antes de llegar a la edad para poder testar, el sobreviviente heredará los bienes del premuerto. En tal caso, fallecido a su vez aquél sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, pasarán los que quedaren a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido.”

Pues bien, ocurre que ese segundo llamamiento a favor de los parientes del cónyuge primeramente fallecido se ha extendido en la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesión por Causa de Muerte, al supuesto de adquisición de los bienes por sucesión legal, a tenor de lo previsto en el artículo 216.2 de dicha Ley de Sucesiones:

“Si el viudo heredero legal falleciera sin haber dispuesto por cualquier título de todos los bienes adquiridos de su cónyuge, se deferirán los que quedaren a los parientes del premuerto llamados, en tal momento, a su sucesión legal, como herederos de éste y sustitutos de aquél. A falta de estos parientes, tales bienes quedarán integrados en la herencia del sobreviviente.”

Ese cambio normativo suscita el problema de determinar la eficacia que pueda tener la norma nueva respecto de los bienes adquiridos por el cónyuge superviviente cuando regía la norma anterior, cuestión a resolver a la vista de las disposiciones transitorias contenidas en el Derecho Civil aragonés.

Como D.<sup>a</sup> Visitación . falleció intestada el día 3 de enero de 1993, es decir, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, resulta que su esposo, D. Joaquín ., heredó los bienes que pertenecieron a aquélla de acuerdo con la “ley vigente en el momento de la apertura de la sucesión”, tal como previene la disposición transitoria primera de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte, o sea de conformidad con lo establecido en la Compilación del Derecho Civil de Aragón, la cual, en caso de sucesión abintestato, no sujetaba los bienes que quedaren a la muerte del superviviente a un segundo llamamiento en favor de los parientes del cónyuge primeramente fallecido.

Consecuentemente, aplicar el segundo llamamiento previsto en el artículo 216.2 de la Ley 1/1999 a los supuestos en que el cónyuge premuerto fallece antes de su entrada en vigor, aunque el segundo cónyuge fallezca después, es dar a dicho precepto efectos retroactivos, pues supone imponer a una sucesión abierta en 1993 un segundo llamamiento establecido por una ley posterior. En efecto, el Sr. . había adquirido los bienes que pertenecieron a D.<sup>a</sup> Visitación . sin sujeción a llamamiento en favor de los parientes de su mujer premuerta, a tenor de la normativa vigente (la Compilación) en el momento de la apertura de la sucesión (el 3 de enero de 1993), y tal régimen se pretende sustituir por el de la nueva regulación, lo cual no es admisible

por cuanto supondría aplicar no la regulación vigente en el momento de la apertura de la sucesión, sino la establecida en una ley posterior (la Ley 1/1999, de 24 de febrero), efecto retroactivo que contraviene lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la mentada Ley 1/1999, según la cual las “sucesiones por causa de muerte se regirán por la Ley vigente en el momento de la apertura de la sucesión.”

A igual solución se llega si tenemos en cuenta la regla supletoria que se recoge en la disposición transitoria duodécima de la Compilación de 1967, según la cual “las demás cuestiones de carácter intertemporal que puedan suscitarse se resolverán aplicando el criterio que informa las disposiciones transitorias del Código Civil”. Pues bien, dichas disposiciones están inspiradas, como regla general, en la irretroactividad de las leyes, estableciéndose en el párrafo preliminar de las disposiciones transitorias del Código Civil que “las variaciones introducidas por (la ley nueva), que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo”. A su vez, y a tenor de la regla 1.<sup>a</sup> del Código Civil, “se regirán por la legislación anterior... los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque (la ley nueva) los regule de otro modo o no los reconozca”.

Por lo tanto, el recurso interpuesto debe decaer, ya que D. Joaquín . hereda los bienes que pertenecieron a su esposa en fecha 3 de enero de 1993, y como los adquiere sin sujeción a un ulterior llamamiento en favor de los parientes del cónyuge primeramente fallecido, a tenor de la legislación vigente en el momento de la apertura de la sucesión (la Compilación), corresponden los que quedaren a su muerte a sus propios parientes. Así pues, el artículo 216.2 de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, no es aplicable al supuesto de autos.

En definitiva, como señala la doctrina y recoge la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel, para la aplicación del llamamiento previsto en el artículo 216.2 de la Ley 1/1999 es preciso que la adquisición abintestato a favor del cónyuge superviviente de los bienes pertenecientes al premuerto se dé bajo la vigencia de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte.

Finalmente, debe aclararse, a la vista de lo alegado en el presente recurso, que la apertura de la sucesión tiene lugar cuando se produce la muerte del cónyuge primeramente fallecido, y la especialidad contenida en el artículo 108.3 de la Compilación (o en los arts. 80.3, 104.3 y 216.2 bajo la Ley 1/1999), no nos sitúa ante una segunda apertura de la sucesión, sino ante una delación pluripersonal o múltiple en la que el cónyuge superviviente es llamado en el momento de la apertura de la sucesión, en tanto que los parientes del cónyuge premuerto lo son, en su caso, en un momento posterior: cuando se produce el fallecimiento del cónyuge superviviente —apertura única y delación sucesiva— (véanse las sentencias de esta Sala de fecha 13 de junio de 2.007 y 1 de diciembre de 2.008).

CUARTO.— Alega el recurrente que no se le debieron imponer las costas de la segunda instancia, a la vista de lo prevenido en el artículo 398, en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, toda vez que el supuesto que nos ocupa presenta serias dudas de derecho.

En relación con este punto es de señalar que las normas que regula la condena al pago de las costas han de considerarse de naturaleza procesal, teniendo declarado el Tribunal Supremo, de forma reiterada, que en ningún caso dichas normas son aptas para fundar el recurso de casación por exceder del ámbito de éste las cuestiones procesales.

Mas aún, el Tribunal Supremo dejó sentado que los preceptos sobre costas (arts. 394 a 398) tampoco pueden ser invocados por medio del recurso extraordinario infracción procesal, pues no todas las infracciones procesales son controlables a través del recurso extraordinario, ya que es imprescindible, aparte de la recurribilidad de la sentencia, que la vulneración de la norma procesal que se denuncia sea incardinable en alguno de los motivos tasados que se recogen en el artículo 469.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, en ninguno de los cuales tiene encaje adecuado la infracción de los artículos sobre costas, habiendo optado el legislador por excluir del recurso extraordinario por infracción procesal el control de la aplicación de dichos preceptos, al igual que ocurre con otras cuestiones procesales, que tampoco pueden acceder al mentado recurso extraordinario (véanse los autos del Tribunal Supremo de 26 de junio, 18 de septiembre y 6 de noviembre de 2007, y de 17 de julio y 21 de octubre de 2008, etc.).

En todo caso, el supuesto de autos, a la vista de las normas sobre derecho transitorio contenidas en el Derecho aragonés, no presenta serias dudas de derecho.»

— Derecho de Bienes:

a.— Relaciones de Vecindad:

b.— Régimen normal de luces y vistas:

— Sentencia de la Sala de lo Civil del TSJA de 4 de febrero de 2009. Régimen normal de luces y vistas:

«PRIMERO.— En los autos de que dimana el presente recurso de Casación resulta acreditado, según se ha expuesto en las sentencias de primera y segunda instancia, lo siguiente:

Los demandantes son propietarios de una finca urbana sita en la localidad de Ejea de los Caballeros, en C/ y Paseo, finca colindante con la de los demandados, situada en C/ de dicha Villa. Los actores gozan de un derecho de sobreedificación, en medianería horizontal, en la parte de confluencia de los dos edificios y sobre la dependencia perteneciente a los demandados existente en su inmueble. Los actores han edificado una habitación en dicho espacio, que ha quedado cubierta por un tejado, que les pertenece en propiedad.

Los demandados tienen abiertos dos huecos, al menos, en su inmueble, a una altura superior al referido tejado, que toman luces y proyectan vistas sobre la referida cubierta, huecos que no están cerrados con reja y red. Entre dichos huecos y el tejado perteneciente a los demandantes existe una repisa o voladizo transitable, constituido por una hilera de tejas.

Por otra parte, los demandados tienen colocado un aparato de aire acondicionado en el tejado de su propiedad, por encima de los huecos para luces y vistas antes descritos, con una escalera metálica de acceso situada en forma paralela al muro, elementos situados sobre la hilera de tejas sin sobrepasarla.

La expresión gráfica de esta situación aparece en la fotografía superior de la tercera página de las aportadas como documento número 5 de la demanda, que expresamente se acoge en la sentencia de primera instancia; a saber:

(Se adjunta fotografía).

SEGUNDO.— La parte actora invocó en su demanda el art. 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, regulador del régimen normal de luces y vistas, y solicitó se condenase a los demandados a colocar reja y red remetida o protección semejante o equivalente en los dos huecos que tienen abiertos en la pared colindante con el tejado de sus mandantes; e invocando la extensión del derecho de propiedad en los términos establecidos en el art. 348 del Código Civil, solicitó del Juzgado se declarase la inexistencia de servidumbre alguna, de la que sea predio sirviente la finca de sus mandantes, que ampare la colocación del aparato de aire acondicionado y las escaleras para subir a su tejado que, según los hechos expuestos en la demanda, sobrevuelan el tejado de sus mandantes, más allá de su línea de fachada.

TERCERO.— La sentencia del Juzgado estimó la demanda al considerar, respecto a las ventanas abiertas sobre el tejado de los actores, que debían estar provistas de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente, declaración que efectuaba en aplicación del art. 144.2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. Por otra parte, estimando que el inmueble de los demandados carece de servidumbre sobre el fundo vecino, procedía la estimación de la demanda en cuanto al aparato de aire acondicionado y las escaleras existentes sobre aquél, de forma que declaró inexistencia de servidumbre alguna que amparase la colocación de dichos elementos y condenó a los demandados a retirar a su costa el aparato de aire acondicionado y las escaleras.

CUARTO.— Apelada la sentencia por la parte demandada, la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, la revocó, estimando el recurso de apelación, y desestimó en su integridad la demanda deducida. Esta decisión se fundaba, respecto de la pretensión relativa al cierre de los huecos para luces y vistas, por cuanto "recaen directamente sobre la repisa de la pared de los demandados y no sobre la propiedad de los actores, como se indicaba en la demanda"; y en cuanto a la negación de la servidumbre, al afirmar que "además del tejado existe ese tejadillo o repisa, y el aparato y la escalera no sobrepasan este último elemento, de modo que no se prueba la concurrencia del presupuesto de hecho indicado en la demanda, es decir, que escalera y aparato sobrevuelan el tejado propiedad de los actores".

QUINTO.— Frente a dicha sentencia, la parte actora interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación. El primero fue inadmitido por auto de esta Sala de 12 de noviembre de 2008, mientras que la misma resolución admitió el recurso de casación, interpuesto por interés casacional.

Este recurso se funda en tres motivos, que pueden ser objeto de examen conjunto, ya que los tres invocan la infracción del art. 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, y únicamente difieren entre sí

respecto de algunos matices que se explican en el desarrollo de cada motivo. Así, el primero expresa que la sentencia recurrida se basa en que las ventanas no recaen en fundo ajeno, cuando debería referirse a que los huecos están dentro de las distancias del art. 582 del Código Civil, siendo evidente que una teja, la que integra la hilera o tejadillo, no mide dos metros. El segundo motivo, que concreta la infracción al apartado segundo del art. 144 antes citado, denuncia igualmente la infracción de la citada norma respecto a la no estimación de colocación de red y reja en los huecos dentro de las distancias para luces y vistas sobre fundo propio, sin que los huecos de los demandados respeten la distancia de dos metros, y ello tanto se considere fundo propio o ajeno el tejadillo formado por una línea de tejas. El tercer motivo, que redundante en las mismas consideraciones y vuelve a denunciar la infracción del art. 144.2 de la Compilación, se refiere a la inexistencia de doctrina jurisprudencial de este Tribunal sobre las distancias para los huecos de luces y vistas sobre fundo propio, en concreto de dos metros.

Es de significar que todos los motivos concluyen en el mismo corolario: la procedencia de la estimación del motivo y de la petición de protección de los huecos por estar abiertos a menos de dos metros del fundo vecino.

Esta petición de la parte recurrente, así expresada, contrae el alcance del recurso a la consideración de si es o no ajustada a derecho la sentencia de la Audiencia Provincial en cuanto a su pronunciamiento referido a la pretensión de condena a los demandados a colocar reja y red en los huecos abiertos en la pared colindante con el tejado de los actores, mientras que el recurso de casación no alcanza a la desestimación de la demanda en cuanto a la pretensión de declaración de inexistencia de servidumbre que pudiese amparar la colocación del aparato de aire acondicionado y las escaleras para subir al tejado de los demandados, así como a la retirada de dichos elementos. Ninguno de los tres motivos del recurso hace referencia a la desestimación de la acción negatoria de servidumbre ejercitada, de forma que, aunque el petitum final del escrito de interposición inste de esta Sala a dar lugar al recurso de casación, "por los motivos expuestos, casando y anulando la mencionada sentencia y dictando otra en su lugar que con estimación total o alternativa de los respectivos motivos sea conforme en todo a nuestra súplica inicial de demanda", el alcance del recurso de casación viene determinado por la infracción legal que se denuncia en los motivos de dicho recurso.

Podría cuestionarse si los demandantes mantienen un interés jurídico protegible al ejercitar la acción, dado que el espacio respecto del cual los demandados toman luces y vistas es un tejado. Pero aparte de que este extremo no ha sido cuestionado por los demandados, es claro que la actora tiene derecho a evitar que sobre su tejado puedan caer objetos o realizarse otras inmisiones que perturben el buen mantenimiento de su propiedad.

SEXTO.— El Artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, que se denuncia como infringido, trae como rúbrica la de "Régimen normal de luces y vistas", y ordena: "1. Tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio ajeno, como en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas sin suje-

ción a dimensiones determinadas. 2. Dentro de las distancias marcadas por el art. 582 del Código civil, los huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente. 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".

Como ha expuesto esta Sala en anteriores sentencias —así, las de 23 de febrero de 2005 y 13 de noviembre de 2002—, "el indicado precepto tiene una importante raigambre histórica, al ser continuador de lo establecido en la Observancia "De aqua pluviarcenda", o sobre la recogida de aguas de lluvia, que en su apartado 6 prevenía la facultad de apertura de huecos sin limitaciones, tanto para obtener luces como vistas, refiriéndola a su realización en pared medianera y sin perjuicio del derecho del propietario del fundo vecino a su cierre, aun con limitaciones en caso de oscurecimiento que no son de exponer aquí. Con todo, en el derecho histórico aragonés no se exigía la protección del hueco así abierto, mediante reja y red, que apareció en el artículo 15 del Apéndice Foral de 1925, al regular el derecho del condueño de pared medianera para abrir cuantos huecos le convengan con destino a luces y vistas. En pared propia, el dueño podía abrir tales luces, sin exigencia de especial protección, si bien el artículo 14 cuidaba de manifestar que estos huecos no constituían signo aparente de servidumbre, a efectos de la adquisición del derecho por usucapión. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, al aplicar el precepto contenido en el artículo 144 de la Compilación aragonesa, ha venido manteniendo reiteradamente que "la permisión de abrir huecos o ventanas contenidas en los párrafos 1º y 2º de dicho precepto... 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": STS de 3 de febrero de 1989, con cita de las de 30 de octubre y 23 de noviembre de 1983 y 12 de diciembre de 1986, de la misma Sala Primera. Doctrina jurisprudencial que, hemos de matizar, desde la competencia casacional que a esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón confiere el artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en sentido de que el precepto de constante referencia atribuye al titular de la pared propia o medianera un auténtico derecho, como facultad dimanante del dominio o de otro derecho real de goce, si bien dicha facultad jurídica no constituirá signo aparente de servidumbre ni impedirá, por ende, el ejercicio de los derechos del propietario del fundo vecino reconocidos en el párrafo tercero del texto legal".

En el caso de autos la oposición a la acción ejercitada se fundaba en la no ajenidad del tejado, dado que la existencia de medianería horizontal determinaba que la cubierta de la estancia de los actores, sita sobre el fundo de los demandados, fuese común a ambas partes. Por ello entendía que no concurre el supuesto de hecho contemplado en la norma, que se refiere a predio ajeno o fundo vecino.

Pero esta argumentación no debía prosperar: de una parte, porque los copropietarios de un inmueble pueden ejercer las facultades derivadas del dominio, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 20

de abril de 1994, "el artículo 394 faculta a cada partícipe el servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y no perjudique el interés comunitario, ni impida a los demás utilizarlas según su derecho"; y de otra, porque en el caso de autos se ha declarado como hecho acreditado que la cubierta citada "pertenece en exclusiva a los propietarios de la dependencia superior" —Sentencia del Juzgado, fundamento de derecho segundo, in fine— .

SÉPTIMO.— Procede examinar el razonamiento de la Audiencia Provincial, como fundamentación de la estimación del recurso de apelación que contra la sentencia de primera instancia dedujo la parte demandada. En el extremo referido, en el tercer fundamento de derecho se dice: "En cuanto a los dos huecos para luces y vistas, respecto a los que no se alega que se hayan abierto, sino que al parecer eran preexistentes a la elevación efectuada por la parte actora, ha de desestimarse también la pretensión formulada al resultar de las fotos que recaen directamente sobre la repisa de la pared de los demandados y no sobre la propiedad de los actores, como se indicaba en la demanda".

Aun sin citarlo expresamente, la Audiencia parece referirse a la no concurrencia de los elementos de hecho para que prospere la pretensión, o a la existencia de servidumbre. De hecho, la parte recurrida en casación expresa en su impugnación del recurso deducido de contrario que "del conjunto de la prueba practicada, y en concreto la existencia del tejadillo o repisa propiedad de mis mandantes, venían a existir signos evidentes de la existencia de servidumbre de luces y vistas".

Pero dicha argumentación no puede sostenerse. Por una parte, estando los huecos abiertos a una distancia inferior a dos metros del predio vecino, propiedad de los actores, se da el supuesto de hecho para la exigencia de protección mediante reja y red, y ello con independencia de que los citados huecos recaigan directamente sobre la repisa indicada, formada por una hilera de tejas, y que evidentemente no mide dos metros de profundidad.

De otra, porque esa repisa únicamente puede tener la consideración de un voladizo, a los efectos de constituir signo aparente de servidumbre, para la adquisición de ésta por usucapión, en los términos prevenidos en el artículo 147, en relación al 145, de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. Pero al respecto cabe hacer tres consideraciones: a) la parte demandada no esgrimió la existencia de servidumbre adquirida por usucapión en su contestación a la demanda, según consta en la grabación de la Vista y se recoge fielmente en el segundo antecedente de hecho de la sentencia del Juzgado; b) no se ha probado en autos el transcurso del plazo de diez años exigido por el artículo 147, pues sólo consta que los indicados huecos eran, al parecer, preexistentes; c) la existencia de dicho voladizo no bastaría para ser signo aparente a los efectos del artículo 145 citado, ya que no recae sobre el fundo vecino; y aunque sobresaliera no tendría tal condición, según el criterio sustentado en las sentencias de esta Sala de 22 de abril de 2008, referida a un alféizar que sobresale de un hueco no protegido, y la de 27 de septiembre de 2007 relativa a un solarete o repisa con tendadero.

OCTAVO.— Por todo lo expuesto procede la estimación de los motivos y del recurso de casación. Así,

la Sala asume la instancia y resuelve en los términos en que se ha planteado el debate, procediendo la estimación de la demanda, en cuanto a la primera pretensión ejercitada y sostenida.

Todo ello, sin imposición de las costas en primera instancia, al ser solo estimada parcialmente la demanda, y sin condena en las de la apelación, ni en las de este recurso, por aplicación del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

— Sentencia del Juzgado de Primera instancia n.º 1 de Ejea de los Caballeros de 20 de febrero de 2009. Régimen normal de luces y vistas. Suspensión de obra nueva:

«Primero.— La parte actora solicita la tutela sumaria de su derecho mediante el ejercicio de una acción de suspensión de obra nueva, prevista en el artículo 250.1.5º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Según la demanda, el demandado está iniciando la construcción de un edificio en el solar de su propiedad, adyacente al inmueble de la actora, sin respetar un pequeño callejón existente entre ambas fincas, el cuál se pretende anexionar. La continuación de la obra tal y como está proyectada supondrá tapar dos ventanas de la actora que dan a dicho callejón, así como el corte de dos aleros del tejado de la actora.

El demandado se opone a la anterior pretensión alegando que no existe un derecho de luces y vistas a favor de la actora. En relación a la cuestión de los aleros, alega que en el proyecto existe una previsión para la salida de las aguas pluviales. Manifiesta que el pretendido callejón no es tal, sino un patio o luneta propiedad del demandado, y no una vía pública, por lo que tiene derecho a emplear la totalidad del solar.

Segundo.— Se considera acreditado que la madre de la demandante, en cuyo nombre actúa, es propietaria del inmueble, antiguo, situado en la calle de la localidad de Uncastillo. Igualmente se considera acreditado que el demandado es el propietario del solar ubicado en la calle de la misma localidad. Las partes no han discutido estos extremos.

Ambos inmuebles son colindantes en su parte trasera, según se deriva de la certificación aportada por la parte actora así como de las escrituras aportadas por el demandado (documentos 1 y 2). En estos dos documentos, al describir los linderos de la finca se hace constar que linda al fondo con un. No puede, por lo tanto, entenderse que el hueco existente entre ambas fincas sea una vía pública o callejón, sino que se trata de un patio que debe pertenecer a una de las dos fincas. Aunque en los documentos catastrales se atribuye la titularidad de dicho patio a la finca de la actora, lo cierto es que la actora no pretende en su demanda ser propietaria de dicho patio, y que todos los testigos han venido a reconocer que el patio pertenecía a la finca del demandado. Así, el Sr. manifestó que la luneta siempre ha estado separada del callejón con un muro, que a dicha luneta se entraba desde la finca del hoy actor, que en dicha luneta había un desagüe y cuando había que entrar para desatascarlo siempre hablaba con el padre del actor. El Sr., anterior usuario del horno, manifestó que a la luneta él podía acceder desde una ventana del inmueble de la actora, pero que pedía permiso al padre del actor. El Sr. manifestó que a la luneta se entraba desde la finca del actor, y que desde la luneta no había salida

al callejón. Por lo tanto, a la vista de las escrituras y las declaraciones de los testigos (tanto propuestos por la parte actora como por la parte demandada), debe concluirse que la luneta que corre a lo largo de la zona de colindancia entre ambos inmuebles pertenece al inmueble del demandado. La colindancia se deriva también de signos tales como el hecho de que el muro de la parte izquierda del solar se extienda hasta la finca de la actora, así como los diversos restos que evidencian que partes de la construcción existente con anterioridad en el solar (al parecer, una cochera) se apoyaban en la pared del inmueble de la actora (estos signos se pudieron apreciar en el reconocimiento judicial, se observan perfectamente en las distintas fotografías obrantes en las actuaciones, y el perito hace referencia a ellos en su dictamen). El hecho de que el solar del demandado llegaba hasta la pared de la finca de la demandante se deriva también del hecho de que la superficie que consta en las escrituras coincide con la medida por el perito (que incluye el pasillo), y es algo mayor que la expresada en el Catastro, donde se imputa dicha superficie a la finca de la actora.

Se considera también acreditado que a la luneta referida, como se ha visto, perteneciente al demandado, se abrían dos ventanas desde el inmueble de la actora. Dichas ventanas llevan abiertas desde tiempo inmemorial, probablemente hace más de 100 años, al construirse el inmueble de la hoy actora. Estas ventanas, como se puede observar en las diferentes fotografías aportadas al proceso, carecen de red y reja así como de salientes o voladizos.

Por otra parte, la elevación de la construcción proyectada en el solar del demandado, conlleva necesariamente la rotura de la parte de alero del inmueble de la actora que se proyecta sobre el vuelo del solar del demandado, como se deriva del documento 13 de la contestación, en el que se detalla el modo de dar salida a las aguas pluviales.

Tercero.— La actora ha solicitado la suspensión de la obra que se lleva a cabo en el solar del demandado. Los requisitos para que prospere esta acción son los siguientes: 1) que se trate de una obra nueva, entendiendo como tal no sólo la que supone una edificación nueva, sino también aquella que supone la ampliación de otra preexistente, y entendiendo obra en un sentido amplio, en el que pueden incluirse no sólo la edificación, sino también las excavaciones o demoliciones; 2) que la obra no se encuentre terminada; y 3) que la obra suponga o pueda suponer razonablemente un daño o perjuicio inminente para la propiedad, posesión o cualquier otro derecho de quien ejercita la acción.

En el caso que nos ocupa se da claramente el primero de los requisitos, que la obra sea nueva, pues se trata de la construcción de un edificio en un solar. También se da claramente el requisito segundo, que la obra no se encuentre terminada, pues todavía se está en fase de cimentación. Este segundo requisito tiene como fundamento el hecho de que no se suspenda la ejecución de obras cuando ya se han producido los daños o perjuicios, ya que no tiene entonces ningún sentido. En este caso, el posible perjuicio para la actora (cierre de las ventanas y rotura de los aleros) todavía no se ha producido, por lo que el requisito concurre.

Cuarto.— Por lo que se refiere al requisito de que la obra suponga un perjuicio para la propiedad, pose-

sión u otro derecho, debe tenerse en cuenta que no basta cualquier alteración en el estado de las cosas. De otro modo, cualquier persona tendría la posibilidad de suspender la ejecución de una obra nueva, pues siempre supondría la alteración, en mayor o menor medida, de la situación anterior. Es necesario, por lo tanto, que quien solicita la suspensión de la obra acredite la probabilidad razonable e inminente de que la ejecución de la misma le causará un perjuicio que no debe soportar. No es necesaria una prueba plena y, así, en aquellos casos en los que haya una controversia jurídica de fondo, ésta se podrá resolver definitivamente en el juicio declarativo que corresponda, otorgándose una tutela provisional a través de este tipo de procedimiento sumario. Pero sí es necesario que, al menos, el interés o derecho cuya probable vulneración alega la parte actora, cuente con una mínima apariencia de respaldo jurídico, de manera que en aquellos casos en los que éste no exista, la pretensión de mantener la suspensión acordada al admitir la demanda debe desestimarse. Así, si se aportan indicios del perjuicio para el demandante, la obra se suspende y, si ni siquiera se aportan dichos indicios, se levanta la suspensión. Ello sin perjuicio de lo que se pueda declarar en el procedimiento posterior correspondiente: si pese a los indicios que dieron lugar a la suspensión de la obra luego se declara que la actora no tenía el correspondiente derecho, se podrá levantar la suspensión y condenar al pago de la correspondiente indemnización por los perjuicios causados por dicha suspensión; y, al contrario, si pese a la ausencia inicial de indicios, la parte actora resulta lesionada en su derecho, podrá darse lugar a la demolición de lo mal construido o a la indemnización correspondiente.

En el presente caso, la actora pone de manifiesto dos posibles perjuicios: el cierre de dos ventanas y el corte de dos aleros de su inmueble.

Por lo que se refiere al cierre de las ventanas, lo que la parte actora trata de proteger es un hipotético derecho de luces y vistas. No se trata de que la ejecución de la obra pueda perjudicar físicamente dichas ventanas, puesto que no se prevé ninguna actuación sobre dichas ventanas, sino que dicha ejecución va a impedir el disfrute de luces y vistas que, hasta el momento, podía ejercer la parte actora al no existir impedimento para ello. Así, y aunque sea un análisis que no va a tener fuerza de cosa juzgada, es necesario decidir si existe o no dicho derecho, o si hay indicios de que puede existir, puesto que en caso contrario no hay derecho que proteger frente a la obra, y no estará justificada su suspensión. Para ello debe tenerse en cuenta la regulación en esta materia en Aragón, fundamentalmente los artículos 144 y 145 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Las ventanas abiertas en la finca de la parte actora y que dan al inmueble del demandado, pese a no respetar las distancias marcadas por el artículo 582 del Código Civil, carecen de reja de hierro y red de alambre. Sin embargo, ello no es signo aparente de servidumbre de luces y vistas, según el artículo 145 de la Compilación. Por lo tanto, no consta que la servidumbre se haya establecido expresamente y, al no existir los signos aparentes necesarios para su adquisición por usucapión, tampoco hay indicios de que dicha servidumbre pueda existir. Si no hay indicios de que el

derecho exista o pueda existir, no hay ningún derecho que pueda protegerse mediante la suspensión de la obra. Es, entonces, de aplicación lo dispuesto en el artículo 144.3 de la Compilación, por lo que el demandado puede construir en su finca sin sujeción a distancia alguna. En conclusión, la ejecución de la obra no causa a la demandante ningún perjuicio que no tenga el deber de soportar, y el cierre de las ventanas no justifica la suspensión de la obra.

Quinto.— En cuanto a los aleros, conforme al proyecto de construcción en el solar del demandado, será necesario el corte de los aleros del tejado de la actora que se proyectan sobre el vuelo de dicho solar.

Con independencia de la existencia o no de una servidumbre de vertiente de tejados y de la cuestión de la invasión del vuelo del solar del demandado por el tejado del edificio de la parte actora, lo cierto es que en este caso estamos ante una intervención física en un elemento constructivo del inmueble propiedad de la actora. El riesgo para la propiedad es efectivo, pues el demandado aportó como documento 13 croquis de la actuación a efectuar, y el propio Arquitecto describió dicha intervención en el juicio.

Por lo tanto, existe un riesgo de efectiva perturbación en la propiedad de la actora, lo que justifica la suspensión de la obra, sin perjuicio de que en el correspondiente procedimiento declarativo se decida sobre si el demandado tiene o no derecho a actuar sobre el alero de la actora, o a que ésta lo retire.

Sexto.— Habida cuenta del carácter sumario del presente procedimiento, así como de los perjuicios que pueden irrogarse al demandado, especialmente en el caso de que en un posterior procedimiento declarativo se le reconozca el derecho a actuar sobre los aleros que se proyectan sobre su terreno; del hecho de que no se ha considerado justificada la suspensión por el cierre de las ventanas; y dado el estado actual de la obra, que no puede perjudicar los referidos aleros hasta que se encuentre más avanzada, se acuerda permitir la reanudación de la obra hasta el momento en el que deba actuarse sobre los aleros, momento en el cual deberá suspenderse la obra.

El fundamento de esta decisión se encuentra en la prohibición del abuso de derecho (artículo 7.2 del Código Civil), de forma que no puede pretenderse la suspensión inmediata de la obra cuando, con arreglo a lo argumentado, la ejecución de la misma no va a producir perjuicios inmediatos. Se pretende causar al demandado el menor perjuicio posible, permitiéndole seguir con la ejecución de la obra hasta el momento en el que se deba actuar sobre el alero, de forma que mientras tanto las partes puedan instar la actuación judicial correspondiente con el objeto de decidir la cuestión referente a los repetidos aleros.

Séptimo.— Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 447.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta sentencia no produce efectos de cosa juzgada.»

— Sentencia de la A.P. de Teruel de 24 de febrero de 2009. Régimen normal de luces y vistas:

«I.— Frente a la sentencia de instancia que estimando la pretensión principal de la demanda, condena a la demandada a cerrar las ventanas abiertas en la vivienda de su propiedad sobre la finca de la actora, se alza la parte demandada, fundamentando su impug-

nación, en esencia, en la virtualidad del artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, que reconoce el derecho a abrir huecos para luces y vistas tanto en pared propia como medianera sin sujeción a distancias determinadas, y en la imposibilidad de que pueda verse afectada por una limitación al dominio, derivada de una obligación contraída por su padre en un contrato en el que no fue parte.

II.— Para la correcta resolución de la cuestión que se plantea, hay que partir de que, en fecha once de Octubre de dos mil uno, la actora y su esposo suscribieron con D., padre de la demanda un convenio, entre cuyas estipulaciones se pactaba la renuncia de D. P al derecho que le reconoce el artículo 144 de la Compilación, estableciendo que cuando éste dejase de ser titular de la finca registral por transmisión, enajenación, arriendo, subarriendo o cesión por cualquier título, procedería a cerrar todos y cada uno de los huecos existentes en las paredes de la vivienda de su propiedad, colindantes con la finca de la actora. A cambio de ello D. P percibió la cantidad de un millón de pesetas. Así las cosas, al fallecimiento de D.P, la propiedad de la referida finca se transmitió por herencia a su hija, la demandada D.ª, a quien la actora requirió para que procediese a dar cumplimiento a lo pactado, cerrando los referidos huecos, a lo que esta se negó.

III.— Centrados así los hechos objeto de la controversia, y entrando en la motivación del recurso planteado por la parte demandada, es preciso señalar, en primer lugar que si bien es cierto que el Artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón reconoce el derecho del propietario a aperturar, tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio ajeno, como en pared medianera, huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones, no es menos cierto que este derecho es renunciable, en los términos que señala el artículo 6.2 del C. Civil, y del mismo modo el régimen normal de luces y vistas que regula el citado artículo 144 antes citado, no obsta a que los interesados puedan establecer por vía convencional una servidumbre negativa de luces y vistas que afectaría, no solo a los contratantes, sino a los posteriores titulares de los predios dominante y sirviente. Pero es que además, aún cuando pueda considerarse que la obligación de proceder al cierre de las ventanas es una obligación de carácter personal, es preciso tener en cuenta que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1257 del C. Civil los contratos producen efecto entre las partes contratantes "y sus herederos", y no hay que olvidar que la demandada es propietaria de la finca 6.599 por herencia de su padre D., que suscribió con la demandada el convenio de fecha once de Octubre de dos mil uno; lo que conduce necesariamente a desestimar el recurso y a confirmar íntegramente la resolución recurrida.»

