

## B) RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES DE ARAGÓN (2008)

HUESCA, 2008

11

NÚM. 11

S. APH de 14 de enero de 2008

**83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Interdicto de obra nueva:** Como decíamos en nuestras sentencias de 25 de enero de 1996 y de 11 de julio de 2001, no hay en principio inconveniente alguno en que con el proceso de tutela sumaria de la posesión (antiguo interdicto de obra nueva) se proteja una servidumbre de luces y vistas, sin que sea necesario, dada la propia naturaleza del proceso interdictal, que se acredite totalmente la titularidad de un derecho de servidumbre de luces y vistas, 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 paralizar la obra que viene a tapar las ventanas. Pero la mera existencia de unas ventanas sin voladizos sobre predio ajeno no supone acto alguno de posesión sobre la finca vecina que haya que proteger. **Facultad de abrir huecos:** El actor es muy libre de tener en su propia finca la pared con o sin ventanas, dado que la apertura de éstas, tanto en pared propia como en medianera, desde siempre ha sido tolerada por la Ley en Aragón como una facultad derivada del estatuto normal del propio dominio, de modo que las ventanas,

por sí mismas, son únicamente una manifestación de ese dominio y no suponen la realización de acto alguno de posesión sobre la finca hacia la que se mira, ni siquiera una posesión meramente tolerada, pues con las ventanas únicamente se disfruta del propio predio, aunque se pueda mirar hacia la finca del vecino, pero sin que por ello se pueda decir que se posee en modo alguno la finca que se ve o de la que se reciben luces. **Derecho del vecino a edificar o construir:** El vecino tiene derecho a construir en su finca, sin más límite que la interdicción del ejercicio abusivo de los derechos y sin que al construir dentro de su dominio pase a realizar acto alguno de posesión sobre la finca cuyas ventanas pasan a quedar inutilizadas. Es decir, si no hay voladizos invadiendo la finca vecina, la mera presencia de las ventanas no supone rebasar en el ejercicio de la posesión los límites del propio predio, salvo que se hubiera realizado un acto obstativo impidiendo al vecino construir.

**83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE: Usucapión:** A falta de voladizos sobre predio ajeno, desde la realización de un hecho obstativo impidiendo al vecino construir el dueño de la finca que lo formula 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

*podiera llegar a adquirirse por usucapión conforme a las Leyes aragonesas.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 144 y 145 Comp.

**PONENTE:** *Ilmo. señor don José Tomás García Castillo.*

*Ante el JPI de Barbastro se siguen autos de juicio verbal sobre protección sumaria de la posesión (núm. 609/2006). La S. de 19 diciembre 2006 desestima la demanda y acuerda alzar la suspensión de la obra, devolviendo al demandado la fianza prestada, y todo ello con condena en costas a los actores. Los demandantes interponen recurso de apelación al que se opone la parte demandada (autos núm. 109/2007). La APH desestima el recurso de apelación, confirma íntegramente la sentencia de instancia y condena a los apelantes al pago de las costas causadas en la alzada.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

**Segundo:** El indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó con fecha diecinueve de diciembre de dos mil seis la Sentencia apelada, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por la procuradora señora en nombre de don ..... y ..... y el esposo de ésta don ....., frente a ....., y en consecuencia debo acordar y acuerdo alzar la suspensión de la obra que se venía realizando en el edificio en construcción sito en la calle ....., núm. ....., de Barbastro desde el 13 de noviembre de 2006 por autos de fecha 9 de noviembre de 2006 y 16 de noviembre de 2006, devolviendo al demandado la fianza prestada de 10.000 euros, y todo ello con condena en costas a los actores».

**Tercero:** Contra la anterior sentencia, los demandantes ..... y ..... anunciaron

recurso de apelación. El Juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a los apelantes para que lo interpusieran, lo cual efectuaron en plazo y forma para solicitar la nulidad de la Sentencia y que se diera lugar a todo lo pedido por dicha parte en su demanda, que se mantenga la suspensión de la obra y que se acuerde la demolición de lo construido a costa de la demandada. A continuación, el Juzgado dio traslado a la demandada ..... para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serle desfavorable, en cuyo trámite dicha parte formuló en tiempo y forma escrito de oposición interesando la desestimación del recurso.

**Cuarto:** Seguidamente, el Juzgado remitió los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 109/2007. Al haberse propuesto prueba y solicitado vista por la parte actora, la Sala resolvió sobre la prueba y señaló día y hora para la vista, a la cual asistieron los representantes de las partes e informaron en defensa de sus respectivas pretensiones, tras lo cual quedó el asunto pendiente para deliberación, votación y fallo. En la tramitación de esta segunda instancia no ha sido posible observar los plazos procesales debido a la atención prestada a otros asuntos pendientes ante este Tribunal.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Dificilmente puede haber lugar a la petición de nulidad formulada en primer término en el escrito de interposición del recurso, ya que ninguna indefensión se les ha causado a los apelantes a los efectos del artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Entienden aquéllos que se infringieron normas esenciales de procedimiento dado que en el presente pleito, en que se ejercitó una acción de tutela sumaria de la posesión, solamente podía resolverse de forma cautelar y aseguratoria sobre la situación fáctica existente al presentarse la demanda, pese a lo cual el proceso, siempre en opi-

nión de los recurrentes, se tramitó como el juicio declarativo, posible tan sólo como posterior al llamado interdictal, en que se deben discutir las cuestiones propiamente de Derecho suscitadas en el caso. Sin embargo, es evidente que la parte que ahora alega indefensión ha tenido, al menos, la oportunidad de denunciar al interponer su recurso que, a su criterio, durante la vista oral de la primera instancia se debatieron cuestiones que iban más allá de la posesión, y ha dispuesto así de la posibilidad de que, en el supuesto de que el Tribunal de apelación entienda que en la sentencia de instancia se llevó a cabo una declaración definitiva de derechos, los argumentos vertidos en el presente recurso sean tenidos en cuenta por la Sala para resolver el pleito en segunda instancia. No ha existido, por tanto, indefensión alguna, por lo que tampoco cabe acceder a la nulidad pretendida.

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

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

Así las cosas, y como decíamos en nuestras sentencias de 25 de enero de 1996 y de 11 de julio de 2001, no hay en principio inconveniente alguno en que con el proceso de tutela sumaria de la posesión que antiguamente era conocido como interdicto de obra nueva se proteja una servidumbre de luces y vistas, sin que sea necesario, dada la propia naturaleza del proceso interdictal, que se acredite totalmente la titularidad de un derecho de servidumbre de luces y vistas sobre el solar en donde se halla la obra que se quiere parar, pues bastará con constatar la existencia de una razonable controversia sobre la existencia del pretendido derecho de servidumbre para que así, siguiendo el consejo de que es mejor prevenir un mal que luego tener que evitarlo, proceda en su caso paralizar la obra, dejando para el ulterior declarativo la fijación definitiva de si existe o no realmente la servidumbre y si, en consecuencia, existe o no el derecho a construir. Ello no obstante, y como también mencionábamos en las expresadas resoluciones, la mera existencia de unas ventanas, que no consta que tengan voladizos invadiendo el predio contiguo, no supone acto alguno de posesión sobre la finca vecina, pues el actor es muy libre de tener o no en su propia finca una construcción cerrada con pared con o sin ventanas, dado que la apertura de éstas, tanto en pared propia como en medianera, desde siempre ha sido tolerada por la Ley en Aragón como una facultad derivada del estatuto normal del propio dominio, de modo que las ventanas, por sí mismas, son únicamente una manifestación de ese dominio y no suponen la realización de acto alguno de posesión sobre la finca hacia la que se mira, ni siquiera una posesión meramente tolerada, pues con las ventanas únicamente se

disfruta del propio predio, aunque se pueda mirar hacia la finca del vecino, pero sin que por ello se pueda decir que se posee en modo alguno la finca que se ve o de la que se reciben luces. De esta manera, al igual que la parte actora es libre de tener o no una construcción cerrada con pared con o sin ventanas cerca del lindero, también su colindante tiene el mismo derecho a tener o no en su propia finca otra construcción cerrada con pared, sin más límite que la interdicción del ejercicio abusivo de los derechos y sin que al construir dentro de su dominio pase a realizar acto alguno de posesión sobre la finca cuyas ventanas pasan a quedar inutilizadas. Es decir, si no hay voladizo invadiendo la finca vecina, la mera presencia de las ventanas no supone rebasar en el ejercicio de la posesión los límites del propio predio, salvo que se hubiera realizado un acto obstativo impidiendo al vecino construir, momento a partir del cual el dueño de la finca que lo formula no sólo sigue disfrutando de su propia finca sino que, además, comienza a poseer de hecho una servidumbre de luces y vistas, aunque todavía no se tuviera derecho a ella, sin perjuicio de que la servidumbre pudiera llegar a adquirirse por usucapión conforme a las Leyes aragonesas. En el presente caso, y excepción hecha de la interposición de la propia demanda interdictal, no se ha acreditado, mediante pruebas objetivas distintas de las solas manifestaciones de una de los demandantes, que haya existido por parte de éstos acto obstativo alguno hacia la construcción promovida por la demandada. Por todo lo expuesto, la demanda debe ser rechazada como ya lo fue en primera instancia.

**Tercero:** Al desestimarse íntegramente el recurso, y sin que el presente caso presente serias dudas de hecho o de derecho, procede la condena de los recurrentes al pago de las costas de esta alzada conforme a los artículos 398.1 y 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

## NÚM. 12

*S. APH de 14 de enero de 2008*

**84: SERVIDUMBRES: DE PASO:**  
**Usucapión:** *Reitera lo dicho en anteriores ocasiones (sentencias de 28 de diciembre de 2006, 19 de noviembre de 1998 y 16 de junio de 1997, entre otras) sobre la usucapión de la servidumbre de paso según se trate de una servidumbre aparente o no aparente. A las aparentes se aplica lo dicho en el artículo 147 Comp. El artículo 532 Cc., de aplicación supletoria, indica cuando una servidumbre es o no aparente. La apariencia en la servidumbre de paso requiere que el paso se ejercite por camino o carril, lo que no ha quedado probado en el caso de autos.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *arts. 1-2 y 147 Comp.; 3-2 y 532 Cc.*

**PONENTE:** *Ilmo. señor don José Tomás García Castillo.*

*Ante el JPI de Barbastro se siguen autos de juicio ordinario (núm. 188/2005) en los que la Sentencia de uno de marzo de 2006 estima parcialmente la demanda y condena a la demandada a restablecer el derecho de paso por la finca, absolviendo a la demandada del resto de las pretensiones de la actora. Tanto el demandante como la demandada interponen sendos recursos de apelación (autos 174/2006) interesando respectivamente la íntegra estimación y la íntegra desestimación de la demanda. La APH estima íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la demandada y estima parcialmente el del actor. Se revoca la sentencia de instancia y en su lugar, al estimar parcialmente la demanda, se condena a la demandada a restituir la aguadera, absolviéndole del resto de pretensiones del actor.*

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

**Segundo:** El indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó con fecha uno de marzo de dos mil seis la sentencia apelada, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Estimando parcialmente la demanda presentada por la procuradora, en nombre y representación de ....., contra ....., condeno a ésta a restablecer el derecho de paso por la finca registral, conforme a lo establecido en el plano que figura como documento núm. 7 de la demanda, absolviendo a la demandada del resto de las pretensiones interesadas por la actora, debiendo cada parte procesal satisfacer las costas de este proceso causadas a su instancia y las comunes por mitad».

**Tercero:** Contra la anterior sentencia, tanto el demandante ..... como la demandada ..... anunciaron sendos recursos de apelación. El Juzgado los tuvo por preparados y emplazó a los respectivos apelantes para que lo interpusieran, lo cual efectuaron ambas partes en plazo y forma presentando los correspondientes escritos mediante los cuales actor y demandada interesaron respectivamente la íntegra estimación y la íntegra desestimación de la demanda. A continuación, el Juzgado dio nuevo traslado a las partes de los respectivos recursos de apelación, en cuyo trámite cada parte impugnó el recurso interpuesto de contrario y solicitó su desestimación.

**Cuarto:** Seguidamente, el Juzgado emplazó a las partes y remitió los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 174/2006. Personadas las partes ante esta Audiencia, y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista por ninguna de ellas, la Sala acordó en su día que el recurso quedara pendiente de deliberación, votación y fallo. En la tramitación de esta segunda instancia no ha sido posible observar los plazos procesales debido a la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este Tribunal.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** La demandada, cuyo recurso será examinado en primer lugar, interesa

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

Varias observaciones pueden hacerse al respecto de dicha decisión. En primer lugar, es evidente a través de la lectura del hecho quinto de la demanda que el fundamento del derecho pretendido por el actor no es otro que el paso durante años (desde que tiene uso de razón o desde siempre, se dice en la demanda) a través de la finca, esto es, la constitución de una servidumbre por usucapión, y no la mayor o menor dificultad de acceso por la vía pública con la que linda el predio supuestamente dominante, pese a que en la demanda se llegue a mencionar, aunque en ningún caso como fundamento de la acción, que con el paso pretendido se lograría evitar que los vehículos tuvieran que acceder desde la carretera nacional, todo lo cual adquiere relevancia porque la Sentencia ha reconocido el derecho reclamado no por el título alegado en la demanda sino con un fundamento distinto. Tampoco hay que olvidar, por otra parte, que las resoluciones de los Tribunales sólo pueden descansar de manera exclusiva en la equidad cuando la Ley expresamente lo permita, conforme se señala en el artículo 3.2 del Código Civil y se recuerda además en el escrito de interposición del recurso, en el cual, sin embargo, también se insiste en que las servidumbres no pueden adquirirse por usucapión según el Código Civil sin mencionar que, como muy bien se dice en la Sentencia, ello es posible conforme a la Compilación de Derecho Civil de Aragón.

A mayor abundamiento, y como esta Sala ha señalado en anteriores ocasiones (entre las más recientes, sentencia de 28 de diciembre de 2006), el dato relevante para pronunciarnos sobre la acción ejercitada no es el solo hecho de que haya quedado acreditado que se venía atravesando la finca para acceder a la, que es la perteneciente al actor, sino más bien si dicho paso se verificaba a través de un camino, senda o carril, y ello porque, como tenemos repetidamente declarado (entre otras, sentencias de 16 de junio de 1997 y 19 de noviembre de 1998), para el reconocimiento en Aragón de una servidumbre de paso adquirida por prescripción debe tenerse en cuenta que la Compilación de Derecho Civil establece en su artículo 147 que son las servidumbres aparentes las que pueden ser adquiridas por usucapión, 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 1.2 de dicha Compilación, que son servidumbres aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el aprovechamiento de las mismas, siendo no aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia (art. 532 del Código Civil). La servidumbre de paso, añadíamos, puede o no ser aparente, según los casos, pues puede ejercitarse por lugar determinado con signo visible, un camino o un carril por ejemplo, o usarse por un determinado lugar sin estar establecido signo alguno exterior visible de su uso o ejercicio, de modo que debe resaltarse que la apariencia, según signos exteriores, se refiere a aquellos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro, por lo que puede decirse que es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino o carril. Por tanto, si no se detectan huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, tampoco podría afirmarse que existe un signo aparente de servidumbre (en este sentido, sentencias de 24

de abril de 2003, 19 de junio de 2003, 25 de mayo de 2004). Dicho esto, y teniendo en cuenta que los testigos que comparecieron al acto del juicio, más allá de afirmar que se atravesaba la finca para acceder a la, no llegaron a especificar que el tránsito se llevara a cabo por un itinerario concreto y determinado, el derecho de paso, tal y como ha sido alegado por el actor, no puede ser reconocido, lo que debe conducir a la estimación del presente recurso y a la consiguiente revocación de la Sentencia de instancia en este particular.

**Segundo:** Con relación al recurso interpuesto por el actor, que interesa que se estimen las tres pretensiones que fueron rechazadas por el Órgano de primer grado, hay una circunstancia en la que es conveniente incidir de cara al pronunciamiento sobre varias de estas acciones y es que, pese a que en el escrito de interposición del recurso se insiste, en la línea seguida por el perito judicial, en que la aguadera litigiosa no es el linde de las fincas 110 y 231 sino que queda dentro de esta última, y por tanto es propiedad del demandante, en el hecho cuarto de la demanda, por el contrario, se afirmó de manera clara e inequívoca que la aguadera natural, parte de la cual fue eliminada a consecuencia de los movimientos de tierra realizados por la contraparte, «transcurría como linde natural entre ambas fincas», mientras que en la súplica de la propia demanda se pedía asimismo que se condene a la demandada a «restituir la aguadera que transcurre entre ambas fincas», por lo que no debe resultar extraño que el señor juez de Primera Instancia haya entendido que ambas partes, y por lo que ahora nos interesa la actora, sostienen que dicha aguadera era el límite entre las fincas. Partiendo de esta base, y dado que en los planos obrantes en los distintos informes periciales, y singularmente en el que aparece en el folio 7 del que se aportó junto con la propia demanda, figura que tanto el poste o apoyo del tendido eléctrico como el área labrada de 75 metros cuadrados que son objeto de litigio se hallan al norte de la aguadera, resulta que, si afirmamos que tal aguadera es el

límite de las dos fincas, tales poste y área labrada quedan dentro de la superficie de la finca de la demandada, y no de la del actor, lo que ya constituye un motivo para que varias de las peticiones formuladas por este último no puedan ser estimadas.

En cualquier caso, y en atención al resultado de la prueba practicada, el Tribunal no aprecia error en la decisión adoptada por el juzgador «a quo» en cuanto al poste y al área labrada. Con relación al primero, tiene razón el actor cuando afirma que ni en la escritura de constitución de servidumbre de tendido eléctrico ni tampoco en la de aclaración de la anterior se decía que uno de los postes o apoyos del tendido tuviera que situarse en la finca, perteneciente a dicha parte. También es cierto, y así lo significa el señor juez, que lo mismo ocurre con la finca de la demandada, si bien en el plano que se acompañó junto con dichos documentos públicos sí parece que se dibujó algo parecido a un poste situado sobre la. En cualquier caso, resulta fundamental el testimonio del señor ....., ingeniero proyectista de la red eléctrica, quien señaló que las partes estaban presentes en el momento en que se procedió a ubicar sobre el terreno los lugares concretos en donde debían instalarse dos de los postes, el que ahora es litigioso y otro más, de modo que, si bien respecto del otro poste el actor expresó que no estaba conforme con la ubicación propuesta y consiguió que se retranqueara unos metros, ninguna manifestación se realizó respecto al que ahora es objeto de debate. Insiste el actor en que él no estuvo presente el día en que se instaló dicho poste, añadiéndose en el recurso que ya estaba hormigonado cuando aquél acudió a su finca, ante lo que señala el ingeniero que el demandante vio las estacas situadas en donde después habían de levantarse los postes y que él mismo le comentó al actor en dónde iban a estar las dos torres, concluyendo el testigo que el demandante sabía dónde iban a colocarse ambos postes, sin que, como ya se ha dicho, pusiera objeción al sitio propuesto para el que ahora es litigioso. No ha de sorprender, por tanto,

que la Sentencia, aceptando el testimonio del ingeniero, concluya que el actor asumió indirectamente la colocación de dicho poste como parte del acuerdo que dio lugar a la constitución de la servidumbre, por lo cual la pretensión del demandante, quien solicita que se elimine el apoyo eléctrico situado en su finca, debe ser rechazada por cuanto, aunque partiésemos de la base de que el poste está en la finca y no en la, su ubicación, en cualquier caso, no fue cuestionada por el actor cuando aún disponía de la posibilidad de hacerlo.