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Ejea de los Caballeros. Régimen normal de luces y vistas. Concepto de voladizo:

«Sexto.— Los reconvinientes piden, en segundo lugar, la condena de la reconvenida "a colocar red y reja o protección semejante o equivalente en los dos huecos para luces y vistas abiertos en la pared divisoria que toman luces y proyectan vistas a través de la terraza de mis mandantes".

Los reconvinientes alegan que la actora tiene dos ventanas abiertas que toman luz y proyectan vistas a través de la terraza de aquéllos. Afirman que las ventanas están abiertas a menor distancia de la legalmente exigida y, por lo tanto, exigen que se coloque red y reja o protección semejante.

La reconvenida alega que las ventanas referidas disponen de contraventanas que vuelan sobre el predio de los demandados, que dichas contraventanas existen desde hace más de diez años y que, tratándose de signos aparentes de servidumbre, se ha constituido un derecho de luces y vistas sobre el predio de los demandados, por lo que no procede la colocación de red y reja. Alega, además, que existe un alero de tejas que vuelan sobre el predio de los reconvinientes, y un canalón que vuela más que las tejas, que son también signos aparentes de luces y vistas.

Tanto las partes como los testigos que declararon en el juicio tienen claro que las ventanas a las que se refiere la pretensión de los reconvinientes llevan abiertas más de veinte años, aunque no se pusieron de acuerdo acerca de cuánto tiempo llevan colocadas las contraventanas. Las mismas ya estaban en el momento en el que se tomó la fotografía n.º 8 de la contestación a la demanda. En cualquier caso, como se va a ver, ello es irrelevante.

El artículo 145 de la Compilación establece que "los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fondo ajeno son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas". El Diccionario de la Real Academia Española define voladizo como "que vuela o sale de lo macizo en las paredes o edificios". En ese sentido, tanto las contraventanas como las tejas y el canalón podrían considerarse voladizos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, desde el punto de vista jurídico, no cualquier elemento que sobresale de lo macizo en una pared o edificio se puede considerar como voladizo y, por lo tanto, no puede considerarse como signo aparente de servidumbre de luces y vistas.

Así lo ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que en el fundamento jurídico segundo de su sentencia de 22 de abril de 2008 establece 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 en la pared... si no tiene como uso previsto el de que una persona pueda salir al exterior de su propia casa para ganar vistas, frontal y lateral, sobre el predio sirviente". En el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de 27 de septiembre de 2007 puede leerse que "los voladizos deben estar situados en la parte inferior de los huecos destinados a luces y vistas, pero para que se conviertan en signos aparentes capaces de lograr por usucapión el nacimiento de la servidumbre, han de tener la finalidad de avanzar con el cuerpo sobre el fondo ajeno al objeto de mirar a través del mismo". Por lo tanto, es completamente irrelevante el tiempo que lleven colocadas las contraventanas o el alero y el canalón al que se refiere la contestación a la reconvencción, puesto que es claro que estos elementos no cumplen la finalidad que la jurisprudencia exige a un saliente para que pueda ser signo aparente de luces y vistas.

Una vez constatado que no existe servidumbre de luces y vistas, es de aplicación el régimen general establecido en el artículo 144 de la Compilación. Al estar

las ventanas dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código Civil, los reconvinientes tienen derecho a exigir que se coloque la "reja de hierro remediada en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente" (art. 144.2 de la Compilación). Por lo que debe estimarse la reconvencción en este punto.»

— Sentencia de la A.P. de Teruel de 30 de abril de 2009. Régimen normal de luces y vistas:

«PRIMERO.— Formula recurso de apelación la Comunidad de Propietarios de la Plaza de frente a la sentencia de instancia que desestima totalmente la demanda en la que la Comunidad actora solicitaba: 1º/ la condena del demandado don a deshacer o retirar el alero de su tejado de modo que no invada el vuelo de la actora y 2º/ a colocar en la terraza construida en el inmueble, en la parte que linda con la del edificio de los actores, protección, bien de obra, bien de cualquier otro material que la técnica posibilite y que impida las vistas desde la casa del demandado sobre la de los actores, con la adecuada elevación en todos sus puntos y que posea la consistencia suficiente para que ni los accidentes atmosféricos ni el comportamiento ordinario de las personas permitan la vista. Basa la juzgadora a quo dicha desestimación en la falta de prueba de que el muro sobre el que vuela el alero del edificio del demandado sea privativo de la actora y, respecto a la terraza, en el hecho probado de que la terraza de la casa del demandado se halla a unos cinco metros de las terrazas de los actores. Reitera en esta alzada la actora los argumentos que ya esgrimió en la instancia, oponiéndose a dicho recurso el demandado Sr.»

SEGUNDO.— La primera petición que hace la Comunidad de Propietarios demandante respecto al alero del tejado del edificio del demandado se limita a la condena de éste a "deshacerlo" o "retirarlo" "de modo que no invada el vuelo de la actora". Da por sentado la Comunidad que el muro sobre el que vuela la cornisa es de su propiedad pero no formula petición alguna relativa a la declaración de dicho dominio. Pues bien, entiende la Sala, a la vista de las fotografías aportadas a autos y del informe pericial emitido por el Arquitecto Técnico don, que, con independencia de la titularidad de la tapia que separa ambas propiedades (respecto de la cual no se pide ningún pronunciamiento), es lo cierto que el saliente de 10 centímetros que existe en el edificio del demandado responde a una técnica constructiva que tiene por finalidad la protección de la fachada, sin que le permita adquirir derecho alguno sobre el vuelo que ocupa. Pero es que, además, se han aportado a autos fotografías del edificio tal como estaba construido con anterioridad a las obras realizadas por el demandado en el mismo (documentos núm. 2 y 3 de la contestación a la demanda ratificadas en el juicio por el antiguo propietario de la nave y vendedor de la misma al demandado), en las que se observa que también el tejado sobresalía de la edificación y existía, además, un canalón que, al parecer, recogía las aguas del tejado, no habiéndose determinado ahora de una manera concluyente que las dimensiones del alero actual difieran del saliente primitivo, por lo que no puede hablarse de la existencia de un gravamen distinto del que ya se tenía cuando realizó las obras el demandado. Por todo ello debe ser desestimado el primer motivo del recurso y confirmado el primer pronunciamiento

de la sentencia apelada aunque por razones diferentes a las esgrimidas por la juzgadora de instancia.

TERCERO.— El segundo motivo del recurso sí debe prosperar por las siguientes razones:

El artículo 144 de la Compilación Aragonesa permite abrir huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas, tanto en pared propia y a cualquier distancia del predio ajeno, como en pared medianera, pero con la limitación de que dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código Civil los huecos deben carecer 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. Pues bien, en el caso que nos ocupa lo que ha construido el demandado es una terraza en la pared de su edificio que linda con la propiedad de la Comunidad actora y que, conforme al precepto indicado, debía respetar las distancias establecidas en el artículo 582 del Código Civil al que remite la Compilación Aragonesa, es decir, dos metros, al tratarse de vistas rectas, desde la pared en que se ha ejecutado la terraza hasta la finca del vecino, y sesenta centímetros para las vistas de costado u oblicuas. Yerra la juzgadora de instancia cuando realiza la medición desde el balcón del demandado hasta las ventanas del edificio colindante, pues es claro el Código Civil cuando establece que la distancia debe computarse desde la pared en que se construyó el balcón hasta la finca del vecino, no "entre los voladizos o terrazas" como dice la sentencia apelada, y puesto que, como se afirma en dicha resolución, "el muro litigioso es el encargado de determinar el punto de separación" entre ambas fincas, deberán respetarse los dos metros para las vistas rectas y sesenta centímetros para las oblicuas o de costado desde el balcón del demandado hasta el muro. Por todo ello, la situación creada por el Sr. conculca el régimen legal de luces y vistas, que deberá ser repuesto en la forma solicitada por la Comunidad actora, es decir, colocando en la terraza construida por el demandado, en la parte que linda con el inmueble de los actores, protección bien de obra, bien de cualquier otro material que la técnica posibilite y que impida las vistas desde la casa del demandado sobre la de los actores, con la adecuada elevación en todos sus puntos y que posea la consistencia suficiente para que ni los accidentes atmosféricos ni el comportamiento ordinario de las personas permitan la vista.»

— Sentencia de la A.P. de Teruel de 11 de septiembre de 2009. Régimen normal de luces y vistas:

«PRIMERO.— Al amparo del art. 144.2 y 144.3 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón sobre el régimen normal de luces y vistas solicitaba la demandante que la demandada, en la terraza o mirador abierto sobre el fundo propiedad de la demandante levante un tabique, a una altura suficiente que impida la vista desde la misma al patio de luces de la casa de la demandante.

Que la demandada quite la antena de televisión colocada en el tejado de la finca de la demandante.

Y que la demandada construya el tejado o cubierta de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo o sobre calle o sitio público.

En la sentencia objeto del recurso se desestima íntegramente la demanda.

En cuanto a la primera de las pretensiones considera la sentencia que al tratarse de una terraza construida sobre una de las vertientes del tejado de la demandada, habiéndose cerrado la terraza con un muro de 1,6 metros y rematado con una línea de tejas recorriéndolo, se está en un supuesto permitido a la luz del art. 144 de la Compilación.

Añadiendo además que la pretensión formulada contra la demandada es de una ambigüedad tal, que impide su estimación.

Frente a tal decisión se opone la parte demandante en su recurso de apelación alegando:

El error en la decisión del juzgador de instancia que se denuncia sobre la base de una sentencia de esta Audiencia Provincial de fecha 2-2-2004.

Este Tribunal no aprecia contradicción entre la sentencia dictada por el Juzgador de Instancia y la que se alega por la vía del recurso; porque en supuesto de hecho que se aborda en el recurso, y el que resuelve la sentencia anterior que se invoca no se aprecia identidad de razón.

En el caso que hoy contemplamos, se parte en la sentencia de que el hueco abierto, por sus características, la única exigencia es la de dotarle de reja de hierro remetida y red de alambre, o protección semejante o equivalente. Que en el caso además se encuentra protegido el vecino de los huecos, por que existe un muro de 1.6 metros rematado por tejas. Por ello no puede exigirse a la demandada que se eleve dicha pared hasta una altura indeterminada, lo que se concretaría en ejecución de sentencia; porque ello entraña una indefinición en la demanda causante de indefensión.

Este Tribunal comparte la anterior argumentación.

Ciertamente a juicio de este Tribunal la altura de la pared 1.60 metros y su remate permite presumir que la protección equivalente del hueco abierto es suficiente; razón por la cual la parte actora debería haber probado que la protección ofrecida por el muro es insuficiente y como consecuencia pretender concretándolo, que se protegiera el hueco en la forma indicada por la Compilación, cosa que no ha efectuado. Por lo que los argumentos de la parte apelante no pueden ser acogidos. Y como consecuencia el recurso en este punto desestimado.

SEGUNDO.— El jugador de instancia desestima la segunda de las pretensiones, la de quitar la antena de televisión, razonando que la actora no tiene derecho alguno ha solicitar lo anterior porque la antena se encuentra situada exclusivamente en el tejado de la demandada.

A tal decisión se opone la parte demandante con su recurso alegando, que si como la propia sentencia recoge la antena vuela unos 10 cm. sobre la finca de la demandante, por tanto la antena debe ser colocada sobre la finca de los demandados.

Este Tribunal no puede acoger tal alegación pues tergiversa los términos en la redacción de la sentencia pues no dice que la antena vuela sobre la propiedad de los demandados, lo que se dice es que el travesaño sobre el que se apoya la antena vuela 10 cm. no así la antena y ello se aprecia claramente en las fotografías que se han acompañado con la demanda.

TERCERO.— Finalmente se opone a la desestimación de la última de sus pretensiones, que consistía en obligar a la demandada a construir su tejado o cubier-

ta de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo o sobre calle o sitio público, porque tras las obras de rehabilitación las aguas pluviales caen sobre la terraza de la casa de la demandante.

En la sentencia se desestima tal pretensión porque existía con carácter previo a la rehabilitación servidumbre de vertiente de tejado, ( se trataba de un tejado construido a dos aguas) y por tanto la demandante tiene la obligación de soportar el vertido de las aguas pluviales que caigan sobre la cubierta del vecino.

Por la vía del recurso lo que se alega, es distinto de lo que se dijo en la instancia pues ahora se alegan hechos nuevos por los que se pretende lo mismo que en la demanda pero sobre un base fáctica no alegada en el momento procesal oportuno: la agravación de la servidumbre preexistente por las modificaciones introducidas. Alegaciones que este Tribunal no puede entrar a conocer sin sobrepasar los límites propios del recurso, razón por la cual la confirmación de la decisión del juzgador de instancia se impone por sus propios fundamentos, siendo inocuas el conjunto de alegaciones vertidas por la vía de este recurso ex. art. 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil puesto en relación con el art. 400 el mismo texto legal.»

— Sentencia de la A.P. de Huesca de 30 de septiembre de 2009. Régimen normal de luces y vistas:

«PRIMERO: 1. El demandado cuestiona en su recurso la acción sobre tutela sumaria para recuperar la posesión de un derecho ejercida respecto del muro de ladrillo cerámico construido por él mismo en el patio de luces integrado en el edificio de su propiedad, al cual se abren diversas ventanas correspondientes a las viviendas del inmueble contiguo situado en el número NUM... de la calle de DIRECCIÓN... de Fraga. Así, los ocupantes de los pisos afectados se han visto privados de las luces y vistas que recibían gracias a los huecos abiertos en el límite con la propiedad ajena.

2. Al respecto, siguiendo el criterio defendido en nuestras sentencias de 25-I-1996, 11-VII-2001, 14-I-2008 y 31-VII-2008, hemos de decir que no hay en principio inconveniente alguno en que con el proceso de tutela sumaria de la posesión (antiguamente conocido como interdicto) se proteja una servidumbre de luces y vistas, si bien tampoco es necesario, dada la propia naturaleza del proceso sumario, que se acredite totalmente la titularidad de un derecho de servidumbre de luces y vistas sobre el predio en donde se ha materializado la acción que perjudica a las luces y vistas, pues bastará con constatar la existencia de una razonable controversia sobre la existencia del pretendido derecho de servidumbre para que así proceda en su caso la estimación de la acción posesoria, sin perjuicio de que en el ulterior juicio ordinario quede definitivamente resuelta la controversia entre los dueños de las fincas colindantes.

3. No obstante, de las fotografías aportadas a estos autos, tomadas poco antes de que concluyera el levantamiento de la pared, se desprende la mera existencia de unas ventanas sin voladizos en sentido estricto. Tal situación —como dijimos también en las indicadas sentencias— no supone acto alguno de posesión sobre la finca vecina, pues cualquiera es muy libre de tener o no en su propia finca una construcción cerrada con pared con o sin ventanas, dado que su apertura, tanto en pa-

red 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 manera 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. Es decir —seguíamos diciendo—, si no hay voladizo invadiendo el inmueble colindante, la mera presencia de las ventanas no supone rebasar en el ejercicio de la posesión los límites de la propia finca, salvo que se hubiera realizado un acto obstativo impidiendo al vecino construir, momento a partir del cual quien 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. De esta manera —concluíamos—, al igual que el propietario de un predio 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, lo que no implica realizar acto alguno de posesión sobre la finca cuyas ventanas pasan a quedar inutilizadas, sin más límite que la interdicción del ejercicio abusivo de los derechos.

4. Y esta situación de abuso de derecho, a través de un acto de emulación, prohibido por el artículo 7.2 del Código civil, es la que se ha dado en el supuesto enjuiciado, como se desprende de las pruebas practicadas. El levantamiento del muro ha sido realizado por el demandado con la única finalidad de perjudicar a su vecino o, lo que es lo mismo, con evidente afán vindicativo y sin que la obra le reporte beneficio alguno (como acertadamente sostiene el juez de instancia en los dos últimos párrafos del fundamento de Derecho cuarto de la sentencia apelada). La actuación del demandado tuvo su origen en las diversas quejas personales y ante la Policía local efectuadas precisamente por el actor con fundamento en las molestias que le provocaba la música con un volumen muy alto proveniente de la vivienda del demandado. El Sr. Raimundo no perseguía un fin altruista con la construcción de la pared, como pareció defender en el juicio, cual sería disminuir el volumen de los ruidos procedentes de su propia vivienda, sino vengarse del vecino por el hartazgo que al demandado le provocaron las reclamaciones de la otra parte a consecuencia de las molestias acústicas. Así, nos encontramos con una situación de hecho derivada de una relación de vecindad tutelable en este procedimiento sumario, en tanto que no puede ser ejercitado abusivamente el derecho de todo propietario a edificar tapando los huecos de la finca vecina a que se refiere el artículo 144.3 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, con la consiguiente facultad de mantener las aberturas reconocidas en el apartado 1 de ese mismo precepto. Hemos de aclarar que no era exigible —ni tampoco ha sido alegado— que el actor instara sumariamente la suspensión de la obra nueva, dada su poca envergadura y su rápida ejecu-

ción, en cuyo supuesto mal podía el poseedor perturbado hacer uso de dicha acción antes de que las obras quedaran concluidas, como hemos dicho en casos similares.»

— Sentencia de la A.P. de Zaragoza, Sección Cuarta, de 8 de octubre de 2009. Régimen normal de luces y vistas. La falta de protección no es signo de servidumbre y el voladizo, para que lo sea, debe guardar una relación funcional de las luces y vistas, lo que no es el caso:

«PRIMERO.— La parte recurrente accionó en solicitud de declaración de la existencia de luces y vistas a favor del predio de su propiedad, siendo el predio sirviente el de la parte demandada. Se explicaba en la demanda el origen unitario que tuvo en su día las fincas y que tras su reparto entre sus primitivos propietarios quedó en su actual estado siquiera "antes de dicho reparto ya existían las ventanas de mi mandante, sin reja ni rete, debiendo considerarse que dichos huecos constituyen signos aparente (sic) de servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia". Además se reseñará que los propietarios de ambos predios construyeron "lo que hoy es el edificio de mi mandante con un alero o voladizo en el tejado... que vierte y ocupa en parte a lo que hoy es el solar del demandado".

SEGUNDO.— La sentencia de instancia desestimará la demanda y contra la misma se alzarará, en un breve recurso, la parte demandante, recurrió en el que se denunciará una errónea valoración de la prueba, debiendo afirmarse tres presupuestos fácticos, a saber, 1) que las fincas fueron antes una única con la preexistencia ab initio de las ventanas objeto del procedimiento, 2) la existencia de un alero en su propiedad y la inexistencia de un equivalente en la propiedad de la demandada y 3) la inexistencia de reja y rete desde la construcción del edificio, lo que debe llevar a concluir, en el sentir de la parte recurrente, que sí existe la servidumbre constituida "por destino del padre de familia".

Pero esos datos no son objeto de discusión. Y la fundamentación jurídica que sustenta la sentencia de instancia no merecerá ningún reproche en el recurso.

En efecto tal solución se asienta en el criterio del TSJA, (sent. 4-2-2004) que interpretando los arts. 144 y 145 de la Compilación ha sentado que "la vigente Compilación, cuando se refiere a la adquisición de la servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia, no hace ninguna remisión al Código Civil para la apreciación de los signos aparentes de servidumbre, como hacían los Anteproyectos del año 1962 y 1963, ni se pronuncia en el sentido en que lo hacía el art. 143 del Anteproyecto de 1965 de la Comisión de Codificación. Deja a salvo la vigencia en Aragón del art. 541 del Código Civil, pero hay que entender que respetando su peculiar Derecho en la regulación de los signos aparentes de servidumbre de luces y vistas. Por ello, a los efectos de dicho precepto del Código Civil, hay que entender, que signos aparentes de luces y vistas serán los que la Compilación determine, esto es, los del art. 145 de la Compilación, interpretación que, como decía la referida SAP 9-7-1994, es conforme al sentido propio de las palabras del precepto, en relación con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos, de acuerdo con las normas interpretativas del art. 3.1 del Código Civil.

Por otro lado, añade esa sentencia y recoge la del Tribunal a quo que la interpretación del art. 145 de la Compilación, sostenido por los recurrentes, desconoce la tradición jurídica aragonesa en materia de luces y vistas, regulando sus signos aparentes de forma distinta según se trate de adquisición por usucapión o por destino del padre de familia, lo que produciría una grave inseguridad jurídica, pues no todos los huecos para luces y vistas en pared divisoria de fundos con o sin protección, serían simple manifestación de una relación de vecindad".

Por tanto la falta de protección no es signo de servidumbre y el voladizo, para que lo sea, debe guardar una relación funcional de las luces y vistas, lo que no es el caso. Razonamientos que fatalmente deben conducir a la desestimación del recurso.»

— Sentencia de la Sala de lo Civil del TSJA de 30 de noviembre de 2009. Régimen normal de luces y vistas: La cuestión a resolver es si prescribe por el transcurso de treinta años la acción para exigir la colocación de reja y red derivada de la disposición contenida en el artículo 144.2 de la Compilación o, por el contrario, no se pierde por prescripción:

«PRIMERO.— En el único motivo de casación en el que se basa el presente recurso, se reputa infringido el artículo 144.2 de la Compilación. Concretamente, y existiendo jurisprudencia contradictoria entre las Audiencias Provinciales de Zaragoza y Huesca, la parte expresa que la cuestión que mediante el presente recurso se plantea ante la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón es... determinar cuál de esas doctrinas es más correcta con el fin de unificar el criterio respecto a la prescriptibilidad o imprescriptibilidad de las acciones derivadas de lo dispuesto en el art. 144.2...

La cuestión a resolver en el presente recurso de casación se contrae pues, exclusivamente, a la determinación de si como sostiene el recurrente (con apoyo en sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca) prescribe por el transcurso de 30 años la acción para exigir la colocación de reja y red derivada de la disposición contenida en el art. 144.2 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón o, por el contrario, no se pierde por prescripción (conforme al criterio mantenido en la sentencia aquí impugnada y las en ella citadas).

SEGUNDO.— Se expresa en la sentencia recurrida, con cita de otras anteriores de la propia Audiencia, que con arreglo a la regla in facultativis non datur praescriptio, no cabe la prescripción extintiva de la acción para exigir las protecciones y que por desarrollarse las relaciones de vecindad en el ámbito de los actos tolerados, su ejercicio anormal, eludiendo las defensas, no puede dar lugar a prescripción adquisitiva o extintiva de clase alguna.

Frente a ello, argumenta el recurrente que la teoría de los actos tolerados a que se alude ahí, deriva de lo dispuesto en los arts. 444 y 1942 del Código civil —preceptos que se enmarcan dentro de la prescripción adquisitiva o usucapión— que establecen que la posesión por mera tolerancia en modo alguno sirve a efectos de la prescripción adquisitiva. Y razona que en ningún caso pretende la adquisición de un derecho real, sino que lo alegado en el proceso es que la acción (derivada del art. 144.2 de la Compilación) estaba perjudicada por prescripción extintiva de conformi-

dad con lo dispuesto en el artículo 1963 del Código civil: transcurso del plazo de treinta años previsto para el ejercicio de la acción legal para así interesarlo... el cumplimiento de las obligaciones no se puede exigir cuando la acción ha prescrito...

TERCERO.— Precisaremos en primer lugar que, en rigor, no es adecuado referirse a la prescripción (o prescriptibilidad) de la acción. Ciertamente, en derecho positivo español y por virtud del íntimo enlace que secularmente se ha venido estableciendo entre derecho subjetivo y acción, los dos conceptos aparecen confundidos a este respecto (así sucede en los artículos 1930 y 1961 y ss del Código civil). Se trata de uno de tantos residuos del pensamiento jurídico romano, donde en efecto, lo que se extinguía como consecuencia de la inactividad era la actio. Pero cuando la idea romana se traslada a un orden constitucional completamente diverso, como es el nuestro, hablar de prescripción de las acciones es erróneo. No es éste el lugar para exponer las muy distintas formulaciones del concepto de acción, pero sí puede recordarse, partiendo de la amplia y consolidada doctrina del tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE que la acción se configura como un instrumento de ejercicio de aquel derecho que, por lo mismo, se dirige frente al órgano jurisdiccional. Al ser el órgano jurisdiccional el destinatario de la acción, se está ante un derecho subjetivo público, perfectamente diferenciado del derecho subjetivo material cuyo cumplimiento o actuación se reclama frente al demandado.

La prescripción supone la extinción de un derecho y correlativamente, la liberación de una obligación, por la causa a la que enseguida nos referiremos. Es pues ese derecho subjetivo el que puede haberse perdido. La sentencia desestimaré la demanda si aprecia (nunca pues, a limine, sino en la decisión de fondo) que la pretensión material en la que se fundaba se ha extinguido por prescripción.

Lo que prescribe, pues, no son las acciones en sentido estricto y procesal del término, sino las pretensiones materiales (acciones en el sentido del derecho civil) esto es, cada una de las concretas facultades de exigir a otro una conducta que tiene el titular del derecho subjetivo.

CUARTO.— La prescripción extintiva se produce como consecuencia del no ejercicio del derecho por su titular, durante cierto tiempo. Suele decirse que la prescripción adquisitiva (para el nuevo titular) y extintiva (para el anterior) son como las dos caras de una misma moneda, de manera que lo que para el poseedor del derecho es la adquisición del mismo por usucapión, para el titular de aquél es prescripción extintiva. El recurrente viene a negar esta correspondencia, cuando razona: ... en nuestro caso, no estamos alegando haber adquirido derecho real alguno que impida la acción del contrario (lo impide el art. 145 de la Compilación) sino que lo que estamos alegando es que la acción del contrario ha prescrito por mero transcurso del plazo legal previsto para instarla... Lo cierto es —y a pesar de que el Código civil de conformidad con la tradición histórica que lo inspira, lo regula de forma unitaria, como dos aspectos del mismo fenómeno— que al respecto no hay un criterio unánime, ni doctrinal ni jurisprudencial (véase la STS 29 de abril de 1987). Y realmente esa interdependencia no es esencial al

instituto: cabe que se produzca una simple pérdida de derecho sin correlativa adquisición del derecho real. En otros ordenamientos como el alemán, la adquisición por usucapión del dominio y los demás derechos reales es independiente de la prescripción extintiva.

Ahora bien, sucede que el presupuesto de la prescripción extintiva no es únicamente la inactividad, sino la inactividad del titular frente a la perturbación o lesión de su interés. No basta, como parece entender el recurrente, el mero transcurso del tiempo. A diferencia de lo que ocurre con la caducidad, la prescripción no juega contra quien no ejercita su derecho, sino contra quien no lo defiende cuando es atacado o puesto en peligro.

QUINTO.— A la luz de la norma del art. 144 de la Compilación, y de sus antecedentes históricos (Observancia De aqua pluviali arcenda) ha venido repitiéndose por los tribunales la declaración de que la apertura de huecos para luces y vistas sin existencia de voladizo sobre fundo ajeno, constituye una simple relación de vecindad, acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza ni obligación en quien lo soporta. Lo cierto es, no obstante, que el goce de los huecos no depende de la mera condescendencia del vecino, quien si bien puede construir en su predio si le conviene, no puede de ningún otro modo oponerse a la apertura y mantenimiento de los huecos en cuestión. De manera que esa supuesta tolerancia no es tal, en cuanto que en realidad es legalmente debida. Ello responde a la idea del ius in nocui. La Ley obliga al propietario de la finca vecina a tolerarlos porque considera que de ellos no dimana ningún daño para él.

El régimen de las relaciones de vecindad es netamente diferente del propio de las servidumbres, pues éstas constituyen una limitación anormal y extrínseca al derecho de propiedad, mientras que las limitaciones derivadas de las primeras forman parte del régimen normal de aquélla. En ese contexto de relaciones de vecindad, el propietario de la pared puede abrir en ella libremente huecos pero, como contrapartida, el propietario del fundo vecino, que debe soportarlas, puede obstruirlas con nuevas construcciones, y puede exigir la colocación de reja y red. Encontramos aquí la nota de reciprocidad, que es una de las características de las relaciones de vecindad (frente a lo que ocurre con las servidumbres, donde lo que hay es una relación jerarquizada entre uno y otro inmueble). Son limitaciones de las que derivan cargas y ventajas recíprocas. Sólo cuando esas restricciones rebasan los límites señalados por la Ley, pueden transformarse en servidumbres, aunque a veces no es fácil señalar el punto preciso en el que se sobrepasan los límites de esas relaciones. Y otra nota característica es (como reconoce el recurrente en casación, aunque al mismo tiempo sostiene que prescribe la acción derivada de la no observancia de las obligaciones dimanantes de los límites derivados de tales relaciones) la imprescriptibilidad, precisamente porque esas limitaciones al derecho de propiedad derivadas de la vecindad son inherentes y consustanciales a tal derecho.

SEXTO.— El apartado primero del art. 144 de la Compilación establece que Tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio ajeno, como en medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción

a dimensiones determinadas. Exige únicamente, en su apartado segundo, que 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.

El Derecho aragonés así, y a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, se caracteriza en este punto por configurar las relaciones de vecindad en el marco de una amplia libertad y tolerancia. La exigencia de reja y red ni siquiera existía bajo la vigencia de las Observancias, habiendo sido introducida (tras prolongadas discusiones entre los miembros del Seminario de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés) en el Apéndice.

Y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 145, 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...

La contravención del régimen normal de luces y vistas produce, pues, consecuencias distintas en función de la exigencia legal transgredida, pues la adición a los huecos de balcones o voladizos constituye signo aparente de servidumbre, mientras que la omisión de protecciones no lo es. Quien no dota de reja y red al hueco abierto no pone por tanto en peligro la libertad del fundo vecino, en nada lo daña pues su falta no constituye signo aparente de servidumbre. En el propio escrito del recurso de casación alude la parte a la doctrina que señala que la no colocación de reja y red es, en realidad, un acto jurídicamente inocuo o intrascendente. Y así es, pues la omisión de las protecciones no constituye una intromisión anormal en la propiedad vecina mediante el disfrute de una apariencia de servidumbre. Siendo así, al no haber lesión al interés del derecho del propietario colindante, éste nada debe defender, por lo que falta uno de los presupuestos de la prescripción extintiva según hemos señalado arriba.

Se deduce de todo lo expuesto que, tal como ya dijimos en nuestra sentencia de 22 de abril de 2008, el propietario del fundo colindante a aquel en el que se abrieron los huecos, siempre mantendrá el derecho a reclamar y obtener que se coloquen las protecciones legalmente previstas.

Procede, por cuanto ha quedado expuesto, la desestimación del recurso.»

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º2 de Calatayud, no consta fecha. Régimen normal de luces y vistas:

«PRIMERO.— La parte actora ejercita acción negatoria de servidumbre de luces y vistas contra las partes codemandadas, alegando que en la pared medianera que separaría su finca (sita en calle) con la de ambas demandadas (finca propiedad de sita en calle, y finca propiedad de sita en calle), se habría abierto por éstas huecos que carecerían de voladizos. Alega la parte actora que en el Registro de la Propiedad no se habría inscrito ningún título de servidumbre a favor de las partes demandadas. La parte actora invoca el derecho foral aragonés, el cual no contempla la servidumbre legal de luces y vistas, pudiendo adquirirse exclusiva-

mente la citada servidumbre de luces y vistas mediante título, cuya existencia niega la parte actora.

Así mismo, interesa que se alce la suspensión de la obra que en su día inició en la finca de su propiedad y que se acordó por resolución judicial al haber interpuesto las partes hoy demandadas acción de suspensión de obra nueva.

Las partes codemandadas se oponen a las pretensiones ejercitadas de contrario, alegando que ambas serían titulares de un derecho de servidumbre de luces y vistas constituido mediante escritura pública (escritura de aceptación, división y adjudicación de herencia de fecha uno de octubre de 1959), lo cual impediría a la parte actora construir a menos de tres metros de distancia de la pared donde existen los huecos. Así mismo, alega que la existencia de huecos sería ostensible e indubitada, por lo que la servidumbre afectaría a la parte actora aun cuando el título no se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad.

La cuestión controvertida se centra en determinar si las partes demandadas serían titulares de un derecho de servidumbre constituido mediante título, y en caso afirmativo, las consecuencias de la no inscripción frente a la parte actora. NO obstante, y teniendo en cuenta que la parte actora ha hecho referencia al régimen especial de la servidumbre de luces y vistas en el derecho aragonés, es necesario aludir a él a efectos de determinar el derecho aplicable.

SEGUNDO.— El derecho foral aragonés contempla un régimen especial respecto de lo que el derecho común contempla como servidumbre de luces y vistas, en tanto el derecho foral diferencia por un lado, las llamadas relaciones de vecindad, y por otro, las servidumbre de luces y vistas.