En cuanto al área labrada de 75 metros cuadrados, respecto de la cual ejercita el demandante una acción reivindicatoria que también fue rechazada en primera instancia al considerarse que el actor no había acreditado debidamente su derecho, en el propio recurso se reconoce que los títulos de propiedad pueden ser insuficientes para determinar con precisión los linderos de la finca. Por otra parte, tampoco en esta ocasión apreciamos error en la valoración probatoria del juzgador de instancia cuando señala que en el informe pericial acompañado junto con la demanda no se realizó una medición lo suficientemente precisa al basarse el perito de parte en una documentación catastral de los años 50 y en un supuesto error de digitalización, siempre en opinión del perito, derivado de la superposición de dichos planos con una ortofoto más reciente, máxime cuando el perito judicial señor ....., que reconoció la gran dificultad de reconocer las lindes de las fincas sobre el terreno, debida en parte a las múltiples alteraciones apreciadas en los inmuebles desde que se realizó el vuelo en el año 1957, apuntó que, habida cuenta de la superficie del área reivindicada, el margen de error en la medición del perito de la parte actora podría estar entre uno y dos metros. Por otra parte, y dado que el actor afirmó que la zona litigiosa estaba al mismo nivel que su finca y a distinto nivel que la, el perito judicial señaló que dicha área está sobreelevada respecto de las dos propiedades, bien que con mayor desnivel con relación a la finca de la demandada, de modo que la simple apre-

ciación visual del terreno perdería una buena parte de la relevancia que se le otorga en el recurso, sin que, en cualquier caso, este dato físico haya sido relevante en la valoración del Sr. Juez para decidir la controversia, todo lo cual nos inclina por rechazar una vez más lo pretendido por el actor.

Finalmente, solicita el demandante que, al haberse eliminado un tramo de la ya referida aguadera debido al movimiento de tierras llevado a cabo por la demandada, se proceda a la reposición del tramo afectado. Ha quedado acreditado, y así lo señala el perito judicial, que los trabajos ejecutados por la demandada eliminaron un tramo de aguadera de 57,72 metros, bien que se procedió a la reposición de 18 de ellos, de modo que el perito propone que este tramo de 18 metros se acondicione de modo que tenga las mismas características que tenía antes de su modificación y que el tramo restante, de 39,72 metros, se construya de nuevo. La pretensión del actor, sin embargo, fue rechazada por el Juzgado al haber afirmado durante la vista el perito judicial que no se había alterado el régimen normal de funcionamiento de la evacuación de aguas que se llevaba a cabo por la aguadera, mas consideramos que es razonable lo alegado en el recurso en cuanto a que quien es usuario de la aguadera, y el actor lo es dado que por allí se evacúan las aguas pluviales de su finca, tiene derecho a reclamar que se encuentre en el mismo estado que existía con anterioridad, máxime cuando la aguadera ha quedado suprimida, según señala el propio perito, durante casi 40 metros. Por todo ello nos inclinamos por estimar la demanda, y con ello el recurso, en este concreto particular, bien que los trabajos de reposición deberán hacerse conforme señala el perito judicial en la primera conclusión de su dictamen.

**Tercero:** Al estimarse totalmente el recurso interpuesto por la demandada y parcialmente tanto la demanda como el recurso del actor, queda omitido cualquier pronunciamiento sobre costas en las dos instancias (arts. 394.2 y 398.2 de la Ley 1/2000).

### NÚM. 13

*S. APH de 31 de enero de 2008*

**6633: CONSORCIO CONYUGAL: GESTIÓN: ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES COMUNES: Inoponibilidad:** *Los compradores de dos inmuebles consorciales vendidos por el marido sin el consentimiento de la mujer piden judicialmente la elevación de la compraventa a escritura pública; los vendedores reconviene y piden se declare que la compraventa de los dos inmuebles consorciales en la que no ha sido parte ni consentido la esposa le es inoponible, por lo que procede la restitución de dichas fincas al patrimonio común. La sentencia de instancia declara la inoponibilidad de la compraventa; la de la Audiencia añade que también procede la segunda pretensión reconvenzional: la restitución al patrimonio común, todo ello en aplicación del art. 53 Lrem. En la apelación se imponen las costas de la primera instancia, tanto las causadas por la demanda como por la reconvección, a los actores principales.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *art. 53 Lrem.*

**PONENTE:** *Ilmo. señor don Antonio Anós Ullate.*

*Ante el JPI de Boltaña se siguen autos de juicio ordinario (núm. 201/2006), sobre elevación a escritura pública de documento privado e inoponibilidad de compraventa y restitución de la cosa vendida al patrimonio consorcial. La sentencia de 4 de mayo de 2007 desestima la demanda de elevación a escritura pública y, estimando parcialmente la reconvección, declara que la compraventa de los bienes de carácter consorcial en que no ha sido parte ni ha consentido la esposa del vendedor le es inoponible. Los demandados principales interponen separadamente recurso de apelación (autos 266/2007) pidiendo la condena en costas de primera instancia, tanto de la demanda como de la reconvección, así como la íntegra estimación de ésta. La APH estima los recursos de apelación.*



#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Damos por reproducidos los que contiene la sentencia apelada.

**Segundo:** La juez del indicado juzgado de primera instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 4 de mayo de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimo la demanda en reclamación de cumplimiento contractual de elevación a escritura pública formulada por la procuradora señora ....., en nombre y representación de ..... y ..... y contra ..... y ....., absolviendo a éstos de todos sus pedimentos. Asimismo estimando parcialmente la demanda reconvenicional formulada por la procuradora señora declaro que la compraventa de los dos bienes inmuebles de carácter consorcial suscrita entre don ..... [sic] ....., como comprador y don ..... como vendedor en que no ha sido parte ni ha consentido su esposa doña ..... le es inoponible. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

**Tercero:** Contra la anterior sentencia, los demandados principales, ..... y ....., anunciaron separadamente recurso de apelación. El Juzgado tuvo los recursos por preparados y emplazó a las partes apelantes por veinte días para que interpusieran su respectivo recurso, lo cual efectuaron mediante la presentación de los oportunos escritos, en cuyas correspondientes súplicas interesaron lo siguiente: la primera, que se condene a la parte actora al pago de las costas de primera instancia producidas por la demanda y que se estime totalmente la reconvención y la condena en costas de la primera instancia; y el segundo, que se condene a la parte actora al pago de las costas de primera instancia. A continuación, el juzgado dio traslado a las otras partes para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serles desfavorable. En esa fase, los actores principales, ..... y .....,

presentaron sendos escritos de oposición a los recursos planteados de adverso. Seguidamente, el Juzgado remitió los autos a este tribunal, en donde quedaron registrados al número 266/2007. No habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que quedara pendiente para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto señalamos el pasado día 22. En la tramitación de esta segunda instancia, no se han cumplido los plazos procesales por la atención prestada a otros asuntos pendientes ante este tribunal.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** 1. Como hemos anticipado, los demandados solicitan separadamente que las costas de primera instancia producidas por la demanda principal sean impuestas a la parte contraria. Asimismo, la actora en reconvenición interesa la estimación íntegra de la demanda reconvenicional y, consiguientemente, que las costas causadas por la reconvenición sean impuestas a los reconvenidos.

2. Respecto al primer extremo, los compradores de las fincas urbanas situadas en M objeto de debate presentaron su demanda para elevar a escritura pública el contrato controvertido sin contar con el consentimiento de la esposa del vendedor, la cual aparece representada por el otro demandado en el documento privado de venta, pero sin tener ningún tipo de apoderamiento en forma. Por otro lado, el comprador señor ....., declaró en el juicio que habló personalmente con la señora ..... y que ella le manifestó que no consentía la compraventa de los inmuebles consorciales (aunque originariamente privativos del marido). Sobre la base de todo lo expuesto, hemos de concluir que la controversia no plantea ninguna seria duda de hecho o de Derecho que determine la derogación del principio objetivo del vencimiento en materia de costas recogido en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues los compradores eran conscientes de que uno de los cónyuges no prestaba su conformidad a la operación,

con lo cual quedaban expuestos –como así ha sido– al ejercicio de la acción de inoponibilidad prevista en el artículo 53 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad en Aragón. Nada obsta a la anterior conclusión que los demandados principales no hubieran contestado al burofax de requerimiento enviado por la parte contraria un mes antes de que fuera presentada la demanda que ha dado origen al presente pleito, pues ya habían expresado su postura negativa a formalizar escritura pública y la falta de contestación al requerimiento no hacía sino confirmarla. Asimismo, nada tiene que ver con este tema la actitud desarrollada por los demandados principales, pues en nada influye para la prosperabilidad de la acción entablada para la elevación del documento privado a escritura pública, al menos teniendo en cuenta que los compradores se han aquietado al rechazo de su pretensión, sin perjuicio del ejercicio de otra clase de acciones por la ineficacia del contrato. Por todo ello, procede estimar los recursos sobre este punto y condenar a los actores principales al pago de las costas de primera instancia causadas por su demanda.

3. En cuanto a la reconvencción, el señor ..... también admitió en el juicio que marcó con líneas de escayola las lindes de las parcelas y que, antes de la presentación de la demanda, colocó allí una valla o/y unos palos [o una valla formada por palos: la declaración es en este punto un tanto elíptica o inconcreta] cuando se enteró de que la otra parte había vendido el resto de la finca (hora 14:36 de la grabación videográfica). Por tanto, frente a lo defendido en la sentencia apelada, sí que procede la segunda pretensión de la demanda reconvenccional, la restitución al patrimonio común de las fincas, en los términos previstos en el citado artículo 53.2, pues la parte compradora, aunque *motu proprio*, adquirió su posesión. Y la consecuencia necesaria de la estimación íntegra de la demanda reconvenccional es que los reconvenidos deben pagar las costas de primera instancia causadas por la reconven-

cción, pues no hay razones que justifiquen un distinto criterio, máxime cuando los demandantes principales no cuestionan la inoponibilidad y no optaron en su momento por allanarse a tal pretensión. Procede, pues, estimar el segundo motivo del recurso de la reconveniente.

**Segundo:** Al estimarse ambos recursos, no debemos hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada (art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

#### NÚM. 14

A. APH de 19 de febrero de 2008

**722: TESTAMENTO MANCOMUNADO: INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE OTORGANTES: Sustitución legal preventiva de residuo: *El testamento mancomunado en su día otorgado no impide automáticamente la declaración de herederos legales interesada por la vía de los arts. 80-3 y 104 Lsuc. por los bienes de los que no hubiera dispuesto el supérstite, tras haberlos recibido del primeramente fallecido, de modo análogo con lo que sucede también en el caso del art. 216-2 Lsuc. Como dijo la STSJA de 13 junio 2007, estas normas establecen la posibilidad de que a la misma herencia del cónyuge primeramente fallecido puedan ser llamados, y de modo sucesivo, primero, su cónyuge, y luego sus propios familiares.***

**DISPOSICIONES CITADAS: arts. 80-3, 104-3 y 216-2 Lsuc.**

**PONENTE: Ilmo. señor don Gonzalo Gutiérrez Celma.**

*Ante el JPI de Barbastro se siguen autos de declaración de herederos legales (núm. 565/2007). Por auto de 29 de octubre de 2007 se acuerda no admitir a trámite la solicitud de declaración de herederos abintestato. Se interpone recurso de apelación (1/2008), el Ministerio Fiscal no se opone al mismo, y la APH estima dicho recurso y ordena*

*al Juzgado que admita a trámite la solicitud de herederos abintestato planteada.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Ante esta Audiencia provincial de Huesca penden, en grado de apelación, los autos de declaración de herederos 565/07 seguidos ante el Juzgado de primera Instancia de Barbastro, promovidos por ....., dirigida por la letrado ..... Se hallan los autos pendientes ante este tribunal en virtud del presente recurso de apelación, tramitado al número 1 del año 2008, e interpuesto por ..... Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. señor Gonzalo Gutiérrez Celma.

**Segundo:** El indicado juzgado de primera instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó el Auto apelado el día 29 de octubre de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Se acuerda no admitir a trámite la solicitud de declaración de herederos abintestato de ....., presentada por la procuradora señora Mora, en nombre y representación de ....., archivándose el proceso».

**Tercero:** Contra la anterior resolución, ..... dedujo recurso de apelación. El juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la parte apelante por veinte días para que lo interpusiera, lo cual efectuó en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitó que se admitiera a trámite la solicitud de declaración herederos planteada. Seguidamente, el juzgado dio traslado del escrito de interposición de dicho recurso al Ministerio Fiscal ....., quien formuló escrito no oponiéndose al recurso interpuesto y, a continuación, el juzgado emplazó a las partes por término de treinta días ante este Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 1/2008. Transcurrido el término del emplazamiento y no habiéndose

propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que el recurso quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, lo que ha tenido lugar en el día hoy. En la tramitación de esta segunda instancia se ha dado trámite preferente al presente recurso en cumplimiento del artículo 455.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

**Segundo:** Al estimarse el recurso interpuesto procede omitir un particular pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del artículo 398 de la Ley 1/2000.

## NÚM. 15

S. APH de 29 de febrero de 2008

**6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: INVENTARIO: De dinero o partidas dinerarias:** *El inventario consiste en la determinación o identificación de los bienes que integran un patrimonio; cuando se trata de dinero o partidas dinerarias –tales como créditos, cuentas corrientes o depósitos bancarios–, su importe o cuantía (a la que parece referirse el 809-2 Lec.) no forma parte de la valoración, sino de la identificación misma de la partida inventariada. Otra cosa distinta es la valoración de bienes corporales –muebles o inmuebles–, que son identificables sin necesidad de que se establezca su valor; lo que debe plantearse en una fase posterior a la de inventario, que no es otra que la de avalúo (cfr. Ss. APH 22 de octubre de 2002, 28 de octubre de 2003, 8 de octubre de 2007 y 29 de octubre de 2007).*

**6634: CONSORCIO CONYUGAL: DISOLUCIÓN. LA COMUNIDAD POS-CONSORCIAL: DISOLUCIÓN POR CAUSA DISTINTA DE LA MUERTE: Alimentos:** *Los alimentos a los hijos y, en su caso, las pensiones alimenticias ya establecidas suponen un crédito privativo y la correlativa deuda privativa a favor y en contra del consorte correspondiente, de forma que sólo concierne a los patrimonios privativos de los contendientes y son completamente ajenos a la sociedad consorcial e incluso a la comunidad que continúa tras su disolución.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 809 Lec., 63-c y 80-c Lrem.

**PONENTE:** Ilmo. señor don Antonio Angós Ullate.

*Ante el JPI núm. 1 de Huesca se siguen autos sobre formación de inventario consorcial (núm. 500/2004). La sentencia de 4 de julio de 2007 incluye en la pasivo consorcial, entre otras partidas, la integrada por la cantidad en la que se cuantifiquen los alimentos a los hijos del matrimonio desde la separación de hecho de los*

*esposos hasta la fecha de fijación de la pensión por resolución judicial. El demandado interpone recurso de apelación (núm. 303/2007) y la APH lo estima en esta parte por lo que excluye dicha partida de la parte dispositiva de la sentencia de instancia.*

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Damos por reproducidos los que contiene la sentencia apelada.

**Segundo:** La ilustrísima magistrada juez del indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 4 de julio de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

«FALLO: Que, con estimación parcial de la pretensión formulada por ....., representada por el procurador señor....., asistida por el letrado señor ....., en Incidente de Formación de Inventario en Liquidación de Sociedad de Gananciales 500/04, debo declarar y declaro como bienes incluidos en la comunidad conyugal de doña ..... y don ..... y dentro del pasivo de las siguiente partidas:

– La integrada por la cantidad en la que se cuantifiquen los alimentos de los hijos del matrimonio desde la separación de hecho de los esposos hasta la fecha de fijación de la pensión por resolución judicial, cuantificación que se realizara conforme a lo que se refiere en el fundamento de derecho primero de esta resolución.

– 15.986,92 euros correspondientes a pagos efectuados por el señor ..... a su padre para la compra de un local.

Asimismo, debo declarar y declaro no haber lugar a la inclusión en el pasivo de las cantidades correspondientes a la amortización del préstamo personal BBVA núm. y del préstamo personal CAI núm., debiendo condenar y condenando a las partes a estar y pasar por estas declaraciones y todo ello sin hacer especial imposición de las costas causadas».

**Tercero:** Contra la anterior sentencia, el demandado, ....., anunció recurso de

apelación. El juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la parte apelante por veinte días para que interpusiera el recurso, lo cual efectuó mediante la presentación del oportuno escrito, en cuya súplica interesó «que se incluyeran y excluyeran en el activo y en el pasivo, además de los conceptos ya incluidos y no discutidos por ambas partes, las partidas pretendidas por esa parte, en los términos descritos en el mismo escrito de recurso». A continuación, el Juzgado dio traslado a las otras partes para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serles desfavorable. En esa fase, la actora, ....., se opuso al recurso. Seguidamente, el Juzgado remitió los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 303/2007. No habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que el asunto quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, para todo lo cual señalamos el pasado día 22. En la tramitación de esta segunda instancia, no se han cumplido los plazos procesales por la atención prestada a otros asuntos pendientes ante este Tribunal.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** El demandado discute en su recurso los extremos que las partes ya debatieron en primera instancia, y que se concretan en los siguientes pronunciamientos, antes ya transcritos: 1.º La inclusión en el pasivo del consorcio conyugal de «la cantidad en la que se cuantifiquen los alimentos de los hijos del matrimonio desde la separación de hecho de los esposos hasta la fecha de fijación de la pensión por resolución judicial». 2.º La inclusión en el pasivo del consorcio conyugal de «15.986,92 euros correspondientes a *pagos* efectuados por el señor a su padre para la compra de un local». 3.º La no inclusión en el pasivo de las cantidades *pagadas* por el ahora apelante «correspondientes a la amortización del préstamo personal BBVA».

**Segundo:** 1. Con relación al primer punto, hemos de decir una vez más que el

inventario consiste en la determinación o identificación de los bienes que integran un patrimonio; y que la peculiaridad consiste en que, cuando se trata de dinero o partidas dinerarias –tales como créditos, cuentas corrientes o depósitos bancarios–, su importe o cuantía no forma parte de la valoración, sino de la identificación misma de la partida inventariada. A estos importes entendemos que quiere referirse el artículo 809.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando encauza en el trámite del artículo 809 la discusión sobre el importe de cualquiera de las partidas que integran el inventario. Por tanto, si no se expresa la cuantía de la que se está hablando, es tanto como no decir nada, pues el dinero no se valora ni es susceptible de tasación pericial, sino que simplemente se cuenta. Otra cosa distinta es la valoración de bienes corporales –muebles o inmuebles–, que a efectos de formación de inventario son identificables sin necesidad de que se establezca su valor, lo que debe plantearse en una fase posterior a la de inventario, que no es otra que la de avalúo. Este es el criterio que mantuvimos en nuestras sentencias de 22 de octubre de 2002, 28 de octubre de 2003, 8 de octubre de 2007 y 29 de octubre de 2007. Sobre la base de todo ello, carece de sentido incluir en el inventario (y sería en el activo, no en el pasivo) un crédito, como el de alimentos, a favor del consorcio y en contra del señor ....., cuyo importe no está precisado, lo que es imprescindible para su identificación, como acabamos de dejar sentado, aparte de que el crédito en sí mismo está sometido a controversia.

2. Con independencia de lo anterior, también hemos dicho en otras ocasiones (sentencias, entre otras, de 10 de julio de 2003, 8 de noviembre de 2006 y 23 de enero de 2007) que los alimentos y, en su caso, las pensiones alimenticias ya establecidas suponen un crédito privativo y la correlativa deuda privativa a favor y en contra del consorte correspondiente, de forma que sólo conciernen a los patrimonios privativos de los contendientes y son completamente ajenos a la sociedad consorcial e incluso a la comunidad que continúa tras

su disolución. Además, su mantenimiento como crédito consorcial sólo podría perjudicar a la reclamante, la señora ....., pues si tales haberes, que sólo a ella le corresponderían, ingresaran en el consorcio, a ella solo le llegaría su mitad, mientras que el otro cincuenta por ciento iría en beneficio del esposo al ver así incrementado el activo (que no el pasivo del consorcio, como hemos adelantado) de la sociedad consorcial con un crédito que en realidad es privativo de la esposa.

3. Por todo lo expuesto, procede estimar el recurso y excluir del inventario la partida objeto de análisis.

**Tercero:** 1. En cuanto al segundo extremo, el apelante sólo admite el cómputo de un pago de 6.975,34 euros (1.160.000 de las antiguas pesetas) debido a que se hizo en 1996, pero no el de 1.500.000 pesetas o 9.015,18 euros a través de una letra de cambio librada con fecha 20 de enero de 1998 y vencimiento el 10 de febrero de 1998. El fundamento de esta pretensión es que ambas partes han reconocido expresamente por escrito en este mismo procedimiento que la fecha de disolución de facto del consorcio conyugal fue enero de 1997, y que más allá de esa fecha cada uno asumió el control de su propio negocio y tuvo libre disposición del dinero que ganaba. Hemos de aclarar que ambos pagos fueron destinados a la adquisición de un local que fue puesto a nombre del padre del señor ....., como corroboran las declaraciones de los contendientes que constan en la grabación videográfica.

2. Al respecto, si bien las partes acordaron en este procedimiento, concretamente, en el documento presentado de liquidación, que la fecha de disolución del consorcio sería enero de 1997, lo cierto es que las partes excluyeron expresamente de ese acuerdo las tres partidas objeto de discusión incluso en esta alzada, por lo que no podemos hablar de acuerdo de disolución con efectos retroactivos sobre tales partidas.

3. Por otro lado –y con independencia de lo acordado sobre otras partidas–, como

el consorcio estuvo vigente hasta la sentencia de separación, de fecha 10 de julio de 2002, según lo que resulta de los documentos unidos a los autos, ningún sentido tiene defender lo que supondría un régimen de separación de bienes no pactado ni aplicable legalmente antes de esa fecha, concretamente, en lo que ahora nos interesa, porque para que la separación de hecho por mutuo acuerdo durante más de un año produzca la conclusión del consorcio es exigible la oportuna decisión judicial [art. 1393.3 del Código civil, por remisión expresa del art. 52-2.º de la Compilación, redactado conforme a la Ley 3/1985, de 21 de mayo –en igual sentido, el art. 63-c) de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad]; y tal decisión judicial no se ha producido en este caso. Así, todo el dinero satisfecho a favor de alguien ajeno al consorcio era común y debe ser computado íntegramente como tal.

4. En lo que sí lleva razón el apelante es en que la partida debe ser incluida en el activo y no en el pasivo del inventario, pues se trata de un derecho de reembolso de la comunidad contra el patrimonio privativo del demandado [art. 56-1.º de la Compilación –en igual sentido, el art. 80-c) de la Ley de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad]. Procede, pues, estimar el recurso con ese concreto alcance.

**Cuarto:** Por último, partiendo de todo lo argumentado, los pagos efectuados directamente por señor ..... constante el consorcio y para amortizar dos préstamos concertados también durante la vigencia del consorcio –antes de enero de 1997, según el propio apelante– se hicieron legalmente con dinero común, por lo que no hay ninguna razón para incluir en el pasivo la cantidad de 23.430,07 euros pagados para la amortización del préstamo personal BBVA núm. y del préstamo personal CAI núm. Sobre este extremo, procede, por tanto, desestimar el recurso.

**Quinto:** Al estimarse en parte el recurso, debemos omitir todo pronunciamiento sobre las costas de esta alzada (art. 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

## NÚM. 16

S. APH de 27 de marzo de 2008

**6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: CONTRACTUAL: Las deudas comunes tras la división: El acreedor del consorcio conyugal en todo momento ha pretendido la existencia de una nulidad de las capitulaciones matrimoniales de disolución y liquidación de la sociedad conyugal cuyos presupuestos no han quedado acreditados, por lo que la demanda está bien desestimada. En el caso no puede estimarse que existiera simulación alguna, ni tampoco causa ilícita, incluso en el supuesto de que uno de los cónyuges quisiera favorecer al otro en dicha liquidación, lo cual es tan lícito como lo es la donación. No puede condenarse al cónyuge no deudor al pago de la deuda común ex arts. 12, 16 y 86 Lrem. porque nadie ha pedido tal condena, como tampoco se pidió la rescisión de las capitulaciones.**

**DISPOSICIONES CITADAS: arts. 12, 16 y 86 Lrem.**

**PONENTE: Ilmo. señor don Gonzalo Gutiérrez Celma.**

*Ante el JPI núm. 2 de Huesca se siguen autos de juicio ordinario (núm. 294/2005). La sentencia de 6 de julio de 2007 desestima la demanda. El demandante interpone recurso de apelación (núm. 381/2007) y la APH lo desestima.*

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

**Segundo:** El indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 6 julio de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que desestimando la demanda presentada por la ..... frente a los cónyuges ..... representados por la procuradora y defendidos por el letrado, debo absolver y absuelvo a la parte deman-

dada de las pretensiones de la demanda, con imposición de las costas procesales a la parte actora».

**Tercero:** Contra la anterior sentencia, la demandante, ....., dedujo recurso de apelación. El juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la apelante por veinte días para que lo interpusiera, lo cual efectuó en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitó la íntegra estimación de la demanda decretando la nulidad de las capitulaciones impugnadas así como la nulidad de su inscripción registral. A continuación, el juzgado dio traslado a las demás partes para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serles desfavorable. El demandado, ..... formuló en tiempo y forma escrito de oposición. Seguidamente, el juzgado emplazó a las partes por término de treinta días ante este Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 381/2007. Transcurrido el término del emplazamiento y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que el recurso quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, lo que tuvo lugar en el día de ayer. En la tramitación de esta segunda instancia no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este Tribunal.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Sostiene la recurrente que debería estimarse íntegramente su demanda. Tal pretensión no puede prosperar pues la recurrente está dando por supuestos los presupuestos fácticos de la nulidad que pretende, que no han quedado acreditados.

A la vista de lo actuado y de la grabación del acto del juicio en primera instancia en el caso no puede afirmarse que existiera simulación alguna, ni puede afirmarse tampoco la existencia de una causa ilícita. La disolución y liquidación de una sociedad

conyugal sin simulación alguna es un negocio completamente lícito, incluso en el caso de que uno de los cónyuges quiera favorecer al otro en dicha liquidación, lo cual es tan lícito como lo es una donación. Es decir, aun en la hipótesis de que no fuera cierto que los cónyuges pensaban que se trataba de una deuda de responsabilidad privativa y buscaran favorecer a la hoy apelada, no por ello se convertiría sin más en un negocio con causa ilícita, sin perjuicio de la protección que nuestro legislador otorga a los acreedores para rescindir los negocios válidos que les perjudican. Pero en el caso, como lo ha puesto de manifiesto la parte apelada, no se ha pretendido la rescisión por fraude a los acreedores, conforme a los artículos 1.291 y concordantes del Código Civil, si es que, conforme al 1.294, no debiera estudiarse antes la exigencia de una responsabilidad solidaria, que nadie ha pedido, como la que dijimos en nuestra sentencia de 13 de junio de 1994, en la que, obviamente en otro caso y entre otras partes, indicamos que cuando en una liquidación de la sociedad conyugal los esposos desconocen el inveterado principio de que primero se debe pagar para después partir, omitiendo en el inventario las deudas de la sociedad conyugal, es posible accionar contra el cónyuge no deudor pues aunque inicialmente no debiera la prestación litigiosa, debe responder solidariamente *ultra vires*, como lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sus sentencias de 13 de junio de 1986, 28 de abril de 1988 y 7 de noviembre de 1992, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 1317, 1401, 1402 y 1084 del Código Civil. Y similar criterio sostuvimos en nuestra sentencia de 15 de junio de 2004. Allí ya indicamos que, como dijo el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de septiembre de 1999, el artículo 1317 del Código Civil contiene como declaración general que la modificación del régimen económico matrimonial, realizada durante el matrimonio, no perjudica en ningún caso los derechos subsistentes que los terceros hubieran adquirido, «sin que, para la subsistencia y efectividad de dicha garantía legal, sea necesario acudir a la nulidad o rescisión de las capitulaciones en las que la

modificación se instrumenta (SS. de 30 de enero de 1986, 10 de septiembre de 1987, 20 de marzo de 1988, 18 de julio de 1991 y 13 de octubre de 1994), pues la responsabilidad del haber ganancial permanece y se mantiene no obstante haberse llevado a cabo adjudicaciones individualizadas a favor de los cónyuges», de forma que, como recuerda dicho tribunal en su sentencia de 18 de marzo de 2002, el repetido artículo 1.317 dispone que la modificación del régimen económico matrimonial realizada durante el matrimonio no perjudicará en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros y es constante la doctrina de dicha Sala en el sentido de otorgar «... al referido precepto una eficacia decisiva para hacer efectiva la deuda sin necesidad de pedir la rescisión por fraude de las nuevas capitulaciones y sin tener que demostrar que no se pueden cobrar de otro modo...». En definitiva, dicho precepto determina la inoponibilidad frente a terceros de buena fe de cualquier modificación que les perjudique en sus derechos adquiridos, sin necesidad de probar la existencia de fraude. Y en similares términos se expresa actualmente el legislador aragonés, en la Ley 2/2003 de 12 de febrero, en sus artículos 12, 16 y 86.

Pero en los presentes autos no se ha pedido la condena de la demandada a responder solidariamente, total o parcialmente, de la deuda de su esposo, con los bienes que le fueron adjudicados en la liquidación de su sociedad consorcial (*cum viribus*) o con todos sus bienes (*ultra vires*), sino que en todo momento se ha pretendido la existencia de una nulidad cuyos presupuestos no han quedado acreditados, por lo que la demanda está bien desestimada. Así, debe confirmarse la sentencia apelada, sin que podamos plantearnos siquiera una condena del cónyuge no deudor al pago de la aludida responsabilidad solidaria, en cualquiera de sus modalidades, pues, fuera o no viable en este concreto caso (lo que ni se afirma ni se niega), nadie ha pedido tal condena, como tampoco se pidió la rescisión.



**Segundo:** Al desestimarse el recurso interpuesto y no presentar el caso serias dudas de hecho o de derecho, procede condenar a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del artículo 394 de la Ley 1/2000, al que se remite el artículo 398 de la misma Ley.

17

## NÚM. 17

A. APH de 28 de marzo de 2008

**76: SUCESIÓN LEGAL: DECLARACIÓN DE HEREDEROS: Contradicción entre los interesados:** *De los arts. 980 y 981 Lec. 1881 no se infiere que, habiendo oposición de algún interesado, deba denegarse la declaración de herederos como ha hecho el juez de instancia, sino todo lo contrario, la decisión definitiva de la solicitud inicial haciendo el juez la declaración de herederos abintestato si la estimase procedente, o denegándola con reserva de su derecho a los que la hayan pretendido para el juicio ordinario (art. 981). La declaración no tiene, por tanto, efectos de cosa juzgada; el art. 1817 Lec. 1881 no resulta de aplicación al juicio de abintestato; para la descripción de la finalidad y esencia de la declaración de herederos legales se remite al Auto APH de 20 de marzo de 1997. En aplicación del art. 465-2 Lec. vigente, el tribunal de segunda instancia, tras revocar la resolución apelada que acordó denegar la declaración y archivar el procedimiento por existir contradicción entre los interesados, debe resolver sobre la cuestión.*

**713: SUSTITUCIÓN LEGAL: SUCESIÓN LEGAL: Compilación:** *De acuerdo con lo razonado en nuestro auto de 18 de diciembre de 2007 aplicando la Compilación, no cabe la sustitución legal en la sucesión intestada de los bienes troncales simples y de abolorio, dentro de la línea colateral, más allá de los descendientes de hermanos, a pesar del carácter genérico del art. 141 Comp.,*

*dados los términos literales de los arts. 132 y 133. Asimismo, respecto de los bienes no troncales, también es posible la sustitución legal, ahora bien, en la línea colateral, no cabía una sustitución legal indefinida, sino limitada al cuarto grado (art. 954 Cc.), a pesar de que el art. 141 Comp. no efectuaba ninguna limitación (cfr. AAPH 20 de marzo de 1997, citado también en el A. de 11 de octubre de 2000).*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 980, 981 y 997 Lec. 1881, 465-2 Lec. 2000.

**PONENTE:** *Ilmo. señor don Antonio Angós Ullate.*

*Ante el JPI núm. 2 de Jaca, a instancia de una prima hermana por parte de padre, se siguen autos de declaración de herederos abintestato (núm. 362/2006) de una causante fallecida en 1983, en los autos comparecieron, por derecho propio o por derecho de transmisión, otros dos primos hermanos por parte de padre y cuatro primos hermanos por parte de madre, todos ellos interesados en la herencia.*

*Por auto de 12 de junio de 2007, la juez sustituta acuerda denegar la declaración de herederos promovida y decretar el archivo del presente procedimiento, con reserva del derecho para obtener la tutela judicial pretendida en el procedimiento declarativo que corresponda.*

*La promotora presentó recurso de apelación, los otros interesados impugnaron también el auto y se opusieron al recurso (autos 320/2007).*

*La APH estima en parte el recurso principal y también las impugnaciones adhesivas formuladas, y declara herederos legales de la causante:*

*En los bienes troncales, simples y de abolorio: 1. Por la línea paterna, a los tres primos hermanos de la causante por parte de padre, por partes iguales, sin perjuicio del derecho de los herederos del fallecido en 2002 a aceptar o repudiar la herencia que nos ocupa por derecho de transmisión al haber fallecido después de la causante; 2. Por la línea materna, a sus cuatro primos hermanos por parte de madre, por partes iguales, sin perjuicio del derecho de los herederos*

*de los tres primos fallecidos después de la causante a aceptar o repudiar la herencia que nos ocupa por derecho de transmisión.*

*En cuanto a los bienes no troncales, a los siete primos hermanos por parte de padre y madre, por partes iguales, sin perjuicio del derecho de los herederos de los tres primos fallecidos después de la causante a aceptar o repudiar la herencia que nos ocupa por derecho de transmisión.*

### HECHOS

**Primero:** Damos por reproducidos los que contiene el auto apelado.

**Segundo:** El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Jaca ha tramitado los autos de declaración de herederos abintestato número 362/2006 respecto de ..... Fue promovido por ....., dirigida por la letrado doña ..... y representada en esta segunda instancia por la procurador doña ..... Han comparecido en el expediente: ....., defendida por el letrado don ..... y representada en esta alzada por la procurador doña .....; ....., ..... y ....., ..... y ..... y ....., dirigidos por el letrado don ..... y representados en esta apelación por el procurador don ..... También compareció en el expediente ....., asistido por el letrado don ..... y sin representación procesal en esta segunda instancia. Asimismo, es parte el Ministerio Fiscal. Se hallan pendientes ante este tribunal en virtud del presente recurso de apelación, tramitado al número 320 del año 2007, e interpuesto por la promotora, ....., como apelante principal, y, como apelantes por vía de impugnación de la sentencia, por un lado, ....., ..... y ....., y, por otro, .....

**Tercero:** Por auto de fecha 12 de junio de 2007, la juez sustituta de dicho juzgado acordó lo siguiente:

«PARTE DISPOSITIVA: Acuerdo denegar la declaración de herederos promovida por doña ....., y decretar el archivo del presente procedimiento, con reserva del derecho para obtener la tutela judicial pretendida en el procedimiento declarativo que corresponda.»

**Cuarto:** 1. Contra el anterior auto, la promotora del expediente, ....., anunció recurso de apelación. El juzgado admitió a trámite el recurso y emplazó a la parte apelante por veinte días para que lo interpusiera, lo cual efectuó en el indicado plazo mediante la presentación del oportuno escrito, en cuya súplica solicitó lo siguiente: «la nulidad del auto y la retroacción de las actuaciones al instante anterior a que se dictara, con la finalidad de que por el juzgado de instancia se lleve a cabo la declaración de herederos instada a favor de doña ....., sin perjuicio al derecho que les corresponda a los comparecientes opositores a promover el juicio declarativo correspondiente».

2. A continuación, el juzgado dio traslado a las demás partes para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serles desfavorable.

3. En esa fase, ....., ..... y ..... impugnaron el auto en el siguiente sentido: «en los extremos reseñados y previos los trámites procesales de rigor se dicte Sentencia mediante la que se mantenga la Sentencia de Instancia a excepción de lo concerniente a las costas procesales de instancia, las cuales sean [sic] impuestas a la adversa, con los pronunciamientos que le son inherentes». A continuación, se opusieron al recurso y formularon la siguiente súplica: «se desestime el recurso de apelación en cuanto a la pretensión de declarar única heredera a doña ..... y se declare que deberán ser declarados también herederos abintestato de la causante:

– El hijo del fallecido ..... (primo hermano de la causante) don ....., por sustitución de su padre.

– Los hijos de la fallecida ....., don ....., don ..... y doña ....., por sustitución de su padre.

– Los hijos del fallecido don ....., doña ..... y don ..... Borau [sic], por sustitución de su padre.

– ..... prima hermana sobreviviente de la causante».

4. Asimismo, ....., se opuso al recurso y, alternativamente, si se declarara haber lugar a la declaración de herederos abintestato, impugnó el auto y solicitó que se declarara también heredera abintestato de D.<sup>a</sup> .....[sic] a doña ....., junto a la instante y a los demás comparecidos en el expediente oponentes a la pretensión de doña .....

5. Por su parte, el Ministerio fiscal se opuso al recurso.

6. El juzgado dio traslado de las impugnaciones del auto a las demás partes, en cuyo trámite la promotora del expediente, ....., se opuso a ellas.

7. Seguidamente, el juzgado remitió los autos a este tribunal, en donde quedaron registrados al número 320/2007. No habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que el asunto quedara pendiente para deliberación, votación y fallo, a cuyo efecto señalamos el pasado día 26 de febrero. La presente resolución se dicta fuera de plazo debido a la atención prestada a otros asuntos pendientes ante este tribunal. Actúa como ponente el magistrado Ilmo. señor Antonio Angós Ullate.

#### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

**Primero:** Frente a lo sostenido por ....., el recurso de la promotora del expediente, ....., no fue presentado de forma extemporánea debido a que deban computarse todos los días naturales después de notificado el auto objeto de apelación. Como dijimos en nuestro auto de 30 de marzo de 2001 al resolver un recurso presentado en un expediente de consignación, es cierto que, para las actuaciones de jurisdicción voluntaria (cuya regulación, contenida en el libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, se encuentra parcialmente en vigor, merced a lo establecido en la disposición derogatoria única, apartado 1-1.<sup>a</sup>, de la vigente Ley de Enjuicia-

miento Civil de 2000), el artículo 1812 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 señala que son hábiles todos los días y horas sin excepción; pero, como lo ha puesto de manifiesto la doctrina, tal precepto debe considerarse derogado por el régimen dispuesto sobre el particular en los artículos 182 a 185 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por ello, no concurre la causa de inadmisión alegada por esa parte, con independencia de que el juicio para la declaración de herederos abintestato no se encuentra regulado en el libro III relativo a la jurisdicción voluntaria, sino en el título IX del libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (también en vigor, según la misma disposición derogatoria, ap. 1-2.<sup>a</sup>), aunque la doctrina suele sostener que tiene naturaleza de jurisdicción voluntaria.