Para el derecho foral aragonés, la apertura de huecos para luces y vistas en pared propia y a cualquier distancia no constituye signo aparente de servidumbre de luces y vistas, a diferencia de lo que ocurre en el derecho civil común. Tales huecos no se consideran signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, salvo cuando dichos huecos tienen voladizos (artículo 145 de la Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre Compilación del Derecho Civil de Aragón, adelante, Compilación aragonesa), no pudiendo, por tanto, adquirirse el derecho a tener abiertos tales huecos sin voladizo mediante prescripción.

La absoluta libertad que la compilación da para abrir huecos para luces y vistas en pared propia y a cualquier distancia del predio ajeno, se contrarresta con la posibilidad que el propietario del predio ajeno tiene para poder edificar y construir en él sin sujeción a distancia alguna.

Visto lo anterior podría decirse, en un principio, que en el asunto que ahora nos ocupa la parte actora tendría derecho a construir en la finca de su propiedad a cualquier distancia de la edificación donde estuvieran abiertas las ventanas, pudiendo, por tanto, tapar éstas.

No obstante, no parece ser este el caso, en la medida que, según las partes demandadas se habría constituido la servidumbre de luces y vistas mediante título, siendo en este caso aplicables las disposiciones del Código Civil al tratarse de una servidumbre voluntaria y no legal.

Así, el artículo 594 del Código Civil establece que "todo propietario de una finca puede establecer en

ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni el orden público”.

Ello implicaría que si existe un título constitutivo de servidumbre de luces y vistas, no sería aplicable el régimen que establece la Compilación aragonesa en los artículos 144 y 145, por lo que entonces sí que podríamos hablar de una auténtica servidumbre de luces y vistas con independencia de que los huecos tengan o no voladizo.

El título que alegan las partes demandadas sería la escritura de aceptación, división y adjudicación de herencia de y de fecha 31 de octubre de 1959, en la que habrían intervenido los cuatro hijos de aquéllos, , , Y.

En dicha escritura (folio 130 de las actuaciones), aparecen como bienes privativos de, entre otros, los siguientes bienes inmuebles:

— Casa Habitación con corral y vaquera en la calle , que consta de planta baja, un piso y granero y mide la casa 20 metros, el corral 15 y la vaquería 20 metros de superficie. Adjudicada a, que posteriormente la vendió a Y el 25 de noviembre de 1996. Estos, finalmente la vendieron a la parte actora el 11 de marzo de 2002.

— Casa habitación con corral en la calle , que consta en la mitad de su extensión de una planta elevada edificada sobre el paso al corral de la misma y la propiedad de y está compuesta derecha planta elevada de cocina y tres habitaciones... Adjudicada a.

— Edificio sito en la plaza compuesto de cochera con granero una bodega subterránea y habitación situada encima de ella de unos 40 metros cuadrados de superficie todo ello. Adjudicada a.

En dicha escritura se hace constar (folio 134, reverso), que “podrá ampliar y levantar su edificio llamado vaquería pero sin obstaculizar la vista y luces de las ventanas de la edificación propiedad de”.

Debe aclararse, ante de entrar en consideraciones jurídicas, que la pared que la parte actora pretende levantar sería la de la vaquería. Como puede apreciarse en el documento n.º10 aportado por la parte actora, existe una primera dependencia, que se correspondería con la casa y que tendría planta baja, primera planta y granero, tal como se describía en la escritura. La dependencia trasera y sobre la cual caen las ventanas sería la vaquería, que es lo que la parte actora pretende levantar y el corral, entendiéndose éste como espacio abierto, sin tejado.

En opinión de esta juzgadora, con la citada cláusula se está constituyendo un auténtico derecho de servidumbre de luces y vistas a favor de (titulares de los predios dominantes), y a cargo de (titular del predio sirviente).

La SAP de Jaén de 22 de noviembre de 2000 establece, citando la STS de 17 de febrero de 1998, que “para constituir una servidumbre así como cualquier gravamen que afecte a la libertad de las fincas, ha de estar bien expresada la voluntad de las partes sobre tales extremos, sin que sea lícito interpretarla extensivamente, y en los casos dudosos los principios generales del derecho y la jurisprudencia aconsejen favorecer en lo posible el interés y la condición del predio sirviente, por no ser de interpretación estricta toda la material relativa a la imposición de gravámenes”.

En el presente supuesto, todas las partes implicadas (propietarios del predio dominante y propietaria del predio sirviente) intervinieron en el otorgamiento de la escritura pública y los términos de la misma son muy claros, en tanto se está prohibiendo a levantar la vaquería entorpeciendo las luces y vistas de los edificios colindantes. Ello implica que ANTONIO y tendrían derecho a tener abiertos los huecos de luces y vistas sobre el predio de, de modo que ésta tendría que estar a lo dispuesto en el artículo 585 CC, que establece que “cuando por cualquier título se hubiere adquirido derecho a tener vistas directas, balcones o miradores sobre la propiedad colindante, el dueño del predio sirviente no podrá edificar a menos de tres metros de distancia, tomándose la medida de la manera indicada en el artículo 583”.

De hecho, la Sentencia dictada por la Ilma. Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 10 de diciembre de 2007 parece reconocer este derecho en el fundamento jurídico segundo, al decir que “En el presente caso que nos ocupa, ha quedado acreditada la existencia de un título constitutivo de una servidumbre de luces y vistas a favor de las fincas de las actoras, en tanto que predios dominantes, derecho que debía ser respetado por el predio sirviente. En la escritura de 31 de octubre de 1.959 se constituyó voluntariamente tal servidumbre”.

Acreditada la existencia de un título constitutivo de servidumbre, debe resolverse sobre su oponibilidad o no a la parte actora, en tanto el citado título no estaría inscrito tal como se ha acreditado con la certificación del Registro de la Propiedad y nada se hizo constar en la escritura de compraventa de la citada finca.

TERCERO.— En la certificación del Registro de la Propiedad (documento n.º1 de la demanda) sobre la finca, hoy propiedad de la parte actora, se observa que no consta inscrito el título de servidumbre referido en el fundamento jurídico anterior.

Según la parte actora, la falta de inscripción del citado título conllevaría que no le sería oponible en aplicación del artículo 32 de la Ley Hipotecaria y 606 del Código Civil.

El artículo 32 de la Ley Hipotecaria establece que “los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero”.

El artículo 606 del Código Civil reproduce la redacción del artículo 32 de la Ley Hipotecaria.

Atendiendo al tenor literal de ambos artículos, en tanto el título constitutivo de la servidumbre de luces y vistas no estaría inscrito, no sería oponible a la parte actora, en tanto tercero.

No obstante, la jurisprudencia ha venido matizando la necesidad de inscripción del título para que pueda perjudicar a tercero.

La SAP de Granada de 19 de octubre de 2009 sintetiza la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia, estableciendo que “es criterio jurisprudencial reiterado que “cuando los signos de la servidumbre son ostensibles, permanentes y perfectamente exteriorizados, tal apariencia indubitada produce una publicidad en semejanza a la inscripción en el Registro (STS de 5 de abril de 1986, 21 de diciembre de 1990 y 15 de marzo de 1993, y la de esta sala de 10 de

junio de 2003). En estos casos la jurisprudencia establece una presunción de conocimiento válida mientras que no se demuestre lo contrario, tal y como señalan las STS de 18 de noviembre de 1992, 15 de marzo de 1993 y 23 de marzo de 2001, al decir que "el conocimiento de la existencia de la servidumbre por el adquirente de la finca, el cual se presume cuando hay signos ostensibles o manifiestos o indubitados, no permite la protección registral que la Ley Hipotecaria proporciona a los adquirentes". De otro lado, el artículo 34 de la L.H. exige como presupuesto esencial para que el titular inscrito goce del amparo que la concede el Registro la adquisición de buena fe. Pero este requisito no viene siendo entendido por la Jurisprudencia de manera amplia y flexible sino rigurosa, obligando al que adquiere a desplegar una conducta activa, extendida a no omitir circunstancia o diligencia alguna, a fin de averiguar si existen o no vicios en la titularidad del transferente (STS de 30 de enero de 1960 y 25 de noviembre de 1996) o, como dice la STS de 16 de junio de 2003, ha de agotarse la diligencia.

Aunque el artículo 32 de la Ley Hipotecaria no exige expresamente la buena fe, a diferencia del artículo 34 del mismo texto legal, lo cierto es que cuando ambos artículos hablan de "tercero" se están refiriendo al "tercero hipotecario". En opinión de esta juzgadora, siguiendo un amplio sector doctrinal, el tercero a que se refiere el artículo 32 ha de ser de buena fe, ya que, si fuera de otro modo, no merecería tal protección.

Lo cierto es que en el presente supuesto los signos son manifiestos, por lo que debe presumirse que la parte actora tenía conocimiento de su existencia, a pesar de que lo niegue y nos haga creer que advirtió su presencia en el momento de derribar la vaquería. Ciertamente es que desde la calle es imposible que se advirtiera la existencia de los huecos puesto que la casa tenía tres plantas (planta calle, primera planta y granero) y detrás de la casa estaba la vaquería, encontrándose los huecos sobre la vaquería. Sin embargo, tales huecos podrían haberse apreciado subiendo al tejado, e incluso desde el corral trasero, entendiéndose como tal el espacio abierto existente al final de la finca propiedad de la parte actora y que puede observarse en las fotografías aportadas por la parte demandada (documento n.º14). Esta juzgadora desconoce si había puerta de acceso al mismo.

En la vivienda de existe una ventana con reja de hierro situada en planta baja que daría al citado corral.

Lo lógico cuando la parte actora adquirió por compraventa la vivienda es que además de consultar el Registro de la Propiedad se hubiera asegurado si existían huecos abiertos en las paredes de las viviendas propiedad de las partes demandadas y si tales huecos traían su causa en un título.

Por todo lo expuesto, debe considerarse que aunque el título constitutivo de la servidumbre de luces y vistas no estaba inscrito, perjudicaría a la parte actora en tanto pudo conocer de su existencia si hubiera sido suficientemente diligente.

Consecuentemente, no procede estimar la acción negatoria ejercitada por la parte actora, la cual deberá respetar el artículo 585 del Código Civil, de modo que si pretende elevar la pared de la vaquería, deberá hacerlo a tres metros de distancia de las paredes de las partes demandadas donde se encuentran los huecos.

CUARTO.— Finalmente, la parte actora interesa que se condene a colocar red y reja en la ventana de la planta primera situada sobre la ventana de la planta baja que ya cuenta con las mismas.

Se está refiriendo la parte actora a la ventana de la planta primera que no caería sobre el tejado de la vaquería y que se encontraría encima de la ventana de la planta calle que sí que tiene reja. Puede observarse perfectamente en el documento n.º4 de la demanda.

Lo cierto es que en la escritura de aceptación y división de herencia de 31 de octubre de 1959 no se establecía que los huecos pudieran carecer de reja de hierro.

El artículo 144 de la Compilación establece en su apartado segundo que "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 reja de alambre, o protección semejante o equivalente". Según el artículo 145 del mismo texto legal, la falta de protección citada no constituye signo aparente de servidumbre, por lo que no podría adquirirse el derecho a no tener tal protección por usucapión. Sí que podría adquirirse tal derecho mediante título, sin embargo, tal título no existe, como ya hemos dicho.

Ello conlleva que vendrá obligada a colocar reja de hierro remetida en la pared y red de alambre en la ventana que se encuentre en la planta primera, encima de la ventana que ya la tiene, sin que esta juzgadora deba valorar si las demás ventanas deben o no tener tal protección, pues dicho pronunciamiento vulneraría el principio de congruencia, en tanto la parte actora no lo ha solicitado.»

c.— Servidumbre de luces y vistas:

d.— Usucapión de servidumbres aparentes:

— Sentencia de la A.P. de Huesca de 18 de marzo de 2009. Sólo pueden adquirirse por usucapión las servidumbres aparentes, aquellas reveladas por signos exteriores. Al caso, existiendo un signo aparente de una camino usado, cuando menos de la década de los sesenta, se concluye la adquisición por usucapión de una servidumbre de paso:

«PRIMERO: Revisada nuevamente la prueba practicada y con especial atención la grabación de la vista, no apreciamos error en la sentencia recurrida, cuyas conclusiones tanto fácticas como jurídicas consideramos acertadas y ajustadas al supuesto enjuiciado. Como hemos dicho en otras ocasiones (por ejemplo, en nuestras sentencias de 28 de diciembre de 2006, 11 de julio de 2007 y últimamente en la de 9 de octubre de 2008, 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.

SEGUNDO: En el presente caso, en las fotografías aéreas obtenidas antes de surgir el problema entre los litigantes, permite apreciar un camino o paso que discurre paralelo al desagüe hasta la parcela n.º NUM000 y que nace en el camino vecinal que, por el este, discurre junto a la parcela n.º NUM006 de los demandados, la entidad de tales marcas hacen permitir concluir en la existencia de algo más que unas simples rodaduras —folios 54, 66, 68, 76 y 185—. Esta apreciación, junto con la declaración de una parte de los testigos, permite concluir que los demandantes han estado utilizando dicho paso o camino para acceder a su finca —parcela n.º NUM000 del polígono NUM001— desde que adquirieron la finca en 1995 y antes quien se la transmitió, pues es un hecho que desde la construcción del desagüe por la Confederación Hidrográfica del Ebro en la década de los sesenta —folio 294— los propietarios de las cuatro parcelas llegaron a un acuerdo, que en aras a la brevedad no vamos a reproducir, en función del cual han estado pasando los demandantes por la finca de los demandados. Y como dice la sentencia del juzgado, la acción ejercida se basa, no en la voluntad de los propietarios —artículo 563 del Código Civil—, sino en la prescripción adquisitiva o usucapión. Por todo lo cual el recurso no puede prosperar.»

— Sentencia de la A.P. de Huesca de 6 de mayo de 2009. Usucapión de servidumbres aparentes: Falta de apariencia:

«PRIMERO: La demandada cuestiona en su recurso la acción confesoria de servidumbre de paso planteada de contrario y acogida en la sentencia apelada. A tal efecto, rechaza la constitución de la servidumbre por título escrito; aduce que es tercero registral; cuestiona la apariencia del paso y, por último, mantiene subsidiariamente que la servidumbre se habría extinguido por no uso durante veinte años, por imposibilidad de uso actual y por renuncia tácita del dueño del predio dominante.

SEGUNDO: 1. La escritura pública de 13 de abril de 1790 aportada por la demandante para acreditar la adquisición de la servidumbre de paso por título contractual no ofrece las garantías jurídicas necesarias para entender que se refiere precisamente a las fincas hoy propiedad de uno y otro litigante. No nos parece suficiente a tal fin la declaración testifical de quien fue

propietaria del predio supuestamente dominante hasta el año 1974, , pues ese documento —transmitido, al parecer, de generación en generación— podría responder a cualesquiera eras de Panticosa —según la denominación empleada en la escritura— y, por tanto, la testigo puede estar equivocándose cuando viene a indicar que el documento alude a las fincas ahora controvertidas.

2. En segundo lugar, no consta —sino más bien todo lo contrario— que el supuesto paso haya sido aparente. Como tenemos repetidamente declarado (por ejemplo, en nuestra sentencia de 28-XII-2006 y las allí citadas), para el reconocimiento en Aragón de una servidumbre de paso adquirida por usucapión o prescripción adquisitiva, debe tenerse en cuenta que la Compilación establece en su artículo 147 que solo las servidumbres aparentes son las que pueden ser adquiridas por usucapión, de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, a diferencia de las servidumbres no aparentes; y, por aplicación supletoria del Código Civil a tenor del artículo 1.2 de la Compilación, son servidumbres aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan su aprovechamiento, mientras que no son aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia (artículo 532 del Código Civil). La servidumbre de paso, 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. En el presente caso, el único dato que podríamos destacar es un somier que, a modo de cancela o simple parapeto, se observa, entre una y otra finca, en las fotografías tomadas antes del inicio de las construcciones; pero, con arreglo a lo que acabamos de exponer, no podemos considerarlo signo aparente de paso, ni siquiera aunque lo asimiláramos a una puerta, pues ni aun entonces habría signo externo de camino, senda, vereda o carril, como específicamente mantuvimos en nuestra sentencia de 13-X-2005.

3. La falta de apariencia es relevante en este supuesto no solo para descartar la constitución de la servidumbre por usucapión, sino también por título, según el fundamento principal de la demanda, aunque hipotéticamente admitiéramos la fuerza probatoria de la escritura de 1790, dado que, en esa hipótesis, falta la inscripción de la servidumbre (no aparente, repetimos) en el Registro de la propiedad y la demandada desconocía su eventual constitución, por lo cual no puede perjudicar a quien tiene la cualidad de tercero hipotecario, conforme a los artículos 13, 34 y 36 de la Ley Hipotecaria. Este criterio ya lo mantuvo el Tribunal Supremo en su sentencia de 20-X-1993.

4. Por todo ello, sin necesidad de examinar las causas de extinción de la servidumbre aducidas por la apelante, debemos estimar el recurso, lo que conlleva la desestimación de la demanda.»

— Sentencia de la A.P. de Teruel de 7 de mayo de 2009. Usucapión de servidumbres aparentes:

«PRIMERO.— La demandante D.<sup>a</sup> ejercita en su demanda una acción reivindicatoria sobre una superficie de solar de 123 metros cuadrados sita en la c/ núm. 4 de la localidad de, finca ésta que, según manifiestan, ha sido ocupada por los demandados, propietarios de un pajar colindante, que han construido sobre la misma un garaje. De forma subsidiaria, para el caso de que no prosperara la acción reivindicatoria, los demandantes D.<sup>a</sup> y D. ejercitan una acción confesoria de servidumbre de paso sobre el terreno litigioso adquirida por usucapión.

Los demandados se opusieron a la demanda al considerar que todo el terreno que se reivindica les pertenece tal como se acredita por el hecho de ser los titulares registrales de la finca, y niegan la adquisición por parte de los demandados de una servidumbre de paso al tener ellos acceso a sus fincas directamente desde la calle pública.

La sentencia de instancia desestima la demanda al considerar que la demandante D.<sup>a</sup> no ha acreditado el dominio sobre el terreno que reivindica, ni la adquisición por parte de los dos demandantes de una servidumbre de paso por usucapión.

Contra dicha sentencia se alza la parte actora alegando error en la apreciación de la prueba, pues a su entender de practicada hay que deducir que han acreditado el dominio sobre el terreno reivindicado, y, alternativamente, la adquisición por prescripción adquisitiva de la servidumbre que se reclama.

SEGUNDO.— Como acertadamente se dice en la sentencia recurrida es constante la jurisprudencia, desde la lejana Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1927, que mantiene que, para que pueda prosperar la acción reivindicatoria contemplada en el artículo 348 del Código Civil, se precisa la concurrencia de los tres requisitos que se exigen para su viabilidad, y cuya prueba corresponde al actor en aplicación del principio general de la carga de la prueba contenido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, título legítimo de dominio en el reclamante, identificación de la cosa que se pretende reivindicar y la detentación injusta de quien posee la cosa y al que en definitiva se le reclama.

En cuanto al segundo y al tercer requisito de los exigidos para la prosperabilidad de la acción no existe controversia, pues el objeto reivindicado está plenamente identificado y es la parte correspondiente a solar de la finca catastral, sita en la c/ de una superficie de 123 metros cuadrados, que los demandados tienen catastral y registralmente a su nombre. En cuanto a la detentación del terreno reivindicado por los demandados no presenta ninguna duda, no solamente por el hecho de tenerlo incluido en la inscripción registral de su finca, sino por el de haber realizado sobre el mismo actos claros de dominio como es la construcción de dos paredes de bloques de hormigón a modo de garaje.

TERCERO.— La cuestión debatida es el primero de los requisitos, pues ambos litigantes sostienen que el

terreno controvertido les pertenece al estar incluido en sus respectivos títulos de propiedad. Este requisito, título legítimo de dominio, equivale a justificación dominical, que puede acreditarse por los distintos medios de prueba, sin que sea imprescindible la presentación de un título escrito de propiedad, según interpretación jurisprudencial muy extendida.

La parte actora alega el dominio junto con su hermano y sobrino al haberlo adquirido por herencia de su padre y tío respectivamente, D y D., quienes a su vez lo habían recibido de su madre D.<sup>a</sup> Del conjunto de la prueba practicada hay que concluir, como ya hizo el Juzgador de instancia, que la parte demandante no ha acreditado el dominio sobre esa finca, pues aunque esta sala admite que la demandante Sra. es propietaria de un pajar y solar en la C/, ninguna prueba apunta a que los 123 metros cuadrados que reivindica estén incluidos dentro de esa finca. No se ha presentado informe pericial alguno tendente a acreditar que la franja de terreno reivindicada pertenezca a la finca de la que son titulares la familia de la demandante, cuando ésta nos indica en su recurso, punto 2 del párrafo sexto, que según los planos de implantación catastral del año 1973, eran propietarios de una finca con una superficie de 146 metros cuadrados de pajar y 1.152 metros cuadrados de solar, lo que hace un total de 1.298 metros cuadrados, cuando la finca que ahora poseen, según la medición catastral actual que es la única con la que contamos, cuenta con una superficie total de 1274 metros cuadrados; pues bien, si a esta superficie le adicionamos el terreno que ahora reivindican, 123 metros cuadrados, obtendrían una superficie total de la finca de 1.397 metros cuadrados, sin que den razón alguna para justificar el exceso de cabida que ello conllevaría, al pasar de 1.298 metros cuadrados a 1.397 metros cuadrados. La documental tampoco aporta nada, la propia actora reconoce que los hermanos adquirieron la finca por herencia indocumentada de su tío y padre, sin que pueda servirnos para justificar ese dominio el documento aportado por la demandante con el núm. 12, ya que se trata de un documento en el que faltan las firmas de los propietarios otorgantes.

En el recurso, al igual que en la demanda, se intenta desvirtuar el título de dominio que presentan los demandados, pero se olvidan de que en la acción que se está ejercitando lo que hay que acreditar no es que el demandado no tenga derecho a ocupar el bien objeto de reivindicación, sino que debe acreditarse el dominio de los que reivindican. Aun en el hipotético supuesto de que del análisis de la prueba practicada pudiéramos concluir que los demandados no son propietarios del terreno litigioso, la acción tampoco podría prosperar, pues es quien ejercita la acción el que debe acreditar su dominio sobre la finca reivindicada, lo que la demandante no ha hecho en el presente procedimiento.

CUARTO.— En relación al recurso que interponen ambos demandantes contra el pronunciamiento que desestima la acción confesoria de servidumbre de paso, hay que indicar que nada de lo alegado por éstos en su escrito de recurso desvirtúa la correcta valoración de la prueba llevada a cabo por el juzgador de instancia, correctamente plasmada en la sentencia recurrida, cuya argumentación hace suya la Sala y da aquí por reproducida en evitación de repeticiones in-

necesarias, constituyendo el presente recurso un intento de sustituir la imparcial y objetiva valoración de la prueba llevada a cabo por aquél por la parcial y subjetiva de la parte.

Se reclama una servidumbre de paso a favor de los pajares de los demandantes, derecho que según alegan adquirieron mediante la usucapación o adquisición prescriptiva. El régimen que rige en este territorio, establecido en los artículos 147 y 148 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, permite la adquisición de las servidumbres aparentes por usucapación de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de título ni buena fe. A este respecto hemos de destacar que cualquiera que sea el tipo de usucapación que se alegue, como base de la adquisición de un derecho, este modo de adquirir el mismo supone una posesión o, si mejor se quiere (arts. 430 a 432 entre otros, del Código Civil) disfrute del derecho, como titular del mismo, de forma pública, pacífica y no interrumpida durante el plazo de diez años (art. 147 de la Compilación), al darse entre presentes y tratarse de un paso con constitución física y visible de una senda o de un camino; pues lo único que elimina la denominada usucapación extraordinaria —la que en estos supuestos que contempla el antedicho art. 147, ni siquiera se diferencia de la ordinaria por un plazo más dilatado— son los requisitos de justo título y buena fe, que no se exige por dicho precepto de la Compilación Aragonesa, pero no los inherentes a la posesión o disfrute que, conforme al párrafo 2.º del art. 1.º de la misma por remisión al Código Civil, son los que señalan los artículos 1941 y 1942, es decir en concepto de dueño o titular del derecho de que se trate, pública, pacífica y no interrumpida; no aprovechando los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño.

Y estos requisitos deben ser acreditados por quien reclama la declaración de la servidumbre, porque este pronunciamiento, en cuanto constituye una limitación del dominio, exige la prueba plena y anticipada de la adquisición del derecho limitativo, al presumirse libre la propiedad, por quien lo invoque, «pues si no se violarían el art. 348, el art. 446 y el artículo 530» del Código Civil (STS 25 marzo 1961), y es de interpretación restrictiva (STS 13 marzo 1952), lo que conlleva la carga para el peticionario de justificar cumplidamente el inicio del uso del paso así como las características de éste; lugar por el que se ha utilizado; longitud del mismo; anchura; labores agrícolas que se realizaban; medios animales o mecánicos con que se realizó inicialmente y han venido luego utilizándose, etc., por cuanto estas circunstancias, por analogía con lo que dispone para la anchura el art. 566, serán las que basten para cubrir las necesidades del predio dominante (STS 13 junio 1989) y las que van a concretar y precisar las condiciones de dicha servidumbre. Pero lo que es inexcusable y más importante: la necesidad en la utilización de esa vía, al principio de su uso, o lo que es lo mismo, cuando se dice, por quien reclama la declaración, se dio comienzo al paso por las fincas ajenas, así como en la actualidad en que se solicita la declaración de la existencia de la servidumbre; por cuanto todo derecho limitativo de este tipo tiene su fundamento, en primer lugar, en un servicio o utilidad que puede prestar el titular del predio sirviente, reca-

yente físicamente sobre la finca, y en una correlativa necesidad que tenga el del dominante, igualmente plasmada en el fundo, y no en una simple razón de comodidad, conveniencia o mejor disfrute, como se cuida de resaltar el Código Civil en sus arts. 564, 566 y 568 así como las SSTS 17 noviembre 1930, 29 marzo 1977 y 13 junio 1989, al exigir que esta servidumbre «corresponda no al capricho o conveniencia del titular dominante, sino a verdadera necesidad inequívoca y terminante».

De otro lado, conforme al art. 568 la servidumbre de paso cesa desde el momento en que el mismo deja de ser necesario para el fin que se dio, como igualmente recogen las sentencias antedichas al establecer «que el derecho cesa cuando desaparece la necesidad»; caso en el cual, el dueño del predio sirviente puede pedir la extinción de la servidumbre, devolviendo, en su caso, lo que hubiese percibido como indemnización.

Aplicando la anterior doctrina al caso que nos ocupa, vemos que la acción no puede prosperar, no solamente por cuanto no se ha acreditado una posesión o el disfrute del derecho, como titulares del mismo, de forma pública, pacífica y no interrumpida durante el plazo de diez años, sino que, por el contrario, se ha acreditado que lo que pretenden ser predios dominantes de la servidumbre tienen acceso directo e independiente desde la vía pública, falta de necesidad que impide la constitución de un gravamen sobre la propiedad ajena, sin que el hecho de que los pajares tuvieran una puerta abierta a esa propiedad ajena sirva como signo aparente de servidumbre, pues la misma perfectamente cabe encajarla en lo que se denominan relaciones de vecindad y su uso obedecer a la mera tolerancia del propietario del predio. Por todo ello, el recurso debe ser desestimado.»

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Ejea de los Caballeros de 12 de junio de 2009: Usucapación de servidumbres aparentes:

«Primero.— La parte actora solicita que se declare la existencia de una servidumbre de paso adquirida por usucapación. Por lo tanto, ya desde el inicio debe ponerse de manifiesto que son irrelevantes los datos relativos a si el predio de la parte actora tiene o no salida a camino público, así como la discusión sobre la facilidad o comodidad de accesos alternativos, puesto que no se está solicitando que se constituya una servidumbre legal de paso, conforme a los artículos 564 y siguientes del Código Civil.

Lo que se pretende es que se declare que la parte actora ha poseído, durante el tiempo y con los requisitos legalmente establecidos, el derecho de paso por la finca de la demandada, de forma que lo ha adquirido por prescripción adquisitiva. Si se cumplen los requisitos, el predio del actor tendrá a su favor la servidumbre de paso, aunque pueda acceder a su finca por otros lugares. Si los requisitos no se dan, se desestimará la pretensión, aunque no tenga otro modo de acceder al inmueble.

Se solicita también que se condene a la demandada a la restitución, a su costa, del camino en que consiste la servidumbre, cuestión que se abordará una vez que se decida si existe o no la servidumbre.

Segundo.— La servidumbre de paso es una servidumbre aparente, a tenor de lo dispuesto en el artículo

532 del Código Civil, ya que está continuamente a la vista por un signo exterior que revela su uso y aprovechamiento, que es el propio camino.

Por lo tanto, puede adquirirse por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, como prevé el artículo 147 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón. Aunque no es necesaria la buena fe ni el justo título, sí es necesario que concurran los demás requisitos que, para la prescripción adquisitiva, exige el artículo 1.941 del Código Civil: posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida. Igualmente, para valorar la posesión por parte del actor, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 444 y 1.942 del Código Civil, en cuanto prevé circunstancias que no aprovechan a la posesión.

Tercero.— Sentado lo anterior, procede analizar los hechos que constan en las actuaciones y decidir si se cumplen o no los requisitos para que prosperen las pretensiones de la demanda.

En primer lugar, en relación con la propiedad de la finca que pretende ser predio dominante, aunque no se aporta certificado del Registro de la Propiedad, sí se aporta escritura de constitución de sociedad limitada en la que consta que la referida finca fue aportada a S. L., y además este hecho no ha sido discutido por la demandada.

Se considera acreditado, por otra parte, que la demandada es propietaria de la finca 5. del Registro de la Propiedad de Ejea de los Caballeros, como se deriva de la nota simple aportada como documento dos de la demanda. En dicha nota consta como titular del usufructo, pero tras su fallecimiento corresponde la plena propiedad a .

Se considera también acreditado que, a lo largo del lindero norte del inmueble de la demandada, hasta el mes de junio de 2008, existía un camino, que transcurría entre los puntos señalados con los números 1 y 2 del plano incorporado al acta de reconocimiento judicial. Las partes están de acuerdo en esto, aunque no está claro desde cuándo existe el camino. La demandada manifestó que el mismo se construyó al hacer la finca de regadío, sobre el año 1989 o 1990. Por su parte, el testigo Sr., guarda de aguas del canal de las, manifestó que cuando él entró en el año 1.987, el camino ya estaba. El testigo Sr. manifestó que el camino ya estaba en 1.963, cuando él entró a trabajar en la finca de la hoy parte actora. De todas formas tampoco es necesario conocer la fecha exacta en que se construyó el camino, puesto que, al tratarse de una prescripción entre presentes, el plazo de posesión es de diez años, y está claro que el camino, en el momento en que se eliminó, hacía más de diez años que existía.

Igualmente se considera acreditado que el camino transcurría por la finca de la demandada. Aunque en algún documento catastral aparece el camino referido como camino público, el Ayuntamiento de (documento 8.2 de la demanda) considera que el camino no le pertenece, y renuncia a su propiedad en acuerdo de 28 de febrero de 2008. Por otra parte, de la nota simple aportada como documento 2 de la demanda, se desprende que el camino pertenece a la finca, puesto que no linda al norte con un camino público, sino con "zona excluida", que debe hacer referencia a la parte de terreno que corresponde al servicio del canal. Si se

tratase de un camino público entre la finca de la demandada y el canal, el lindero norte no sería zona excluida, sino "camino", como ocurre con los linderos este, oeste y sur. En el grupo documental 3 de la demanda, por otra parte, y aunque el Catastro no es prueba de titularidad, se observa que el camino se incluye dentro de la finca de la demandada, lo que viene a corroborar lo anterior.

Cuarto.— Con los datos anteriores, debemos ahora decidir si se ha acreditado que la parte actora ha venido poseyendo el camino en concepto de dueño (más bien, en concepto de titular de la servidumbre de paso), pública, pacífica e ininterrumpidamente, durante diez años, sin que dicha posesión haya sido clandestina, meramente tolerada o con violencia.

La demandada reconoce que, desde aproximadamente el año 2003, la parte actora ha venido pasando por el camino, habiendo pedido previamente al marido de la demandada, que se lo concedió al no causarles ello ningún perjuicio. La parte actora afirma en su demanda que sus antepasados habían usado ese camino desde tiempo inmemorial para uso personal y, para uso de la explotación, desde al menos hace 20 años.