**Segundo:** 1. Respecto a la otra cuestión procesal debatida, como dijimos en nuestro auto de 11 de noviembre de 2003 siguiendo los precedentes allí citados (autos de 20 de marzo de 1997, 17 de noviembre de 1997, 25 de marzo de 1998 y 21 de abril de 1999 y 20 de noviembre de 2000), de los artículos 980 y 981 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 no se infiere que, habiendo oposición del algún interesado, deba denegarse la declaración de herederos, sino todo lo contrario, la decisión definitiva de la solicitud inicial «haciendo [el juez] la declaración de herederos abintestato si la estimase procedente, o denegándola con reserva de su derecho a los que la hayan pretendido para el juicio ordinario» (art. 981). Esta última expresión sólo significa, por tanto, que la declaración de que hablamos no tiene efectos de cosa juzgada, por lo que, como expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1991, y que citamos en nuestro auto de 20 de marzo de 1997, los terceros que se crean con derecho a la sucesión de que se trata pueden deducir en otro proceso una petición semejante, a tenor de lo dispuesto en el artículo 997 de la Ley decimonónica. Ciertamente, la doctrina científica suele sostener que el juicio para la declaración de herederos abintesta-

to tiene naturaleza de jurisdicción voluntaria -como acabamos de decir en el anterior fundamento-; pero, aun partiendo de esta hipótesis, lo cierto es que el artículo 1817 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (en caso de oposición, el expediente se hace contencioso y se sujeta a los trámites establecidos para el juicio que corresponda) no es aplicable a determinados expedientes, como el juicio de abintestato, dada su regulación especial y, además, dentro del Libro II de la misma Ley relativo a la jurisdicción contenciosa. En definitiva, como argumentamos en el auto de 20 de marzo de 1997, la finalidad y esencia propia de la declaración de herederos abintestato no es otra sino, como señala el artículo 980 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, obtener la declaración de que una determinada persona ha fallecido sin disposición de última voluntad y que sus herederos son determinadas personas. Por ello, el contenido de tal declaración es atribuir o denegar la condición de heredero a las personas que oportunamente han comparecido en el expediente o que su derecho a la herencia aparezca en él, con el fin de otorgarles un título legítimo para acreditar tal cualidad, sin que importe que fueran silenciadas en el escrito inicial o fueran expresamente contempladas dentro del grupo «en unión de los que designen» al que se refiere el último inciso del párrafo primero del artículo 980 que, como el 979, aspira a determinar quiénes son los únicos herederos del causante, siquiera sea sin los efectos de la cosa juzgada.

2. No obstante, en contra de lo sostenido por la instante del procedimiento en su recurso, la infracción procesal cometida en primera instancia no lleva aparejada legalmente la nulidad del auto y la retroacción de las actuaciones a fin de corregir tan cómoda y ya inhabitual práctica judicial, sino que, por disponerlo así el artículo 465.2 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil -de aplicación directa en materia de recursos, aun en los procedimientos regulados en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, según se desprende de la disposición

transitoria primera de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000-, el tribunal de segunda instancia, tras revocar la resolución apelada, debe resolver sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso si la infracción procesal alegada se hubiera cometido al dictar la resolución en la primera instancia.

3. Por todo ello, procede estimar en parte el recurso de la promotora del expediente para declarar sólo la nulidad del auto -sin retroacción de las actuaciones-, y, asimismo, estimar la impugnación planteada por ....., .....y ..... a fin de entrar a conocer del fondo del asunto y examinar las pretensiones de una y otra parte, incluso las de la promotora del expediente, como, por lo demás, es solicitado por tales impugnantes y por la impugnante ..... de forma alternativa (a favor suyo, de los otros comparecientes y de la promotora).

**Tercero:** 1. En cuanto al fondo del asunto y al ámbito de la apelación dentro los términos a que se refiere el artículo 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las respectivas súplicas del recurso y de las impugnaciones, antes transcritas, no especifican el alcance de la declaración de herederos según la naturaleza de los bienes relictos: troncales simples, troncales de abolorio y no troncales, de acuerdo con el Derecho aragonés. Además, una de las partes -....., ..... y .....- formaliza dos súplicas, en la segunda de las cuales, la relativa a la oposición al recurso, no al impugnar el auto, es cuando plantea la solicitud de declaración de herederos. No obstante, aunque la técnica empleada en los recursos no podía ser más imperfecta (lamentablemente, cada vez es más frecuente que las partes descuiden la redacción de la súplica de sus escritos, a los que deberían dotar del mismo rigor y precisión que luego esperan de los pronunciamientos judiciales, como ya nos quejamos en nuestra sentencia de 2 de abril de 2008), esto no impide que el tribunal tome en consideración, aun con ciertas dificultades, lo aparentemente pretendido en el llamado cuerpo de los respectivos escritos con el

siempre encomiable fin de salvar todo formalismo enervante y de solucionar la controversia sin más dilaciones. Así, mientras que la promotora parece que se centra en la troncalidad por la línea paterna y niega la troncalidad por la línea materna porque considera que no hay bienes procedentes de esta rama familiar, al mismo tiempo indica en su recurso que la causante heredó bienes de sus padres que a su vez provenían de sus abuelos, lo que nos lleva a la categoría de los bienes troncales de abolorio. Las demás partes aparentemente mantienen que puede haber bienes troncales de procedencia materna, e incluso ..... expresa, con más o menos claridad, que puede haber bienes no troncales. Este planteamiento genérico y poco técnico de las partes nos obliga a determinar los herederos troncales y los no troncales, y, dentro de los troncales, los simples y los de abolorio. En cualquier caso, este expediente para la declaración de herederos abintestato no es el adecuado para determinar la naturaleza, troncal o no, de los bienes que componen la herencia, sino, en su caso, el procedimiento ordinario correspondiente, como hemos dicho en otras ocasiones (autos de 21 de abril de 1999 y 12 de julio de 2001), aunque tampoco contamos con elementos para decidir tal cuestión ni ha sido objeto de controversia más allá de lo ya indicado. Por último, hemos de aclarar que ..... no solicita la práctica de prueba en segunda instancia en la súplica de su escrito, sino en su contenido argumental, y que no especifica los testigos que desea que declaren, como tampoco lo hizo en primera instancia, de modo que en ningún caso concurren los requisitos del artículo 460.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para recibir el pleito a prueba en esta alzada, aparte de que los documentos unidos a los autos son suficientes para determinar los llamados a la herencia de la causante, en los términos que vamos a exponer.

**Cuarto:** 1. Las partes aluden –en uno u otro momento del proceso– a la sustitución legal, de acuerdo con la Ley de Sucesiones por causa de muerte (Ley aragonesa 1/1999, de 24 de febrero). Sin embargo, lo

primero que hemos de aclarar es que la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967 (aprobada por Ley 15/1967, de 8 de abril) resulta la ley aplicable a la sucesión, pues se hallaba en vigor en el momento del fallecimiento de la causante, que ocurrió en el año 1983, como ordena la disposición transitoria primera de la citada Ley de Sucesiones por causa de muerte.

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

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

4. Asimismo, respecto a los bienes no troncales, dentro del régimen de la Compilación sí era admisible la sustitución legal en toda clase de sucesiones, como acabamos de expresar y dijimos en nuestro auto de 20 de marzo de 1997 (citado también en el auto de 11 de octubre de 2000), conforme a la disposición general contemplada en el citado artículo 141. Ahora bien, en esa misma resolución también dijimos que, en la línea colateral, no cabía una sustitución legal indefinida, sino limitada al cuarto grado, a pesar de que el artículo 141 de la Compilación no efectuaba ninguna limitación, pues semejante criterio supondría, entre otros inconvenientes, que nunca se produciría la delación de la herencia en favor de la Comunidad Autónoma establecida en el artículo 137 de la Compilación. Por ello –seguíamos diciendo– habrá de acudirse al artículo 135 de dicho texto legal, que remite a las disposiciones contenidas en los artículos 935 al 955 del Código civil cuando se trata de la sucesión no troncal; y el artículo 954 del Código civil mantiene que más allá del

cuarto grado no se extiende el derecho a la sucesión intestada. Y tal solución –concluimos– es acorde con la seguida por la propia Compilación en el artículo 132-2.º cuando se trata de la sucesión troncal. En consecuencia, en ningún caso cabría la sustitución a favor de hijos de primos hermanos premuertos si los hubiera con descendencia, lo cual no consta, como hemos anticipado.

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

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

**Séptimo:** Por todo ello, en cuanto al fondo del asunto, procede estimar las impugnaciones de ....., ..... y ....., por un lado, y, por otro, de .....

**Octavo:** En cuanto a las costas de primera instancia, como dijimos en nuestro auto de 12 de diciembre de 2006, la oposición planteada a la solicitud inicial hace

que el expediente de dominio se convierta en contencioso después de tener inicialmente la naturaleza de jurisdicción voluntaria y, por tanto, que sea equiparable a un proceso declarativo contradictorio de los regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que no vemos ningún inconveniente en la aplicación del principio del vencimiento recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil. En este supuesto, hemos de valorar que todos los comparecientes se ven favorecidos por la declaración de herederos, por lo que no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas de primera instancia.

**Noveno:** Al estimarse, en una u otra extensión, el recurso principal y las impugnaciones, tampoco debemos hacer especial declaración sobre las costas de esta alzada (art. 398.2 de la Lec).

*antiguas lleven más de treinta años sin proteger. Pared medianera: En Aragón la apertura de ventanas no es signo contrario a la medianería, pues también en pared medianera se pueden abrir ventanas conforme al art. 144 Comp.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *art. 144 Comp.; art. 582 Cc.*

**PONENTE:** *Ilmo. señor don Gonzalo Gutiérrez Celma.*

*Ante el JPI núm. 1 de Jaca se siguen autos de juicio ordinario (núm. 221/2006). La sentencia de 22 de junio de 2007 estima parcialmente la demanda y condena al demandado a instalar un canalón en la vertiente del tejado que vierte directamente sobre la propiedad de la parte demandante y a la reparación del tejado y limpieza del mismo, declarando la existencia de muro medianil sólo hasta el punto común de elevación. Los demandantes interponen recurso de apelación, el demandado se opone al recurso y, al propio tiempo, impugna la sentencia en lo concerniente a la consideración de parte del muro como medianil (autos 385/2007).*

*La APH estima parcialmente el recurso de la parte actora y desestima el de la demandada, revoca parcialmente la sentencia de instancia y añade los siguientes pronunciamientos: declaramos la existencia de la apertura de cuatro ventanas hacia la propiedad de los actores sin sujeción a las distancias del art. 582 Cc., así como la preexistencia de otras tres en igual distancia, condenando al demandado a la colocación de red de alambre y reja remetida en la pared, u otra protección semejante, en las citadas ventanas que dan directamente a la propiedad de los actores; y declaramos la existencia de agravación de la servidumbre de alero y recogida de aguas en la parte que colinda con el norte de los actores, sur del demandado, condenando a éste a reducir el ancho de dicho alero para que tenga, como máximo, treinta centímetros de vuelo.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

18

#### NÚM. 18

**S. APH de 18 de abril de 2008**

**83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Reja y red:** *Las ventanas abiertas a menos de dos metros de la propiedad del vecino deben ser dotadas de las protecciones que requiere el art. 144 Comp. sin dilación. Los huecos los tiene que tener protegidos desde el momento que los abre. No puede introducir más separación temporal entre la apertura del hueco y la instalación de su protección que el mínimo tiempo imprescindible para ejecutar materialmente las operaciones precisas al efecto de dotar a los huecos de las protecciones legalmente exigidas. Prescripción: En nuestras sentencias de 31 de marzo de 2001, 13 de febrero de 2007 y 26 de diciembre de 2007 dijimos que la acción para exigir la colocación de dichas protecciones prescribe efectivamente a los treinta años, conforme al art. 1963 Cc., pero tal excepción debe ser opuesta en tiempo oportuno, ya que no puede apreciarse de oficio, aparte de que en el caso en absoluto se ha probado que las ventanas*

**Segundo:** El indicado juzgado de primera instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 22 de junio de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación procesal de ..... contra .....debo condenar y condeno al demandado a instalar el canalón en la vertiente del tejado orientado hacia el sur que vierte directamente sobre la propiedad de la parte demandante, de manera que las aguas caigan sobre el propio suelo del demandado o sobre la calle o sitio público, de modo que no causen perjuicio al predio propiedad de los actores y a la reparación del tejado y a la limpieza del mismo, cambiando ocho chapas y repaso total del mismo, declarando la existencia de muro medianil entre la propiedad del actor y demandado, en la parte norte de los primeros, sur de los segundos, sólo hasta el punto común de elevación. No se hace expresa imposición de costas procesales.».....

**Tercero:** Contra la anterior sentencia, los demandantes, ....., dedujeron recurso de apelación. El juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la parte apelante por veinte días para que lo interpusiera, lo cual efectuó en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitó la íntegra estimación de la demanda, con las costas a cargo del demandado. A continuación, el juzgado dio traslado al demandado, ....., para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serle desfavorable. En esa fase, el apelado formuló en tiempo y forma escrito de oposición y, al propio tiempo, impugnó la sentencia en lo que concernía a la consideración de medianil de la pared colindante entre las dos fincas, hasta la altura de la edificación común, con las costas a cargo de la parte contraria. De esta impugnación adhesiva se dio traslado a la parte demandante, que se opuso a dicho recurso y solicitó la condena en costas de la demandada. Seguidamente, el juzgado emplazó a las partes por término de treinta

días ante este Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 385/2007. Personadas las partes ante esta Audiencia y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que el recurso quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, lo que ha tenido lugar en el día de hoy. En la tramitación de esta segunda instancia no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

**Segundo:** En lo que concierne a la reja y red a poner en las ventanas no puede ponerse en duda que las mismas se encuentran abiertas dentro de las distancias del artículo 582 del Código civil. Nunca fue discutido dicho extremo. Además las ventanas dan directamente a la propiedad de los actores, tal y como reconoció el demandado en su declaración, en la que indicó que no había distancia entre las ventanas y la propiedad vecina, sino que están colindando. Además, no puede ser de otro modo cuando están abiertas en el plano de un muro que, al menos en parte, la propia sentencia considera medianero. Además, en relación con la vertiente del tejado orientada hacia el sur, que es el alero que vuela sobre las ventanas litigiosas, la misma sentencia reconoce, y es un pronunciamiento firme, que «vierte directamente sobre la propiedad de la parte demandante». De este modo, no existe ninguna duda de que las ventanas están a menos de dos metros de la propiedad de los actores y, por ello, aunque pueden ser abiertas al amparo del artículo 144 de la Compilación aragonesa, deben ser dotadas de las protecciones que dicho precepto requiere. Y en contra no puede alegar la parte demandada que todavía no ha terminado la rehabilitación de su edificio. Comprendemos que si al poco tiempo de



abrir las ventanas, con las obras de las ventanas en ejecución, la actora hubiera pedido la instalación de las protecciones, la demandada pudiera alegar que no le habían dado tiempo para hacerlo y que se allanaba a esa pretensión sin que procediera la imposición de las costas por la celeridad con la que la actora, en esa hipótesis, habría actuado. Pero no es eso lo que pasa en este caso. Las ventanas llevan ya años abiertas. En todo este tiempo el demandado, como reconoció en su declaración, no ha hecho mención de que las ventanas fueran a ser enrejadas y cuando es demandado, en lugar de allanarse a esta pretensión, se opone a ella. Desde luego el demandado es muy libre de alargar las obras de su casa todo el tiempo que quiera, pero los huecos que integran las ventanas están ya perfectamente hechos y por ello está legalmente obligado a rematar sin dilación esos huecos con las protecciones legales. Luego puede tardar todos los años que quiera en poner la carpintería que mejor le parezca y en revocar todo lo que quiera, pero los huecos los tiene que tener protegidos desde el momento que los abre. No puede introducir más separación temporal entre la apertura del hueco y la instalación de su protección que el mínimo tiempo imprescindible para ejecutar materialmente las operaciones precisas al efecto de dotar a los huecos de las protecciones legalmente exigidas. Por otra parte, no vemos qué trascendencia puede tener la discusión sobre cuánto tiempo llevan las ventanas antiguas sin reja cuando en la contestación a la demanda no se opuso la prescripción de la acción para exigir su protección, prescripción que no puede apreciarse de oficio. En nuestras sentencias de 31 de marzo de 2001, 13 de febrero de 2007 y 26 de diciembre de 2007 dijimos que la acción para exigir la colocación de dichas protecciones prescribe efectivamente a los treinta años, conforme al artículo 1963 del Código civil, pero tal excepción debe ser opuesta en tiempo oportuno, aparte de que en el caso en absoluto se ha probado que las ventanas antiguas lleven más de treinta años sin proteger.

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

**Cuarto:** Por último, el recurso adhesivo del demandado no puede prosperar por los propios fundamentos ya expuestos en la sentencia apelada al analizar la existencia de medianería, que no se ha estimado existente en la parte de la pared que este recurso toma en consideración para alegar

signos contrarios a la medianería sin tener en cuenta, además, dicho recurso, que no ha puesto siquiera de manifiesto la existencia de relex o retallos y que las ventanas abiertas por encima de la porción medianera son de reciente apertura, aparte de que en Aragón la apertura de ventanas no es signo contrario a la medianería, pues también en pared medianera se pueden abrir ventanas en Aragón conforme al artículo 144 de la Compilación.

**2 Lsuc., cuando expira el plazo establecido para la ejecución fiduciaria, no parecen dar por extinguida la fiducia sino, únicamente, la condición de fiduciario, al menos mientras sea posible su sustitución por la vía del art. 144-2, al que se remite el 148-2, precepto que incluso admite que el encargo sea cumplido por los restantes, aunque sólo quede uno.**

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 129, 144, 147, 148 y 177, DT 3.ª y DT 9.ª Lsuc.

**PONENTE:** Ilmo. señor don Gonzalo Gutiérrez Celma

19

### NÚM. 19

*S. APH de 16 de junio de 2008*

**74: FIDUCIA SUCESORIA: PLAZO: Derecho transitorio; 0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO TRANSITORIO: Fiducia sucesoria: Como dijimos en la Sentencia de 25 abril 2006, la disposición transitoria novena de la Lsuc., específica de la fiducia, no excluye la aplicación de la tercera, de ámbito general, como tampoco excluye la entrada en juego de la transitoria segunda, en la que incluso se hace mención expresa a las fiducias sucesorias concedidas o pactadas bajo la legislación anterior. Parece que si la transitoria novena nada dice de la aplicación de los plazos del art. 129 Lsuc. a las fiducias pendientes de ejecución a su entrada en vigor; es porque la vigencia del mismo ya resultaba de la transitoria tercera. El plazo de caducidad de tres años del art. 129 debe contarse desde la entrada en vigor de la Lsuc., por lo que finaliza el 23 de abril de 2002, no pudiendo aplicarse plazo alguno de la legislación anterior pues tal cosa sólo sucede cuando los de la legislación anterior habrían de cerrarse antes que los de la nueva Ley.**

**74: FIDUCIA SUCESORIA: EXTINCIÓN: Pérdida de la condición de fiduciario: Como dijimos en las Ss. 24 mayo 2005 y 25 abril 2006, los arts. 147 b) y 148-**

*Ante el JPI de Boltaña se siguen autos de juicio ordinario (núm. 256/2006); la sentencia de 9 de noviembre de 2007 estima la demanda y declara extinguida y perdida por caducidad la condición de fiduciarios de los intervinientes en la escritura pública de asignación fiduciaria de 25 de agosto de 2005, debiendo deferirse la herencia de los causantes como una sucesión intestada. Los demandados interponen recurso de apelación (núm. 53/2008) y la APH lo desestima y condena a los apelantes al pago de las costas causadas en esta alzada.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

**Segundo:** El indicado juzgado de primera instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 9 de noviembre de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que estimando la demanda presentada por la Procuradora de los Tribunales Sra. .... en nombre y representación de doña ..... frente a ....., ....., ..... y ....., debo declarar y declaro extinguida y perdida por caducidad la condición de fiduciarios de los intervinientes en la escritura pública de asignación fiduciaria de fecha 25 de agosto de 2005, debiendo deferirse la herencia de los causantes don .....y doña ..... como una sucesión intes-

tada. No se hace expresa imposición de costas de este procedimiento».