Como ocurre con frecuencia en este tipo de pleitos, existen declaraciones testificales contradictorias. Por una parte, el testigo Sr. manifestó que en los años 1992 y 1993, aproximadamente, los camiones de su empresa pasaban por ese camino sin pagar contraprestación alguna (al contrario de lo que dice la demandada), y manifestó que creía que los empleados de la sociedad pasaban por ahí, aunque tampoco lo aseguró. El testigo Sr. manifestó que era tractorista para el anterior propietario de la finca de la parte actora, y manifiesta que empezó a trabajar en 1.963 y que ya estaba el camino, y que pasaba por él sin que nadie le dijese nada; y que no se pasaba por la carretera del canal porque multaban. El testigo Sr. manifiesta que el camino estaba ya en 1949, aunque reconoció que no ha pasado por esa zona en los últimos años, y que el conocimiento que tiene de este camino es de mucho tiempo atrás.

Por otro lado, están los testigos propuestos por la parte demandada. El Sr., guarda del canal, manifestó que el camino ya estaba en 1987, cuando él entró a trabajar; que inicialmente no había un puente que uniese dicho camino con el que existe al oeste de la finca, y que dicho puente se hizo cuando empezaron a pasar los camiones de. Manifestó que entonces cualquiera podía pasar por el camino, pero que, hasta que se hizo el puente, había que pasar en parte por el camino del canal. Manifestó también que, hasta ese momento, era difícil que pasasen por allí tractores con remolque, porque había que hacer una maniobra complicada, y que él no ha visto pasar tractores por allí. Por otra parte dijo que normalmente se deja a la gente pasar por la carretera del canal. También manifestó haber visto una cadena cerrando el camino, y que ello fue después de que los camiones de dejaran de pasar.

El testigo Sr., cuya familia fue propietaria de la finca de la parte hoy actora, manifestó que la finca la vendieron alrededor de 1984, y que antes accedían a la finca por la carretera del canal o, si no, desde. Manifestó también que ha visto el camino con una cadena, y que ni él, ni su padre ni los empleados usaron ese camino.

Finalmente, el testigo Sr. manifestó que desde 2001 el camino estaba cerrado con una cadena, y ha estado así durante 3 o 4 años, desapareciendo la cadena después.

Quinto.— Como se observa, existen importantes contradicciones. Algunas de ellas son irrelevantes. Así, el testigo Sr. manifiesta que ni su familia (anterior propietaria de la finca de la parte actora) ni sus empleados usaban el camino, pero el Sr. (que era empleado de la familia de) manifestó que él pasaba por allí. Realmente estos testimonios, en esta cuestión, son poco útiles, puesto que la familia del Sr. vendió a la actora la finca alrededor de 1984, y lo que nos interesa es la posesión en los últimos diez años, de forma que los hechos anteriores a 1984, si bien podrían ser un pequeño indicio de si otras personas usaban o no el camino objeto de este procedimiento, desde luego no bastan para acreditar la posesión por parte del actor en los últimos diez años.

Se discutió también sobre la posibilidad de que los tractores hiciesen la maniobra de acceso al camino existente al oeste de la finca de la demandada, con anterioridad a la construcción del puente que salva la acequia que por allí pasa. El testigo Sr. asegura que dicha maniobra era posible. El testigo Sr. manifestó que él no ha visto a ningún tractor hacer esa maniobra. La parte demandada alega que ello no sería posible, y es cierto que, como se vio en el reconocimiento judicial, dicha maniobra podría ser complicada antes de construir el puente sobre la acequia. En cualquier caso también esta discusión es estéril, puesto que consta que en los años 1991 o 1992, para que pasasen por allí los camiones de la empresa, se construyó el mencionado puente. Es decir, el puente existe hace más de diez años. Así, aunque se hubiese demostrado, que no se ha hecho, que antes no podía pasar por allí un tractor, ello tampoco sería un impedimento para que el actor hubiese prescrito la servidumbre con posterioridad.

En cuanto a si la empresa pagó o no para pasar por el camino, si lo hicieron podría ello constituir un indicio contrario a la servidumbre, en la medida en que pondría de relieve la voluntad de los dueños de la finca de quien emplease el camino pagase la correspondiente contraprestación; si no lo hicieron, podría ello ser indicio de la servidumbre en el sentido de que personas distintas a los propietarios estaban usando el camino. En cualquier caso se trataría de un mero indicio muy poco consistente, y en modo alguno prueba de la usucapión, puesto que se refiere a los años 1992 y 1993, y a actos realizados por personas distintas de las que pretenden la adquisición por prescripción adquisitiva de la servidumbre.

Sexto.— Con estos testimonios, y con el resto de prueba practicada, no puede considerarse que la parte actora haya acreditado la posesión, en concepto de dueño, de forma pública, pacífica e ininterrumpida durante diez años.

Por una parte, ninguno de los testigos ha manifestado que en los últimos diez años, antes de eliminarse el camino, haya visto a miembros o empleados de la sociedad actora emplear el camino.

Por otro lado, hay tres testigos que manifiestan haber visto una cadena cerrando el mencionado camino, uno de ellos, el Sr., manifiesta que dicha cadena estaba en 2001, cuando él empezó a pasar por el lugar, y que estuvo 3 o 4 años.

Existen indicios que contradicen la posibilidad de una posesión inmemorial, tal y como alega la actora. Así, el hecho de que, para el paso de los camiones de, se tuviera que construir un puente sobre la acequia al oeste de la finca de la demandada, por la dificultad de la maniobra que había que hacer. Como se ha dicho, esto no impediría la usucapión porque podría existir posesión por diez años con posterioridad a la construcción del puente (que se hizo en torno al año 1992), pero sí es un indicio en contra de la posesión inmemorial.

Además, la versión de la demandada de que la parte actora construyó las granjas en 2003, solicitando permiso de paso, lo cual se le concedió por no causarle perjuicio, hasta que tuvieron la intención de rebajar el nivel de la finca, momento en que se le ofreció a la actora seguir manteniendo el paso pero pagando una compensación, es coherente con las pruebas practicadas. Así, la actora no ha negado que las granjas se construyeran en 2003, y así se deriva de las ortofotos aportadas como documentos 8 y 9 de la contestación. Esto concuerda con la declaración del testigo Sr. que manifiesta que desde 2001 y durante, 3 o 4 años, el camino estaba cerrado con una cadena: si tras finalizar las granjas se concedió el permiso, es lógico que entonces se quitase la cadena. Con anterioridad al establecimiento de las granjas se podía pasar por el camino de servicio del canal (como manifiesta el testigo Sr., guarda del canal), pero tras el establecimiento de las granjas se plantea el problema del transporte de purines o de animales muertos, que no puede hacerse por la carretera del canal por el peligro que ello conlleva. Finalmente, cuando el mantenimiento del paso puede ser perjudicial para la demandada, porque supone perder parte de la superficie de la finca, que no se rebaja de nivel, le ofrece mantener el paso pagando una compensación (documento 7 de la demanda).

Realmente, todo lo expuesto en este fundamento son sólo indicios que apoyan la versión de la demandada, aunque no constituyan una prueba definitiva. Sin embargo, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe tenerse en cuenta que quien debe acreditar los hechos en los que basa su pretensión es el actor. Y, en este caso, no sólo no existe dicha prueba sino que, además, existen los indicios contrarios que se han expuesto.

Por lo tanto, debe desestimarse la demanda, sin entrar a examinar la pretensión de la restitución del camino a costa de la demandada, que requería como presupuesto que se declarase la adquisición por usucapión de la servidumbre de paso.»

— Sentencia de la A.P. de Huesca de 23 de septiembre de 2009. Servidumbres aparentes:

«PRIMERO: El actor mantiene en su recurso la procedencia de la acción confesoria de servidumbre de paso con carácter preferente a la acción constitutiva de servidumbre de paso esgrimida con carácter subsidiario y estimada en primera instancia. Por su parte, los demandados discuten la estimación de la acción de deslinde.

SEGUNDO: 1. Respecto al primer extremo, como tenemos repetidamente declarado (por ejemplo, en nuestras sentencias de 28-XII-2006 y 11-VII-2007 y las allí citadas), para el reconocimiento en Aragón de una servidumbre de paso adquirida por usucapión (o pres-

cripción adquisitiva) debe tenerse en cuenta que, según el artículo 147 de la Compilación, 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, senda o carril. Por tanto, lo decisivo no es —como erróneamente argumenta la sentencia apelada— la intermitencia en el uso del paso o el grado de tolerancia o permisividad del dueño del supuesto predio sirviente, como con más amplitud expusimos en nuestra sentencia de 15-V-2008, sino si se detectan realmente huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, lo que supondría un signo aparente de servidumbre susceptible de fundar la usucapión sin necesidad de justo título ni buena fe.

2. En el presente caso, aunque los testigos mantienen que el actor o sus causantes han pasado desde hace muchos años hasta la finca de su propiedad enclavada en la que ahora pertenece a los demandados —a tal punto que el predio supuestamente dominante parece que en una u otra época ha tenido algún tipo de cultivo—, lo cierto es que lo relevante para poder usucapir del modo indicado es que quede marcado un signo exterior que indique el uso del paso, como acabamos de razonar; y, sin embargo, los testigos no corroboran la apariencia del camino de las características interesadas en la demanda y con una realidad de diez años necesarios para adquirir la servidumbre por usucapión. En cuanto a la prueba documental —no valorada especialmente en el recurso—, no consta una ortofoto con una antigüedad de diez o más años en donde el camino pueda ser observado con claridad. Así, la ortofoto unida al folio 66 fue tomada en 1984, pero, por más que la miremos, no observamos la realidad del camino pretendido por el actor. De este modo, llegamos a la misma conclusión que ya sostuvimos en nuestra sentencia de fecha 20 de abril de 2006 dictada con ocasión del juicio verbal 20/2005, aunque sin efecto de cosa juzgada, dado que se tramitó para la protección del derecho real inscrito en el registro de la propiedad (artículos 250.1-7.º y 447.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y cuya copia está unida a los autos. Por todo ello, procede desestimar el recurso del demandante.

TERCERO: Con relación al deslinde, la contrapericial practicada a instancias de los demandados con el fin exclusivo de desvirtuar los resultados de la pericial

presentada de contrario (sobre la base del sistema WAAS de localización de satélites) no puede obviar la constatación de los hitos por parte del perito del actor y del propio juzgador de instancia en el reconocimiento judicial. Concretamente, el perito del demandante mantuvo en el juicio que apreció las huegas 1 a 7 de las marcadas en el plano unido a su informe, y así queda parcialmente corroborado con las fotografías correspondientes a los mojones 2, 3, 4 y 7, mientras que marcó los puntos 8, 9 y 10 siguiendo las indicaciones del actor y el relieve del terreno, como una vaguada (o la senda peatonal a que se refiere el plano en el límite noroeste y norte). Además, siendo evidente la confusión de linderos, los demandados no especifican por dónde discurriría la línea divisoria por la zona en donde no existen hitos (puntos 8, 9 y 10, e incluso el 1, si no se considera suficiente para ello la ubicación de la ermita). No apreciamos, por tanto, error alguno en las conclusiones de hecho a las que llega la sentencia apelada. Con arreglo a lo expuesto, también debemos desestimar el recurso de los demandados.»

— Sentencia de la A.P. de Teruel de 19 de octubre de 2009. Usucapión de servidumbres aparentes. Servidumbre de paso:

«PRIMERO. La mercantil demandante formuló demanda de juicio verbal interesando la declaración de la existencia de una servidumbre de paso sobre la parcela de los demandados Sres., finca núm. del polígono del término municipal de, a favor de la parcela núm. de dicho polígono titularidad de la actora, en el trazado que, dice, existe en la actualidad, interesando además la modificación de la servidumbre de manera que pueda accederse en línea perpendicular a la carretera en una anchura de 5.5 metros y 9 metros de largo, sin indemnización alguna dado que la modificación del trazado de la servidumbre resulta más beneficiosa para el predio sirviente.

La parte demandada se opuso a la demanda negando la existencia del paso pretendido en la demanda y, para el supuesto de ser reconocido y se proceda a su modificación, interesa tenga lugar ésta por alguno de los puntos indicados en el informe pericial que aporta.

La sentencia de instancia desestimó la demanda, alzándose contra ella la entidad actora quien solicita, como ya hiciera en primera instancia, la estimación íntegra de sus peticiones. El recurso ha sido impugnado por la parte demandada.

SEGUNDO. Para la resolución del presente recurso debe tenerse presente que la finca del actor —núm. del polígono de la localidad turolense de— se encuentra enclavada entre otras fincas propiedad de los ahora demandados, separándole de la carretera la parcela núm.. No formula el demandante acción de constitución de servidumbre de paso en base al artículo 564 del Código Civil sino acción de declaración de dicha servidumbre por entender que ya existe en la actualidad, pues de la lectura del hecho tercero de la demanda resulta que el fundamento del derecho pretendido por el actor no es otro que el paso durante años a través de la finca, es decir, su adquisición por usucapión, pese a que en la demanda se llegue a mencionar, aunque en ningún caso como fundamento de la acción, el artículo 564 del Código Civil.

La Compilación de Derecho Civil de Aragón, modificando en la materia relativa a la adquisición de las servidumbres por usucapación la normativa anterior contenida en el Apéndice del Código Civil, prescinde, como dice su exposición de motivos, de las distinciones clásicas de servidumbres positivas o negativas y continuas o discontinuas, para sentar unas reglas más precisas en base a la distinción entre aparentes y no aparentes, estableciendo en su artículo 147 que las aparentes pueden ser adquiridas por usucapación 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 artículo 1º.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, y no aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia, art. 532 del Código Civil (STS 12.7.1984). Esta Audiencia Provincial ha tenido ocasión de manifestarse en este sentido en otros supuestos semejantes al actual (S. 23.1.03 y 27.3.03 citadas por la de 16.11.06) diciendo que la servidumbre de paso puede o no ser aparente, según los casos, pues puede ejercitarse por un lugar determinado con signo visible o usarse sin signo alguno exterior visible de su uso o ejercicio.

Aplicada esta normativa al caso de litis puede decirse que la pretendida servidumbre de paso invocada por la actora aparece a la calificación de aparente y ello por los siguientes razonamientos: En el informe aportado por la demandante con su demanda el Perito don, Ingeniero técnico Agrícola, hace constar la existencia de un paso que denomina "tradicional" que se realiza a través de la parcela núm. a través de un camino de tierra que tiene una anchura media de 3,5 metros y una longitud de 42 metros desde la calzada, afectando a la parcela núm. en una longitud de 40 metros y ocupando 140 m<sup>2</sup> de la misma; aporta fotografías con el informe en las que aparecen signos exteriores permanentes e inequívocos que revelan objetivamente el uso de dicho paso. Este dato se completa con el hecho de que la parcela núm. posee un muro perimetral en el linde con la parcela núm. sólo abierto por el acceso de dicho paso, así como por la declaración testifical del anterior propietario de la finca núm., don , que había adquirido la finca en 1982 y manifestó la existencia de dicho paso por lo menos desde el año en que la compró. La declaración del testigo Sr. , que cultivó la parcela núm. cuando era propietario de la misma el Sr., reconoció la existencia de dicho paso, si bien manifestó que también accedía por otras fincas de los demandados y que cuando pasaba con cosechadoras o tractor pedía permiso a los propietarios. El perito Sr., que emitió dictamen a propuesta de los demandados, informó en el sentido de que en ningún plano —ni cartografía, ni ortoimagen, ni catastral— aparece un paso a través de la finca , pero no niega la presencia en el lugar de signos exteriores que delatan su existencia.

De todo ello se concluye el transcurso del plazo establecido en la Compilación de Derecho Civil de Aragón para la adquisición por prescripción de la servidumbre que se dice en la demanda, sin que pueda ser asumido el razonamiento esgrimido en la sentencia

apelada relativo a que no se cumple en este caso el requisito de los diez años porque "el actor adquirió la finca en el año 2006", ya que "las servidumbres son inseparables de la finca a la que activa o pasivamente pertenecen" (art. 534 del Código Civil), con independencia de la titularidad de las mismas.

TERCERO. Llegados a este punto, debe entrarse a conocer sobre la petición realizada por la parte demandante relativa a la modificación de la servidumbre existente sobre la parcela a favor de la finca. Pide un nuevo trazado que discorra perpendicular a la carretera con una anchura de 5,5 metros y 9 metros de largo conforme a lo expuesto en el informe pericial adjuntado con la demanda, nuevo paso al que se oponen los demandados por entender que perjudicaría a su finca, proponiendo que, en su caso, tenga lugar por cualquiera de sus extremos, Norte o Sur, de manera que no se divida la parcela y ocupe menos superficie de ésta con una anchura de cuatro metros.

Dispone el artículo 565 del Código Civil que la servidumbre de paso debe darse por el punto menos perjudicial al predio sirviente y, en cuanto fuere conciliable con esta regla, por donde sea menor la distancia del predio dominante al camino público.

Propone la parte actora un nuevo trazado que atravesase perpendicularmente la parcela de tal forma que ocupe solamente nueve metros de largo en lugar de los 42 metros que mide el paso actual. Supone ello un acortamiento de la invasión del predio sirviente, coincidiendo con parte del paso ya existente evitando así el tramo actual que discurre paralelo a la carretera. Se trata de una parcela, la núm., que se encuentra dentro de la zona de servidumbre de la carretera autonómica A-1701 y sin utilidad agrícola ni industrial y de muy escaso valor como lo demuestra el precio de adquisición de la misma en el año 2005 por 55 €; no habiendo acreditado los Sres. y el perjuicio que dicho paso pudiera causarles frente a lo que supone un acortamiento de la zona afectada por la servidumbre. De ahí que deba ser estimada la demanda en este punto. Ahora bien, no puede ser acogida en cuanto solicita la ampliación de la anchura de la servidumbre de 3,5 metros que tiene en la actualidad a 5,5 metros, pues con arreglo al artículo 566 del Código Civil "la anchura de la servidumbre de paso será la que baste a las necesidades del predio dominante" y correspondía a la actora acreditar la necesidad de dicha ampliación, lo que no ha hecho, de tal forma que estima la Sala debe serle ampliada hasta 4 metros, que es lo que los propietarios del predio sirviente consideran "suficiente para el acceso de dos vehículos simultáneamente", dada la posibilidad de edificación en la parcela núm. por tener una superficie mayor a 10.000 m<sup>2</sup> (según informe del perito Sr.). No procede fijar indemnización alguna a favor de los propietarios del predio sirviente al ocupar el nuevo trazado menos superficie de la finca núm. que el paso existente.»

— Sentencia de la A.P. de Huesca de 21 de octubre de 2009. Usucapación de servidumbres aparentes:

«PRIMERO: El demandado principal discute primeramente en su recurso la estimación de la demanda, en donde se formula una acción confesoria de servidumbre de paso ya existente para que tenga una anchura de 4'88 m en lugar de los 3'12 m que en la actualidad

tiene —al menos en su tramo final—, tras la colocación de una valla metálica sobre un cerco de bloques de hormigón (de 40 cm de anchura) levantada por el ahora apelante a lo largo de su parcela —el predio sirviente— y de forma paralela al paso. El vallado ha quedado unido al muro de piedra perpendicular que delimita la finca propiedad de la madre de la actora, para lo que ha tenido que reconstruir un trozo de 1,36 m de este originario muro de piedra que se encontraba derruido, según el demandado, parcialmente, mientras que la adversa sostiene que ese fragmento del muro de piedra había sido eliminado cuando fue constituida la servidumbre, hace unos cuarenta años, a fin de permitir el acceso hasta el predio dominante. Asimismo, el demandado, por vía reconventional, mantiene —hechos de entender que de forma subsidiaria— la extinción de la servidumbre por no uso durante veinte años (artículo 546-2.º del Código civil) y por pérdida de necesidad (artículo 546-3.º del Código civil), si bien en el recurso parece matizarse, de modo subsidiario, que la extinción afecte solo a la anchura del paso.

SEGUNDO: 1. En cuanto al ámbito espacial de la servidumbre, conviene precisar que el fundamento de Derecho VI de la demanda aduce en realidad como causa jurídica de pedir, de manera conjunta, tanto la usucapión —artículo 147 de la Compilación— como, además, el propio título constitutivo, y de ahí que, en cuanto a este segundo aspecto, se remita al artículo 545 del Código civil cuando señala que “el dueño del predio sirviente no podrá menoscabar de modo alguno el uso de la servidumbre constituida”.

2. Comenzando por el primer extremo, como tenemos repetidamente declarado (por ejemplo, en nuestras sentencias de 28-XII-2006, 11-VII-2007 y 23-IX-2009 y las allí citadas), para el reconocimiento en Aragón de una servidumbre de paso adquirida por usucapión (o prescripción adquisitiva) debe tenerse en cuenta que, según el artículo 147 de la Compilación, 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, senda o carril. Por tanto, lo decisivo no es la intermitencia en el uso del paso o el grado de tolerancia o permisividad del dueño del supuesto predio sirviente, como con más amplitud expusimos en nuestra sentencia de 15-V-2008, sino si se detectan real-

mente huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, lo que supondría un signo aparente de servidumbre susceptible de fundar la usucapión sin necesidad de justo título ni buena fe. En el presente caso, no se ha acreditado la existencia de huellas, marcas o vestigios de los que se pueda deducir que el paso tenía una amplitud aparente de 4'88 m, a tal punto que en la actualidad el paso dejado por el demandado tras la construcción de la valla está cubierto de cascotes que impiden ver, por ejemplo, cualquier vestigio de marcas de rodadas, según lo que aparentemente se desprende de las fotografías unidas a los autos, cuando menos en la parte final del paso. Así, teniendo en cuenta un uso de la servidumbre, aceptado por el demandado, de no más de 3 m de anchura —lo que se corresponde con la anchura de la pista principal de la que deriva el paso objeto de controversia—, no podemos aceptar —sin perjuicio de lo que digamos seguidamente al analizar el segundo fundamento jurídico de pedir— la ampliación de la servidumbre por usucapión hasta la mayor medida pretendida en la demanda principal.

3. No obstante, tras el examen de las actuaciones y el visionado de la grabación del juicio, debemos defender la misma conclusión probatoria que consta en la sentencia apelada, cual es que la anchura final del paso fue establecida cuando se constituyó la servidumbre, a través del cercenamiento de la porción correspondiente del muro de piedra antes aludido que cerraba el predio dominante (quizá salvo en una pequeña porción para permitir el paso de personas y caballerías), si bien quedó en el subsuelo la cimentación de la parte del muro destruido, lo que explica el resultado de las catas realizadas por el perito del demandado. Esta situación se prolongó hasta la construcción del vallado en el predio sirviente que ha dado origen al presente pleito, junto con la reconstrucción completa de 1'36 m del muro de piedra. La anchura final del paso —4'88 m—, aunque no revela apariencia de uso por un determinado lugar, es un dato objetivo que demuestra por sí mismo la voluntad de las partes en el momento en que la servidumbre fue constituida, cual era permitir un acceso más cómodo hacia el predio dominante y, más en concreto, hasta el edificio allí construido que servía de pajar, y para llegar al cual hay que girar hacia la derecha, a través de la originaria era situada ya dentro del predio dominante, sobre todo si para entrar en él se utiliza un vehículo grande o, sin serlo, simplemente arrastra un remolque o lleva un apero. La propia anchura de la pista, unos tres metros, de la que sale el ramal o paso aquí discutido corrobora que los vecinos de Morillo de Liena que acordaron dotar al paraje de los caminos y las servidumbres de paso que creyeron oportunas también asumieron que el paso que nos ocupa tuviera una anchura superior de 4'88 metros, según la medición referida, para facilitar el acceso a la parcela propiedad ahora de la madre de la demandante. De todo ello y de las demás características de la zona (el predio dominante parece que en su momento podría haber tenido otra salida a vía pública y disponía hasta entonces de acceso peatonal) resulta la preeminencia del carácter voluntario de la servidumbre de paso frente a su naturaleza legal o forzosa, al menos sin ninguna duda en el tramo final del que estamos hablando, dada la

conveniencia o utilidad del ancho de la servidumbre, y no la necesidad, que suponía para el dueño del predio dominante.

4. Aun admitiendo que las causas de extinción de la servidumbre invocadas reconventionalmente (546-2.º y 3.º del Código civil) son aplicables a las servidumbres voluntarias, como dijimos en nuestras sentencias de 1-IX-1993, 10-VII-1995 y 4-X-1999, debemos confirmar la desestimación de la reconvencción por los propios argumentos desarrollados al respecto en la sentencia apelada. En definitiva, la propiedad del predio dominante sigue usando en la actualidad el paso y, más en concreto, utilizaba, hasta la construcción del vallado, la anchura de 4'88 m que tenía en su parte final (aunque no consta que ese uso hubiera dejado algún tipo de marca o señal), porque de este modo podía entrar con normalidad en la era y en el garaje anexo (el originario pajar) con su vehículo (al parecer, un todo terreno que a veces arrastra un remolque), mientras que ahora, tras la colocación de la valla y la prolongación del muro de piedra, lo tiene que hacer con sumo cuidado o ejecutando alguna maniobra especial, por lo que es evidente que la anchura del paso de 4'88 m le reporta una gran utilidad en su recorrido último. Además, el demandado interesa la extinción total de la servidumbre, cuando él mismo, con sus actos propios, ha admitido la realidad del paso, al menos con la anchura delimitada por el vallado.

5. Lo que la actora ha demostrado es que el pacto de constitución supuso que el paso podía alcanzar los 4'88 m en su trecho último, en la entrada al predio dominante, pero no que se hubiera convenido que la servidumbre pudiera tener una anchura de 4'88 m a lo largo de todo el recorrido del paso, lo que, por otra parte, no se compadecería con la anchura de la pista principal, incluso inferior a los tres metros en sus tramos rectos. La demandante tampoco ha concretado sobre el terreno la longitud del paso con esa mayor anchura de 4'88 m. Estimativamente, siempre en perjuicio de la actora —dado que sobre ella recae la carga de acreditar los hechos constitutivos de la demanda— y teniendo en cuenta que cualquier gravamen real limitativo del dominio debe ser interpretado restrictivamente, entendemos que esa porción de más anchura alcanzaba los dos metros, en los términos que detallaremos en la parte dispositiva de esta sentencia. Sobre este extremo procede, por tanto, estimar el recurso, lo que implica la estimación parcial de la demanda principal a fin de limitar el espacio de la servidumbre de la manera anticipada.»

— Sentencia de la A.P. de Huesca de 16 de noviembre de 2009. Usucapión de servidumbres aparentes:

«PRIMERO: Sostiene la parte demandante que también debe estimarse la acción negatoria de servidumbre de paso, dando así lugar a la condena de los demandados a eliminar la puerta de su pared que da acceso al inmueble de los actores, llevando a cabo las obras necesarias para reducir el hueco hasta que el mismo no permita el paso de personas sino tan sólo luces y vistas, condenando en todo caso a los demandados a colocar reja de hierro remetida en la pared con red de alambre o protección semejante o equivalente y condenando igualmente a los demandados al pago de las costas.

SEGUNDO: Delimitados así los términos del recurso, tenemos que el juzgado ya ha hecho, en su metódica y muy elaborada sentencia, una profunda exposición de la doctrina aplicable al caso, si bien tenemos que ha afirmado una apariencia que realmente no concurre, al menos a juicio de este tribunal. Para que una servidumbre de paso sea usucapida en Aragón conforme al artículo 147 de la Compilación, es imprescindible que la misma sea aparente, lo que quiere decir que es imprescindible que la misma se ejerza a través de senda, camino o carril. El Juzgado ha sido perfectamente consciente de lo anterior pero ha afirmado que la servidumbre en discusión era aparente cuando lo cierto es que, a la vista de lo actuado y de la grabación del acto del juicio, no podemos afirmar en absoluto que la misma se ejerciera sobre senda, camino o carril. En las proximidades existe un camino, cierto, que permite el paso de vehículos, pero ese camino no lleva a la finca de los demandados sino a la finca propia del actor y no denota subordinación alguna que permitiera suponer siquiera la existencia de un predio dominante y de un predio sirviente, entre la finca del demandante y la casa de los demandados. En las fotos aportadas no se aprecia camino alguno entrando al supuesto predio dominante (el de los demandados) y no acertamos a encontrar prueba alguna que evidencie un camino con trayecto de entrada en la finca de los demandados por muchos coches que aparezcan fotografiados sobre el prado en el que, en las fotos aportadas, sólo vemos hierba y no camino alguno, por muchos coches que aparezcan fotografiados sobre la hierba, incluso compartiendo ese mismo espacio con personas tumbadas o sentadas en el suelo, sobre la hierba y no sobre el polvo o el asfalto de un, al menos entonces, inexistente camino (folios 150 y 154), siendo de recordar que la apariencia tiene que estar presente durante todo el tiempo de la usucapión.

Es más, en el acta de reconocimiento judicial se hizo constar que “en la faja de terreno próximo a la entrada posterior de la casa de los demandados no se aprecian signos de rodadura ni de camino aparente”, todo ello después de haber hecho constar, en esa misma acta, que lo que da acceso a la parte posterior de la casa de la parte demandada es “una faja de terreno con hierba”, lo que coincide con lo que vemos en las fotos aportadas, aparte de que no importa tanto el estado de las cosas en un instante determinado como la existencia de la apariencia durante todo el tiempo durante el cual se consolida la usucapión. La puerta abierta en la casa de los demandados, aparte de que sólo permite el acceso de personas, no el de vehículos, no puede servir por sí misma para cumplir el requisito de la apariencia pues tenemos repetidamente declarado que las puertas, a efectos de la apariencia de una servidumbre de paso, no bastan por sí mismas si no se abren a una senda, camino o carril que publique, físicamente, a la vista de quien quiera mirar, la anchura y trayectoria de aquello que se está usucapiendo, de modo que la mera existencia de una puerta no es suficiente, a efecto de la apariencia precisa para usucapir, si la misma no se abre sobre una senda, camino o carril. Y en este punto de la apariencia no creemos que pueda hacerse concesión alguna.

La compilación del derecho civil aragonés permite la usucapión de las servidumbres discontinuas, como

la de paso, pero ello sólo es así si son aparentes y el requisito de la apariencia tiene que presentarse y probarse de una forma clara y contundente por la parte que pretende la existencia de la servidumbre. En este caso la amistad y las buenas relaciones entre las partes se rompieron cuando la parte actora pidió al demandado la firma de un documento en el que, muy sustancialmente, reconociera que cuanto se le había tolerado hacer sobre la finca de la parte actora había sido a título meramente personal, a lo que el demandado se negó, tal y como resulta del acto del juicio, porque consideró que de ese modo su finca perdería valor si reconocía que no tenía consolidado un derecho de acceso por la parte posterior, donde se abre la puerta litigiosa tras la amable autorización de la madre del actor, pues la finca de los demandados nunca antes había tenido una puerta por ese lado. Pues bien, la otra cara de tan legítimo interés (que no pierda valor la finca de los demandados) es que el reconocimiento de una servidumbre de paso sobre la finca de la parte actora también disminuye el valor de la misma sin más causa que el paso del tiempo sobre una situación amablemente tolerada dentro de unas cordiales relaciones de vecindad, pues ahora no estamos ante la constitución forzosa de una servidumbre para salvar un enclave, para lo que, entre otros muchos requisitos, se debe pagar una indemnización, sino que estamos ante la pretendida adquisición de un derecho por el mero transcurso del tiempo lo cual en nuestro derecho es ciertamente posible, pero sólo en el caso de que, con todo su rigor, se cumplan todos los requisitos legales, entre los que la apariencia resulta un presupuesto insoslayable, que en el caso no se da, tal y como ya ha quedado expuesto.

La finca de los demandados nunca tuvo el acceso ahora discutido, por lo que para perder valor dicha finca lo primero que tendría que darse es que se hubiera adquirido de algún modo el derecho de paso, que lo hubiera consolidado mediante una usucapión. La madre del actor, por tolerancia dentro de unas relaciones de vecindad y de amistad, sin ánimo de constituir gravamen alguno, tuvo la amabilidad de autorizar al demandado a abrir la puerta sobre la finca que hoy es del actor, pero no consta que dicha puerta se abriera a senda, camino o carril alguno, por lo que nos falta el presupuesto de la apariencia preciso para usucapir una servidumbre de paso. Si se hubiera abierto a una senda, camino o carril, sí que habría podido tener lugar la usucapión, con el transcurso del tiempo, pues tenemos declarado que no se deben confundir los actos tolerados con los "meramente" tolerados. Así en la sentencia de 15 de mayo de 2008, reiteramos que los actos meramente tolerados no aprovechan a la posesión pero que si equiparamos los actos tolerados o permitidos a los "meramente" tolerados de los artículos 444 y 1942, la usucapión de servidumbres o del dominio no podría tener lugar nunca, en ningún caso. Quien pierde el dominio o cualquier otro derecho por usucapión 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 y, además, sin contar para nada con nuestra voluntad pues en estos últimos casos, si el paso se ha ejercido por senda, camino o carril, tiene lugar en Aragón la usucapión por el transcurso del tiempo, requisito temporal que en el caso tampoco podemos afirmar con certeza que concurra, ni aun tomando como referencia un plazo de diez años, con lo que al problema de la apariencia se añade ahora el del tiempo realmente transcurrido usando el paso que, como decimos, cuando se usó, al menos en su tramo final, se usó por una era o prado y no sobre un camino por más que sí que existiera un camino perfectamente delimitado hasta llegar a la "faja de terreno con hierba que da acceso a la parte posterior de la casa de la parte demandada" (folio 192), que es la faja que podemos ver en las fotos aportadas.