**Tercero:** Contra la anterior sentencia, los demandados, ....., dedujeron recurso de apelación. El juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a los apelantes por veinte días para que lo interpusieran, lo cual efectuaron en plazo y forma presentando los correspondientes escritos en los que solicitaron la íntegra desestimación de la demanda con las costas a cargo de la parte demandante. A continuación, el juzgado dio traslado a la demandante, ....., para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serle desfavorable. En esa fase, la apelada formuló en tiempo y forma escrito de oposición. Seguidamente, el juzgado emplazó a las partes por término de treinta días ante este Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 53/2008. Personadas las partes ante esta Audiencia y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que el recurso quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, lo que tuvo lugar en el pasado día tres. En la tramitación de esta segunda instancia no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

**Segundo:** Todos los demandados discrepan del pronunciamiento emitido en la primera instancia para solicitar, en su lugar, la íntegra desestimación de la demanda, pretensión que no puede prosperar por los propios fundamentos que ya

vienen expuestos en la sentencia apelada, anteriormente aceptados y dados por reproducidos en esta ocasión procesal, con la precisión que ya ha quedado vista, careciendo de todo sentido volver a reproducir cuanto ya tiene expuesto el Juzgado en la sentencia apelada con todo acierto, incluso siguiendo precedentes de esta misma Audiencia Provincial que, por más que nuestras sentencias no creen desde luego jurisprudencia, sí que acostumbra a respetar y seguir sus propios precedentes como, por otra parte, lo requiere el principio de igualdad en los términos repetidamente declarados por el Tribunal Constitucional.

El pacto de la escritura de 1955 que contiene la controvertida renuncia, introducida en el debate, precisamente, por los demandados, lo que dice es que la contratante, la demandante, «aporta a su futuro matrimonio todos sus bienes en general, y en especial como dote estimada la cantidad de cincuenta mil pesetas, de las que, cuarenta mil pesetas son de su propio peculio y dice entregará el día de la boda, y las diez mil pesetas restantes se las promete entregar dentro del año siguiente a partir de esta fecha, su padre compareciente en complemento pago de sus derechos legítimos paterno y materno; prometiendo para cuando las reciba no pedir ni reclamar cosa alguna más por legítima ni suplementos de su casa nativa». Aparte de que tal pacto más parece relacionado con una renuncia a la legítima, con la muy relativa transcendencia que le da el hecho de que en Aragón exista la legítima colectiva, sin alcanzar a los derechos que pudieran provenir de la sucesión voluntaria del causante, como dice actualmente el artículo 177 de la Ley de sucesiones, de modo similar a la previsión que contenía el artículo 106 de la Compilación en relación con los derechos que provinieran de disposiciones testamentarias del causante, el caso es que aunque se entendiera en relación con cualquier atribución por causa de muerte lo cierto es que tal renuncia no llegó a tener lugar. En la indicada escritura no se renunció a nada. Sólo se prometió no pedir ni reclamar nada por legítimas o

suplementos para cuando recibiera el pago de las diez mil pesetas que se le prometieron, pero que no consta que las recibiera, hecho que no viene a integrarse en los hechos constitutivos de la demanda, sino que es un hecho impeditivo en el se sustenta la excepción de falta de legitimación activa opuesta por los demandados. Si consideramos que dicho hecho no fue introducido en el debate, los demandados se quedan sin soporte fáctico para su excepción y si entendemos que los demandados sí que introdujeron en el debate esta cuestión lo cierto es que los mismos no han acreditado que la actora recibiera efectivamente las diez mil pesetas que iban inseparablemente unidas a su promesa, para cuando las recibiera, de no reclamar cosa alguna más por legítima ni suplementos de su casa nativa. En definitiva, la demandante no ha introducido hecho nuevo alguno en el debate. Todos los hechos constitutivos de su pretensión quedaron recogidos en su demanda. No hay pues vulneración alguna del artículo 428 de la Ley procesal, ni del principio de preclusión, ni del de defensa, ni del de carga de la prueba, ni hay incongruencia alguna en la sentencia, al menos en perjuicio de los demandados, ni está actuando la actora en contra de sus propios actos, ni se puede negar a la misma legitimación activa. Los hechos donde se introducen son en la demanda y en la contestación e insistimos en que son los demandados quienes excepcionaron falta de legitimación activa amparándose en la escritura de 1955 y si con tal alegación no entendemos introducido en el debate la cuestión del pago prometido en dicha escritura condicionando la promesa de nada reclamar por legítimas ni suplementos de su casa nativa, lo que sucede es que los demandados se quedan sin soporte fáctico para su excepción, pues no estamos ante un hecho constitutivo de la pretensión ejercitada en la demanda sino ante un hecho impeditivo invocado, siquiera sea implícitamente, por los demandados de modo que, como ya ha quedado dicho, si entendemos que tal cuestión quedó fuera del debate, los demandados se quedan sin el soporte fáctico de su excepción pues en

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

**Tercero:** Por otro lado, en cuanto al juego de las transitorias de la Ley de Sucesiones no podemos sino reiterar cuanto ya dijimos en nuestra sentencia de 25 de abril de 2006, por más que la fiducia ya esté ejecutada pues, en este concreto caso ahora examinado, se ejecutó cuando los fiduciarios ya habían perdido esa condición por el transcurso del plazo, por lo que no se está en modo alguno revocando los actos realizados por los fiduciarios pues quienes ejecutaron esta fiducia, al tiempo de su ejecución, ya no eran fiduciarios por disposición expresa del legislador aragonés, que en todo momento fue consciente del tradicional rechazo existente a la sucesión intestada, pese a lo cual prefirió poner un límite temporal a la ejecución de las fiducias pendientes a la entrada en vigor de la Ley de sucesiones. Ya dijimos en aquella sentencia de 25 de abril de 2006 que la tesis de los ahora apelantes, a juicio de este tribunal, no puede prosperar. En aquel caso los entonces recurrentes también defendían que la disposición transitoria tercera de la Ley aragonesa 1/1999, de sucesiones por causa de muerte (y el plazo que de ella resultaría en relación con el artículo 129 de dicha Ley), no es aplicable a las fiducias sucesorias pendientes de ejecución a su entrada en vigor por deber estarse únicamente a lo reglado en la disposición transitoria novena, específica-

mente prevista para la fiducia sucesoria en Aragón. Pues bien, ya dejamos dicho entonces que ambas disposiciones transitorias no se excluyen sino que se complementan. Mientras que la tercera se refiere, con carácter general, a los plazos introducidos en la nueva ley para acciones, derechos y deberes nacidos antes pero no cumplidos todavía, como las facultades fiduciarias de la sucesión en litigio, la novena se refiere a determinadas normas de la nueva regulación de la fiducia que “también” son aplicables a las fiducias sucesorias pendientes de ejecución, con lo que no creemos que se excluya la regla general, para toda clase de instituciones, resultante de la disposición transitoria tercera para el ejercicio, duración o prescripción y procedimientos para hacer valer las acciones, derechos y deberes nacidos antes, como tampoco excluye la transitoria novena la entrada en juego de la transitoria segunda, en la que incluso se hace mención expresa a las fiducias sucesorias concedidas o pactadas bajo la legislación anterior. En definitiva, parece que si la transitoria novena nada dice de la aplicación de los plazos del artículo 129 de la Ley de sucesiones a las fiducias pendientes de ejecución, es porque la vigencia del mismo ya resultaba de la transitoria tercera, tal y como lo parece considerar también la opinión doctrinal citada por los demandantes de aquel caso al oponerse al recurso (folio 189, de los autos resueltos por la sentencia de 25 de abril de 2006) opinión doctrinal a la que alude la hoy apelada al folio 244 de estos autos, en la que precisamente el artículo 129 sirve allí de ejemplo para explicar el juego de la transitoria tercera. Ahora bien, debemos resaltar que, como ya lo dijimos en nuestras sentencias de 24 de mayo de 2005 y 25 de abril de 2006, los artículos 147 b) y 148.2 de la Ley de sucesiones (aplicables por la transitoria novena), cuando expira el plazo establecido para la ejecución fiduciaria, no parecen dar por extinguida la fiducia sino, únicamente, la condición de fiduciario, al menos mientras sea posible su sustitución por la vía del artículo 144.2,

al que se remite el 148.2, precepto que incluso admite que el encargo sea cumplido por los restantes, aunque sólo quede uno. Pero esto en el caso carece de relevancia pues todos los parientes posibles habían perdido la condición de fiduciarios ya con anterioridad a esta fallida ejecución de la fiducia, conforme a lo reglado en el artículo 147 b), en relación con la transitoria novena, por la previa entrada en acción del plazo del artículo 129 por la transitoria tercera. Es decir, en este caso, todos los parientes dejaron extinguir su encargo fiduciario por transcurso del plazo, también quienes, una vez producida la caducidad, intentaron la fallida ejecución de 25 de agosto de 2005, por lo que mal puede negarse ya la extinción de esta fiducia por más que tengamos en cuenta lo reglado en los artículos 147.b y 148.2 de la Ley de sucesiones. Por último, debemos indicar que el cumplimiento de la Ley no genera inseguridad jurídica, pareciendo claro que, conforme a la disposición transitoria tercera, el plazo debe contarse desde la entrada en vigor de la Ley de sucesiones, no pudiendo aplicarse plazo alguno de la legislación anterior pues tal cosa sólo sucede cuando los de la legislación anterior habrían de cerrarse antes que los de la nueva Ley y se da la circunstancia de que ha sido, precisamente, la nueva Ley la que, para limitar la situación de pendencia, ha puesto límites temporales a esta situación, señalando plazo de caducidad al fiduciario para el cumplimiento de su encargo si bien, como se indica en su exposición de motivos, se ha respetado el nombramiento vitalicio del cónyuge como fiduciario.

**Cuarto:** Al desestimarse el recurso interpuesto y, habida cuenta de lo ya razonado por este tribunal en la sentencia de 25 de abril de 2006, no presentar el caso serias dudas de hecho o de derecho, procede condenar a los apelantes al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del artículo 394 de la Ley 1/2000, al que se remite el artículo 398 de la misma Ley.

## NÚM. 20

A. APH de 16 de junio de 2008

**76: SUCESIÓN LEGAL: DECLARACIÓN DE HEREDEROS: Sucesión a favor del cónyuge viudo:** *El causante fallece en 1996, sin hijos ni descendientes y sin haber otorgado pacto o testamento, en estado de casado; a su vez, su mujer fallece en 1997, sin descendencia y sin haber otorgado pacto o testamento, siendo declarada judicialmente su heredera legal la Comunidad Autónoma de Aragón. La sucesión del causante se rige por la Comp. y, conforme al art. 135 Comp. y 944 Cc., a falta de ascendientes y descendientes, la heredera era su esposa que le sobrevivió. La declaración de que la esposa es la heredera del causante ha de hacerse mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial (art. 979 Lec. 1881) y no judicialmente; tampoco puede pretender la Comunidad Autónoma ser declarada heredera del causante.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 979 Lec. 1881, 135 Comp., 944 Cc., 220 Lsuc.

**PONENTE:** Ilmo. señor don Santiago Serena Puig.

*Ante el JPI núm. 2 de Huesca se siguen autos de declaración de herederos (núm. 256/2005) promovidos por la Comunidad Autónoma de Aragón; el Auto de 4 de abril de 2007 indica que no procede declarar en vía judicial heredera abintestato del causante a su esposa, pudiéndose ejercitar su acción mediante la correspondiente acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial. No procede tampoco declarar heredera del causante a la Comunidad Autónoma de Aragón. El Gobierno de Aragón interpone recurso de apelación y solicita que se le declare heredero; subsidiariamente solicita que se entienda que la esposa aceptó tácitamente la herencia de su esposo (autos núm. 261/2007). La APH desestima el recurso y condena a la apelante al pago de las costas de la alzada.*

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Ante esta Audiencia provincial de Huesca penden, en grado de apelación, los autos de Declaración de Herederos 256/05 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Huesca, promovidos por la Comunidad Autónoma de Aragón, siendo causante don ... y parte el Ministerio Fiscal. Se hallan los autos pendientes ante este tribunal en virtud del presente recurso de apelación, tramitado al número 261 del año 2007, e interpuesto por el *Gobierno de Aragón*. Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. Sr. don Santiago Serena Puig.

**Segundo:** El indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó el Auto apelado el día 4 de abril de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «No procede declarar en vía judicial heredera abintestato de todos los bienes, derechos y acciones de carácter troncal y no troncal que pudieran corresponder al causante don ..... a su esposa doña ....., pudiéndose ejercitar su acción mediante la correspondiente acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial. No procede declarar heredero abintestato de todos los bienes, derecho y acciones de carácter troncal y no troncal que pudieran corresponder al causante don ..... a la Comunidad Autónoma de Aragón».

**Tercero:** Contra la anterior resolución, el *Gobierno de Aragón* dedujo recurso de apelación. El juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la parte apelante por 20 días para que lo interpusiera, lo cual efectuó en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitó que «se deje el mismo sin efecto y se dicte sentencia por la que se declare al Gobierno de Aragón heredero abintestato del Sr. .... Subsidiariamente se solicita que se entienda que la Sra. .... aceptó tácitamente la herencia de su esposo, y que por tanto dicha mitad del piso que le correspondió en vida al Sr. .... formaba parte del caudal hereditario de la Sra. ....».

Seguidamente, el juzgado dio traslado del escrito de interposición de dicho recurso al Ministerio Fiscal quien formuló escrito de oposición y emplazó a las partes por término de treinta días ante esta Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 261/07. Transcurrido el término del emplazamiento y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala señaló el veintinueve de mayo para deliberación, votación y fallo. En la tramitación de esta segunda instancia, no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

2. Las sucesiones por causa de muerte se registrarán por la ley vigente en el momento de la apertura de la sucesión, disposición transitoria primera de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte. Como don ..... falleció antes de su entrada en vigor, su sucesión se registrará por la Compilación del Derecho civil de

Aragón, con las modificaciones introducidas por la Ley 4/1995, de 29 de marzo. Conforme al artículo 135, la sucesión en los bienes que no tengan la condición de troncales, o en la de estos cuando no hubiere herederos troncales, se deferirá conforme a lo dispuesto en los artículos 935 a 955 del Código civil, en concreto, de acuerdo con el artículo 944 y a falta de ascendientes y descendientes, la heredera era su esposa que le sobrevivió.

**Segundo:** El recurso sostiene que el auto recurrido está dando por supuesto que doña ..... –esposa del causante– no aceptó la herencia de su esposo, en cuyo caso cabría la aplicación del artículo 205.1.3.º de la Ley de sucesiones por causa de muerte, en relación con el artículo 202.2.2.º, ya que, si no llegó a aceptar la herencia, no sucedió. Por tanto, los bienes que le hubiesen correspondido pasarían directamente al siguiente llamado a la sucesión legal, esto es al Gobierno de Aragón. La interpretación que hace el Gobierno de Aragón, si bien tiene una finalidad práctica indudable, no es admisible, dado que está basada en principios y reglas sucesorias de la Ley de sucesiones por causa de muerte, que no es la norma por la que se rige la sucesión de don ..... La petición subsidiaria tampoco puede acogerse, pues la aceptación de la herencia, sea expresa o tácita, supone una previa designación de heredero, bien sea testamentario o *ab intestato*. Doña ..... todavía no ha sido declarada heredera de su esposo, por consiguiente, no pudo aceptar expresa o tácitamente la herencia. Además, según el último párrafo del artículo 999 del Código Civil, no todos los actos presuponen la aceptación de la herencia, sino sólo aquellos que impliquen el título o la cualidad de heredero. Se supone, pues nada se ha demostrado en ese sentido, que doña ..... vivió en el piso, pero se desconoce qué clase de actos hizo doña ..... y en calidad de qué, si como copropietaria, usufructuaria, mera usuaria o, por el contrario, los hizo considerándose heredera de su difunto esposo. Alega en

último lugar que, según el artículo 220.2 de la Ley de sucesiones por causa de muerte, la Comunidad Autónoma de Aragón sólo puede obtener la declaración de herederos por vía judicial. Efectivamente, el artículo 220.2, en relación con los artículos 979 y 980 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, previene que, salvo los descendientes, ascendientes o cónyuge del finado, los demás herederos *ab intestato* deberán obtener la declaración en vía judicial, pero no es este el caso, en el que, como indica la resolución recurrida, corresponde tal designación a la esposa, lo que ha de hacerse mediante acta de notoriedad tramitada conforme a la legislación notarial. El recurso, por lo expuesto, no puede prosperar.

**Tercero:** Al desestimarse el recurso, debemos imponer a la parte apelante las costas de esta segunda instancia (art. 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite su art. 398.1).

*dizos sobre fundo propio, tampoco lo es un voladizo de unos 15 centímetros de fondo, por no tener la anchura suficiente para apoyarse en él y facilitar la proyección de las vistas sacando el torso; no lo es tampoco un vierteaguas ni un tendedero.*

**83: LUCES Y VISTAS: DERECHO HISTÓRICO:** *Según nuestras sentencias de 14 octubre 1998 y 26 enero 2006, las luces y vistas en las Observancias estaba reguladas también como relación de vecindad. Carácter negativo de este tipo de servidumbres, salvo si hay presencia de un acto obstativo. Criterio recogido expresamente en el párrafo tercero del art. 14 del Apéndice. En la posesión inmemorial también es necesario el acto obstativo.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *Art. 144 Comp., 14 Apéndice.*

**PONENTE:** *Ilmo. señor don Santiago Serena Puig.*

## NÚM. 21

*S. APH de 31 de julio de 2008*

**83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL:** *Interdicto de obra nueva: Reitera lo dicho en S. 14 enero 2008 sobre el proceso de tutela sumaria de la posesión (anterior interdicto de obra nueva) para proteger una aparente servidumbre de luces y vistas, si bien la mera existencia de ventanas sin voladizos sobre fundo ajeno, no supone acto alguno de posesión sobre la finca vecina, salvo que se hubiese realizado un acto obstativo impidiendo al vecino construir.*

*No son signo aparente de servidumbre los voladizos sobre fundo propio, tampoco lo es un voladizo de unos 15 centímetros de fondo, por no tener la anchura suficiente para apoyarse en él y facilitar la proyección de las vistas sacando el torso; no lo es tampoco un vierteaguas ni un tendedero.*

**SERVIDUMBRE:** *Signos aparentes: No son signo aparente de servidumbre los vola-*

*Ante el JPI núm. 2 de Jaca se siguen autos de juicio verbal (núm. 141/2007). La sentencia de 22 junio 2007 desestima la demanda alzando la suspensión acordada. El demandante interpone recurso de apelación (autos núm. 336/2007) que la APH desestima con condena en costas para el apelante.*

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

**Segundo:** El ilustrísimo Juez del indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 22 de junio de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Desestimar la demanda interpuesta por don ..... contra ..... S. L., alzando la suspensión acordada. Todo ello con imposición de costas procesales a la parte actora».

**Tercero:** Contra la anterior sentencia, el demandante, don ....., dedujo recurso



de apelación. El Juzgado lo tuvo por preparado y emplazó al apelante por 20 días para que lo interpusiera, lo cual efectuó en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitó la íntegra estimación de la demanda. A continuación, el juzgado dio traslado a la demandada, .....S. L., para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serle desfavorable. En esa fase, la apelada formuló en tiempo y forma escrito de oposición. Seguidamente, el Juzgado emplazó a las partes por término de treinta días ante esta Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 336/07. Personadas las partes ante esta Audiencia y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala señaló el veintiocho de julio para deliberación, votación y fallo. En la tramitación de esta segunda instancia, no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

**Segundo:** Para dar respuesta a los motivos de recurso, debemos dejar constancia de que si bien las dos casas están construidas en el siglo XIX, no podemos decir lo mismo de las ventanas o huecos, según puede comprobarse en el reportaje fotográfico aportado con la demanda. Todas han sufrido alteraciones o modificaciones más o menos intensas, y las de la parte central de la segunda y tercera planta, de mayores dimensiones que las demás, parecen mucho más recientes. No se abren directamente sobre la propiedad vecina, sino sobre un callizo de unos 50 cm de ancho, según puede apreciarse en las fotografías y en el informe pericial. De modo que los supuestos voladizos –alféizar y tendedor–, no caen directamente sobre fundo ajeno. No suponen, por tanto, una intromisión en la propiedad vecina, sino que volarían sobre el callizo. Además, no tienen consideración de signo aparente de servidumbre, conforme hemos mantenido entre otras en nuestra sentencia de 24 de octubre de 2007, un voladizo de unos 15 centímetros de fondo, por no tener la anchura suficiente para apoyarse en él y facilitar la proyección de las vistas sacando el torso –sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de marzo de 2001–, un vierteaguas –sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 11 de diciembre de 1985–, o un tendadero –sentencias de la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9 de octubre de 2001 y de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de mayo de 2005 y 29 de diciembre de 2006–.

**Tercero:** Respecto al Derecho aplicable, y a la adquisición de la servidumbre bajo el régimen anterior al Apéndice de 1925 y la Compilación, hemos de recordar (*vid* nuestras sentencias de 14 de octubre de 1998 y 26 de enero de 2006 que «bajo el régimen de las Observancias del Reino de Aragón, la toma de luces y la proyección de vistas sobre fundo ajeno estaban reguladas también como relación de vecindad. Por

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

**Cuarto:** Al desestimarse íntegramente el recurso, y sin que el presente caso presente serias dudas de hecho o de derecho, procede la condena del recurrente al pago de las costas de esta alzada conforme a los arts. 398.1 y 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

## NÚM. 22

S. APH de 31 de julio de 2008

**81: DERECHO DE BIENES EN GENERAL: PROPIEDAD: Presunción de libertad:** *Quien entabla la acción negatoria de servidumbre sólo está obligado probar el dominio de la finca cuya libertad pretende, dado que está amparado en el principio de libertad de los fundos, de modo que la carga de la prueba queda trasladada a la parte demandada, la cual, si pretende que la servidumbre continúe, ha de demostrar cumplidamente su existencia.*

**84: SERVIDUMBRES: DE CONEXIÓN A RED GENERAL:** *La constitución forzosa de la servidumbre sólo podría exigirse cuando la conexión a la red general no fuera posible realizarla por otro sitio y requeriría, en cualquier caso, la tramitación del oportuno procedimiento administrativo, donde se habría de justificar la concurrencia de los requisitos precisos y dar cumplimiento a las garantías establecidas, siendo precisa la indemnización previa al titular del predio sirviente. DE PASO DE ENERGÍA ELÉCTRICA:* *Es un «tertius genus» que queda fuera de la clasificación usual entre servidumbres prediales y personales, denominándose servidumbre de empresa, al ser la empresa concesionaria el sujeto activo de la servidumbre pues el derecho se constituye a su favor y no al de los particulares, quedando el derecho real incorporado al acervo de la empresa. Las decisiones sobre la servidumbre y su imposición son competencia exclusiva de la Administración Pública, pues sólo ella puede hacer la declaración de utilidad pública que se requiere con carácter previo para la expropiación forzosa y la constitución de la referida servidumbre.*

DISPOSICIONES CITADAS: art. 348 Cc.

PONENTE: *Ilmo. señor don Santiago Serena Puig.*

*Ante el JPI núm. 2 de Jaca se siguen autos de juicio ordinario (núm. 290/2006), promovidos por la Comunidad de propietarios; la sen-*

*tencia de 29 de junio de 2006 estima íntegramente la demanda y declara la inexistencia de servidumbre de acueducto y de conducción eléctrica sobre la propiedad de la actora; los demandados interponen recurso de apelación (núm. 324/2007) y la APH lo desestima con condena en costas a la parte apelante.*

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

**Segundo:** El ilustrísimo Juez del indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 29 de junio de 2006, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "Estimar íntegramente la demanda interpuesta por la Comunidad ..... contra ..... S. L. ACORDANDO: 1. declarar la inexistencia de servidumbre de acueducto y de conducción eléctrica sobre la propiedad de la Comunidad ..... 2. Condenar a ..... S. L. a restituir el muro perforado por ellos a su estado de original, tapando los agujeros efectuados realizando las obras necesarias para ello, desconectando y retirando los ramales o tomas efectuadas hacia su propiedad, de agua y electricidad, trabajos todos ellos que se efectuarán a su costa. 3. Todo ello con expresa imposición de costas a los demandados».

**Tercero:** Contra la anterior sentencia, los demandados, .....y ..... S. L. dedujeron recurso de apelación. El juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a los apelantes por 20 días para que lo interpusieran, lo cual efectuaron en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitaron la íntegra estimación (sic) de la demanda. A continuación, el juzgado dio traslado al demandante, Comunidad de Propietarios ....., para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serle desfavorable. En esa fase, la apelada formuló en tiempo y forma escrito de oposición.

Seguidamente, el juzgado emplazó a las partes por término de treinta días ante este Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 324/07. Personadas las partes ante esta Audiencia y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala señaló el treinta y uno para deliberación, votación y fallo. En la tramitación de esta segunda instancia, no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Frente a la sentencia de instancia, que estima la demanda y declara la inexistencia de servidumbre de acueducto y de conducción eléctrica sobre el garaje propiedad de la Comunidad de Propietarios de «.....», por lo que condena a los demandados a restituir el muro perforado, tapando los agujeros efectuados, y a retirar los ramales o tomas de agua y electricidad hacia su propiedad, se alza la parte demandada en solicitud de que se desestime la demanda con la condena en costas de la actora. Insiste en la tesis que ha venido manteniendo, que son servidumbres legales impuestas por el Ayuntamiento en uso de sus competencias, que está obligado a prestar el servicio de suministro de agua potable, al igual que el suministro de energía eléctrica que asume y gestiona por medio de una empresa municipal, y que fue autorizado verbalmente a efectuar el enganche, lo hicieron por el lugar más idóneo o conveniente indicado por el Ayuntamiento.

**Segundo:** El recurso no puede prosperar porque, partiendo de que la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, «sin más limitaciones que las establecidas en las Leyes», artículo 348 del Código Civil, quien entabla la acción negatoria de servidumbre sólo está obligado a probar el dominio de la finca cuya libertad pretende, dado que está amparado en el principio de libertad de los fundos, de modo que la carga de la prueba queda trasladada a la parte demandada, la cual, si

pretende que la servidumbre continúe, ha de demostrar cumplidamente su existencia. En este caso el objeto de la demanda son las conexiones o «enganches» de la casa de los demandados a la red pública de agua, que discurre por el techo de la planta sótano destinado a aparcamiento de vehículos, propiedad de los integrantes de la Comunidad de Propietarios ....., o la acometida de suministro eléctrico desde el Centro de Transformación, situado cerca de la rampa de acceso al garaje, de donde salen redes de baja tensión públicas por el techo. No se dirige, por tanto, la demanda contra la red pública de agua o la red pública de baja tensión que discurren por el techo del garaje, sino contra las derivaciones que conducen al edificio de los demandados desde la red general y a través del muro perimetral del garaje. Los demandados reconocen que no tienen ningún título para constituir la servidumbre, únicamente cuentan con la autorización verbal del Ayuntamiento que les indicó por donde debían ocurrir las acometidas de agua y electricidad a la nueva casa. Que el municipio deba facilitar el abastecimiento domiciliario de agua potable, en virtud de lo dispuesto en los artículos 25.1 y 26.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local o de los artículos 22.f) y 44.a) de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, no autoriza para que sin más consideraciones lo haga a través o desde una propiedad privada, gravándola con una servidumbre. Porque la constitución forzosa de la servidumbre solo podría exigirse cuando la conexión a la red general no fuera posible realizarla por otro sitio y requeriría, en cualquier caso, la tramitación del oportuno procedimiento administrativo, donde se habría de justificar la concurrencia de los requisitos precisos y dar cumplimiento a las garantías establecidas, siendo precisa la indemnización previa al titular del predio sirviente.

**Tercero:** En materia de suministro de energía eléctrica son de aplicación los preceptos de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, de Regulación del sector eléctrico, y

del Real Decreto 1955/2000, de 1 de diciembre, que regula las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica, donde, conforme a la doctrina mayoritaria de las Audiencias Provinciales (sentencias de las Audiencias Provinciales de Segovia, de 27 de marzo de 1989; de Cáceres, de 29 de septiembre de 1997 y 25 de abril de 2001; de Orense, de 19 de abril de 2000, y de Teruel de 27 de abril de 2004), han entendido que las servidumbres que, al amparo de la legislación citada y la que le sirve de antecedente (Ley 10/1966, de 18 de marzo), se constituyan con el objeto de distribuir dicha energía eléctrica para suministrarla posteriormente, es un «tertius genus» que queda fuera de la clasificación usual entre servidumbres prediales y personales, denominándose servidumbre de empresa, al ser la empresa concesionaria el sujeto activo de la servidumbre pues el derecho se constituye a su favor y no al de los particulares, constituyendo la parte pasiva el dueño del predio sirviente, quedando el derecho real de servidumbre incorporado al acervo de la empresa, pues si bien es cierto que en un segundo plano la energía llega a los particulares, esto sólo es posible a través de la empresa suministradora, por lo que al no existir una norma en nuestro Código Civil en la que pueda apoyarse el derecho de los particulares a imponer la servidumbre de paso de energía eléctrica, las decisiones sobre la misma y su imposición son competencia exclusiva de la Administración Pública, pues sólo ella puede hacer la declaración de utilidad pública que se requiere con carácter previo para la expropiación forzosa y la constitución de la referida servidumbre. En el presente pleito, tal y como señala la sentencia recurrida, fue la empresa ....., S. L. la que realizó la acometida sin solicitar permiso a la Comunidad de Propietarios, dado que entiende que se trata de redes públicas y, por tanto, que tienen un derecho de servidumbre. Pero la existencia de un transformador en la propiedad de los actores y el derecho de paso de la compañía eléctrica de distribución para el mantenimiento no supone ningún título que

justifique la instalación, en dicha propiedad privada, de una nueva infraestructura eléctrica entre la red de distribución existente y el primer elemento propiedad del solicitante, instalación que llevó a cabo la compañía suministradora.

**Cuarto:** Al desestimarse el recurso interpuesto y no presentar el caso serias dudas de hecho o de derecho, procede condenar a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del artículo 394 de la Ley 1/2000, al que se remite el artículo 398 de la misma Ley.

#### NÚM. 23

*S. APH de 26 de septiembre de 2008*

**92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA: FORMA: REQUISITOS DE LA DEMANDA: «Perpetuatio iurisdictionis»:** *Desde la presentación de la demanda de retracto de abolorio luego admitida, se genera el efecto de la «perpetuatio iurisdictionis», que obliga al Juez a sentenciar conforme a los presupuestos de hecho y de derecho existentes al inicio del pleito. Poco después de la formalización de la demanda la vendedora otorga contrato de compraventa a favor de los demandantes en el procedimiento de abolorio y en un tercer contrato se dice que con esta compraventa los compradores han ejercitado el derecho de abolorio. En la audiencia previa se quieren introducir en el proceso estos nuevos hechos: las alegaciones complementarias no pueden transformar una acción de retracto en una de desahucio, tener por ejercitado el derecho de abolorio, por resuelto el contrato de compraventa con el demandado, etc.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 410, 411, 412, 413 y 426 Lec.; 150 Comp.

**PONENTE:** *Ilmo. señor don Santiago Serena Puig.*

*Ante el JPI núm. 2 de Jaca se siguen autos de juicio ordinario (núm. 60/2006); la senten-*

*cia de 17 de diciembre de 2007 desestima íntegramente la demanda de retracto de abolorio por no haberse acreditado el carácter troncal de los bienes; los demandantes interponen recurso de apelación (autos 63/2008) y la APH lo desestima con condena en costas a los apelantes.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

**Segundo:** El ilustrísimo Juez del indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 17 de diciembre de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Desestimar íntegramente la demanda interpuesta por ..... y ..... contra don ....., condenando a los primeros al pago de las costas del proceso».

**Tercero:** Contra la anterior sentencia, los demandantes, .....y ....., dedujeron recurso de apelación. El juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a los apelantes por 20 días para que lo interpusieran, lo cual efectuaron en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitaron la íntegra estimación (sic) de la demanda. Seguidamente, el juzgado emplazó a las partes por término de treinta días ante esta Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 63/08. Personados los apelantes ante esta Audiencia y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala señaló el veintitrés de septiembre para deliberación, votación y fallo. En la tramitación de esta segunda instancia, no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Se ejerce el retracto de abolorio frente al contrato de febrero de 2005 suscrito por ..... con ....., pues cuando se

formalizó la demanda el 22 de febrero de 2006 todavía no se había otorgado el contrato de 26 de febrero de 2006 con ....., S. L., representada por el citado Sr. .... En función de esta demanda pedían que se declarase su derecho a retraer las parcelas litigiosas, se condenase al demandado, una vez acreditado el precio, a recibir la misma suma y para que otorgase escritura pública de compraventa. Desde la presentación de la demanda luego admitida, se genera el efecto de la «perpetuatio iurisdictionis», que obliga al Juez a sentenciar conforme a los presupuestos de hecho y de derecho existentes al inicio del pleito. A partir de ese momento comienzan los efectos de la *litispendencia* en sentido general –de acuerdo con los principios de prohibición de *mutatio libelli* y *ut lite pendente nihil innovetur*–, con la consiguiente perpetuación de los hechos tal como son allí planteados y sus oportunos efectos procesales (*perpetuatio iurisdictionis, legitimationis* y *actionis*), sin atender a sus posteriores modificaciones, salvo las subjetivas y objetivas que excepcionalmente sean procedentes, así resulta de lo dispuesto en el artículo 410 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con sus artículos 411, 412 y 413 (este último se remite también al art. 22). En la audiencia previa se permite a las partes alegaciones complementarias, sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas, artículo 426.1, aclaraciones o rectificaciones de extremos secundarios de sus pretensiones, *siempre sin alterar éstas ni sus fundamentos*, artículo 426.2, añadir alguna petición accesoria o complementaria, si la parte contraria se muestra conforme, artículo 426.3, o podrán alegar algún hecho o noticia de relevancia que hubiera ocurrido o hubiera llegado a su conocimiento después de la demanda o reconvencción, artículo 426.4.

**Segundo:** Que se hagan alegaciones complementarias en la audiencia previa no quiere decir que sean admisibles, ni pueden transformar una acción de retracto en una de desahucio (condenar al demandado a retirar cuantos bienes pudiera haber depositado en los inmuebles, para que los

actores puedan acceder a la libre toma de posesión sin limitación alguna, pudiendo ser lanzados de no avenirse), tener por ejercitado el derecho de abolorio, por resuelto el contrato de compraventa con el demandado y por satisfechas por los actores las cantidades que hubieran podido recibir los iniciales vendedores, tener al demandado por conforme con dicha manifestación contractual y resarcido de las cantidades que hubiera podido adelantar para la adquisición de los bienes litigiosos. Hay un tercer contrato de compraventa, otorgado el 19 de mayo de 2006 por los apoderados de ..... en el que los compradores –demandantes en este procedimiento– dicen ejercer el derecho de abolorio en relación con las fincas urbanas y rústicas objeto del contrato celebrado con ....., S. L. el 26 de febrero de 2006.

**Tercero:** Debe mantenerse el rechazo de la demanda inicial, sin las modificaciones que se pretendían introducir en la audiencia previa, pues, como muy bien dice la sentencia, no se ha acreditado el carácter troncal de los bienes. A tal efecto no son suficientes las manifestaciones de los representantes legales del vendedor en ese tercer contrato de 19 de mayo de 2006, por más que fuera ratificado en el juicio, dado que el demandado ..... no fue parte en el referido contrato. Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, artículo 1257 del Código Civil, sin que puedan obligar a terceros que no han sido parte en el mismo. Por este motivo tampoco afecta al demandado en este procedimiento ..... las manifestaciones del confuso pacto cuarto del indicado contrato de 19 de mayo de 2006, en el que consignan que «la firma de este contrato deja a la misma sin causa (se refieren a la demanda en ejercicio del derecho de abolorio contra ..... y/o ....., S. L., ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Jaca, Procedimiento Ordinario núm. 60/06), por lo que la parte compradora se compromete a desistir del referido procedimiento (es decir, los apelantes), al haberse avenido la otra parte, según afir-

ma la vendedora (es decir, los apoderados mancomunados de .....), a las pretensiones de dicha demanda, por lo que la vendedora se compromete a instar al Sr. .... o a quien este represente (sea persona física o jurídica), incluso, de ser preciso, comparezca en el citado procedimiento a los efectos que resultaren procedentes y sin más efectos ni consecuencias». Todas estas consideraciones se hacen al margen del examen del cumplimiento de los requisitos procesales para el ejercicio de la acción de retracto, como por ejemplo hacerlo dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 150 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón o la presentación con la demanda del documento justificativo de la consignación del precio, si fuera conocido, o de la caución que garantice la constitución en cuanto se conociere, artículo 266.3, sin el cual no puede admitirse la demanda, artículo 269.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**Tercero:** Al desestimarse el recurso interpuesto y no presentar el caso serias dudas de hecho o de derecho, procede condenar a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del artículo 394 de la Ley 1/2000, al que se remite el artículo 398 de la misma Ley.

#### NÚM. 24

*S. APH de 30 de septiembre de 2008*

**6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: INVENTARIO: Fijación de la postura de las partes: Es en el acto de formación de inventario, en el trámite del art. 809 Lec., donde las partes deben fijar con precisión y claridad los términos de la controversia con indicación de las partidas de activo y pasivo que, según cada una de ellas, deban de integrar el inventario. La parte que insta el inventario debe fijar su postura en su propia solicitud y la otra parte en el acto que debe celebrarse ante el secretario judicial a los efectos**

*de adoptar entonces un acuerdo o de constatar la controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualesquiera partidas. Los principios de preclusión y defensa impiden que los cónyuges puedan plantear su propuesta de inventario, o introducir en ella modificaciones sustanciales, en el juicio verbal o segunda fase del procedimiento, ni mucho menos en apelación: serían cuestiones nuevas (Ss. APH 8 de marzo de 2004, 19 de enero de 2005, 6 de julio de 2007, 8 de noviembre de 2006 y 8 de octubre de 2007). De dinero o partidas dinerarias: De nada sirve en un inventario hablar de un crédito si no se expresa el importe al que éste asciende. Reiteración de lo dicho en la SAPH de 29 febrero 2008, criterio mantenido también en las Ss. APH de 22 de octubre de 2002, 28 de octubre de 2003, 8 y 29 de octubre de 2007. Carece de sentido incluir en el inventario unos créditos cuyo importe no se precisa, lo que es imprescindible para su identificación y poder realizar luego la partición o liquidación, la cual, por otra parte, nunca podrá llegar a término sin antes tener un inventario concreto y determinado, que es lo que este procedimiento tiene por objeto.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 33 Lrem., 456, 808 y 809 Lec.

**PONENTE:** Ilmo. señor don Gonzalo Gutiérrez Celma.

*Ante el JPI de Boltaña se siguen autos de juicio verbal (núm. 106/2008); la sentencia de 28 de diciembre de 2007 estima parcialmente la oposición a la propuesta de inventario de la sociedad consorcial presentada por la actora y declara que el inventario de su sociedad comprende determinados bienes El demandado presenta recurso de apelación (autos 106/2008) solicitando algunas inclusiones y exclusiones en el inventario. La APH estima parcialmente el recurso de apelación.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

**Segundo:** El indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 28 de diciembre de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que estimándose parcialmente la oposición vertida por la procuradora Sra. en representación de don ..... a la propuesta de inventario de bienes de la sociedad ganancial presentada por la actora doña .....el 9 de enero de 2007 junto con su escrito de subsanación, debo de declarar y declaro que el inventario de su sociedad comprende los bienes en ella descritos, debiéndose de incluir en su activo el saldo de las cuentas abiertas en Ibercaja núm. .... y núm. ...., declarando como fecha de disolución de la sociedad de gananciales (sic) el 19/12/06, y todo ello sin condena en costas.»