TERCERO: Los demandados afirmaron que la puerta litigiosa se abrió en el mismo año en el que compraron la casa, en 1983, pero tal cosa no ha quedado averada por ninguna otra prueba. La madre del actor, según consta en la grabación del acto del juicio, mantuvo que no recordaba el año pero que desde luego no fue en 1983 y que ya había pasado bastante tiempo desde que los demandados tenían la casa cuando les permitió abrir la puerta. La indicada incertidumbre sobre la fecha de apertura de la puerta debe ponerse en relación con el hecho de que en 1994 se pusiera la cadena en la entrada del camino de acceso a la finca del actor, tras quedar habilitado el acceso rodado público a la población. Tenemos así que no sabemos si, siquiera fuera de un modo no aparente, los demandados estuvieron o no pasando diez o más años antes de la colocación de la cadena y, tras su instalación, dicha cadena impedía el paso de vehículos (al menos los demandados no han acreditado que siguieran pasando, no sabemos cómo) y, aunque fuera posible pasar peatonalmente saltándola o sorteándola, dicha acción convertiría el paso en clandestino, aparte de que realmente no podemos considerar acreditado que los demandados pasaran por dicho camino eludiendo de algún modo la cadena en él colocada. Ellos afirman que seguían pasando pero, aparte de que sería un paso clandestino, lo cierto es que no se ha acreditado que pasaran realmente por el camino donde está ubicada la cadena, el que da acceso a la finca del actor, siendo de resaltar que la madre del actor lo que dijo en el acto del juicio, según se puede ver en su grabación, es que desde 1994 no habían pasado (los demandados), desde luego, con coche y que no sabía si habían pasado o no andando.

Otra cosa es que los demandados siguieran usando la puerta de su casa para salir a la finca del actor a tomar el sol con la familia del actor o compartir tertulias y conversaciones como siempre habían hecho, dentro de la relación de amistad que unió a ambas familias, tal y como se reconoció en la demanda, en la que nada más se admitió (de hecho se negó contundentemente que se siguiera pasando por el camino de acceso a su finca; para eso, precisamente, se colocó la cadena, para que nadie volviera a pasar) pero tales actos de tomar el sol y compartir tertulias en el prado, aparte de que merecerían, estos sí, la consideración de "meramente tolerados", pues lo único que se admitió en la demanda (y nada más allá se ha acreditado) es que se seguía permitiendo a los demandados el "utilizar la puerta para salir con ellos a su finca y compartir algunos momentos" lo que no rebasa la esfera de los actos meramente tolerados irrelevantes para la posesión, aparte de que tales actos no dejan huella alguna que permitiera entender cumplido el requisito de la apariencia y aparte, también, de que tales actos bien poco tienen que ver con una servidumbre de paso, que es lo que en estos autos se está discutiendo sin que, por lo ya expuesto, se haya acreditado su existencia, por lo que la demanda también debe prosperar cuando ejercita la acción negatoria de la servidumbre de paso, con la consecuencia de que deba prosperar también la petición de eliminación de la puerta, sin perjuicio de su conservación como ventana si ese es el deseo de los demandados, con las protecciones legales pues en nuestras sentencias de 30 de mayo de 1994, 29 de junio de 1998, 4 de junio de 2004, en la misma línea que la mantenida en la sentencia de 30 de junio de 2006, insistíamos en que la finalidad de una puerta es pasar, permitiendo la entrada y salida de un lugar a otro, destino que nada tiene que ver con el hecho de tomar luces o con el de poseer, gozar y disfrutar de vistas, que es lo autorizado por la Compilación. Por todo ello, también procede estimar el recurso por las costas de primera instancia pues ha quedado íntegramente estimada la demanda y no presenta el caso serias dudas de hecho o de derecho conforme al artículo 394 de la Ley procesal.»

— Sentencia de la A.P. de Huesca de 18 de noviembre de 2009. Usucapión de servidumbres aparentes y no aparentes:

«PRIMERO: Solicita el recurrente la íntegra desestimación de la demanda, que sólo prosperó en lo relativo a la servidumbre de paso ahora controvertida en esta segunda instancia (el acceso a la finca del actor), que es cuestión que ha sido correctamente resuelta en la sentencia apelada por lo que la misma debe ser ratificada por sus propios fundamentos, en lo que concierne al tramo debatido en esta segunda instancia, pues nada tiene que decir este tribunal en relación con las pretensiones de la demanda que quedaron rechazados en primera instancia, ante lo que se aquietó la parte actora.

SEGUNDO: A la vista de lo actuado y de la grabación del acto del juicio, por muy en cuenta que se tengan las razones invocadas en el recurso, no aprecia este tribunal error alguno del juzgado en la valoración de la prueba tarea en la que, como es bien conocido, no puede prevalecer sin más el subjetivo e interesado

criterio de la parte sobre el objetivo e imparcial parecer del Juzgado y de esta misma Audiencia que, tras tomar conocimiento de las razones del recurrente, no puede sino compartir las afirmaciones del juzgado tanto en lo relativo al carácter aparente de la servidumbre, ejercida mediante camino, como al hecho mismo del paso durante el tiempo preciso para consolidar la usucapión, claramente invocada en la demanda al amparo del artículo 147 de la Compilación de Derecho Civil, que no está reñido con la afirmación de que el paso había existido siempre, desde tiempo inmemorial, lo cual habría autorizado a la demandante a invocar el artículo 147 sino, también, el inciso final del artículo 148 acreditando, obviamente, sus presupuestos, de lo que no tuvo ninguna necesidad la parte actora cuando en todo momento sostuvo, y ha acreditado, que la servidumbre se ejercía mediante camino desde hace tanto tiempo que, ciertamente, se ha perdido la memoria de cuando se inició lo cual ni le hace perder la apariencia (pues las servidumbres de paso, además de discontinuas pueden ser aparentes o no aparentes, siendo aparentes siempre que se ejercen sobre senda, camino o carril, como en este caso sucede, entrando el camino dentro de la finca del hoy actor ya en 1935, tal y como consta en el plano de los folios 152 a 154), ni su uso durante más tiempo del requerido por el repetido artículo 147, que es el que se invocó en la demanda, con toda claridad, y que es el que la misma parte recurrente (folio 203) dice que hay que aplicar, que es lo que se ha hecho en la sentencia apelada, poniendo correctamente en relación las fotos aportadas con el resultado de la testifical y con la totalidad de la documentación aportada. Es de resaltar, ante los datos destacados por ambas partes, que la testifical, como todo el acto del juicio, está grabada y su resultado, íntegramente considerado, a juicio de este tribunal, es perfectamente coherente con las conclusiones del Juzgado, por más que la parte apelante, en su legítimo interés de defensa, haga una interpretación sesgada y aislada y sin tener en cuenta que el camino está donde está desde hace más de treinta años, no siendo decisivo que en 1935, en el plano de entonces aportado, invadiera más la era de Luis Manuel, con más razón cuando tanto puede deberse a un ligero desplazamiento del camino, de hace más de treinta años, como a un diferente deslinde de las propiedades, o a ambas cosas. En cualquier caso se trata de una situación plenamente consolidada y no existe ninguna duda sobre la identidad del camino que nos ocupa.

Por último, en el caso en absoluto podemos hablar de unos actos meramente tolerados. Como decíamos en la reciente sentencia de 16 de noviembre pasado, tenemos declarado que no se deben confundir los actos tolerados con los "meramente" tolerados. Así en la sentencia de 15 de mayo de 2008, reiteramos que los actos meramente tolerados no aprovechan a la posesión pero que si equiparamos los actos tolerados o permitidos a los "meramente" tolerados de los artículos 444 y 1942, la usucapión de servidumbres o del dominio no podría tener lugar nunca, en ningún caso. Quien pierde el dominio o cualquier otro derecho por usucapión 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 concep-

to 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 y, además, sin contar para nada con nuestra voluntad pues en estos últimos casos, si el paso se ha ejercido por senda, camino o carril, tiene lugar en Aragón la usucapación por el transcurso del tiempo.»

— Sentencia de la Sala de lo Civil del TSJA de 25 de noviembre de 2009. Usucapación de servidumbres aparentes:

«PRIMERO.— Previamente al examen de las alegaciones de las partes es útil señalar los siguientes extremos que resultan de las actuaciones:

— Los actores, D. Joaquín y D. José, interpusieron ante los juzgados de Primera Instancia de Monzón (Huesca), en fecha 31 de julio de 2007, demanda frente a D. Cosme y su esposa D.ª M.ª José, en la que ejercitaban una acción confesoria de servidumbre de paso a favor de la parcela catastral n.º del polígono del término municipal de Monzón (Huesca), y subsidiariamente formulaban acción constitutiva de servidumbre forzosa de paso.

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

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

— Interpuesto recurso de apelación por el demandado-personado, D. Cosme, éste alegó, entre otras

cosas, que la simple existencia de rodaduras de un vehículo no es suficiente para convertir la servidumbre de paso en aparente, pues las mismas pueden ser circunstanciales. Sustanciado dicho recurso, al que se opusieron los actores-recorridos, recayó el 18 de marzo de 2009 sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca por la que se confirma íntegramente la de instancia, expresándose en el fundamento de derecho segundo, entre otras cosas, que las fotografías aéreas obtenidas antes de surgir el problema entre los litigantes permiten “apreciar un camino o paso que discurre paralelo al desagüe hasta la parcela n.º 8 y que nace en el camino vecinal que, por el este, discurre junto a la parcela n.º 9 de los demandados.”.

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

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

Obviamente, ante el relevante efecto que supone que las servidumbres aparentes puedan ser adquiridas por usucapación de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, cobra importancia el carácter aparente o no aparente de las servidumbres. Por lo que se refiere a la servidumbre que nos ocupa, la de paso, es aparente en unos casos y en otros no, ya que puede ejercitarse por un lugar determinado, con signo visible de su uso, un camino o un carril por ejemplo, o sin dejar signo exterior visible de su ejercicio.

Pues bien, la cuestión a debate en esta sede radica en dilucidar si en el supuesto de autos nos hallamos ante una servidumbre de paso aparente a los efectos de poder adquirirla por usucapación conforme al artículo 147 de la Compilación. A este respecto, la Audiencia Provincial de Huesca procedió a revisar nuevamente la prueba practicada en primera instancia, y a la vista de las fotografías aéreas obtenidas antes de surgir el problema entre los litigantes, aprecia la existencia de “un camino o paso que discurre paralelo al desagüe hasta la parcela n.º y que nace en el camino vecinal que, por el este, discurre junto a la parcela n.º de los demandados”, añadiendo que “esta apreciación, junto con la declaración de una parte de los testigos, permite concluir que los demandantes han estado utilizando dicho paso o camino para acceder a su finca —parcela n.º del polí-

gono— desde que adquirieron la finca en 1995 y antes quien se la transmitió, pues es un hecho que tras la construcción del desagüe por la Confederación Hidrográfica del Ebro en la década de los sesenta —folio 294— los propietarios de las cuatro parcelas llegaron a un acuerdo, que en aras a la brevedad no vamos a reproducir, en función del cual han estado pasando los demandantes por la finca de los demandados”.

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

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

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

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

TERCERO.— Aduce el recurrente que los signos exteriores que se aprecian en las fotografías aportadas por los actores son insuficientes para estimar que nos encontramos ante una servidumbre aparente, toda vez que los signos visibles que reflejan dichas fotografías pueden responder a un uso circunstancial, pero debe estarse, como dijimos, a la valoración probatoria realizada en la instancia, habiendo estimado la Audiencia Provincial de Huesca, a la vista de las fotografías aéreas y de “la declaración de una parte de los testigos”, que se dan los requisitos exigidos por el artículo 532

del Código Civil para apreciar la existencia de una servidumbre aparente.

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

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

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

Por lo tanto, la noción que propugna el recurrente, en cuanto requiere para que una servidumbre de paso sea considerada aparente la realización de obra (que la tierra haya sido “preparada y apisonada como camino”), no es conforme al Código Civil, que solo exige la existencia de un signo exterior visible que revele el uso y aprovechamiento de la servidumbre.

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

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

— Sentencia de la Sala de lo Civil del TSJA de 1 de diciembre de 2009. Usucapión de servidumbres aparentes:

«PRIMERO.— Por demanda presentada ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de

Jaca, la demandante y ahora recurrente "S." solicitó como pretensión principal la declaración de existencia de servidumbre de paso, de la que era predio dominante la finca de su propiedad sita en Panticosa (Huesca), y predio sirviente el inmueble de titularidad de la demandada, ahora recurrida, "PROMOCIONES." Mantenía la parte actora, expuesto sintéticamente, que la titularidad de la servidumbre venía debidamente acreditada por la existencia de título del año 1790, en que expresamente se establecía su constitución, además de que, aunque se careciera de título, había adquirido por usucapión la servidumbre por virtud de lo previsto en el artículo 147 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón (CA en adelante), ya que existían signos aparentes del uso de la servidumbre (en concreto una puerta) desde hacía mucho más que los 10 años entre presentes o 20 entre ausentes exigidos por el artículo citado para adquisición de servidumbre aparente por uso continuado.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, en sentencia del día 22 de mayo de 2008, estimó íntegramente la demanda, declarando la existencia de la servidumbre y haciendo el resto de pronunciamientos a ello inherentes, y que son expuestos literalmente en el antecedente de Hecho segundo de esta resolución. Estimación que se fundó, en resumen, en considerar acreditada la adquisición de servidumbre por virtud del título del año 1790, y por entender que tal carga real era oponible al tercero adquirente por existir un hueco en el muro como signo exterior que la evidenciaba. En cambio se rechazaba la oposición que mantenía la parte demandada con base en la alegación de que se considerara extinguida la servidumbre puesto que, según indica la sentencia de referencia, existían dudas tanto sobre el no uso durante 20 años de la servidumbre, como sobre que pudiera considerarse que se hubiera extinguido la servidumbre, ya fuera por renuncia tácita del demandante, deducible de la creación por él de otros pasos a la finca, ya por imposibilidad de uso de la servidumbre derivada de los cambios efectuados en el predio dominante.

Contra la anterior sentencia fue interpuesto recurso de apelación por el demandado, interesando de la Audiencia Provincial de Huesca la revocación de la sentencia condenatoria, por considerar el recurrente: 1) que, en contra de lo razonado en la sentencia recurrida, el título aportado de 1790 no acreditaba la constitución de la servidumbre discutida; 2) que, al no estar inscrita la servidumbre en el Registro de la Propiedad, no podía serle impuesto tal derecho real a él como tercer adquirente hipotecario, por no existir signo aparente de la carga que supone; y 3) que, todo caso, debería considerarse extinguida la servidumbre porque no la usó el actor desde que compró el inmueble en el año 1999, y porque las obras hechas en el fundo del predio dominante impiden el paso por la pretendida servidumbre.

SEGUNDO.— La Audiencia Provincial de Huesca, en sentencia de 6 de mayo de 2009, estimó en su integridad el recurso presentado, revocó la sentencia apelada y, en su lugar, acordó la desestimación de la demanda en que se solicitaba la declaración de existencia de servidumbre. Todo ello con fundamento en las consideraciones principales de que el repetido título del año 1790 aportado como acreditación de

constitución de la servidumbre no ofrecía garantías de referirse a la concreta servidumbre de que ahora se trataba, y que, faltando camino, senda, vereda o carril, la existencia de un somier a modo de cancela o, incluso, puerta entre ambas fincas, no cabía considerarlo signo externo de servidumbre, ni a los efectos de usucapión del artículo 147 de la CA como signo aparente, ni a los efectos de evitar la protección a tercero derivada de la Ley Hipotecaria.

TERCERO.— El presente recurso de casación interpuesto por el inicial demandante, luego parte recurrida en apelación, contra la anterior sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, se fundamenta en su único motivo en dos razones diferentes: primero, en entender que el signo aparente que se alegó por tal parte no era la presencia de un jergón, sino la de un hueco en el muro divisorio de las fincas, y que tal signo sí es suficiente a los efectos del artículo 147 CA para fundar la adquisición de servidumbre por usucapión, sin necesidad de que exista camino o carril de paso; y segundo, por considerar que el título de 1790 que se aportó como acreditativo de la constitución de la servidumbre sí es medio probatorio suficiente para demostrar la existencia de esta carga real sobre el predio de la contraparte.

Aunque incluidas en un mismo motivo de casación dos razones impugnatorias de la resolución recurrida, no cabe dar especial relevancia a este defecto formal, más teniendo en cuenta que la parte contraria no ha considerado perjudicada su propia defensa. Ahora bien, el correcto tratamiento de las cuestiones planteadas exige resolverlas por separado, y por orden inverso al propuesto por el recurrente, estudiando en primer lugar la valoración que insiste debe hacerse respecto de la validez del título que aportó, contrastado con las declaraciones testificales que cita, y luego la cuestión de alcance jurídico que suscita respecto de la posible usucapión.

CUARTO.— En relación con la validez y efectos del título del año 1790, en que el actor mantiene que se recoge la constitución de la servidumbre ahora litigiosa, debe considerarse que la sentencia recurrida expone en el apartado primero de su Fundamento de Derecho segundo las diversas razones que, basadas en la prueba, llevaron finalmente a que el Tribunal entendiera que faltaba la acreditación de que tal título fuera referido a la servidumbre que pretendía el actor. Concretamente, la Audiencia Provincial consideró insuficiente la literalidad del título para entender que se referiera a las fincas en cuestión o a cualesquiera otras eras de Panticosa y que, en relación con tal indeterminación, la testigo puede equivocarse cuando entiende que el repetido título sí alude a las fincas de parte actora y demandada.

Esta valoración del Tribunal se hace así sobre los diversos elementos de prueba que han sido aportados a las actuaciones y de los que extrae su conclusión respecto de qué considera probado o no. Cuestiones, por tanto, de índole fáctica, tal y como alega la parte recurrida, y que, como vinculadas directamente al acervo probatorio aportado por la parte, tal y como se ha reiterado en diversas resoluciones del Tribunal Supremo (así, autos de 15 de julio o de 10 de junio de 2008, y sentencias de 11 de noviembre de 2008 y 26 de marzo de 2009) y de esta misma Sala (así, autos

de 27 de marzo o 24 de octubre de 2007, o sentencias de 20 de octubre de 2006 o 5 de octubre de 2009) deben ser atendidas, en los casos excepcionales en que pudiera proceder hacerlo, en la vía procedimental del recurso por infracción procesal, pero no en sede de recurso de casación, limitado por la relación de los artículos 477.1 y 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tan solo a la posible existencia de infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, esto es, de las normas de naturaleza sustantiva reguladoras de la cuestión material o de fondo planteada.

En consecuencia, este motivo de recurso incurre en la causa de inadmisión prevista en el artículo 483.2.2º en relación con el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que, al tiempo de dictar sentencia, conlleva su desestimación.

QUINTO.— En cambio, no cabe considerar admisible la pretensión de la parte recurrida de que también las alegaciones hechas por el recurrente respecto de la existencia o no de adquisición por usucapión sean cuestión probatoria. Porque si revisten tal carácter las posibles apreciaciones referidas a la situación de hecho presente en las fincas, sin embargo es cuestión estrictamente jurídica la determinación de si la subsunción de la resultancia fáctica en la norma que se entiende de aplicación conlleva, o no, la presencia de los presupuestos legalmente prevenidos para concluir que existió adquisición de servidumbre por la posesión concreta de ella.

Así, por tanto, no cabrá valorar en sede de este recurso de casación si existía o no camino, o si se usaba o no el jergón de puerta, porque tales cuestiones de hecho fueron ya resueltas y sentadas con claridad en la sentencia recurrida, en el sentido de que no existía camino y sí un somier a modo de cancela o simple parapeto. Pero sí cabe valorar, en la línea ya indicada por el Tribunal Supremo en materia similar a la actual, (sentencia de 27 de octubre de 2003) el alcance jurídico que, en la aplicación de las normas a observar, puedan tener tales datos, unidos a aquellos a los que a continuación se hará referencia, de necesaria integración en este caso del *factum* fijado por la sentencia de la Audiencia Provincial.

SEXTO.— La sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia, al tiempo de tratar sobre la posible protección del tercer adquirente cuando la carga real no está inscrita en el Registro de la Propiedad, sentó con claridad como hecho probado que el signo permanente y ostensible de existencia de la servidumbre de paso no venía constituido por la existencia de somier o jergón metálico, sino porque había un hueco practicado en el muro de piedra que delimita ambas fincas. Declaración de estar acreditada la presencia del hueco en el muro que no es contradicha o modificada por la sentencia ahora recurrida, que no contiene mención alguna respecto del hueco en el muro de piedra, y centra su razonamiento sólo en si puede considerarse signo aparente de la servidumbre el somier que a modo de puerta o cancela se utilizaba.

La falta de mención del hueco existente en la pared supone una injustificada omisión de un hecho probado de indudable trascendencia para la resolución de si existe o no la servidumbre que es reclamada, entre otros motivos, por la presencia de un signo evidenciador de su existencia. Por lo que procede, respetando

los hechos que estimó probados la sentencia recurrida, completarlos en su redacción, por inclusión, tal y como recogió el Juzgado de Primera Instancia y, además, resulta de las fotografías obrantes en las actuaciones recogidas en el Acta Notarial de 9 de marzo de 2004, de la existencia de un hueco voluntariamente construido en el muro de mampostería divisorio de las fincas de los causahabientes de las actuales partes, con la finalidad de permitir el acceso desde la finca propiedad del demandado a la del demandante.

Partiendo así, para la adecuada resolución de la cuestión debatida de que, tal y como el Juzgado declaró probado, sin contradicción en la sentencia de la Audiencia Provincial, existía el hueco, y que no consta ni se alega que existiera ningún otro fin instrumental del espacio abierto que el paso entre las fincas, está igualmente acreditado que estuvo abierto al menos hasta el año 2004 en que se realiza la antes citada Acta Notarial dejando constancia de la existencia del citado paso.

Por tanto, en contra de lo argumentado en la sentencia recurrida, sí existía un signo aparente de presencia de la servidumbre, constituido en este caso por hueco para paso voluntariamente abierto en la pared de cerramiento de ambas fincas. Dato acreditado al que, reafirmando la existencia de la servidumbre, se añaden los más accesorios, pero también significativos, de que no había otro acceso a la finca del actor, de que se usaba el somier como puerta, o de que la testifical practicada y reflejada en la sentencia del Juzgado evidencia que, al menos hasta el año 1999, sí era utilizada la finca del actor, sin otro paso que el abierto en el muro. En cambio, no cabe exigir, como establece la sentencia recurrida, que debió constatarse la realidad de la servidumbre por presencia huellas, vereda, carril o senda, puesto que si bien la existencia de un camino sería sin duda un elemento muy determinante al tiempo de concluir la apariencia de signo externo y visible de la servidumbre, no es tal presencia notoria de señal del paso el único signo posible, pues ni el artículo 532 del Código Civil ni la Jurisprudencia consolidada en su aplicación establece tal concreción del camino como único signo posible al definir qué pueda entenderse por signo exterior. Por lo que no cabe excluir el que está presente en este caso, que es el signo permanente de uso del paso evidenciado por la apertura de un hueco en el muro que no tenía otra finalidad de uso que, precisamente, la de facilitar el acceso al predio dominante.

Por tanto, se dan los requisitos previstos en el artículo 147 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón para declarar adquirida por usucapión la servidumbre, ya que existe el elemento permanente que muestra apariencia de servidumbre y se cumplieron los plazos de uso previstos en la norma. La existencia de tal servidumbre es además oponible a terceros, aun no constando su inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que como indica constante Jurisprudencia (así, v.g. sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2002, o 17 de octubre de 2006), no puede invocar la protección prevista en los artículos 13 y 34 de la Ley Hipotecaria quién, por ser aparente la servidumbre, conoce que, en contra de lo que resulta de las inscripciones del Registro de la Propiedad, la finca que adquiere no está libre de cargas.

SÉPTIMO.— La estimación de la pretensión del recurrente en casación, de que sí adquirió la servidumbre por usucapión, conlleva la asunción por este Tribunal de la competencia para decidir sobre las cuestiones relativas a si debe entenderse o no subsistente la servidumbre, que no pudo tratar la sentencia recurrida por haber denegado la presencia misma de la servidumbre.

Al respecto debe considerarse que, conforme acreditan las pruebas obrantes en los autos, especialmente las fotografías obrantes a los folios 149 a 153, contenidas en el informe emitido a instancia de S. en mayo de 2007, tanto una como otra finca han sufrido en la actualidad importantes cambios en su conformación. En especial, a los efectos que ahora interesan, consta que, desaparecido el desnivel que impedía que el predio dominante tuviera paso por otro lugar, en la actualidad puede llegarse a él desde vía pública urbana. Y, obtenido tal acceso desde calle pública a los actuales bloques de viviendas construidos en la que era finca dominante de uso rústico, el recurrente, al hacer la obra, construyó en el lugar del paso una de las paredes exteriores del bloque de viviendas, impidiendo el adecuado uso de la servidumbre, ya que queda menos de un metro entre los muros de ambas construcciones nuevas como espacio hábil para llegar al lugar que antes ocupaba el hueco por el que se accedía al predio dominante. De modo que, de facto, el nuevo estado de los predios impide el uso de la servidumbre, por lo que, desde el momento en que el actor construyó el muro de tal manera, se produjo la causa de extinción de la servidumbre prevista en el artículo 546.3º del Código Civil.

Por tanto, finalmente, si, como se dijo, era estimada la pretensión del recurrente respecto de ser titular de servidumbre adquirida por usucapión, debe igualmente ser estimada la petición del recurrido, de declararse extinguida tal carga real sobre su finca, y, en consecuencia, procede la absolución de la parte demandada. Por lo que el recurso finalmente debe ser desestimado.»

— Sentencia de la A.P. de Zaragoza, Sección Cuarta, de 4 de diciembre de 2009. Usucapión de servidumbres aparentes:

«PRIMERO.— La sentencia de primera instancia desestimó la pretensión de la parte actora consistente en la declaración de la obligación de la Comunidad demandada de contribuir a los gastos de reparación de la calle peatonal sita entre ambas comunidades al considerar probado que la calle peatonal existente entre ambas comunidades es de carácter privado pero de uso público, es decir de titularidad, mantenimiento y conservación privadas pero vinculadas al uso público continuo. No se ha constituido sobre la misma ningún derecho de servidumbre de paso que obligaría a la Comunidad demandada a contribuir a los gastos de conservación, mantenimiento y reparación de la misma, conforme a las previsiones que se establecían en el art.6 de la Declaración de Obra Nueva y Constitución de Propiedad Horizontal de la parte actora y que atribuían la posibilidad del promotor de establecer en un futuro una servidumbre.

Contra dicha resolución se alza la recurrente, impugnándola y alegando incongruencia de la Sentencia y error en la valoración de la prueba. La parte demandada se opone al recurso solicitando la íntegra estima-

ción de la Sentencia apelada. Entiende que la demandada debe contribuir a los gastos de mantenimiento y reparación de la calle peatonal existente entre ambas comunidades dado la constitución de una servidumbre de paso adquirida por usucapión. Por último y materia de costas, solicita la no imposición en materia de costas, tanto en primera instancia como en esta alzada, alegando la inexistencia de mala fe a lo largo de todo el procedimiento.

SEGUNDO.— Respecto al primer alegato del recurso, errónea apreciación de la prueba, esta Sala considera de la valoración conjunta de la totalidad de la prueba practicada que el motivo debe de ser desestimado, y ello por cuanto ha quedado acreditado del Certificado emitido por la Gerencia de Urbanismo del Ayuntamiento de Zaragoza que la C/ según el Plan General de Ordenación del Territorio de Aragón aprobado el 6 de junio de 2008 es un espacio libre privado de uso público, folios 98 y 99, la naturaleza privada de uso público de la calle peatonal existente entre ambas comunidades. De este espacio pueden hacer uso tanto los vecinos de las Comunidad de la C/, 1, 3 Y 5, como de la Comunidad, como vía de paso para acceder a sus viviendas, sirviendo además de cubierta de los garajes privativos de la Comunidad apelante.

Respecto a la existencia de una servidumbre de paso en la C/ y la posibilidad de haberse constituido por usucapión conforme el art.147 de la Compilación Aragonesa, ha quedado acreditado que la previsión de reserva por parte de los promotores de la Edificación de la C/ n.º 3,5 y 1 de Zaragoza, de constituir la correspondiente servidumbre prevista en el art. 6 de la Declaración de Obra Nueva y Constitución de Propiedad Horizontal de la actora, no se ha llevado a efecto (folios 78 y 79), por lo que al no haberse constituido, tampoco cabe la aplicación de lo dispuesto en el art. 544 del CC. Por último y respecto a la posibilidad de haber sido adquirida por usucapión, debe ser igualmente desestimada habida cuenta de que estamos ante un espacio libre de uso público y por tanto ajeno a cualquier posibilidad de posesión de conformidad con lo previsto en los art. 344 y 437 del CC. Por todo ello el motivo debe ser igualmente desestimado, considerando congruente el fallo de la sentencia de instancia en este aspecto.»

e.— Usucapión de servidumbres no aparentes:

— Sentencia de la A.P. de Zaragoza, Sección Cuarta, de 13 de febrero de 2009. Usucapión de servidumbres no aparentes:

«PRIMERO.— Según inscripción registral, el inmueble que constituye la comunidad actora forma parte de un conjunto en el que se construyeron bloques de edificios y dos aparcamientos, siendo aquella la comunidad del aparcamiento n.º, registral. En la declaración de obra nueva de 1.971 consta lo siguiente: “3. se constituye una servidumbre de circulación de personas y paso de vehículos a favor de los titulares de los aparcamientos de vehículos, locales comerciales y viviendas que será la servidumbre activa sobre las cubiertas de los aparcamientos numero uno y dos, que será la servidumbre pasiva. El ejercicio de esa servidumbre consistirá en el paso de personas y vehículos de los titulares de la misma o personas que se dirijan a cualquier local de los

bloques. Esta servidumbre lleva consigo, como obligación aneja, la de conservar los titulares de dominio de los aparcamientos de vehículos número uno y dos, de manera exclusiva y a su costa, la cubierta de esos aparcamientos y su pavimentación de forma que sirva al ejercicio de la servidumbre." Constan normas (folio 871) de la Comunidad en las que se organizan unas juntas de comunidad de propietarios para cada uno de los bloques, y otra junta de la comunidad general para regir los espacios abiertos, locales e instalaciones cuyo destino es utilizado por todos los habitantes de la urbanización, así como por todos los titulares de dominio de los locales de negocio.

La pretensión ejercitada en la demanda se basó en la existencia de una servidumbre originada en el título constitutivo de la propiedad horizontal a la que pertenece la comunidad actora. Las alegaciones efectuadas por la parte demandada y apelante en relación a las cuestiones procesales y a los motivos de oposición ponen de manifiesto que dicha parte cuestiona la concurrencia de ese presupuesto de hecho, pues entiende que la cubierta o terreno que pretende defender la actora es un elemento común y no perteneciente a la parte actora, de modo que no habría servidumbre, sino que el título habría establecido únicamente una regulación respecto a la circulación de personas y vehículos sobre determinada zona, cubierta de un garaje, considerando que este constituye una comunidad pro indiviso.

Consta en las normas de constitución de la propiedad horizontal que se distingue entre elementos de propiedad común, de cada bloque de edificios o aparcamientos (folio 868), además, de elementos o cosas comunes de la urbanización (folio 870). Entre los elementos comunes de los aparcamientos se incluye la cubierta del garaje, y no se incluyó como elemento común de la urbanización. También se configura claramente una servidumbre (art. 1.281 CC), frente a lo que no pueden prosperar interpretaciones diferentes y basadas en la memoria del proyecto, a la que se alude en el recurso. Las normas mencionadas de la escritura de obra nueva, la que atribuye la cubierta a cada garaje y la que establece la servidumbre, se encuentran en concordancia pues la servidumbre supone la existencia de fondos pertenecientes a distintos dueños (art. 530 LEC). Uno de los demandados (Procurador Sr.) aporta escritura pública de compraventa de la vivienda en la que se incluye lo siguiente: "Servidumbres. En la citada escritura de 14 de julio de 1.971, se constituyen las siguientes: 1. se constituye una servidumbre de paso...". Es decir que las viviendas se transmitieron con la inclusión de algunas normas de la Comunidad, con el añadido de que "el comprador manifiesta conocer y aceptar" (folio 850) y con la consideración de servidumbres y no de normas de regulación de personas y vehículos.