**Tercero:** Contra la anterior sentencia, el demandado, don ....., dedujo recurso de apelación. El Juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la parte apelante por veinte días para que lo interpusiera, lo cual efectuó en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitó: a) la exclusión del activo del inventario del bien inmueble consistente en dos viviendas y garaje en el edificio de Benasque y en defecto de ello, se reembolse al esposo por el valor del edificio existente antes de la rehabilitación realizada constante matrimonio y cantidades del préstamo abonadas por el esposo cuyo valor se determinará en la fase de propuesta de adjudicación; b) la inclusión en el activo de los saldos de cuentas bancarias contenidos en la relación presentada por la contraparte en el escrito de subsanación, pero con las precisiones siguientes: – quedar fuera del inventario el plazo existente en la entidad BSCH vinculado a la cuenta número ....., y el depósito de la CAI.– figurar además de las cuentas de Ibercaja recogidas en la sentencia las siguientes: ..... (4000 \_); ..... (23000 \_); ..... (4031,34 \_ y 3987,64 \_), y en defecto de ello el reintegro de las cantidades. En relación al depósito de valores vinculado a una de las cuentas de Ibercaja, el número de títulos de Endesa es y ha sido un núme-



ro de 73; c) la inclusión en el pasivo del crédito a cargo de la sociedad consorcial y a favor de mi mandante de las cantidades de 2.017.250 pesetas (15 de octubre de 1992), 74.960 pesetas (6 de mayo de 1993) y 1.500.000 pesetas (año 1996), 2.250.000 pesetas (2 de junio de 2000) correspondientes a la herencia del hermano y madre de mi mandante más las actualizaciones correspondientes. d) Debe incluirse en el pasivo: la totalidad de sumas abonadas con posterioridad a la disolución de la sociedad por el esposo para satisfacer pagos de la comunidad consorcial y de los bienes que la integran, así como los créditos por pagos hechos después de la disolución de la sociedad a determinar en ejecución de sentencia o en la fase de propuesta de adjudicación, con imposición de costas a la parte apelada. A continuación, el Juzgado dio traslado a la demandante, doña ....., para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serle desfavorable. En esa fase, la apelada no formuló en tiempo y forma escrito de oposición. Seguidamente, el Juzgado emplazó a las partes por término de treinta días ante esta Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 106/2008. Personadas la parte apelante ante esta Audiencia y habiéndose propuesto prueba se pasó a la Sala para resolver. Por auto de veintitrés de junio se denegó la práctica de la prueba propuesta en segunda instancia y por auto de dos de septiembre se desestimó el recurso de reposición interpuesto contra dicha resolución. En la tramitación de esta segunda instancia no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Sostiene el recurrente, en primer lugar, que debe excluirse del inventario el bien inmueble consistente en dos viviendas y garaje en el edificio de Benasque. Tal pretensión no puede prosperar

pues el hoy recurrente no puede ir contra sus propios actos cuando declaró la obra nueva para inscribir tales inmuebles a nombre de ambos esposos, para su sociedad matrimonial, tal y como consta el registro de la propiedad, si bien ninguna de las partes ha tenido a bien aportar la escritura de declaración de obra nueva, siendo ahora irrelevante si tal acto fue realizado en virtud de un pacto similar al hoy regulado en el artículo 33 de la Ley aragonesa 2/2003, de régimen económico matrimonial y viudedad, o si por el contrario lo que sucedió es que entonces consideraron los hoy litigantes que era superior el valor de la obra realizada constante matrimonio que el del terreno y cine preexistente, conforme al principio de accesión invertida. Además, es de resaltar que en el pasivo ya se ha contemplado, del modo que las partes consideraron oportuno y que ahora no se discute, el terreno preexistente con carácter privativo del esposo hoy apelante, sobre el que luego se construyó el edificio en el lugar en que antes estaba el cine con su entrada, servicios y altillo.

Por otra parte, la pretensión de que se reembolse al esposo por el valor del edificio existente antes de la obra realizada constante matrimonio (cine que no sabemos si tenía algún valor útil para la nueva obra una vez compensado el coste de demolición de lo desechable con lo que, en su caso, se pudo aprovechar al transformar el cine en apartamentos) y por las cantidades del préstamo que dice abonadas por el esposo (probablemente confundiendo el hecho de pedir un préstamo con la acción de pagarlo o devolver el importe recibido en dicha operación crediticia) es una cuestión nueva que no se incluyó en el trámite de formalización del inventario, aparte de que de nada sirve en un inventario hablar de un crédito si no se expresa el importe al que éste asciende. Como dijimos en nuestras sentencias de 8 de marzo de 2004, 19 de enero de 2005 y 6 de julio y 8 de noviembre de 2006 y 8 de octubre de 2007, es precisamente en el acto de formación del inventario, en el trámite del

artículo 809, donde las partes deben fijar los términos de la controversia con indicación de las partidas de activo y pasivo que, según cada una de ellas, deben de integrar el inventario pues, partiendo de los artículos 808 y 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los cónyuges deben definir su postura sobre el inventario consorcial en momentos o fases procesales precisas: la parte que lo insta, en su propia solicitud; y la contraria, en el acto que debe celebrarse ante el secretario judicial a los efectos de adoptar entonces un acuerdo o de constatar la controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualesquiera de las partidas. De este modo, tal y como dijimos en las expresadas sentencias, los principios de preclusión y de defensa impiden que los cónyuges puedan plantear su propuesta de inventario en el juicio verbal o segunda fase del procedimiento, la que debe celebrarse precisamente para resolver las cuestiones ya suscitadas en esa fase previa. Asimismo, por las mismas razones, tampoco pueden introducir en ese momento del juicio verbal, ni mucho menos en apelación, modificaciones sustanciales a la postura inicialmente exteriorizada, de forma que, con claridad y precisión, deben fijar sus respectivas pretensiones en el acto de formación del inventario con la misma precisión y claridad que luego van a esperar de la sentencia, haciendo en su caso uso del principio de acumulación eventual, que actúa paralelamente al de preclusión procesal. La parte actora hizo su propuesta de inventario y el hoy apelante tuvo en el trámite del artículo 809 el momento procesal oportuno para señalar cuáles eran las concretas partidas que, a su juicio, debían excluirse y cuales debían adicionarse, de modo principal o, en su caso, subsidiariamente, conforme al principio de acumulación eventual, que actúa siempre que entra en acción la preclusión procesal. Por todo ello, no puede pretender el recurrente que se añadan en el inventario partidas cuya inclusión no solicitó en el acto de su formación inicial, como los reembolsos que ahora reclama por el edificio preexistente y por lo que dice haber pagado con

dinero privativo que ni siquiera la parte cuantifica, siendo a tal fin de resaltar que en este procedimiento, como en todos los juicios, las pruebas no se practican para que las partes decidan lo que les conviene pedir, sino para que demuestren el sustento fáctico de las pretensiones oportunamente deducidas en el período alegatorio, no pudiendo las partes en apelación introducir cuestiones nuevas sino que, conforme al artículo 456 de la Ley procesal, con el recurso de apelación únicamente cabe reproducir las pretensiones oportunamente deducidas ante el tribunal de primera instancia, aparte de que, como ya ha quedado dicho, de nada sirve en un inventario hablar de un crédito si no se expresa cual es su importe. En este sentido tenemos repetidamente declarado, últimamente en la sentencia de 29 de febrero de 2008, que el inventario consiste en la determinación o identificación de los bienes que integran un patrimonio; y que la peculiaridad consiste en que, cuando se trata de dinero o partidas dinerarias –tales como créditos, cuentas corrientes o depósitos bancarios–, su importe o cuantía no forma parte de la valoración, sino de la identificación misma de la partida inventariada. A estos importes entendemos que quiere referirse el artículo 809.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando encauza en el trámite del artículo 809 la discusión sobre el importe de cualquiera de las partidas que integran el inventario. Por tanto, si no se expresa la cuantía de la que se está hablando, es tanto como no decir nada, pues el dinero no se valora ni es susceptible de tasación pericial, sino que simplemente se cuenta. Otra cosa distinta es la valoración de bienes corporales –muebles o inmuebles–, que a efectos de formación de inventario son identificables sin necesidad de que se establezca su valor, lo que debe plantearse en una fase posterior a la de inventario, que no es otra que la de avalúo. Este es el criterio que mantuvimos en nuestras sentencias de 22 de octubre de 2002, 28 de octubre de 2003, 8 y 29 de octubre de 2007. Sobre la base de todo ello, carece de sentido incluir en el inventario unos créditos cuyo importe no se precisa, lo que es

imprescindible para su identificación y poder realizar luego la partición o liquidación la cual, por otra parte, nunca podrá llegar a término sin antes tener un inventario concreto y determinado, que es lo que este procedimiento tiene por objeto.

**Segundo:** Las modificaciones solicitadas en la letra B) del suplico son igualmente, en lo que concierne a las cuentas de Ibercaja y sus reembolsos, cuestiones nuevas, pues nada se dijo en relación con dichas cuentas y depósitos en el acto de formación del inventario. Es de resaltar que los 9.015,18 euros de la cuenta de Ibercaja controvertida en dicho acto de formación de inventario ya han sido incluidos en la sentencia apelada. Por el contrario, en el acto del inventario, sí que adujo la parte hoy recurrente la supresión del plazo existente en la entidad BSCH vinculado a la cuenta número ..... y la supresión del depósito de deuda subordinada CAI. Y debe darse lugar a la supresión solicitada del primero de ellos pues, al tiempo de la disolución del consorcio, el plazo existente en la entidad BSCH vinculado a la cuenta número ..... ya no existía, pues fue reembolsado el 19 de septiembre de 2006, ingresándose en dicha cuenta, de la que son cotitulares los litigantes, la suma de 15.278,40 (folio 200 y siguientes). Con relación a la deuda subordinada de la CAI, dice la parte recurrente que venció el 20 de septiembre de 2006, siendo ingresado el mismo día en la cuenta conjunta del matrimonio en la entidad BSCH. El examen de la prueba permite afirmar que el recurrente dispuso en efectivo dicho día de los 36.000 euros del depósito de obligaciones subordinadas de la CAI pero, por el contrario, no vemos que seguidamente hiciera el ingreso que alega en la cuenta conjunta del matrimonio en el BSCH, cuyos movimientos constan a los folios 200 y siguientes, evidenciando que en el indicado día 20 de septiembre de 2006 el único movimiento que hubo es que alguien, no sabemos quién, dispuso en efectivo en la oficina de 15.000 euros, pero no consta, en ese día ni en ningún otro posterior, un ingreso de los citados 36.000 euros proce-

dentales del depósito de obligaciones subordinadas, por lo que no entendemos procedente suprimir dicha partida pues sería tanto como permitir que dicho dinero se volatilice en las manos del propio apelante. También defendió dicha parte en el inventario que el depósito de valores de Ibercaja ..... era de 73 acciones de Endesa y lleva razón la parte pues así consta al folio 187 y 188, por lo que procede estimar el recurso en este particular.

Igualmente es cuestión nueva la planteada bajo la letra d) del suplico del recurso que, nuevamente, vuelve a hablar de créditos que la parte no cuantifica ni identifica de ningún modo concreto, aparte de que más parece hacer alusión a un problema de liquidación de la comunidad que continúa tras la disolución que a la liquidación y división del consorcio propiamente dicho. Del mismo modo, es cuestión nueva cuanto se razona en la alegación quinta del recurso por la que, por otra parte, ninguna petición se llegó a articular en la súplica del recurso.

**Tercero:** Por otro lado, tal y como lo tiene expuesto el Juzgado, las pruebas practicadas no permiten afirmar que el capital procedente de la donación de la madre del recurrente se invirtiera en la adquisición de bienes consorciales o se confundiera con fondos comunes. Es más, la esposa dijo que no sabía cuál era la cantidad recibida por el esposo de su madre y ni siquiera el recurrente parece saber cuál fue la suma recibida pues en el acto del inventario cuantificó lo procedente de su madre en 500.000 pesetas en vida y en 2.500.000 pesetas tras su muerte, mientras que ahora dice que fueron 1.500.000 pesetas y 2.250.000 pesetas, respectivamente. En cualquier caso, cualquiera que fuera la cifra recibida en vida de su madre, lo que sí parece cierto es que dicha primera suma que recibió el apelante la donó, a su vez, a una hija, sin que podamos afirmar que en tal donación interviniera para nada la esposa hoy apelada, ni que se produjera confusión alguna de ese dinero con los fondos comunes, mientras que con la segunda suma, la recibida por el apelante

tras la muerte de su madre, no se corresponde con la realidad que la esposa manifestó en el juicio que ese dinero se destinó a la compra de un coche para el uso de la familia. Tal destino sobre el coche lo afirmó la esposa en relación con los 2.017.000 pesetas recibidos de la herencia del tío del recurrente, perfectamente documentados con la transferencia realizada, pero no en relación con la herencia de la madre del apelante respecto a la que, a la vista de la grabación de dicho acto, únicamente dijo la esposa que algo recibió el esposo por herencia de su madre, al repartirse los hermanos algo de dinero pero ignorando la cantidad y sin hacer indicación alguna de su destino que, con las pruebas practicadas, no podemos afirmar que terminara confundido de algún modo con los fondos comunes. Es más, la misma hermana del recurrente, poco antes de hacer alusión a la caja fuerte existente en la casa, declaró que no sabía si con la herencia del tío se había comprado el apelante un coche pero que creía que se lo había comprado antes de que muriera el tío. Es decir, las referencias a la adquisición del coche para uso familiar, pese a lo afirmado en la sentencia apelada, nada parecen tener que ver con la herencia de la madre del recurrente de la que no sólo ignoramos su destino final sino que incluso es también muy débil la prueba practicada para evidenciar su importe, limitado al testimonio de la hermana del apelante, sin ningún soporte documental.

Por el contrario, el mismo Juzgado ha considerado acreditado, con todo acierto, que las sumas procedentes de ....., suficientemente documentadas en autos, se confundieron con el caudal común, por lo que procede reconocer el crédito solicitado en el recurso, que es procedente al amparo del artículo 44 de la Ley 2/2003.

**Cuarto:** Al estimarse parcialmente el recurso interpuesto, procede omitir un particular pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del artículo 398 de la Ley 1/2000.

## NÚM. 25

*S. APH de 19 de octubre de 2008*

**84: SERVIDUMBRES: DE PASO:**  
**Usucapión:** *Reitera lo dicho en anteriores ocasiones (Ss. 28-12-2006 y 11-7-2007, entre otras) sobre la usucapión de la servidumbre de paso según se trate de una servidumbre aparente o no aparente. A las aparentes se aplica lo dicho en el art. 147 Comp. El art. 532 Cc., de aplicación supletoria, indica cuándo una servidumbre es o no aparente. La apariencia en la servidumbre de paso requiere que el paso se ejercite por camino o carril, lo que no ha quedado probado en el caso de autos.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *arts. 1.2 y 147 Comp.; 532 Cc.*

**PONENTE:** *Ilmo. señor don Antonio Angós Ullate.*

*Ante el JPI de Barbastro se siguen autos de juicio ordinario (núm. 188/2005) en los que la sentencia de uno de marzo de 2006 estima parcialmente la demanda y condena a la demandada a restablecer el derecho de paso por la finca, absolviendo a la demandada del resto de las pretensiones de la parte actora. Tanto el demandante como la demandada interponen sendos recursos de apelación (autos 174/2006) interesando respectivamente la íntegra estimación y la íntegra desestimación de la demanda. La APH estima íntegramente el recurso de apelación interpuesto por la demandada y estima parcialmente el del actor. Se revoca la sentencia de instancia y en su lugar, al estimar parcialmente la demanda, se condena a la demandada a restituir la aguadera, absolviéndole del resto de pretensiones del actor.*

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Damos por reproducidos los que contiene la sentencia apelada.

**Segundo:** El magistrado juez del indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 20

de diciembre de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. , en nombre y representación de don ..... y don ....., frente a don ..... y don ....., debo absolver y absuelto a los demandados de las pretensiones frente a ellos ejercitadas en aquélla. Todo ello con condena en costas de las causadas a los actores, quienes deberán abonar las causadas en esta instancia».

**Tercero:** Contra la anterior sentencia, los demandantes, don ..... y don ....., anunciaron recurso de apelación. El Juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la parte apelante por 20 días para que interpusiera el recurso, lo cual efectuó mediante la presentación del oportuno escrito, en cuya súplica interesó lo siguiente: que se revoque la sentencia de instancia, dictada en día 20 de diciembre de 2007, dictando otra en su lugar en la que se estime la demanda interpuesta íntegramente, con expresa condena en costas la que se opusiere. A continuación, el Juzgado dio traslado a las otras partes para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serles desfavorable. En esa fase, don ..... y don ....., se opusieron al recurso. Seguidamente, el Juzgado remitió los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 79/2008.

**Cuarto:** Por auto de fecha 9 de septiembre de 2008, acordamos lo siguiente: «PARTE DISPOSITIVA/LA SALA HA RESUELTO: DENEGAR la práctica de las pruebas solicitadas por los apelantes, don ..... y don ..... Devuélvanse a dicha parte, a través de su representación procesal, la ampliación de la prueba pericial acompañada al recurso (folios 134 a 146) y los documentos unidos a los folios 147 a 151 también aportados con el recurso y, en su lugar, déjese un testimonio de esta resolución. Quede el asunto pendiente de deliberación, votación y fallo por el turno que lo corresponda». A tal efecto, señalamos el pasado día 30 de septiembre. En la tramitación de esta segunda instancia, no se han

cumplido los plazos procesales por la atención prestada a otros asuntos pendientes ante este tribunal.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

**Segundo:** 1. Respecto al otro extremo discutido, el único título de adquisición de la servidumbre de paso que ampararía a los demandantes sería la usucapión. Como hemos dicho en otras ocasiones (por ejemplo, en nuestras sentencias de 28 de diciembre de 2006 y 11 de julio de 2007 y las que allí son citadas), para el reconoci-

miento 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 sólo 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 (art. 532 del Código Civil). La servidumbre de paso, añadíamos, puede o no ser aparente, según los casos, pues puede ejercitarse por lugar determinado con signo visible, un camino o un carril por ejemplo, o usarse por un determinado lugar sin estar establecido signo alguno exterior visible de su uso o ejercicio, de modo que la apariencia, según signos exteriores, se refiere a aquellos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro, por lo que puede decirse que es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino o carril. Por tanto, si no se detectan huellas, marcas o vestigios de que el paso se realiza a través de un camino o carril que delimita el recorrido, tampoco podría afirmarse que existe un signo aparente de servidumbre.

2. En el presente caso, obviamente ningún camino es ahora visible en el tramo señalado por los apelantes; pero, además, sobre la base de las pruebas practicadas, tampoco podemos entender acreditado que el paso hubiera sido aparente en alguna ocasión, ni mucho menos a lo largo del plazo de diez años necesario para usucapir, aunque el propio colono demandado admite que no le importa que los actores pasen cuando lo necesitan, lo cual no es suficiente para ellos, pues a veces las condiciones del terreno impiden el uso de

vehículos, según explicaron en el juicio. A tal efecto, no son suficientes las pruebas o indicios aportados por los apelantes. Así, los vestigios de camino apreciados por el perito de parte no están objetivados de forma adecuada (la piedra fotografiada podría tener como finalidad determinar la propia linde de la parcela); y tampoco son convincentes las explicaciones dadas por el perito en el juicio sobre este extremo y sobre una zona de terreno aplanada que podría corresponder al supuesto desaparecido camino, cuya anchura, por cierto, tampoco estaría aclarada. Por último, la colindancia de otra parcela de los demandantes –situado más al norte de la 84– con un camino por el oeste, y que sólo podría ser el ahora discutido, consiste en una manifestación unilateral hecha por los hoy actores en el expediente de dominio tramitado en 1981 en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción entonces único de esta capital.