De la prueba practicada ha resultado que desde hace años existe el conflicto sobre la posibilidad de aparcamiento de los vehículos sobre la cubierta del garaje y nunca se negó la existencia de servidumbre. Así, se reconoció expresamente la servidumbre por las personas que fueron demandantes (ahora demandados) en el proceso verbal n.º, interdicto, donde se dictó sentencia de fecha 2-12-03 confirmada por sentencia de la APZ de 23-11-04 en la que se condenó a la aho-

ra actora a reponer a los actores de ese procedimiento en la servidumbre de paso, incluido circulación y estacionamiento de vehículos, sin perjuicio de considerar que en proceso declarativo se debía resolver si la servidumbre incluía el derecho a estacionar. Tampoco se negó la existencia de servidumbre en el procedimiento verbal n.º, interdicto, ni en el mayor cuantía, n.º. Las personas que en esos procesos ejercitaron derechos o los defendieron como titulares de una servidumbre estaban reconociendo el dominio del predio sirviente en otro sujeto (Comunidad de aparcamiento), de modo que ello constituye un acto propio que definió derechos ajenos y que ahora no se puede desconocer cuando los demandados sostienen que la cubierta es elemento comunitario de toda la urbanización (st TS n.º 6789/90 de 2 de octubre). La cuestión del tipo de comunidad que constituía el garaje fue tratada en la sentencia de fecha 21-3-07 dictada en procedimiento n.º confirmada por sentencia de la APZ de 13-7-07 y decidida en el sentido de que se trataba una comunidad sujeta al régimen de propiedad horizontal, que es lo que expresa la escritura de declaración de obra nueva.

Según el art. 530 CC la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. Como establece la st TS n.º 384/06 de 7 de abril, "El derecho real de servidumbre tiene dos notas esenciales (entre otras): el ser utiliter y el ejercerse civiliter. En cuanto a la primera: la utilidad justifica el contenido y la propia existencia de servidumbre; ésta debe prestar una utilidad sirviendo un interés del predio dominante (en beneficio de otro, dice el artículo 530) por lo que el gravamen que implica no puede ser más amplio que la utilidad que proporciona. En cuanto a la segunda: el ejercicio del derecho de servidumbre debe ser adecuado al interés, en el sentido de que no caben servidumbres generales o universales, sino que el contenido debe quedar especificado, es decir, el ejercicio del derecho debe ser concreto, lo que responde al concepto de poder parcial sobre el predio sirviente".

En la demanda, según se indica, se ejercita una acción negatoria de servidumbre, la que tiene por objeto defender el dominio frente a quien se arroga una servidumbre y otra acción, negativa, cuyo fin es rechazar la amplitud con que se pretende ejercitar la servidumbre. Esta legitimado para accionar quien es propietario del fundo sirviente y la legitimación pasiva corresponde a quien pretende ejercitar la servidumbre (st TS 6789/90 de 2 de octubre).

SEGUNDO.— El auto de fecha 19-11-07 desestimó determinadas cuestiones procesales, que fueron objeto de recurso de reposición, que fue desestimado por auto de 23-1-08. Conforme al art. 454 LEC en el recurso de apelación se reproducen determinadas cuestiones y estas se han de considerar en el contexto del régimen de propiedad horizontal, según las normas de la Comunidad y conforme a las consideraciones anteriores.

Se alega nuevamente que la parte actora no tiene legitimación activa por cuanto no consta acuerdo previo y expreso de la Junta de copropietarios, lo que se considera necesario según determinadas resoluciones judiciales. Se decidió esta cuestión en el sentido que ese acuerdo no era necesario en base a otras resoluciones judiciales y que, además, en el caso, existió ese acuerdo, en concreto de fecha 25-11-02 (doc n.º 19 de la

demanda). La parte apelante añade que ese acuerdo se dejó sin efecto por otros posteriores y al contestar a la demanda se remitió al fundamento de derecho segundo de la st APZ recaída en rollo de apelación n.º 794/03. La cuestión de la necesidad de acuerdo previo para demandar ha sido controvertida y objeto de decisiones diferentes, como se pone de manifestó por las resoluciones judiciales que se mencionan por las partes y en la resolución recurrida. Pero, en cualquier caso, consta el acuerdo de 25-11-02 que autoriza a ejercer acciones judiciales, sin que en el fundamento jurídico de la sentencia de la APZ, a la que alude la parte apelante, conste que el acuerdo se dejara sin efecto ni este hecho ha resultado probado mediante aportación de otro acuerdo que exprese la voluntad comunitaria de revocar el anterior de 25-11-02 o de no permitir al Presidente ejercitar las acciones judiciales.

Se alega la cuestión de litisconsorcio pasivo necesario. Se decidió que la demanda se formuló contra la comunidad general de la urbanización, por lo que en relación con determinada resolución judicial, no procedía la excepción. En un recurso se alega que en el procedimiento de mayor cuantía n.º se decidió que había que demandar a cada uno de los titulares activos de la servidumbre (dueños de garajes, de locales y de viviendas), lo que se estima necesario según st TS de 10-7-00. Tanto en ese proceso de mayor cuantía como en el proceso que decidía esa resolución del TS se había demandado a personas desconocidas, lo que no es el caso, y en el mayor cuantía también se aludía a la posibilidad de demandar a los titulares activos de la servidumbre a través de las distintas Comunidades (así, en este proceso se demanda a la Urbanización general que integra todos los copropietarios). La servidumbre se constituyó a favor de los titulares de aparcamientos, locales y viviendas, y en la demanda se ejercita una acción declarativa sobre el contenido de la servidumbre, que afecta a todos esos titulares, representados por la comunidad demandada, así como una acción de condena respecto a esta última parte con el fin de que regule el ejercicio del derecho, lo que afectará a sus integrantes, de modo que la llamada al proceso de la Urbanización demandada incluye a todos los sujetos que según los estatutos son titulares de la servidumbre. Asimismo, en la demanda se ejercitó una acción de condena a no utilizar la zona como aparcamiento, retirando los vehículos. Las personas físicas demandadas formularon en su día demanda (juicio verbal n.º) en la que afirmaban (hecho tercero) que, entre otros propietarios, venían haciendo uso de la servidumbre estacionando los vehículos, por lo que la demanda se ha dirigido correctamente contra quienes se atribuyeron y manifestaron ejercer el derecho a aparcar, y la sentencia, en esa petición, sólo les va a afectar a ellas y no a otros sujetos no demandados.

En conexión con lo expuesto procede resolver la alegada falta de legitimación pasiva al considerar los apelantes que si se demandaba a la Urbanización era innecesario llamar al proceso a las personas que en anterior proceso afirmaron que aparcaban. Pero la obligación de condena (petición c de la demanda) se interesa frente a las concretas personas físicas demandadas, lo que es diferente a la obligación solicitada frente a la Urbanización demandada (petición d) sobre la regulación del ejercicio del derecho.

Se alegó la falta de personalidad de la actora por ser una comunidad por indiviso y, como consecuencia, la insuficiencia del poder del Procurador. Sin embargo, con remisión a la sentencia ya mencionada de fecha 21-3-07 dictada en procedimiento n.º , la Comunidad actora es una comunidad ordinaria sometida al régimen de propiedad horizontal.

Se alega defecto en el modo de proponer la demanda al entender que la relación jurídico-procesal no está bien entablada. Sin embargo, la causa alegada no constituye un defecto de demanda, pues esto último se produce en los supuestos del art. 424 LEC. Es decir, en definitiva se produce cuando no se puedan determinar las pretensiones o se desconocen los sujetos demandados, lo que no se produce en el caso, por lo que no es apreciable el mencionado defecto. Cuestión diferente es la configuración de la relación jurídico-procesal, que ha sido puesta de manifiesto por las partes mediante las alegaciones referentes al litisconsorcio pasivo necesario o la falta de legitimación activa y pasiva.

TERCERO.— En cuanto al fondo de la cuestión debatida, se alega que la parte actora no tiene la acción que ejercita al considerar que no justifica la titularidad de la plataforma o cubierta, entendiéndose que según el título constitutivo el terreno sería un elemento común. Como ya se ha indicado, en el título constitutivo se atribuye a la actora la propiedad de la cubierta y se constituyó una servidumbre, pudiendo ejercitar la parte actora las acciones negativa o negatoria en cuanto titular del predio sirviente.

Se alegó la prescripción de la acción en dos de los recursos (Procuradores Sres). Sin embargo, esta cuestión solo fue alegada en la contestación a la demanda de una parte (Sr.), y así consta en la sentencia (Fundamento de Derecho Quinto), sin que se haya invocado incongruencia por omisión sobre esta cuestión, que no puede ser introducida en este momento por la parte que no la opuso en su momento (arts 399, 405, 412 y 456 LEC).

La sentencia consideró que se ha ejercitado una acción real sujeta al plazo de 30 años y que se interrumpió por la interposición del procedimiento n.º y por un acto de conciliación en 2.005. La parte apelante (Sr.) considera que la servidumbre es voluntaria y personal y que se ha ejercitado desde 1.971 sin que el plazo de su ejercicio, ya se consideraren 15 o 30 años, se haya interrumpido, y en modo alguno por el procedimiento n.º al recaer sentencia estimando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, y que los ahora apelantes no fueron demandados en ese proceso ni en acto de conciliación.

La prescripción de la acción supone su extinción por el transcurso del tiempo (art. 1.961 CC), y en la demanda se ejercita una acciones real, sujeta al plazo de 30 años (art. 1963 p 1 CC), siendo preciso determinar el momento inicial de su cómputo para decidir si ha prescrito. La acción se pudo ejercitar desde que se produjeron los actos (aparcamiento) que lesionan el derecho del propietario del fundo sirviente. Las concretas personas apelantes no han fijado una fecha determinada en la que comenzaron a aparcar, pues genéricamente manifiestan que se aparca desde que existe la Comunidad, correspondiéndoles a ellas la prueba del hecho que afirman. No se puede fijar un momento concreto en el que iniciaron el aparcamiento, por lo que, en el

supuesto más favorable para los apelantes, se puede fijar ese momento cuando la Comunidad actora interpuso el juicio de mayor cuantía (sobre 1.979) dado que esa demanda vino motivada porque se aparcaba. Desde ese año, comenzó a transcurrir el plazo de treinta años, que se interrumpió con el acto de conciliación de 2.005 pues en el extremo quinto c (folio 139) se interesaba a la Comunidad general (que integraba a todos los propietarios) que se retiraran los vehículos. Pero, en cualquier caso, el plazo no transcurrió a la fecha de la presentación de la demanda inicial de este proceso.

Se alega que la plataforma o superficie del garaje fue destinada a aparcamiento, y que así se ha venido efectuando de forma continuada, aparente y sin interrupción. Todas las partes apelantes entienden que han adquirido por el transcurso del tiempo el derecho al estacionamiento de vehículos, en relación a los arts 147 y 148 de la Compilación de Aragón. La sentencia considera que es una servidumbre no aparente y que el uso como aparcamiento no ha sido pacífico en el transcurso del tiempo.

En primer lugar, sobre esta cuestión, cabe poner de manifiesto que las alegaciones efectuadas se encuentran en contradicción con las incluidas en la demanda de juicio verbal n.º pues en aquella se afirmaba haber adquirido la servidumbre por título, la escritura de obra nueva de 1.971. No obstante, los apelantes, al invocar ahora a su favor la usucapión, vienen a manifestar que son titulares de una servidumbre personal (art. 531 CC), es decir, que se ha originado en provecho o beneficio de cada una de las personas que invocan su existencia. Por ello deberían probar la fecha en la que cada uno inició el aparcamiento para poder proceder al cómputo del plazo que fuera procedente para poder reconocer el derecho a su favor, así como haber probado que cada persona ha venido aparcando de forma pacífica y continúa (art. 1.941 CC), o al menos de una forma suficientemente frecuente como para equipararla a un uso continuo. En este sentido, en uno de los recursos (Procuradora Sra., pag. 11) se alude a que no se acredita que se realicen actos perturbadores, para, sin embargo, a continuación y en contradicción, invocar a su favor la usucapión que precisaría la prueba del hecho del aparcamiento y el momento de inicio de ese acto. En otro recurso (Sr.) se alude genéricamente al año 1.971, sin más precisión. En el tercer recurso (Procurador Sr.) se alude en general al año 1.971 y también al año 1.978 porque esa concreta parte apelante compró la vivienda en 1.977 según escritura pública aportada con su contestación a la demanda. Pero aunque dicha parte fuera propietaria de esa vivienda tampoco ha probado el momento del inicio del uso ni que fuera ininterrumpido. Asimismo, y como indica la sentencia, el uso no ha sido pacífico, por lo que no puede prosperar este último motivo del recurso, que ha de ser desestimado.»

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

— Sentencia de la A.P. de Huesca de 17 de julio de 2009. Derecho de abolitorio. La facultad moderadora de los Tribunales evita los abusos que podría originar la aplicación literal del precepto.

«PRIMERO: La demandada en ambos procedimientos acumulados alega en su recurso incongruencia omisiva de la sentencia porque no se pronuncia sobre las pretensiones planteadas por los hermanos ; cuestiona el pronunciamiento sobre las costas derivadas de la demanda presentada por los demandantes en los segundos autos acumulados; reproduce la excepción de caducidad de la acción de retracto de abolorio formulada por , el actor en el primero de los procedimientos acumulados; y, por último, considera que se debe aplicar la facultad moderadora prevista en el artículo 149.2 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón.

SEGUNDO: Con relación al defecto formal aducido, aunque quizá pudiera haber sido subsanado en primera instancia mediante el oportuno auto complementario (artículo 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo cierto es que en esta fase constatamos la incongruencia omisiva, conforme al artículo 218.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desde el momento en que el fallo de la sentencia no desestima la demanda interpuesta por los hermanos , a pesar de que sus fundamentos de Derecho sí se pronuncian sobre ella. Esto implica la revocación de la sentencia, en los términos previstos en el artículo 465.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la expensas de lo que decidamos más adelante sobre el recurso presentado por los actores de los segundos autos, en el que solicitan la estimación de su propia demanda.

TERCERO: 1. El pronunciamiento sobre las costas causadas por esa segunda demanda tampoco se adecua a lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La sentencia, en lugar de establecer los porcentajes a que se refiere su fallo, debería haber impuesto las costas a los actores en el segundo procedimiento acumulado o bien no haber hecho especial declaración si consideraba que concurría alguna circunstancia que pudiera justificar la no aplicación del principio del vencimiento. La decisión final sobre esta materia, queda condicionada también —al igual que lo indicado anteriormente— a lo que resolvamos cuando entremos a conocer del recurso de apelación deducido por los hermanos .

2. La sentencia apelada nada dice sobre las costas causadas por la demanda interpuesta por, y que ha sido estimada en primera instancia, y esta omisión no ha sido impugnada por ninguna parte, por lo que hemos de partir de que la demandada no resultó condenada al pago de las costas producidas por la demanda estimada.

CUARTO: 1. Respecto a la caducidad, en nuestras sentencias de 17-X-1996 y 2-II-2006 dijimos que el cómputo de noventa días a partir de la inscripción registral tan solo juega cuando no consta que el conocimiento de la enajenación date de anterior fecha (la sentencia apelada denomina esta tesis —siguiendo la terminología empleada por algún autor— como “interpretación correctora” de la literalidad contenida en el artículo 150.2 de la Compilación , si bien también ha sido defendida por otros tribunales). Y para que actúe el plazo de caducidad con independencia de la fecha de la inscripción registral se requiere acreditar, según decíamos en las sentencias citadas: a) que el retrayente tuvo conocimiento de esa venta con anterioridad a su inscripción registral; y b) que tal conocimiento sea

completo respecto de todas las condiciones y circunstancias en que la venta se efectuó para que, con suficientes elementos de juicio, pueda el interesado decidir si le conviene o no a su derecho el ejercicio de la acción que le asiste, por lo que no basta —como así señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1978, 9 de febrero de 1984 y 20 de mayo de 1991— con tener ciertas referencias a la venta, datos incompletos de sus condiciones o la mera noticia de la enajenación.

2. En el presente caso, hemos de destacar la imprecisión del pacto segundo del contrato privado de compraventa, de fecha 12 de junio de 2006 (no alude más que al precio del terreno urbano integrado en la finca, pero no al rústico, de nada menos que 72 áreas de superficie, y quedaba pendiente la renuncia al usufructo que conservaban —y conservan— los padres de los segundos demandantes, medio hermano y cuñada del otro actor). La copia de dicho contrato fue acompañada a la demanda de desahucio por precario instada por los padres de los que hemos llamado segundos demandantes, como usufructuarios de la finca, contra, de la cual se dio traslado al allí demandado en fecha 13 de junio de 2007. Por tanto, compartimos las conclusiones a las que llega el juzgador de instancia sobre la falta de conocimiento de todas las condiciones esenciales de la venta antes de la inscripción registral, de acuerdo con los datos y argumentos expuestos en la sentencia apelada sobre el particular ahora examinado, los cuales damos aquí por reproducidos para evitar repeticiones innecesarias.

3. Además, aparte de que la propia naturaleza del contrato privado revela la provisionalidad de las condiciones allí pactadas, como así ocurrió (la escritura concreta el precio en 39.496,52 euros, en lugar de los 60.101,21 euros mencionados en el comentado pacto segundo), también hemos de resaltar que no se ofreció el propósito de enajenar y que nos encontramos con un contrato privado de compraventa que por sí mismo no transmite el dominio, por lo cual difícilmente podemos aceptar que se consumara la enajenación desde el conocimiento del negocio jurídico suscrito en documento privado y, en consecuencia, que fuera ya ejercitable el retracto de abolorio, de acuerdo con su propia finalidad, cual es la adquisición de la propiedad del bien en lugar del adquirente.

QUINTO: 1. En cuanto a la facultad moderadora prevista en el apartado 2 del citado artículo 149, como hemos dicho en otras ocasiones (sentencias de 14-I-1991, 12-XI-1994, 17-X-1996, 16-X-1999, 4-III-2005 y 2-II-2006), lo que debe inducir al retrayente a ejercitar el retracto de abolorio, para que resulte válido y auténtico y por tanto protegible legalmente, ha de ser el deseo de conservar unidas las propiedades pertenecientes a su familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores, impidiendo su dispersión al pasar a terceros sin vinculación familiar próxima, parientes o no. Es decir, el propósito que guíe al que retrae debe hundir sus raíces en la afectación de las fincas con la exclusiva intención de conservar íntegra la "casa" e incluso acrecentándola con aquellos bienes que de antiguo han sido propios de sus antecesores y sobre los que se cierne la amenaza de desgajarse de la familia por pasar a un extraño o a una pariente más allá del cuarto grado. En consecuencia, la facultad

moderadora o correctora se atribuye a los tribunales, sin duda, para evitar los posibles abusos que podría originar una aplicación literal del derecho de retracto de abolorio, dado que este derecho de recobro persigue y ampara una finalidad concreta, cual es la de mantener la integridad del patrimonio familiar evitando que alguna finca perteneciente a la familia vaya a manos extrañas.

2. En el caso de autos, debemos rechazar el ejercicio de la facultad moderadora con relación a, de acuerdo con los datos reflejados en la sentencia objeto de recurso, los cuales damos aquí también por reproducidos. Sobre este extremo, debemos resaltar que los otros demandantes no están legitimados para solicitar, como si fueran demandados, que sea aplicada la facultad moderadora a su tío —el otro demandante—. En suma, las circunstancias personales de Luis María se nos antojan paradigmáticas a fin de rechazar una situación de abuso de derecho en el ejercicio del retracto de abolorio, a tal punto que consideramos que nada sería más contrario a criterios equitativos que denegar ese derecho a quien ha permanecido toda su vida trabajando el patrimonio agrícola familiar y viviendo en la casa, aun después de su jubilación, a pesar de no ser el heredero, seguramente con fundamento en su condición de tío o descendiente no heredero que, por ello, debía ser mantenido en la casa sano o enfermo, y, cuando tomara estado, o salga, dotado al haber y poder de la casa, según lo declarado en la escritura de capitulación matrimonial de 18 de septiembre de 1948 (folio 307 vuelto). No nos parece decisivo ni la edad de (ahora debe de tener 67 años) ni que carezca de descendientes, pues no por concurrir tales circunstancias va a carecer de interés y afecto para mantener dentro de la familia la finca de que se trata, de acuerdo con la finalidad propia del retracto gentilicio cuya procedencia es aquí discutida.

3. Sobre la base de todo lo expuesto, debemos desestimar el recurso de, S.L. en cuanto a la demanda interpuesta por, sin perjuicio de lo que podamos decir a continuación.

SEXTO: 1. Por lo que se refiere a la segunda demanda, frente a lo sostenido por, S.L. en la alegación primera del escrito de oposición al recurso planteado por los hermanos, no nos parece que constituya un defecto insubsanable la falta de otorgamiento de poder a favor de procuradores por parte de dos de los actores del juicio acumulado en la fecha de presentación de su demanda, sino trece y treinta y tres días después, según se trate de o de , respectivamente, a tenor de lo que consta en autos, aunque sin mediar una especial resolución del Juzgado. La dicción literal del artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no justifica la tesis de la demandada, como tampoco el artículo 418 de la misma ley; y, además, tales preceptos deben ser interpretados con arreglo a lo establecido de modo general en el artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en consonancia con el artículo 24 de la Constitución. Así, las sentencias del Tribunal Constitucional de 26-IV-1999, 26-III-2001 y 7-XI-2005 declaran que la ausencia de poder en el momento de realizar el acto procesal (y no solo su falta de acreditación) es un defecto subsanable, por lo que la solución distinta sería de todo punto irracional y desproporcionada y, por tanto, contraria al derecho a la tutela judicial

efectiva, siempre que no padezca la regularidad del procedimiento, no se cause indefensión a la parte contraria y no se aprecie una posición negligente o contumaz en la parte que no ha presentado el poder.

2. A mayor abundamiento, si bien la demandada adujo el defecto analizado en la audiencia previa y dedujo en ella el oportuno recurso seguido de protesta frente a la decisión del juez, como consta en la grabación del juicio (y solo parcialmente en el acta), lo cierto es que en su escrito de oposición al recurso no formula impugnación adhesiva contra la sentencia a fin de denunciar la infracción procesal cometida en debida forma y con posibilidad de contradicción (artículo 459 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

SÉPTIMO: En cuanto a la caducidad de la acción de retracto formulada por, tras el examen de las actuaciones y el visionado de la grabación del juicio, compartimos la valoración de la prueba desarrollada en el fundamento de Derecho tercero de la sentencia, de los que se desprende el conocimiento de los demandantes de la operación que iba a desarrollar su hermano Ignacio, pero no de sus condiciones esenciales, principalmente las reflejadas en la escritura pública. Además, respecto al contrato privado de compraventa, nos remitimos a los argumentos desarrollados en el anterior fundamento de Derecho cuarto respecto a la trascendencia del documento privado de compraventa.

OCTAVO: 1. Con respecto a la facultad moderadora, el domicilio de los demandantes (vive en Haro y los otros dos en Huesca: con sus padres, y, en el piso superior a aquel en donde residen sus padres) y su actividad laboral ajena a la agricultura no parece que sean datos suficientes para moderar equitativamente el ejercicio del derecho de abolitorio sobre la base de los criterios antes ya expuestos. No obstante, tales hechos sí son relevantes unidos a otras circunstancias ya valoradas en el fundamento de Derecho quinto de la sentencia de primer grado; principalmente, que conocía los deseos de venta de su hermano Ignacio, pues de otro modo no se entiende que enseñara la finca al representante de la demandada (las explicaciones dadas al respecto por en el juicio son poco convincentes) y que conociera la presentación de la demanda de desahucio por precario contra su tío hoy aquí también demandante. Los otros dos actores, , no pueden ser ajenos a la anterior situación cuando han interpuesto la demanda conjuntamente con , aparte de que ni tan siquiera se molestaron en otorgar los poderes para pleitos antes de presentar la demanda. Hemos de aclarar, no obstante, que las declaraciones de E en el juicio no son decisivas porque, tras admitir los hechos que favorecían la tesis de la demandada, aparentemente vino a decir lo contrario a preguntas de la parte que le interrogó a continuación, y porque el propio admite en su escrito de oposición al recurso que su sobrino padece una enfermedad mental. Tampoco podemos prescindir de que la finca está ocupada por y del propio ejercicio del derecho de abolitorio por esta persona.

2. Sobre la base de todo ello, entendemos que el interés perseguido por con el planteamiento del retracto no es el deseo de conservar unidas las propiedades pertenecientes a la familia, es decir, su afección hacia la finca y de conservar íntegra la casa, sino que están condicionados por móviles espurios ajenas a la finalidad del derecho de abolitorio y constitutivos de abuso

de derecho. Nos parece oportuno, por tanto, confirmar el ejercicio de la facultad moderadora con relación a .

NOVENO: No obstante, procede estimar el recurso de esta parte a los siguientes efectos: A) Modificar el fallo a fin de consignar que el derecho de retracto está referido a la nuda propiedad de la finca. B) No hacer declaración sobre las costas de la primera instancia causadas por su demanda, puesto que entendemos que concurren serias dudas de hecho y de Derecho sobre el ejercicio de la facultad moderadora en el derecho de abolitorio planteado por los hermanos , como autoriza excepcionalmente el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

#### b.— Daños y perjuicios:

— Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Ejea de los Caballeros de 20 de julio de 2009. Accidente de tráfico causado por la irrupción en la vía de un jabalí:

«Primero.— En relación con los hechos objeto del proceso, no se ha discutido que el día 7 de diciembre de 2007, circulase con su vehículo Renault Laguna, matrícula por el km. de la carretera A cuando se vio sorprendido por la irrupción en la calzada de un jabalí, con el cual colisionó. Tampoco se ha discutido que el vehículo estaba asegurado por la actora, y que ésta abonó el importe de la reparación, que ascendió a 5.701,91 euros. Aunque alguno de los demandados discutía si la factura de la reparación se refería exclusivamente a los daños provocados como consecuencia del accidente, en la audiencia previa se estuvo de acuerdo en admitir que así era para evitar practicar prueba testifical y poder dictar sentencia directamente. Por otra parte, tampoco se discute que los cotos de los que son titulares los tres demandados son colindantes con el lugar donde se produjo el accidente.

Segundo.— La parte actora ejercita una acción de responsabilidad extracontractual, basada en el artículo 1.905 del Código Civil, que establece que “el poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese sufrido”. Alega también el artículo 71 bis 2.c de la Ley de Caza de la Comunidad Autónoma de Aragón, que exonera a la Comunidad Autónoma de responsabilidad cuando el titular del coto no haya observado la debida diligencia en su conservación.

En las diversas contestaciones a la demanda se considera que no es de aplicación el artículo 1.905 del Código Civil. Considero que los demandados tienen razón. El accidente objeto del presente procedimiento se produjo por la irrupción en la calzada de un jabalí. El jabalí es un animal salvaje y no puede considerarse que los demandados tuvieran la posesión del mismo, ni tampoco que estuvieran sirviéndose de él.

Por otra parte, el artículo 71 bis de la Ley de Caza aragonesa tampoco sirve para la resolución de este litigio, puesto que en dicho precepto lo que se regula es la responsabilidad de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Considero que, en la actualidad, la responsabilidad civil derivada de accidentes de circulación que

consistan en el atropello de especies cinegéticas debe resolverse conforme a lo dispuesto en la disposición adicional novena del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial: "En accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas será responsable el conductor del vehículo cuando se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación.

Los daños personales y patrimoniales en estos siniestros, sólo serán exigibles a los titulares de aprovechamientos cinegéticos o, en su defecto, a los propietarios de los terrenos, cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado.

También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produce el accidente como consecuencia de su responsabilidad en el estado de conservación de la misma y en su señalización".

Tercero.— El precepto referido atribuye, en primer lugar, la responsabilidad, al conductor del vehículo, siempre que se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación.

En este caso, y pese a que en alguna de las contestaciones a la demanda se apunta esta posibilidad, ninguna prueba se ha practicado en este sentido, de forma que no se ha acreditado que el conductor hubiese incurrido en infracción de norma de circulación alguna.

Cuarto.— No acreditada la responsabilidad del conductor, el precepto mencionado responsabiliza a los titulares de los aprovechamientos cinegéticos y a los propietarios de los terrenos cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado.

Con anterioridad a la introducción de la disposición adicional 9ª por parte de la Ley 17/2005, se había venido manteniendo un régimen de responsabilidad civil objetivo, o cuasi objetivo, con base en lo dispuesto en la Ley de Caza. La jurisprudencia imponía una inversión de la carga de la prueba de forma que bastaba con demostrar la realidad del accidente y los daños para que el titular del terreno cinegético tuviese que demostrar, para exonerarse de responsabilidad, que los daños habían sido consecuencia de la culpa exclusiva de la víctima, o que había actuado con toda la diligencia que le era exigible. Esta idea se plasma en diversas sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza tales como las de 4 julio de 2001, 25 enero de 1999, 28 julio de 2003, 23 junio de 2003, 21 marzo de 2003, 25 enero de 1999 y 29 mayo de 2000.

La introducción de la disposición adicional a la que se viene haciendo referencia ha dado lugar a diferentes interpretaciones por parte de los tribunales. En unos casos se ha entendido que este nuevo precepto no supone una alteración del anterior régimen de responsabilidad civil objetiva, suponiendo sólo, en su caso, una atenuación del mismo, manteniéndose la inversión de la carga de la prueba a la que se ha hecho referencia. En otros casos se ha entendido que con esta disposición adicional se ha querido alterar el anterior régimen de responsabilidad, estableciendo un régimen de responsabilidad por culpa, de forma que será el actor el que deberá demostrar, no sólo la realidad del acciden-

te y de los daños, sino la relación de causalidad entre el mismo y la acción de cazar o la deficiente conservación del terreno cinegético.

En opinión del que suscribe, la introducción de esta disposición adicional supone un cambio en el régimen de responsabilidad civil que venía aplicándose hasta el momento en estos casos. Ciertamente, la exposición de motivos de la Ley 17/2005 nada dice acerca de la disposición adicional 9ª. Sin embargo, si el legislador no hubiese tenido la intención de alterar el régimen de responsabilidad civil que venía aplicándose, ningún sentido tendría la introducción de esta disposición.

A esta conclusión se llega si se compara el tenor de la disposición a que se está haciendo referencia con el del artículo 33 de la Ley de Caza. Este último precepto establece que los titulares de aprovechamientos cinegéticos "serán responsables", expresión clara, terminante, sin inclusión de matiz alguno, que justificaba una interpretación que diese lugar a una responsabilidad objetiva.

Sin embargo, la disposición adicional 9ª comienza, en primer lugar, por establecer la posible responsabilidad de los conductores en el caso de infracciones de normas de circulación. En segundo lugar, cuando se refiere a la responsabilidad de titulares de aprovechamientos cinegéticos, emplea la expresión "sólo", de eminente significado restrictivo, enunciando los dos únicos supuestos en los que se les podrá exigir responsabilidad, y sin que exista ningún elemento del que se desprenda una inversión de la carga de la prueba acerca de la concurrencia de uno de esos dos supuestos. En tercer lugar establece la posible responsabilidad del titular de la vía, en los casos de deficiente conservación o señalización, sin que exista tampoco ningún elemento que permita eximir al actor de la carga de la prueba de esa deficiente señalización o conservación.

En definitiva, parece claro que el legislador ha querido restringir la responsabilidad de los titulares de derechos cinegéticos en relación con los accidentes de tráfico ocasionados como consecuencia de la invasión de la vía por piezas de caza a los supuestos en que el accidente es consecuencia directa de la acción de cazar o consecuencia de la deficiente conservación del terreno acotado, y no a cualquier supuesto en el que un animal proveniente de estos terrenos invada la calzada. Y, según la interpretación que se ha hecho en el párrafo anterior, se establece un sistema de responsabilidad por culpa, de forma que será el actor quien tendrá que acreditar la concurrencia de alguno de estos dos supuestos, y la relación de causalidad entre dichos supuestos y el accidente y correspondientes daños, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre la disponibilidad probatoria.

Quinto.— Por lo tanto, debe analizarse si concurre alguno de estos dos supuestos: que el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o falta de diligencia en la conservación del terreno acotado.

En relación con el primero de los supuestos, que el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar, ninguna actividad probatoria se ha efectuado tendente a acreditar este extremo. No consta, por lo tanto, que en ninguno de los cotos se llevase a cabo actividad de caza alguna el día del accidente. En rela-

ción con el coto, titularidad de la demandada Sociedad de cazadores de, se aporta como documento 1 de la contestación certificación del Secretario de la entidad en la que se manifiesta que el día del siniestro no se realizó actividad cinegética alguna en el coto. Por lo que se refiere a las otras dos demandadas, se trata de titulares de cotos de caza menor, por lo que se desprende que tampoco pudo haber caza de jabalí el día de los hechos. En el preciso momento del accidente, 20:30 horas del 7 de diciembre (según el informe aportado como documento 2 de la demanda), parece claro que no podía estar llevándose a cabo actividad de caza alguna, dado que ya había anochecido.

Según se desprende del documento 2 de la contestación de, se tramitó expediente administrativo ante el INAGA, sin que conste el contenido de su resolución pero que, evidentemente, debió ser desestimatorio para el solicitante, puesto que, de otro modo, ya habría sido indemnizado. Ello significa que el INAGA entendió que no hubo actividad cinegética en los cotos demandados el día del accidente ya que, en caso contrario, conforme a lo dispuesto en el artículo 71 bis de la Ley de Caza de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Por lo tanto, al indicar todos los elementos existentes en las actuaciones que no hubo actividad de caza en los cotos demandados el día del accidente, y ante la ausencia de prueba en contrario, debe concluirse que no se ha acreditado que el accidente se produjese como consecuencia de la acción de cazar.

Sexto.— Debe analizarse, ahora, el segundo de los supuestos: que el accidente sea consecuencia de la falta de diligencia en la conservación del terreno acotado.

Este aspecto tampoco ha quedado acreditado. La parte actora no ha realizado ninguna actividad probatoria en este sentido.

Consta en el procedimiento un certificado del INAGA en el que se hace constar que la demandada, como titular del coto de caza, "ha venido desarrollando una adecuada gestión del acotado en lo referente a la obtención de autorizaciones administrativas y al cumplimiento de las obligaciones impuestas por la normativa vigente en materia de caza en relación con los planes anuales de caza, actuaciones de control de especies cinegéticas y antropófilas...", de fecha 20 de mayo de 2009. La sociedad de cazadores de, con su contestación, presenta una certificación idéntica de 24 de febrero de 2009.

Tanto S. L. como son titulares de cotos de caza menor, sin aprovechamiento secundario, por lo que tampoco pueden tener responsabilidad alguna en cuanto al control de los jabalís.

Debe tenerse en cuenta, además, que el jabalí es una especie salvaje, que no es introducida por los titulares del coto para su posterior caza, sino que es autóctona del lugar en el que se produjo el accidente, y que allí tiene su hábitat y allí lo tendría aunque dicho lugar no se hubiese constituido en un coto de caza. Es decir, el animal no está en la zona porque allí exista un coto de caza, sino que el coto de caza se constituye en aquel lugar en el que habitan animales de interés cinegético. Ciertamente, los cotos no están vallados, pero es que ello está expresamente prohibido en el artículo 47.4 de la Ley 5/2002, de Caza de Aragón, por lo que la falta de vallado no permite imputar a los titulares del coto una conducta culpable.

Por lo expuesto, tampoco se ha acreditado la falta de diligencia en la conservación del terreno acotado por parte de ninguno de los tres demandados. La parte actora ha partido de una responsabilidad objetiva de los demandados, por lo que no ha realizado la necesaria actividad tendente a acreditar la conducta culpable de aquéllos. Ante esta inactividad probatoria, se consideran suficientes los certificados del INAGA aportados, así como el hecho de que dos de los cotos demandados sean de caza menor.

Todo lo anterior lleva a la desestimación de la demanda.

Séptimo.— En cuanto a las costas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil entiendo que existían en este supuesto serias dudas de derecho, al existir jurisprudencia contradictoria de diversas Audiencias Provinciales. En la Audiencia Previa se citó (y aportó) la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 3 de julio de 2009, que parece ser la primera sobre esta materia con posterioridad a la introducción de la disposición adicional 9ª del Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. Dado lo reciente de esta sentencia, que no se conocía en el momento de interponerse la demanda, considero que no procede hacer expresa imposición de costas.»

— Sentencia de la A.P. de Huesca de 30 de junio de 2009. La responsabilidad por daños causados por especies cinegéticas no corresponde a la jurisdicción civil, sino a la contencioso-administrativa en los casos en los que no se halla siquiera indiciariamente establecida la responsabilidad de los titulares de la explotación de los cotos, y ello aunque no haya sido demandada la Administración:

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

SEGUNDO: Sostiene el recurrente que lo procedente sería considerar competente a la jurisdicción civil y, entrando en el fondo del asunto, estimar íntegramente la demanda. Tal pretensión no puede prosperar por los propios fundamentos ya expuestos en la sentencia apelada, anteriormente aceptados y dados por reproducidos en esta ocasión procesal, en la que difícilmente podríamos hacer reproche alguno al Juzgado cuando ha seguido el criterio que esta misma Audiencia Provincial ya expuso en la sentencia de 30 de noviembre de 2000. Ciertamente es que el Juzgado ha apreciado su falta de jurisdicción de oficio y sin dar antes la audiencia del artículo 38 pero en el caso no se pide la nulidad de actuaciones por lo que la indicada irregularidad procesal carece de relevancia. Sin duda la parte recurrente ha considerado subsanado la falta inicial de traslado mediante todas las alegaciones que ha realizado en segunda instancia. En cualquier caso, sólo la parte es quien tenía en su mano solicitar la nulidad de lo actuado y no lo ha hecho sino que nos ha pedido que afirmemos la competencia de la jurisdicción civil para la resolución de la presente reclamación cosa a la que no podemos acceder por las mismas razones que ya tiene expuestas el Juzgado coincidiendo con un anterior precedente de este mismo tribunal.

Es de resaltar que en el caso no se ha acreditado negligencia alguna en la conservación del terreno acotado de modo que la única vía para afirmar la respon-

sabilidad que se quiere hacer efectiva sería una responsabilidad por riesgo derivada de la misma explotación del acotado la cual, tenga o no cabida contra alguien en la regulación vigente al tiempo del siniestro (tras la entrada en vigor del artículo 71 bis de la Ley 5/2002, de 4 de abril, de caza en Aragón, modificada por la Ley 15/2006 de montes de Aragón), cosa que queda ahora imprejujada, si es que existiera dicha responsabilidad por riesgo contra alguien, es claro que nos llevaría a una responsabilidad solidaria entre todos los terrenos cinegéticos próximos incluidas las reservas que son responsabilidad de la administración en los términos ya explicados por el Juzgado lo que hace que, en el mejor de los casos para el apelante, si es que existe la responsabilidad de la demandada, ésta habría concurrido a la producción del daño con la administración por lo que, conforme al artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial también contra la demandada debería hacer valer la actora su pretensión ante el orden contencioso administrativo pues tal regla rige con independencia de que en este procedimiento se haya demandado o no a la administración, tal y como lo declaramos también en nuestra sentencia de 30 de noviembre de 2000, ya citada por el Juzgado, en la que indicamos que "aunque no se esté demandando a una administración, la competencia correspondería a la jurisdicción contencioso-administrativa si resultara acreditado, siquiera fuera de un modo meramente indiciario que los demandados, de haber producido el daño, lo habrían hecho concurriendo junto con la administración". Por otra parte, los precedentes jurisprudenciales citados en sentido contrario en el recurso no tienen nada que ver con la situación concurrente en el caso en el que, sin prejuzgar la existencia o inexistencia de responsabilidad, parece claro que tal responsabilidad, si es que existe, derivaría de un daño causado concurriendo sujetos privados y la administración y en este caso la jurisdicción contenciosa atrae el enjuiciamiento de los sujetos privados concurrentes lo que tiene lugar siempre, aunque no se demande o a la administración, pues el único supuesto que ha puesto el legislador para que se deduzca también frente a ellos la pretensión en sede del orden contencioso administrativo es que hubieren concurrido con la administración en la producción del daño lo que obviamente, siempre puede dar lugar a ulteriores repeticiones entre los causantes de los daños, si es que fueran estimados finalmente responsables algunos de ellos. Es de resaltar que en el caso no estamos ante un concesionario de la administración demandado en solitario, en el que, aparte de que, por ese sólo hecho, más que concurrir con aquella la sustituye (lo que autorizaría a entender que no hay concurrencia salvo que se afirmara expresamente alguna clase de culpa in vigilando o in eligendo), es difícilmente concebible una ulterior repetición contra la administración si resultara condenado, sino que en el caso estamos ante un sujeto privado que, sin vínculo alguno con la administración para gestionar por ella servicio público alguno, realiza similar actividad cinegética que ésta en las proximidades del lugar siniestrado y sin competencia alguna sobre la señalización y protección de la carretera, no siendo en absoluto deseable que un orden jurisdiccional estimara existente una responsabilidad por riesgo que pudiera ser nega-

da por el otro orden jurisdiccional en el caso de tener lugar una repetición entre los sujetos concurrentes en la realización de una misma actividad cuando la redacción del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial permite eludir tal posibilidad.

Por otro lado, la resolución de la Sala especial de conflictos citada por el apelante, de 20 de noviembre de 2007, se refería a la responsabilidad de una concesionaria con capital íntegramente público ( persona jurídica para la gestión directa de un servicio público), declarándose competente a la jurisdicción contenciosa. Y la resolución de 19 de noviembre de 2007, tampoco se refería a un supuesto de concurrencia de personas públicas y privadas en la causación de un daño pues entendió el Alto Tribunal que la concesionaria de un servicio público era un sujeto privado aunque estuviera participada por capital público. Precisamente por eso, en el fundamento de derecho tercero, el Alto Tribunal descartó que se tratara de un supuesto de concurrencia de personas públicas y privadas en la causación del daño. Y nuestro auto de 5 de enero 2009, también citado, tampoco guarda ninguna analogía con este caso pues se trataba de una demanda dirigida, exclusivamente, contra una aseguradora a la que, en el mejor de los casos, le afectaría el adverbio "además" del artículo 9.4 en los términos que explicamos en aquella resolución en la que, justo antes de las frases resaltadas en el recurso, afirmamos que "...el orden contencioso-administrativo solo será competente si la demanda dirigida contra una aseguradora que no asegure a la Administración se plantea, además, contra la propia Administración pública o contra un sujeto privado,..." , todo ello, obviamente, haciendo alusión a los sujetos privados que hubieren concurrido con la administración en la producción del daño. Por otra parte, a la específica posición de las aseguradoras también nos referimos en nuestra sentencia de 27 de febrero de 2001 en la que, al tiempo que analizábamos la particular posición de las aseguradoras, bien claro dijimos que "...si se dedujera alguna pretensión contra la administración o contra un sujeto privado que con ella hubiera concurrido en la producción del daño, no tenemos duda alguna de que el enjuiciamiento del asunto correspondería a la jurisdicción contencioso administrativa..."»

— Sentencia de la A.P. de Zaragoza, Sección Cuarta, de 14 de septiembre de 2009. Responsabilidad extracontractual: accidente provocado por un animal:

«PRIMERO.— En la demanda rectora del procedimiento ejercitó la parte actora la acción de responsabilidad extracontractual o aquilina prevista en el art.1905 del CC, solicitando la condena de la demandada al pago de la reparación del vehículo de su propiedad, un Renault Express matrícula, y que el día 2 de noviembre de 2007 resultó golpeado por un jabalí procedente del coto de caza núm., cuya titularidad ostenta la Sociedad de Cazadores demandada, cuando circulaba por la carretera A, en el punto kilométrico .

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al considerar que la demandada, la Sociedad de Cazadores de carecía de legitimación pasiva. No resultaba acreditado que el animal muerto y causante

del accidente procediese del Coto titularidad de la demandada. Así como, que en el Atestado emitido por la Dirección General de la Guardia Civil, constaba como lugar del accidente, el término municipal de, mientras que el Coto de Cazadores demandado, según figuraba en el registro de INAGA, se encontraba en el término municipal de no constando por tanto, ni probando la actora, que su ámbito territorial se extendiese a más de un municipio, y que el punto kilométrico de la carretera donde tuvo lugar el accidente lindase con el Coto de Cazadores demandado

Contra dicha resolución se alza la recurrente alegando primero, una errónea valoración de la prueba practicada por la Juzgadora de Instancia, el Coto de Caza de la Sociedad de Cazadores de es colindante, según el Registro del INAGA, con el punto kilométrico donde se produjo el accidente. La existencia del Atestado de la Guardia Civil en el que se indica que el accidente tuvo lugar en el término municipal de y no de, no es indicativo de la falta de legitimación pasiva de la demandada ya que en la mayor parte de los casos los cotos de caza no coinciden con las demarcaciones de la población y se extienden a más de un término municipal. La respuesta dada por el presidente de la Sociedad demandada a la reclamación extrajudicial realizada por el perjudicado, en ningún caso alude a que el punto kilométrico donde ocurrió el accidente no colindase con el término propiedad del Coto de Caza. En tercer lugar, manifiesta que el día en que ocurrió el accidente (2/11/07) y su víspera, estaba autorizada la práctica de la caza en el Coto demandado para las siguientes especies cinegéticas: ciervo de batida, rececho, corzo y jabalí entre otras muchas. Entiende que estamos ante un supuesto de responsabilidad por riesgo del art.1902 y siguientes del Código Civil, derivado de la acción de cazar, con inversión de la carga de la prueba. Existe una falta de diligencia por parte de la titularidad del Coto en su conservación, debiendo responder de los daños producidos por sus especies cinegéticas.

La parte demandada se opone íntegramente al recurso planteado, pidiendo la íntegra estimación de la Sentencia de Instancia, con expresa imposición de las costas a la recurrente.

SEGUNDO.— Respecto al primer alegato del recurso, esta Sala considera de la valoración conjunta de la prueba practicada en el acto del juicio, en primer lugar y tal y como manifestó el Juzgador “a quo”, que ha quedado acreditado la existencia de una falta de legitimación pasiva del demandado, la Sociedad de Cazadores de”, y ello por cuanto del Atestado de la Guardia Civil (folio 9) queda suficientemente probado que el accidente tuvo lugar en el término municipal de, y no en , municipio donde radico el Coto de Caza demandado. La recurrente hace referencia a que el Coto de Caza extiende su términos más allá del municipio de, concretamente al municipio de, y por tanto pueden perfectamente haber sido sus heredades, colindantes con el punto kilométrico donde ocurrió el accidente, no obstante se trata de una mera afirmación de parte que no impugna el valor de prueba otorgado por el Atestado de la Guardia Civil elaborado a consecuencia del accidente.

TERCERO.— En segundo lugar, y respecto a la legislación aplicable al presente supuesto, El art.20 de la

Ley Estatal 17/2005, de 19 de julio por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, incorpora a dicha Ley sobre tráfico (aprobada por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo) una Disposición adicional novena que regula la responsabilidad en accidentes de tráfico por atropellos en especies cinegéticas, estableciendo e su párrafo segundo que: “ Los daños personales y patrimoniales en estos siniestros, sólo serán exigibles a los titulares de aprovechamientos cinegéticos o, en su defecto a los propietarios de los terrenos, cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado”. Por su parte el art.71 de la Ley aragonesa 5/2002, de caza, ha sido reformado por la Disposición Final Quinta de la Ley aragonesa 15/2006 de 28 de diciembre, de Montes de Aragón, que ha suprimido los párrafos 5 y 6 de dicho precepto y ha introducido en la Ley de Caza un art. 71 bis del siguiente tenor: “De la indemnización por daños no agrarios. 1. La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón asumirá el pago de las indemnizaciones a que haya lugar a favor de los perjudicados por daños de naturaleza distinta de la agraria causados por especies cinegéticas, a reserva de la posibilidad de ejercitar su derecho de repetición frente a los responsables y titulares de los acotados en los casos en que se hubiera dado lugar a ello. 2. En cualquier caso, la Administración de la Comunidad Autónoma quedará exonerada de la obligación de pago en los siguientes casos: a. Cuando los propios perjudicados, mediante su culpa o negligencia, hayan concurrido a la producción del daño. b. Cuando el accidente o siniestro no sea consecuencia directa de la acción de cazar. C. Cuando no se hayan observado la debida diligencia en la conservación del terreno acotado en cumplimiento de las obligaciones que a tal fin la normativa de caza impone a su titular”.

En el presente supuesto ha quedado acreditado con el informe certificado por la Sociedad de Cazadores Deportivos de fecha 9 de marzo de 2009, que el día en que se produjo el accidente, 2 de noviembre de 2007, viernes, no era lectivo para el ejercicio de la caza del jabalí (folios 47 y 48 de autos). Igualmente no existe prueba alguna que pueda determinar la existencia de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado, constituyendo esta una mera afirmación de parte sin base jurídica alguna. Por tanto, esta Sala considera que al no ser el día del accidente lectivo para el ejercicio de la caza del jabalí en el Coto demandado, ni tampoco existir en el mismo una falta de diligencia en su conservación, no podemos exigir la responsabilidad derivada del accidente que en este procedimiento se debate, al titular del Coto, la “la Sociedad de Cazadores de”, ni tampoco y en su caso , a la Administración Autonómica, la Comunidad Autónoma de Aragón.»

— Sentencia de la A.P. de Zaragoza, Sección Cuarta, de 19 de noviembre de 2009. Se trata de la responsabilidad del propietario de los aprovechamientos cinegéticos, materia que está regulada por normas autonómicas, concretamente por la Ley 5/2002 de 4 de abril de Caza de Aragón:

«PRIMERO.— En la demanda rectora del procedimiento ejercitó la parte actora la acción de responsabilidad extracontractual o aquilina prevista en el art.1905 del CC, solicitando la condena de la demandada al pago de la reparación del vehículo de su propiedad, un Renault Express matrícula, y que el día 2 de noviembre de 2007 resultó golpeado por un jabalí procedente del coto de caza núm., cuya titularidad ostenta la Sociedad de Cazadores demandada, cuando circulaba por la carretera A, en el punto kilométrico .

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda al considerar que la demandada, la Sociedad de Cazadores de carecía de legitimación pasiva. No resultaba acreditado que el animal muerto y causante del accidente procediese del Coto titularidad de la demandada. Así como, que en el Atestado emitido por la Dirección General de la Guardia Civil, constaba como lugar del accidente, el término municipal de, mientras que el Coto de Cazadores demandado, según figuraba en el registro de INAGA, se encontraba en el término municipal de no constando por tanto, ni probando la actora, que su ámbito territorial se extendiese a más de un municipio, y que el punto kilométrico de la carretera donde tuvo lugar el accidente lindase con el Coto de Cazadores demandado

Contra dicha resolución se alza la recurrente alegando primero, una errónea valoración de la prueba practicada por la Juzgadora de Instancia, el Coto de Caza de la Sociedad de Cazadores de es colindante, según el Registro del INAGA, con el punto kilométrico donde se produjo el accidente. La existencia del Atestado de la Guardia Civil en el que se indica que el accidente tuvo lugar en el término municipal de y no de, no es indicativo de la falta de legitimación pasiva de la demandada ya que en la mayor parte de los casos los cotos de caza no coinciden con las demarcaciones de la población y se extienden a más de un término municipal. La respuesta dada por el presidente de la Sociedad demandada a la reclamación extrajudicial realizada por el perjudicado, en ningún caso alude a que el punto kilométrico donde ocurrió el accidente no colindase con el término propiedad del Coto de Caza. En tercer lugar, manifiesta que el día en que ocurrió el accidente (2/11/07) y su víspera, estaba autorizada la práctica de la caza en el Coto demandado para las siguientes especies cinegéticas: ciervo de batida, rechecho, corzo y jabalí entre otras muchas. Entiende que estamos ante un supuesto de responsabilidad por riesgo del art.1902 y siguientes del Código Civil, derivado de la acción de cazar, con inversión de la carga de la prueba. Existe una falta de diligencia por parte de la titularidad del Coto en su conservación, debiendo responder de los daños producidos por sus especies cinegéticas.

La parte demandada se opone íntegramente al recurso planteado, pidiendo la íntegra estimación de la Sentencia de Instancia, con expresa imposición de las costas a la recurrente.

SEGUNDO.— Respecto al primer alegato del recurso, esta Sala considera de la valoración conjunta de la prueba practicada en el acto del juicio, en primer lugar y tal y como manifestó el Juzgador "a quo", que ha quedado acreditado la existencia de una falta de legitimación pasiva del demandado, la Sociedad de Cazadores de", y ello por cuanto del Atestado de la Guardia Civil (folio 9) queda suficientemente probado

que el accidente tuvo lugar en el término municipal de, y no en , municipio donde radico el Coto de Caza demandado. La recurrente hace referencia a que el Coto de Caza extiende su términos más allá del municipio de, concretamente al municipio de, y por tanto pueden perfectamente haber sido sus heredades, colindantes con el punto kilométrico donde ocurrió el accidente, no obstante se trata de una mera afirmación de parte que no impugna el valor de prueba otorgado por el Atestado de la Guardia Civil elaborado a consecuencia del accidente.

TERCERO.— En segundo lugar, y respecto a la legislación aplicable al presente supuesto, El art.20 de la Ley Estatal 17/2005, de 19 de julio por la que se regula el permiso y la licencia de conducción por puntos y se modifica el Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, incorpora a dicha Ley sobre tráfico (aprobada por Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo) una Disposición adicional novena que regula la responsabilidad en accidentes de tráfico por atropellos en especies cinegéticas, estableciendo e su párrafo segundo que: " Los daños personales y patrimoniales en estos siniestros, sólo serán exigibles a los titulares de aprovechamientos cinegéticos o, en su defecto a los propietarios de los terrenos, cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado". Por su parte el art.71 de la Ley aragonesa 5/2002, de caza, ha sido reformado por la Disposición Final Quinta de la Ley aragonesa 15/2006 de 28 de diciembre, de Montes de Aragón, que ha suprimido los párrafos 5 y 6 de dicho precepto y ha introducido en la Ley de Caza un art. 71 bis del siguiente tenor: "De la indemnización por daños no agrarios. 1. La Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón asumirá el pago de las indemnizaciones a que haya lugar a favor de los perjudicados por daños de naturaleza distinta de la agraria causados por especies cinegéticas, a reserva de la posibilidad de ejercitar su derecho de repetición frente a los responsables y titulares de los acotados en los casos en que se hubiera dado lugar a ello. 2. En cualquier caso, la Administración de la Comunidad Autónoma quedará exonerada de la obligación de pago en los siguientes casos: a. Cuando los propios perjudicados, mediante su culpa o negligencia, hayan concurrido a la producción del daño. b. Cuando el accidente o siniestro no sea consecuencia directa de la acción de cazar. C. Cuando no se hayan observado la debida diligencia en la conservación del terreno acotado en cumplimiento de las obligaciones que a tal fin la normativa de caza impone a su titular".

En el presente supuesto ha quedado acreditado con el informe certificado por la Sociedad de Cazadores Deportivos de fecha 9 de marzo de 2009, que el día en que se produjo el accidente, 2 de noviembre de 2007, viernes, no era lectivo para el ejercicio de la caza del jabalí (folios 47 y 48 de autos). Igualmente no existe prueba alguna que pueda determinar la existencia de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado, constituyendo esta una mera afirmación de parte sin base jurídica alguna. Por tanto, esta Sala considera que al no ser el día del accidente lectivo para el ejercicio de la caza del jabalí en el Coto demandado, ni tampoco existir en el mismo una falta de diligencia en su conservación, no podemos

exigir la responsabilidad derivada del accidente que en este procedimiento se debate, al titular del Coto, la "la Sociedad de Cazadores de", ni tampoco y en su caso, a la Administración Autonómica, la Comunidad Autónoma de Aragón.»

— Sentencia de la A.P. de Zaragoza, Sección Cuarta, de 17 de diciembre de 2009. Se trata de la responsabilidad del propietario de los aprovechamientos cinegéticos, materia que está regulada por normas autonómicas, concretamente por la Ley 5/2002 de 4 de abril de Caza de Aragón:

«PRIMERO.— La cuestión que se presenta en éstaalzada ha sido afrontada recientemente por ésta Audiencia Provincial. Cuestión afectante a la responsabilidad civil por daños causados por especies cinegéticas y que resulta polémica por la concurrencia de dos normativas, una estatal y otra autonómica, que regulan esa misma cuestión. Y, sobre todo porque, y aquí reside el problema, tales regulaciones, al menos en parte, no terminan de ser coincidentes, estableciéndose criterios de imputación diferentes.

Razonábamos así en nuestra sentencia de 19 de noviembre de 2009 que "la delimitación de la responsabilidad por los daños sufridos en un vehículo que fue interceptado por un animal, un corzo, causándole daños plantea, en términos jurídicos, un específico problema de concurso de normas, autonómica y estatal. Problema que se agudiza cuando las regulaciones son, como en parte es el caso, disímiles y contradictorias.

En efecto la Ley 5/2002, de 4 de abril, de Caza de Aragón regulaba la responsabilidad por daños producidos por las especies cinegéticas en su art. 71. La norma distinguía entre daños agrarios y no agrarios; regulándose específicamente éstos en su apartado 5 y haciendo responsable de los causados y de naturaleza distinta a los agrarios a la Administración de la Comunidad y ello con la única excepción de que el perjudicado hubiera contribuido al daño. La razón por la que se asumía esa responsabilidad no quedaba explicitada y se han apuntado como motivos del posicionamiento del legislador bien razones de política legislativa, propiciar el aprovechamiento cinegético, bien asumir esa responsabilidad como consecuencia de las intensas funciones de tutela, inspección y ordenación del aprovechamiento cinegético.

Esa normativa chocaría con la incorporación de la disposición adicional novena de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial aprobado por el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, e introducido por la Ley 17/2005, de 19 de julio y a cuyo tenor "en accidentes de tráfico ocasionados por atropello de especies cinegéticas será responsable el conductor del vehículo cuando se le pueda imputar incumplimiento de las normas de circulación.

Los daños personales y patrimoniales en estos siniestros, sólo serán exigibles a los titulares de aprovechamientos cinegéticos o, en su defecto, a los propietarios de los terrenos, cuando el accidente sea consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado.

También podrá ser responsable el titular de la vía pública en la que se produce el accidente como consecuencia de su responsabilidad en el estado de conservación de la misma y en su señalización".

Las diferencias con la norma autonómica eran evidentes pues, fuera del supuesto en el que el siniestro fuera responsabilidad del propio perjudicado, en la norma autonómica respondía la Administración, mientras que en la estatal se contenía un título de imputación objetivo y otro subjetivo o por culpa, y en el que el titular del coto sólo respondía, objetivamente, cuando el accidente era consecuencia directa de la acción de cazar o cuando concurre una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado.

En lo que parecía un intento de unificar criterios, lo que permitiría orillar el problema del concurso de normas, la disposición final quinta de la Ley 15/2006, de 28 de diciembre de Montes de Aragón, derogó los apartados 5 y 6 del art. 71 de la Ley de caza e introdujo el art. 71 bis relativo a la indemnización por daños no agrarios, manteniendo la responsabilidad de la Administración (sin perjuicio de reconocerle un derecho de repetición), estableciéndose una específica exoneración en tres supuestos, uno, conforme con la norma estatal, cuando el perjudicado ha concurrido con su negligente actuar a la producción del daño, otro con un criterio contrario al de la norma estatal, pues así como en ésta si el daño se causa en la acción de caza responde el coto, en Aragón responderá la Administración.

Y un tercer supuesto, en el que parcialmente es coincidente la norma autonómica con la estatal pero en la que terminará existiendo una diferencia con relevancia esencial en el caso. En efecto, tanto en la norma estatal (disposición adicional novena) como en la autonómica (art. 71 bis 2.c de la Ley de caza) no responde la Administración y sí el titular del aprovechamiento por falta de diligencia en la conservación del terreno acotado. Pero la norma autonómica añade algo más y extraordinariamente relevante, pues acota y delimita la diligencia exigible y cuyo desconocimiento funda la responsabilidad del titular, perfilando el título de imputación cuando la falta de diligencia en la conservación lo sea "en cumplimiento de las obligaciones que a tal fin la normativa de caza impone a su titular.

SEGUNDO.— En esa misma sentencia se destacaba la diferencia que existe entre la norma estatal y la norma autonómica a la hora de enjuiciar la diligencia en la conservación del coto, pues así como la norma estatal contiene una referencia genérica, la autonómica es más estricta al exigir que la falta de diligencia se centre en el incumplimiento de "las obligaciones que a tal fin la normativa de caza impone a su titular": se acota y limita el estándar de diligencia exigible.

Esto puede propiciar la necesidad de decantarse por la preferencia de una u otra normativa, si la estatal o autonómica e, incluso, plantear una cuestión de inconstitucionalidad pues, uno u otro legislador, se ha excedido en sus competencias. En la mencionada sentencia nos decantábamos por la preferencia de la norma autonómica.

TERCERO.— Desde otra perspectiva se ha de alcanzar la misma conclusión.

Porque, aun cuando se diera preferencia a la norma estatal, la misma regularía exclusivamente lo que pueda entenderse competencia de dicho legislador, esto es la responsabilidad civil. Pero ésta se regula con referencia a materias y conceptos propios de la norma autonómica: es ésta la que perfila el concepto de ac-

ción de cazar y es ésta la que establece los criterios y parámetros de la diligencia que es exigible en la conservación de un aprovechamiento cinegético.

Dicho en otras palabras, que aun obviando la problemática que se deriva del concurso de normas, parcialmente discrepante, se parta de una prevalencia del Derecho Estatal en sede de regulación de la responsabilidad civil, se produce una simbiosis entre ambas normativas.

Y así mal se puede imputar negligencia en la conservación del coto por no vallarlo cuando la norma autonómica expresamente prohíbe tal vallado.

En contra de lo defendido en el recurso la responsabilidad fuera de los supuestos de acción de caza, de los que se hace tributario de la responsabilidad en la norma autonómica a la misma Administración, la responsabilidad se repite, responde a criterios subjetivos de culpa, no a criterios objetivos. Criterios subjetivos que regían también en el art. 1906 C. Civil, norma que hay que entender derogada.

Ya en fin el argumento último de esa responsabilidad sería la omisión de determinadas cautelas, que aquí no pueden extenderse al vallado que está expresamente prohibido por el legislador aragonés (art. 47.3 de la Ley de Caza de Aragón), de modo que la única negligencia imputable se residenciaría, potencialmente, aunque no se invoque en concreto en el recurso, en la ausencia de señales olfativas o elementos disuasorios. Tal y como se expone en la sentencia de instancia el coto ha venido desarrollando una diligente actuación en la organización y actividad cinegética, y no hay prueba alguna de que puedan existir otras medidas que sean eficaces, viables y razonables que mitiguen el tránsito de los animales por la vía. Razonamientos que fatalmente deben conducir a la desestimación del recurso.»

— Sentencia de la A.P. de Zaragoza, Sección Cuarta, de 23 de diciembre de 2009. Se trata de la responsabilidad del propietario de los aprovechamientos cinegéticos, materia que está regulada por normas autonómicas, concretamente por la Ley 5/2002 de 4 de abril de Caza de Aragón:

«PRIMERO.— Es un hecho admitido que la parte actora circulaba con su vehículo en la fecha y lugar indicado en la demanda cuando irrumpió en la calzada un jabalí. Aquella parte reclama la reparación del daño a la sociedad de cazadores demandada en base al art. 1.905 CC y art. 71 bis 2 c LCA. Se basa la atribución de la responsabilidad en la procedencia del animal, en cuanto que el demandado, titular del coto de caza, posee o se sirve del animal (art. 1905 CC) o bien, en relación al art. 71 bis 2 c LCA, por considerar que hay falta de diligencia en la conservación del coto, y que la responsabilidad es de riesgo, lo que supone la presunción "iuris tantum" de culpa.

La parte demandada se opuso a la demanda por considerar que había cumplido la diligencia exigible en la conservación del terreno. Asimismo, se opuso a la cantidad reclamada.

A los efectos debatidos, es de destacar que no se atribuyó culpa a la parte actora y que el día del siniestro no se estaba llevando a cabo acción de caza.

La sentencia estimó la demanda por falta de adopción de medidas de seguridad, por ausencia de vallas y señales reflectantes, luminosas o marcas olfativas para disuadir a los animales.

SEGUNDO.— La cuestión objeto del proceso ha tenido respuestas distintas según se pone de manifiesto en variadas decisiones judiciales, y a las que se refieren las partes. Si bien muchas de ellas coinciden en la consideración de que la regulación sobre la materia no es satisfactoria si se atiende a las circunstancias del riesgo que puede suponer para la circulación la irrupción súbita de un animal procedente de un terreno en el que se desarrolla una actividad de la que se obtiene un aprovechamiento (así, por ej. st AP Lugo de 12-1-07).

La primera causa de pedir en la que se basa la demanda es el art. 1.905 CC, que regula la responsabilidad del que posee un animal o se sirve de él. A efectos normativos, la materia objeto de decisión podría considerarse como responsabilidad civil de tráfico o de caza (por ej., el auto TS de 26-9-05, al resolver una cuestión de competencia, considera el supuesto como hecho de la circulación. Pero las sts. TS n.º 912/07 de 23 de julio y la n.º 1337/2006 de 22 de diciembre consideran que los daños y accidentes causados por animales en los casos que resolvían se rige por la Ley de Caza 1/1.970 y no consideran aplicables ni el art. 1.902 ni 1.906 CC). En cualquier caso, la norma a aplicar no sería el art. 1.905 CC porque si el supuesto se considera materia de caza, esta cuestión se regula por disposiciones especiales según establece el art. 611 CC, y resulta también de la CE (art. 148 p 1. 11). Y si se considera que es materia de responsabilidad de tráfico, de esa norma superior también resulta que la legislación civil es competencia exclusiva del Estado (art. 148 p 1. 8 CE), que ha efectuado una regulación al margen del CC.

TERCERO.— En la cuestión controvertida confluyen la Disposición Adicional novena de la Ley 17/2005 de 19 de julio y el art. 71 de la Ley 5/2002 de Caza de Aragón, modificada por la Ley 15/2006 de Montes de Aragón. Los términos de la Disposición Adicional Novena son "responsabilidad en accidentes de tráfico por atropellos de especies cinegéticas". Los términos del art. 71 bis de la Ley Caza de Aragón, son "de la indemnización por daños no agrarios".

Partiendo de la consideración de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas (art. 149 CE), también se ha tenido en cuenta que el Estado tiene competencia exclusiva en la regulación de la responsabilidad civil y que la Comunidad Autónoma puede tener competencia exclusiva en materia de caza, planteándose si una norma autonómica puede regular responsabilidad civil. En este sentido, por ej., la st AP Cáceres de 16-1-07, st AP León 26-12-06 consideran que la responsabilidad civil extracontractual, donde incluyen los daños causados por animales en accidentes de tráfico, se ha de entender regulada en la norma estatal por cuanto es materia de competencia exclusiva del Estado. Y, también se ha manifestado, en este sentido que, de no decantarse por la norma estatal, y sí por la autonómica, debería plantearse la cuestión de inconstitucionalidad por regular la norma autonómica una materia estatal (st AP Ourense de 26-2-07). Pero otras opiniones consideran que una Ley de Caza autonómica puede regular responsabilidad civil si la C Autónoma puede regular su derecho civil propio.

A su vez, en lo que respecta a la Ley de Caza de Aragón, su art. 71,bis ha planteado la cuestión de si regula responsabilidades, o bien solo establece una

obligación legal o asunción de pago de daños por parte de la Administración en determinados supuestos. En este aspecto, los arts 71 y 71 bis se encuentran bajo el rútilo de "seguro obligatorio y responsabilidad por daños", el art. 71 se define como "De la responsabilidad por daños producidos por las especies cinegéticas", pero el art. 71 bis se define como "De la indemnización por daños no agrarios". Además, en el texto del art. 71 bis p1 se alude a "asunción" de pago, término que es distinto de responsabilidad, pues uno es el caso en el que se hace el pago porque una norma lo disponga, y otro diferente es hacer el pago porque se es responsable de una obligación.

Pero al margen de estas cuestiones, la litigiosa se ha centrado en la diligencia exigible en cuanto a la conservación del terreno acotado. En este aspecto, la Disposición Adicional Novena de la Ley 17/2.005 señala que los propietarios de los terrenos serán responsables si el accidente es consecuencia de "una falta de diligencia en el terreno acotado". Se establece una responsabilidad basada en la culpa, habiéndose estimado, mediante la inversión de la carga de la prueba, y la facilidad probatoria, que es el titular del coto al que el corresponde probar que actuó diligentemente para impedir el paso de los animales a la vía pública o bien si concurre caso fortuito o fuerza mayor (st AP Palencia de 12-4-07, st AP Segovia 29-12-06)

El art. 71 bis de la LCA establece en el párrafo 2 c que la Administración, que según ese precepto asume los daños no agrarios, no responde "cuando no se haya observado la diligencia en la conservación del terreno acotado, en cumplimiento de las obligaciones que a tal fin la normativa de caza impone a su titular".

Entre ambas normas es apreciable una diferencia, por cuanto la Ley estatal alude en general a la diligencia y la norma autonómica alude a diligencia en relación a la normativa de caza. Es decir, la primera se remite a un marco más general que la segunda.

En cuanto a cual es la negligencia atribuida, se ha aludido a la inexistencia de vallas, lo cual no se puede considerar omisión del cuidado debido porque el art. 47 LCA prohíbe el vallado del terreno que no permita el libre tránsito. Resta por considerar otras medidas a las que se ha apuntado, como señales olfativas, etc. Pero, respecto a ellas, no se ha justificado ni que pudieran ser adoptadas ni que, de haberlo sido, hubieran sido eficaces o útiles para evitar accesos ocasionales de los animales a la vía de circulación. Además, la parte demandada ha aportado certificación (folio 59) en la que consta que ha cumplido las obligaciones impuestas en la normativa vigente en relación, entre otras, de control de especies cinegéticas.

Por ello, habiéndose probado por la parte demandada que llevó a cabo la diligencia exigible en la norma, y no apreciándose ninguna otra falta de diligencia, ya se aplique la norma estatal o la autonómica, el recurso ha de ser estimado con la consiguiente desestimación de la demanda.»

Otras materias:

— Sentencia de la A.P. de Huesca de 26 de marzo de 2009. Reclamación de honorarios. Colegio de Arquitectos:

«PRIMERO: El Juzgado de Primera Instancia inadmite a trámite la solicitud formulada por el Colegio ahora

apelante al entender, sobre la base de los arts. 812 y 815.1 de la Ley Procesal, que de los documentos presentados no se deduce la cesión del crédito del colegiado acreedor a la referida corporación. Ahora bien, el Juzgado, pese a haber citado el art. 10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no ha tenido en cuenta que, como declaramos en nuestro Auto de 16 de septiembre de 2008 en un supuesto prácticamente idéntico al presente, el propio art. 10, según el cual debe considerarse como parte al titular de la relación jurídica u objeto litigioso, exceptúa los casos en que por Ley se atribuya la legitimación a persona distinta del titular, tal y como sucede con el art. 5.p) de la Ley estatal 2/1974 de Colegios Profesionales (modificada en este aspecto concreto por la Ley 7/1997), cuya redacción es prácticamente idéntica a la del art. 18.1.i) de la Ley aragonesa (Ley 2/1998, de 12 de marzo, de Colegios Profesionales de Aragón), permitiendo dichas normas que el Colegio pueda encargarse del cobro de los honorarios de los colegiados. En nuestro caso, y examinada la documentación aportada por el actor, comprobamos que, al igual que ocurría en el citado precedente, no sólo se ha aportado la minuta de honorarios unilateralmente creada, a modo de factura, por el colegiado interesado, sino que también se ha aportado la nota o comunicación de encargo a cuyo pie consta de forma expresa que el colegiado firmante encomienda al Colegio que proceda a gestionar en su nombre el cobro de sus honorarios, por lo que con dichos documentos debe entenderse cumplida la exigencia documental que, como principio de prueba, permite la entrada en acción del Juicio Monitorio, de modo que ha lugar a la estimación del recurso.»

## B) INTERPRETACIÓN DOCTRINAL

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

El 8 de octubre de 2009 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 «Decimonovenos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés», que tuvo lugar durante el mes de noviembre, con el siguiente programa de ponencias:

— Día 3 de noviembre de 2009 en Zaragoza: Diez años de la Ley de Sucesiones por causa de muerte, por D. José María Navarro Viñuales, D. Fernando Zubiri de Salinas y D. Manuel Guedea Martín.

— Día 10 de noviembre de 2009 en Zaragoza: Concurso de acreedores y consorcio conyugal, por Dña. M.ª Ángeles Parra Lucán, D. Fernando Curiel Lorente y D. Juan Francisco Herrero Pérezagua.

— Día 17 de noviembre de 2009 en Zaragoza: Transmisión de la vivienda protegida, por D. José Luis Castellano Prats, D. Juan Pardo Defez y D. Francisco Curiel Lorente.

— Día 24 de noviembre de 2009 en Teruel: Cuestiones prácticas para juristas sobre la Ley de Urbanismo de Aragón, por D. José Bermejo Vera, D. Juan Carlos Zapata Híjar y D. José Rubio Pérez.

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 2009:

#### OBRAS GENERALES

##### MANUALES DE DERECHO ARAGONÉS

— VV.AA.: Manual de Derecho aragonés de la persona (coord. José Luis Merino Hernández). Edición propia. Zaragoza, 2009, 455 págs.

##### PANORÁMICAS

— BAYOD LÓPEZ, Carmen: «El amor y el Derecho civil aragonés». Lección inaugural del Curso 2009-10 de la Universidad de la Experiencia de Zaragoza.

— LACRUZ MANTECÓN, Miguel: «Legislación civil de Aragón», en Código civil concordado con la legislación de las Comunidades Autónomas de Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña y Baleares (Coordinador: Carlos Rogel Vide), Editorial Reus, S. A., Madrid, 2008, págs. 19-39.

##### REVISTAS

— VV.AA.: Anuario 2005 de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2007, 301 pp.

— VV.AA.: Anuario 2006 de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2009, 219 pp.

— VV.AA.: Actas de los XVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. Zaragoza-Teruel, 2007. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, 400 págs.

— VV.AA.: Actas de los XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Huesca, 2008). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, 351 págs.

##### MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS (SIGLOS XIX-XXI)

##### TEMAS COMUNES A TODOS LOS DERECHOS FORALES

— Il diritto privato regionale in Spagna, a cura de Raffaele Torino, Padova, CEDAM, 2008, 228 pp.

Las siete colaboraciones que integran el libro dan una visión bastante completa de la pluralidad de Derechos civiles existente en España. Son las siguientes: La disciplina de los Derechos forales en la Constitución española de 1978; Perfiles históricos del Derecho privado regional español; Derechos forales, Código civil y códigos forales; Vecindad civil y conflictos entre Derechos civiles españoles; El Derecho foral de las sucesiones; El Derecho foral de la familia; Derechos forales y proceso de integración europea.

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

— BOSCH CAPDEVILA, Esteve: «La distribución de competencias en materia de legislación civil. De la Constitución Española de 1931 al Estatuto de Cataluña de 2006», en RCDI, núm. 701, mayo-junio 2007, pp. 1067-1145.

— LA MONEDA DÍAZ, Francisco: «Las reformas estatutarias y la fragmentación de nuestro derecho civil: Jurisprudencia del Tribunal Constitucional». Diario La Ley —Número 7062 (2008), ref. D-334, pp. 1469-1471.

— MORALES ARRIZABALAGA, Jesús: Aragón, nacionalidad histórica. La declaración del Estatuto de 2007, su fundamento y sus efectos constitucionales. Ed. del Gobierno de Aragón. Vicepresidencia. Zaragoza, 2009, 287 págs.

— PUIG FERRIOL, Luis: «Presente y futuro de los Derechos hispánicos», en Anuario 2006 de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, Zaragoza, 2009, pp. 75-93.

— ROGEL VIDE, Carlos: «Prólogo» a Código civil concordado con la legislación de las Comunidades Autónomas de Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña y Baleares, Ed. Reus, S.A., Madrid, 2008, pp. 7-12.

— YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «El Derecho civil ante los nuevos Estatutos de Autonomía». Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo XLVII (Curso 2006/2007), Madrid, 2009, págs. 109-132.

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

##### HISTORIA DEL DERECHO ARAGONÉS HASTA 1707, EN GENERAL

— MAGONI, Clizia: Fueros e libertà. Il mito della costituzione aragonese nell'Europa moderna. Roma: Carocci; Università di Bologna, 2007.

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

— BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, Rosa María: «A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1865: sobre mejor derecho a los bienes vinculados confiscados a don Martín de Lanuza y Verruga», en Libro Homenaje en memoria de Pablo Casado Burbano, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Zaragoza, 2007, pp. 9-37.

— MORALES ARRIZABALAGA, Jesús: «Uso y carta como título de derechos en el área de expansión de la foralidad jacetana», en VV.AA.: Historia de la Propiedad. Costumbre y Prescripción, IV Encuentro Interdisciplinar de Salamanca (mayo de 2004), Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, 2006, pp. 139 a 180.

##### LA COMPILACIÓN Y OTRAS LEYES CIVILES ARAGONESAS

##### AUTONOMÍA: CONSERVACIÓN, MODIFICACIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO CIVIL

— SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Derecho civil de Aragón: presente y futuro», Revista Jurídica de Navarra, julio-diciembre 2008, núm. 46, pp. 109-163.

## PARTE GENERAL DEL DERECHO FUENTES DEL DERECHO

— MOREU BALLONGA, José Luis: «Sobre la influencia de Joaquín Costa en el Derecho civil aragonés», en *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva. Libro homenaje al Prof. Juan José Gil Cremades*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 741-772.

— MOREU BALLONGA, José Luis: *Mito y realidad en el standum est chartae*. Prólogo de Luis Díez-Picazo. Civitas-Thomson Reuters, Pamplona, 2009, 351 pp.

## LA JURISPRUDENCIA. LA CASACIÓN FORAL

— BLASCO SEGURA, Benjamín: «La función interpretativa judicial. Historia de un error del legislativo aragonés», en *Libro Homenaje en memoria de Pablo Casado Burbano*, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Zaragoza, 2007, pp. 195-201.

## OTRAS MATERIAS

— MARTÍNEZ LASIERRA, Ignacio: «Aplicación del Derecho civil (aragonés) a los extranjeros», en *Actas de los XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Huesca, 2008)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, págs. 285-306.

— PÉREZ MILLA, Javier: «(In)seguridad jurídica, reenvío sucesorio, prueba del Derecho extranjero y Derechos territoriales españoles», en *Actas de los XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Huesca, 2008)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, págs. 307-325.

— VICENS BURGUES, Monserrat: «La aplicación del Derecho civil a los extranjeros (artículos 9.5 y 9.6 del Código civil). Adopción y tutela», en *Actas de los XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Huesca, 2008)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, págs. 327-345.

## PERSONA Y FAMILIA

### EN GENERAL

— MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: «Ley aragonesa de Derecho de la Persona, una aproximación». *SepinNET revista: Persona y familia*, marzo 2008, vol. 75, pp. 23 a 32, Madrid, 2008.

### EDAD. INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN

— ADÁN GARCÍA, Alberto Manuel: «La disposición de bienes de menores e incapacitados», en *Actas de los XVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Teruel, 2007)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 385-388.

— BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: «Derechos de la personalidad de los menores en Aragón: referencia al aborto de las menores de edad aragonesas. Algunas cuestiones de competencia en materia de capacidad para consentir actos médicos», en *Actas de los XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Huesca, 2008)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, págs. 121-169.

— GIL NOGUERAS, Luis Alberto: «La disposición de bienes de menores e incapaces», en *Actas de los XVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Teruel, 2007)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 341-374.

— GRACIA DE VAL, María del Carmen: «La capacidad del menor aragonés para el ejercicio de sus derechos de la personalidad», en *Actas de los XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Huesca, 2008)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, págs. 105-119.

— IGLESIA MONJE, María Isabel de la: «La capacidad procesal legítima y el menor, mayor de catorce años en Aragón». *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 710 (2008), págs. 2509-2511.

— PÉREZ COLLADOS, Luis: «Criterios concretos relativos a la disposición de bienes. Personas e instituciones que representan y asisten (a menores o incapacitados)», en *Actas de los XVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Teruel, 2007)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 375-384.

— SANCHO CASAJÚS, Carlos: «Los derechos de la personalidad de los menores en Aragón», en *Actas de los XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Huesca, 2008)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, págs. 65-104.

— SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Mayoría y minoría de edad. La persona menor de catorce años», en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Enrique Laguna Domínguez*, Vol. II, Universidad de Valencia, 2008, págs. 1051-1073.

## RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES

— GARCÍA ALMAZOR, José: «Gestión de los bienes de los hijos», en *Libro Homenaje en memoria de Pablo Casado Burbano*, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Zaragoza, 2007, pp. 73-90.

## RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES

— AGUSTÍN BONAGA, Fernando: «La Junta de Parientes en la nueva regulación de la Ley del Derecho de la persona: composición y funcionamientos», en *Actas de los XVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Teruel, 2007)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 7-54.

— ARBUÉS AÍSA, David: «Junta de Parientes: artículo 166 LDP: Cauce procesal», en *Actas de los XVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Teruel, 2007)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 83-94.

— ARGUDO PÉREZ, José Luis: «Junta de Parientes y resolución de conflictos familiares y sucesorios», en *Actas de los XVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Teruel, 2007)*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 55-82.

— HERAS HERNÁNDEZ, María del Mar: «Novedades en las instituciones jurídico-civiles de protección de menores e incapacitados en la Ley de Derecho de la persona aragonesa. Clases de tutela. La guarda voluntaria a favor de los incapacitados», en *Estudios Jurídicos en*

Homenaje al Profesor Enrique Lalaguna Domínguez, Vol. I, Universidad de Valencia, 2008, págs. 601-619.

— LÓPEZ AZCONA, Aurora: «Los menores extranjeros no acompañados», en Actas de los XVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Teruel, 2007), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 185-218.

— MARTÍN OSANTE, Luis Carlos: «Menores e incapacitados en situación de desamparo», en Actas de los XVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Teruel, 2007), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 107-184.

— SANCHO CASAJÚS, Carlos: «Intervención con menores en conflicto social: reforma y protección», en Actas de los XVII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Teruel, 2007), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 219-270.

## RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL

### EN GENERAL

— CENTRO DE ESTUDIOS REGISTRALES DE ARAGÓN: «El régimen económico matrimonial de la Comunidad Autónoma de Aragón», en VV. AA., Regímenes Económico-matrimoniales y sucesiones (Derecho común, foral y especial), Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, T. I, pp. 127-174.

## CONSORCIO CONYUGAL

### DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POSCONSORCIAL

— SERRANO GARCÍA, José Antonio: «La comunidad conyugal en liquidación (II)», en Revista Jurídica del Notariado núm. 66 (abril-junio 2008), págs. 365-572.

— SERRANO GARCÍA, José Antonio: «La comunidad conyugal en liquidación (III)», en Revista Jurídica del Notariado núm. 67 (julio-septiembre 2008), págs. 547-704.

— SERRANO GARCÍA, José Antonio: «La comunidad conyugal en liquidación (IV)», en Revista Jurídica del Notariado núm. 68 (octubre-diciembre 2008), págs. 305-506.

### LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN

— MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: «Aventajas forales en el Derecho aragonés», en Libro Homenaje en memoria de Pablo Casado Burbano, Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Zaragoza, 2007, pp. 91-105.

### VIUDEDAD

— MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, BIESA HERNÁNDEZ, María y ESCUDERO RANERA, Pablo: «Usufructos de viudedad especiales en el Derecho civil aragonés», en Actas de los XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Huesca, 2008). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, págs. 187-270.

### PAREJAS ESTABLES NO CASADAS

— ESPADA MALLORQUÍN, Susana: Los derechos sucesorios de las parejas de hecho. Prólogo de José María Miquel. Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, 569 págs.

## SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

— CURIEL LORENTE, Francisco: «El régimen sucesorio de la Comunidad Autónoma de Aragón», en VV. AA., Regímenes Económico-matrimoniales y sucesiones (Derecho común, foral y especial), Thomson-Civitas, Pamplona, 2008, T. II, pp. 943-960.

### SUCESIÓN PACCIONADA

— MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: «Pactes successoraux dans les droits régionaux d'Espagne», en Les pactes successoraux en Droit comparé et en Droit international privé. Nouveautés en Droit français, italien ainsi que'espagnol et implications pratiques por la Suisse. Actes de la Tournée d'étude de Lausanne du 5 mars 2007, édités par Andrea BONOMI et Marco STEINER, Librairie Droz, Genève 2008, pp. 107-127.

### FIDUCIA SUCESORIA

— MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, Miguel Ángel: La fiducia sucesoria aragonesa. Núm. 36 de la colección El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, 254 págs.

### LEGÍTIMA

— GIL NOGUERAS, Luis Alberto: El derecho de alimentos del legitimario. Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación leído el 27 de septiembre de 2007. Contestación de José Luis Merino Hernández. Zaragoza, 2007, 45 pp.

## EL DERECHO FISCAL Y LAS INSTITUCIONES CIVILES ARAGONESAS

— GUEDEA MARTÍN, Manuel: «Fiscalidad de las instituciones aragonesas de Derecho privado», en Actas de los XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Huesca, 2008). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, págs. 25-33.

— HERRANZ ALCALDE, Javier: «Aspectos fiscales de la fiducia aragonesa», en Actas de los XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Huesca, 2008). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, págs. 35-50.

— SANTACRUZ BLANCO, Rafael: «Fiscalidad de las Instituciones Aragonesas de Derecho Privado», en Actas de los XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza-Huesca, 2008). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009, págs. 9-23.

## OBRAS AUXILIARES

### JURISTAS Y ESCRITORES ARAGONESES, ACADEMIAS O ESCUELAS JURÍDICAS

— ESTATUTOS de la Real Academia de Jurisprudencia práctica de la ciudad de Zaragoza, 1773. Edición facsímil del Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005.

— MOREU BALLONGA, José Luis. «Sobre la influencia de Joaquín Costa en el Derecho civil aragonés», en El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva. Libro homenaje al Prof. Juan José Gil Cremades, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 741-772.

### 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 2009:

#### 3.1. LITIGIOS EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO PÚBLICO ARAGONÉS POR LA ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA. SENTENCIAS DICTADAS DURANTE 2009

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.

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

1.— TSJ Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), sentencia núm. 253/2009 de 21 abril.

Urbanismo. Se anula por desconformidad con el Ordenamiento Jurídico el Plan General de Ordenación Urbana de Ejea de los Caballeros publicado el día 24/5/2001 en el Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza con exclusividad respecto al establecimiento de la UE-2 en la medida que incluyó en la misma el viario Ronda de Ferrocarril y una Zona Verde sin considerarlos Sistemas Generales así como el Estudio de Detalle referente a la UE n.º 2 de 14 de septiembre de 2005. Se consideran vulnerados los arts. 106.2, 107. a), b) y c), 18, 99.2. 18.d) y 35 LUA.

2.— TSJ Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), sentencias núm. , 36/2009 de 28 enero, 38/2009 de 28 enero, 39/2009 de 28 enero, 40/2009 de 28 enero, 41/2009 de 28 enero, 44/2009 de 28 enero, 45/2009 de 28 enero, 47/2009 de 28 enero, 52/2009 de 2 febrero, 54/2009 de 2 de febrero, 55/2009 de 2 febrero, 56/2009 de 2 febrero, 57/2009 de 2 febrero y 58/2009 de 2 febrero.

Urbanismo. Se anula el Plan General de Ordenación de Zaragoza del año 2001, en cuanto a su prescripción relativa a la creación en el SUZ 56-5 (Miralbueno) de Reservas de suelo con destino a incrementar el Patrimonio Municipal de Suelo. Se considera vulnerado el art. 89 LUA.

3.— TSJ Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), sentencia núm. 450/2009 de 30 junio.

Sentencia sobre función pública, relación de puestos de trabajo, retribuciones y complemento de destino. Diferente nivel retributivo entre puestos sustancialmente iguales y con igual denominación.

Se declara la nulidad de la Orden de 10 de junio de 1997, de los Departamentos de Presidencia y Relacio-

nes Institucionales, y de Economía, Hacienda y Empleo, por la que se aprueba la Relación de Puestos de Trabajo del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo de la D.G.A., en cuanto asigna el nivel 24 de complemento de destino al puesto de trabajo «Jefe de Sección de Higiene, Alimentación y Coordinación de Servicios Veterinarios Oficiales» del Servicio Provincial de Huesca, lo que se publicará en el B.O. de Aragón.

4.— TSJ Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª), sentencia núm. 528/2009 de 14 septiembre.

Tasas. Se declara la nulidad de la Tarifa D del artículo 11, especial para grandes almacenes con aparcamiento en explotación, de la Ordenanza Fiscal 25.3 del Ayuntamiento de Zaragoza, reguladora de la Tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de la vía pública por pasos, badenes o entradas de vehículos a través de aceras o calzadas y reservas de espacio en la calzada para aparcamiento u ocupación de cualquier clase exclusivos, con prohibición de estacionamiento a terceros, correspondiente al año 2004.

La anulación se fundamenta en la total inexistencia de Memoria Económico-Financiera, toda vez que en relación a la suma establecida por la misma, según las distintas categorías de calle, ninguna referencia existe en aquella Memoria, con lo que la Tasa así aprobada viene a incurrir en la misma infracción del artículo 20 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, y del artículo 25 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, en sus redacciones dadas por la Ley 25/1998, de 13 de julio, que obligan a redactar una Memoria o Informe Económico Financiero para justificar y fundar la cuantía de las Tasas por utilización o aprovechamiento del dominio público.

5.— TSJ Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª), sentencias núm. 183/2009 de 24 marzo y 184/2009 de 25 marzo.

— Urbanismo: Se plantean cuestiones de ilegalidad con relación al art. 6.2.5 del PGOU de Zaragoza del año 2001 en la medida en que procede calificar el suelo como urbano y no como no urbanizable genérico del Sistema de Cuevas. Deriva de un acto de aplicación consistente en que se procediera a la demolición de la construcción de nueva planta anexa a la vivienda en C/ Almacén n.º 35 del Barrio de Juslibol de Zaragoza.

Las impugnaciones son desestimadas.

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

Damos noticia de los libros y artículos de los que hemos tenido conocimiento durante 2009:

— «Aragón, nacionalidad histórica: la declaración del Estatuto de 2007, su fundamento y sus efectos constitucionales». Morales Arrizabalaga, Jesús. Dirección General de Desarrollo Estatutario, Vicepresidencia del Gobierno de Aragón, Zaragoza, 2009.

— «La actividad de las Comunidades Autónomas. Aragón 2008». Bermejo Latre, José Luis. Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2009.

— «El camino perdido. La identidad en el proceso de reformas estatutarias». Tudela Aranda, José. Revista Aragonesa de Administración Pública, n.º 33, 2009, Zaragoza.

— «A propósito de la colaboración entre las Comunidades Autónomas». Contreras Casado, Manuel. Revista Aragonesa de Administración Pública, n.º 33, 2009, Zaragoza.

— «El concepto de riesgo y la protección social a la infancia en Aragón: un análisis socio-jurídico». Mesa Raya, Carmen. Revista Aragonesa de Administración Pública, n.º 33, 2009, Zaragoza.

— «Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2008». Álvarez Martínez, J. Revista Aragonesa de Administración Pública, n.º 33, Diputación General de Aragón.

— «Análisis jurídico de la nueva Ley del Presidente y del Gobierno de Aragón». Latorre Vila, L. Revista Aragonesa de Administración Pública, n.º 34, Diputación General de Aragón.

— «Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2009». Álvarez Martínez, J. Revista Aragonesa de Administración Pública, n.º 34, Diputación General de Aragón.

— «Crónica del Curso "Urbanismo y gestión en pequeños municipios. Novedades, legislación urbanística en Aragón. Ley estatal de contratos en el Sector Público"». Guillén Navarro, N. y Martínez Pérez, M. Revista Aragonesa de Administración Pública, n.º 34, Diputación General de Aragón.

— «Agua y territorio. Nuevas reflexiones jurídicas». Embid Irujo, Antonio. Revista Aragonesa de Administración Pública, Monográfico XI.

— «La deficiente regulación de los trasvases como medida de vertebración territorial». Gallego Córcoles, I. Revista Aragonesa de Administración Pública, Monográfico XI.

— «Las competencias de las administraciones locales españolas en materia de aguas». Revista Aragonesa de Administración Pública, Monográfico XI.

— «Agua, derecho y cambio climático». Montoro Chiner, M.J. Revista Aragonesa de Administración Pública, Monográfico XI.

— «La irrupción del cambio climático en el derecho europeo de aguas». Delgado Piqueras, F. Revista Aragonesa de Administración Pública, Monográfico XI.

— «Incidencia del plan nacional del cambio climático sobre las políticas de gestión y uso del agua». Rosado Pacheco, S. Revista Aragonesa de Administración Pública, Monográfico XI.

— «Incidencia del cambio climático en los recursos hídricos. Medidas de mitigación y adaptación». González Ríos, I. Revista Aragonesa de Administración Pública, Monográfico XI.

— «Espacio tributario de las Comunidades Autónomas en relación con los tributos locales: la reforma del artículo 6.3 LOFCA». Jiménez Compaired, Ismael. Revista Actualidad del Derecho en Aragón, n.º 4, octubre 2009, Zaragoza.

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

Las actividades realizadas a lo largo de 2009 en este apartado han sido las siguientes:

1.º Continuación del programa de ayudas a la matriculación en el Curso monográfico de Derecho Aragonés, impartido por la Universidad de Zaragoza, Cátedra de Derecho Aragonés José Luis Lacruz Berdejo, a través de la Escuela de Práctica Jurídica.

El pasado año 2009, 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.º Becas para el estudio del ordenamiento jurídico aragonés.

En 2009, se publicó una nueva convocatoria que quedó desierta por decisión del Tribunal calificador, por no alcanzar los solicitantes la puntuación requerida.

3.º Publicaciones sobre Derecho Aragonés:

— Actas de los Decimocavos 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 2008, sobre los temas siguientes:

— «Fiscalidad de las Instituciones Aragonesas de Derecho Privado», siendo el ponente D. Rafael Santacruz Blanco y los coponentes, D. Manuel Guedea Martín y D. Javier Hernanz Alcaide.

— «Derechos de la personalidad de los menores en Aragón», siendo el ponente D. Carlos Sancho Casajús y los coponentes, Doña Carmen Gracia de Val y Doña Carmen Bayod López.

— «Usufructo vital de dinero, fondos de inversión y participaciones en Sociedad», siendo el ponente D. José Luis Merino Hernández y los coponentes, Doña María Biesa Hernández y Don Pablo Escudero Ranera.

— «Aplicación del Derecho Civil a los extranjeros», siendo el ponente Don Ignacio Martínez Lasiera y los coponentes, Don Javier Pérez Milla y Doña Montserrat Vicens Burgués.

— «Francisco de Goya y Lucientes: la figura de un genio en su linaje», siendo sus autores Don Guillermo Redondo Veintemillas, D. Fernando García-Mercadal y García-Loygorri, D. Javier Gómez de Olea y Bustinza, D. Iñaki Garrido Yerobi y D. Alberto Montaner Frutos.

— «Ordinaciones de la Cofradía de San Jorge y de la Real Maestranza de Caballería de Zaragoza (1505-1922)», edición facsímil.

— «Manual de Derecho Civil Aragonés (3ª Edición)», dirigida por D. Jesús Delgado Echeverría y coordinada por D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

— N.º 39 de la colección del Justicia, «Los Derechos Fundamentales y la Constitución y otros estudios sobre derechos humanos», siendo su autor D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer.

— N.º 40 de la colección del Justicia, «La Capitanía General de Aragón (1711-1808)», cuyo autor es Juan Francisco Baltar Rodríguez.

— N.º 41 de la colección del Justicia, «Capitulaciones matrimoniales de la Jacetania (1441-1811)», cuyo autor es Manuel Gómez de Valenzuela.

— N.º 14 de Informes Especiales y Estudios, «Modelos de actuación en violencia de género. Estudio piloto en Aragón».

4.º Foro de Derecho Aragonés.

El 8 de octubre de 2009 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 «Decimonovenos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés», que tuvo lugar durante el mes de noviembre, con el siguiente programa de ponencias:

— Día 3 de noviembre de 2009 en Zaragoza: Diez años de la Ley de Sucesiones por causa de muerte, por D. José María Navarro Viñuales, D. Fernando Zubiri de Salinas y D. Manuel Guedea Martín.

— Día 10 de noviembre de 2009 en Zaragoza: Concurso de acreedores y consorcio conyugal, por Dña. M<sup>º</sup> Angeles Parra Lucán, D. Fernando Curiel Lorente y D. Juan Francisco Herrero Pérezagua.

— Día 17 de noviembre de 2009 en Zaragoza: Transmisión de la vivienda protegida, por D. José Luis Castellano Prats, D. Juan Pardo Defez y D. Francisco Curiel Lorente.

— Día 24 de noviembre de 2009 en Teruel: Cuestiones prácticas para juristas sobre la Ley de Urbanismo de Aragón, por D. José Bermejo Vera, D. Juan Carlos Zapata Híjar y D. José Rubio Pérez.

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

#### 5.º Revista Aragonesa de Derecho Civil

Esta revista, de periodicidad semestral, está editada por la Institución Fernando el Católico dentro de la Cátedra «Miguel del Molino», y comenzó su andadura en 1995. La revista está dirigida por D. Jesús Delgado Echeverría, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza y Director de la cátedra «Miguel del Molino». Su Consejo Asesor está integrado por una nutrida representación de todas las profesiones jurídicas aragonesas. La Institución del Justicia de Aragón está también presente en el citado Consejo.

#### 6.º Revista Aragonesa de Administración Pública.

Esta revista, de periodicidad semestral, está editada por el Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales y dirigida por el Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza, D. Fernando López Ramón. El Justicia de Aragón colabora con la misma formando parte de su Consejo de Redacción. Este año se han publicado los números 33 y 34 y un monográfico sobre la regulación del agua.

#### 7.º 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 2009 y de las que esta Institución ha tenido conocimiento:

a) Séptimas Jornadas Constitucionales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza y del Justicia de Aragón: Problemas actuales en el debate constitucional: Tutela judicial efectiva y financiación pública.

Las jornadas tuvieron lugar los días 9, 10 y 11 de diciembre de 2009.

Las Ponencias fueron las siguientes:

— «El Derecho de defensa y la tutela judicial efectiva». D. Carlos Carnicer.

— «La formación de los jueces». D. Félix Azón.

— «Corrupción y democracia». D. Gregorio Peces-Barba.

— «Tutela judicial efectiva». D. Antonio Narváez.

— «El poder judicial en los Estatutos de Autonomía». D. Fernando Zubiri.

— «El modelo de financiación pública a debate». D. Javier Fernández, D. Javier Lambán, D. Javier Allúe, D. Eloy Suárez y D. José María Gimeno Feliú.

— «Las medidas fiscales ante la crisis». D. José Almudí.

— «Cuestiones actuales sobre la estabilidad presupuestaria». D. Miguel Ángel Martínez Lago.

— «La financiación autonómica». D. Antonio Cayón.