**Tercero:** Sobre la base de todo ello, procede desestimar el recurso e imponer a la parte apelante las costas de esta alzada, conforme al citado artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite su artículo 398.1.

#### NÚM. 26

*S. APH de 20 de octubre de 2008*

**74: FIDUCIA SUCESORIA: PLAZO: Derecho transitorio. 0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: DERECHO TRANSITORIO: Reiteración de lo dicho en las Ss. APH de 25 de abril de 2006 y 16 de junio de 2008 sobre la interpretación de las disposiciones transitorias 3.ª y 9.ª Lec. en relación con el plazo de tres años para la ejecución de la fiducia del art. 129 Lsuc. El legislador aragonés de 1999, pese a ser en todo momento consciente del tradicional rechazo existente a la sucesión intestada, pre-**

*firió poner un límite temporal a la ejecución de las fiducias pendientes a la entrada en vigor de la nueva Ley de sucesiones, que finaliza el 23 de abril de 2002. En el momento de extinción de la fiducia por caducidad del plazo de ejecución tiene lugar la delación de la herencia, conforme las reglas de la sucesión legal (art. 133.1 Lsuc.).*

**74: FIDUCIA SUCESORIA: EXTINCIÓN: Pérdida de la condición de fiduciario:** *Como dijimos en nuestras Ss. de 25 abril 2006 y 16 junio 2008, los arts. 147 b) y 148.2 Lsuc., cuando expira el plazo establecido para la ejecución fiduciaria, no parecen dar por extinguida la fiducia sino, únicamente, la condición de fiduciario, al menos mientras sea posible su sustitución por la vía del art. 144.2, al que se remite el 148.2, precepto que incluso admite que el encargo sea cumplido por los restantes, aunque sólo quede uno, lo cual, de todos modos, carece de relevancia en este caso.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 129, 144, 147, 148 y 177, DT 3ª y DT 9ª Lsuc.

**PONENTE:** Ilmo. señor don José Tomás García Castillo.

*Ante el JPI núm. 1 de Jaca se siguen autos de juicio ordinario (núm. 303/2006); la sentencia de 25 de julio de 2007 estima la demanda y declara caducada y extinguida la fiducia prevista en la escritura de 5 junio 1909, declarando en consecuencia que la escritura de asignación fiduciaria de 14 de junio de 2004 no es válida ni eficaz para derivar la herencia de los causantes, declarando asimismo que la sucesión de ambos cónyuges debe deferirse como una sucesión intestada deferida el 23 de abril de 2002. Los demandantes interponen recurso de apelación (autos 382/2007) que la APH desestima confirmando íntegramente la resolución de instancia.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la Sentencia impugnada.

**Segundo:** El indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó con fecha veinticinco de julio de dos mil siete la Sentencia apelada, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por la representación de .....y de .....y .....contra .....y ....., debo declarar y declaro caducada y extinguida la fiducia prevista en la escritura de 5 de junio de 1909 por .....y .....declarando en consecuencia que la escritura de asignación fiduciaria autorizada por doña .....el 14 de junio de 2004 al núm. 826 de su protocolo no es válida ni eficaz para derivar la herencia de los citados causantes, declarando asimismo que la sucesión de ambos cónyuges (don .....y doña .....) debe deferirse como una sucesión intestada relacionada el 23 de abril de 2002. No se hace expresa imposición de costas».

**Tercero:** Contra la anterior Sentencia, los demandados .....y .....anunciaron recurso de apelación. El Juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a dichos apelantes para que lo interpusieran, lo cual efectuaron en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitaron la íntegra desestimación de la demanda. A continuación, el Juzgado dio traslado a las demás partes para que presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serles desfavorable, en cuyo trámite los demandantes .....y ..... formularon en tiempo y forma escrito de oposición a fin de interesar la desestimación del recurso.

**Cuarto:** Seguidamente, el Juzgado emplazó a las partes y remitió los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 382/2007. Personadas las partes ante esta Audiencia, y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista por ninguna de ellas, la Sala acordó en su día que el recurso quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, para lo que se señaló el pasado día siete de octubre. En la tramitación de esta segunda instancia no

ha sido posible observar los plazos procesales debido a la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este Tribunal.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Hemos de observar al respecto que, pese a las consideraciones tanto jurídicas como sociológicas llevadas a cabo en el escrito de interposición del recurso, este Tribunal ya se ha pronunciado sobre la cuestión debatida en la Sentencia de 16 de junio de 2008, en la que reiterábamos cuanto ya habíamos dicho en la de 25 de abril de 2006, ya citada por la parte actora en la demanda rectora del presente pleito. En dichas resoluciones señalábamos que el legislador aragonés de 1999, pese a ser en todo momento consciente del tradicional rechazo existente a la sucesión intestada, prefirió poner un límite temporal a la ejecución de las fiducias pendientes a la entrada en vigor de la nueva Ley de Sucesiones. Añadíamos que, pese a que los entonces recurrentes también defendían, como ahora sucede, que la Disposición Transitoria Tercera de la Ley Aragonesa 1/1999, y el plazo de tres años que de ella resultaría en relación con el art. 129 de dicha Ley, no sería aplicable a las fiducias sucesorias pendientes de ejecución a su entrada en vigor por deber estarse únicamente a lo reglado en la Disposición Transitoria Novena, específicamente prevista para la fiducia sucesoria en Aragón y que no contempla el art. 129, considerábamos por nuestra

parte que ambas Disposiciones Transitorias no se excluyen sino que se complementan, ya que, mientras que la Tercera se refiere, con carácter general, a los plazos introducidos en la nueva Ley para acciones, derechos y deberes nacidos antes pero no cumplidos todavía, como las facultades fiduciarias de la sucesión en litigio, la Novena se refiere a determinadas normas de la nueva regulación de la fiducia que «también» son aplicables a las fiducias sucesorias pendientes de ejecución, con lo que no creemos que se excluya la regla general, para toda clase de instituciones, resultante de la Disposición Transitoria Tercera para el ejercicio, duración o prescripción y procedimientos para hacer valer las acciones, derechos y deberes nacidos antes, como tampoco excluye la Transitoria Novena la entrada en juego de la Transitoria Segunda, en la que incluso se hace mención expresa a las fiducias sucesorias concedidas o pactadas bajo la legislación anterior, por lo que nos parece que si la Transitoria Novena nada dice de la aplicación de los plazos del art. 129 de la Ley de Sucesiones a las fiducias pendientes de ejecución es porque la vigencia del mismo ya resultaba de la Transitoria Tercera. Ahora bien, debemos resaltar, como también hicimos en nuestras precitadas Sentencias, que los arts. 147. b) y 148.2 de la Ley de Sucesiones, aplicables por la Transitoria Novena, cuando expira el plazo establecido para la ejecución fiduciaria no parecen dar por extinguida la fiducia sino, únicamente, la condición de fiduciario, al menos mientras sea posible su sustitución por la vía del art. 144.2, al que se remite el 148.2, precepto que incluso admite que el encargo sea cumplido por los restantes, aunque sólo quede uno, lo cual, de todos modos, carece de relevancia en este caso pues todos los parientes posibles ya habían perdido la condición de fiduciarios con anterioridad a la fallida ejecución de la fiducia, conforme a lo reglado en el art. 147 b) en relación con la Transitoria Novena, por la previa entrada en acción del plazo trienal del art. 129 en virtud de la Transitoria Tercera, ya que, conforme a esta última, dicho plazo ha de aplicarse desde la entrada en vigor de la Ley de Sucesiones, esto es, desde el 23 de



abril de 1999, por todo lo cual, al haber dejado todos los parientes extinguir su encargo fiduciario por transcurso del plazo, pues recordamos que la escritura de ejecución de la fiducia se otorgó en el año 2004, y por tanto con posterioridad al 23 de abril de 2002, mal puede negarse ya la extinción de esta fiducia por más que tengamos en cuenta lo reglado en los referidos arts. 147.b) y 148.2 de la Ley de Sucesiones. No cabe afirmar, por todo lo expuesto, que la Sentencia yerre al declarar extinguida la fiducia y abierta la sucesión legal de los capitulantes.

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

**Tercero:** Al desestimarse el recurso interpuesto, procede condenar a los apelantes al pago de las costas causadas en esta alzada en cumplimiento del art. 394.1 de la Ley 1/2000, al que se remite el art. 398.1 de la misma Ley, y ello porque, pese a que la juzgadora *a quo* omitió un pronunciamiento especial sobre las costas de primera instancia, en nuestra ya mencionada Sentencia de 18 de junio de 2008, en que también se

discutía la aplicabilidad del art. 129 por la vía de la Transitoria Tercera de la Ley de Sucesiones, ya entendíamos que el caso no presentaba dudas de hecho o de derecho, sin olvidar que el primer pronunciamiento dictado por esta Sala sobre el particular con fecha 25 de abril de 2006 ya era conocido al momento de iniciarse el presente pleito, y de hecho fue expresamente citado en su demanda por la parte actora.

#### NÚM. 27

*S. APH de 24 de octubre de 2008*

**83: LUCES Y VISTAS: VOLADIZO:**  
**Signo aparente:** *Voladizo en pared propia o medianera, que caiga sobre fundo ajeno (145 Comp.). Se entiende por voladizo «lo que vuela o sale de lo macizo de un muro o edificio» (SAT Zaragoza 11 de diciembre de 1985 ratificada por STS 20 de octubre de 1987), con las dimensiones suficientes para permitir asomarse cómodamente sacando el cuerpo por los huecos abiertos, de manera que el voladizo ha de afectar directamente a los huecos abiertos (Ss. APH 21 de enero de 1993 y 12 de enero de 1995; APZ 19 de junio de 2000), por lo que no es «voladizo» la cubierta o tejado del edificio que sobrevuela el fundo ajeno (Ss. APZ 24 de septiembre de 1998 y 19 de junio de 2000), un voladizo de unos 15 cm de fondo (SAPH 31 de marzo de 2001), un vierteaguas (ATZ 11 de diciembre de 1985), una puerta (Ss. APH 30 de mayo de 1994, 29 de junio de 1998 y 4 de junio de 2004 y APZ 19 de junio de 2000), una contraventana (SAPH 31 de mayo de 2005) o un tendadero (Ss. APZ 9 de octubre de 2001 y APH 31 de mayo de 2005 y 29 de diciembre de 2006).*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 144 y 145 Comp.

**PONENTE:** *Ilmo. señor don Santiago Serena Puig.*

*Ante el JPI de Boltaña se siguen autos de juicio ordinario (núm. 50/2005); la sentencia*

*de 14 de junio de 2006 estima la demanda y condena al demandado a colocar en todos los huecos existentes reja y red, o protección semejante o equivalente; asimismo desestima la demanda reconvenicional. El demandado interpone recurso de apelación (autos núm. 34/2007) alegando falta de legitimación activa, inadecuación del procedimiento y existencia de una servidumbre de luces y vistas. La APH desestima el recurso.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

**Segundo:** El ilustrísimo Juez del indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 14 de junio de 2006, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. Recreo en representación de don ....., frente a don ..... condeno al demandado a colocar en todos los huecos existentes que se aprecian en la fotografía núm. 5 unida a la demanda, reja de hierro remitida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente. Asimismo desestimo la demanda reconvenicional formulada por la procuradora señora Bernues en nombre de don ..... absolviendo a don ..... de los pedimentos formulados en su contra. Asimismo condeno a don ..... a satisfacer las costas causadas en el presente procedimiento».

**Tercero:** Contra la anterior sentencia, el demandado don ....., dedujo recurso de apelación. El Juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la parte apelante por 20 días para que lo interpusiera, lo cual efectuó en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitó la revocación de la «sentencia en los extremos interesados, y dice (sic) otra por la que estime íntegramente el *petitum* de nuestra contestación a la demanda con el oportuno pronunciamiento en costas». A continuación, el Juzgado dio traslado al demandante don

....., para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serle desfavorable. En esa fase, el apelado formuló en tiempo y forma escrito de oposición. Seguidamente, el Juzgado emplazó a las partes por término de treinta días ante esta Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 34/07. Personadas las partes ante esta Audiencia y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala señaló el dieciséis de octubre para deliberación, votación y fallo. En la tramitación de esta segunda instancia, no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Para dar cumplida respuesta al recurso de apelación planteado, seguiremos el orden en que vienen formulados los diversos motivos. En el primero alega la falta de legitimación activa por no acreditar la propiedad de la finca colindante con la del demandado. Los datos del Registro de la Propiedad no se hallan protegidos por la presunción de exactitud registral cuando se refieren a circunstancias de hecho como es la cabida o extensión de la finca inscrita –sentencias, entre otras muchas, de 6 de febrero y 24 de julio de 1987, 11 julio de 1989 y 26 noviembre de 1992-. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2004 señala, «el Registro de la Propiedad carece de una base fáctica fehaciente, pues como se desprende de los artículos 2, 7 y 9 de la Ley Hipotecaria, el mismo se apoya en las declaraciones de los propios solicitantes de las inscripciones, por lo que quedan fuera de las garantías que pueden otorgar los datos registrales lo relativo a hechos materiales y, por consecuencia de ello, la institución registral no responde de la exactitud de los actos y circunstancias fácticas, ni por tanto de las descripciones que de las fincas se hagan e incluso de su existencia, al ostentar las ins-

cripciones registrales por principio carácter declarativo y voluntario (Sentencias de 1 de octubre de 1991, 30 de septiembre y 10 de diciembre de 1992, 14 de noviembre de 1994 y 22 de febrero de 1996)». De la misma forma, en relación con la fuerza probatoria de las certificaciones catastrales, hemos dicho en no pocas ocasiones que la doctrina contenida en la sentencia de 4 de noviembre de 1961, recogida en la de 25 de abril de 1977 y 30 de septiembre de 1994, y reproducida en otras muchas, por ejemplo, las de 2 de diciembre de 1998, 26 de mayo de 2000 y 10 de mayo de 2001, indica que la inclusión de un inmueble en el Catastro no es más que un indicio de que el objeto descrito puede pertenecer a quien figura como titular de él, pero no puede por sí solo constituir un justificante del dominio, ni una certificación catastral tiene fuerza probatoria sobre la titularidad del dominio y resulta ineficaz para acreditar la certeza de los datos físicos de la finca –sentencia de 2 marzo de 1996–. No obstante lo cual, y junto a la nota simple del Registro de la Propiedad y de la Certificación del Catastro, el resto de la prueba documental, en particular el documento de compraventa de una porción de la finca del actor al Ayuntamiento de Benasque el 22 de octubre de 1984 y el de cesión gratuita de 20 de mayo de 1990, acreditan suficientemente la propiedad del actor sobre la finca respecto de la que solicita la puesta de reja y red.

**Segundo:** A continuación, el recurrente alega la inadecuación del procedimiento, porque dada la materia objeto de este procedimiento el cauce adecuado debió ser el juicio verbal y no el ordinario. El actor no pretende hacer efectivos los derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito, artículo 250.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino obtener la condena del dueño de la casa vecina «a colocar sobre los huecos que se aprecian en la fotografía núm. 5 unida a la demanda reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente», entre otros pronunciamientos. Pre-

tensión que estima a efectos arancelarios en 6.000 euros, con arreglo a lo ordenado en el artículo 253.2, sin que dicha valoración fuera impugnada por el demandado. La oposición a seguir el procedimiento ordinario nace de una apreciación errónea auspiciada en el título inscrito en el Registro de la Propiedad, con el que el demandante intenta justificar su derecho de propiedad de la finca sobre la que recaen los huecos cuya protección pretende en la forma y por aplicación del régimen normal de luces y vistas previsto en el artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

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

no como hueco para obtener luz viciosa sino en toda regla con posibilidad de luces y vistas». Estas expresiones pasaron a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987, que desestimó el recurso de casación ratificando la de la Audiencia Territorial, y declaró, a mayor abundamiento, «ha de admitirse que el supuesto contemplado en autos no es el del artículo 144 de la Compilación de Derecho Civil especial de Aragón, sino el del artículo 145, inciso 1.º de dicho Cuerpo legal; habiendo sido adquirida la servidumbre, como con acierto acepta la sentencia impugnada, por la usucapión vigente en el Derecho aragonés para las servidumbres, según prevé el artículo 147 de la mentada Compilación». Otra precisión que cabe hacer es que el voladizo ha de afectar directamente a los huecos abiertos –sentencias de esta Audiencia de 21 de enero de 1993 y 12 de enero de 1995–. En este mismo sentido se pronuncia la sentencia de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19 de junio de 2000, «en relación al concepto de voladizo al que se refiere el artículo 145 de la Compilación, se ha sentado la doctrina de que no lo constituyen aquellos elementos estructurales del edificio construido en fundo propio que, aunque sobrevuelen la finca ajena, no guarden relación alguna con la recepción de luces o posibiliten las vistas». De este modo se ha negado la consideración de voladizo a la cubierta o tejado del edificio que sobrevuela el fundo ajeno –sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de septiembre de 1998 y de la Sección 5.ª de 19 de junio de 2000–, a un voladizo de unos 15 centímetros de fondo, por no tener la anchura suficiente para apoyarse en él y facilitar la proyección de las vistas sacando el torso –sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de marzo de 2001–, a un vierteaguas –sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 11 de diciembre de 1985–, a una puerta –sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca de 30 de mayo de 1994, 29 de junio de 1998 y 4 de junio de 2004 y de la Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 19

de junio de 2000–, a una contraventana –sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de mayo de 2005– y, finalmente, sin ánimo de exhaustividad, también se ha negado al tendadero –sentencias de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 9 de octubre de 2001 y de la Audiencia Provincial de Huesca de 31 de mayo de 2005 y 29 de diciembre de 2006–. En consencuencia, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia.

**Cuarto:** Al desestimarse el recurso interpuesto y no presentar el caso serias dudas de hecho o de derecho, procede condenar a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del artículo 394 de la Ley 1/2000, al que se remite el artículo 398 de la misma Ley.

#### NÚM. 28

*S. APH de 17 de noviembre de 2008*

**6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: PROCEDIMIENTO: Fases de la liquidación: En el procedimiento judicial previsto para la liquidación del régimen económico matrimonial en los arts. 806 y ss. Lec. hay que distinguir dos fases: la de formación del inventario (art. 809) y la de valoración de los bienes o liquidación propiamente dicha (art. 810). INVENTARIO: De dinero o partidas dinerarias: El inventario consiste en la determinación o identificación de los bienes que integran un patrimonio, de modo que si éste está integrado por elementos tales como créditos, cuentas corrientes o depósitos bancarios debe procederse, dentro del inventario, a la determinación del importe de dichos créditos, cuentas o depósitos, pues ello deviene imprescindible para la identificación del bien (Ss. APH 29 de octubre de 2002, 28 de octubre de 2005 y 29 de febrero de 2008). Fijación de las posturas de las partes: Las partes deben fijar los términos**

28

de la controversia con indicación de las partidas de activo y pasivo que, según cada una de ellas, deben de integrar el inventario en el acto de formación del inventario. Se reitera lo dicho en las Ss. APH 8 de marzo de 2004, 19 de enero de 2005, 6 de julio de 2006, 8 de noviembre de 2006, 23 de enero de 2007 y 29 de febrero de 2008.

**6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: BIENES COMUNES: Rendimientos de los bienes privativos:** *En la liquidación el cónyuge titular de la vivienda privativa pide al consorcio una compensación por el uso que la familia ha hecho de ella durante el matrimonio. La petición no puede prosperar porque los rendimientos de los bienes privativos, y el uso u ocupación por la familia es una forma de aprovechamiento, son bienes comunes y, desde otro punto de vista, las rentas o alquileres de los edificios (a los que se equipara esta compensación) son frutos civiles que también son comunes (art. 355 Cc. y 28.2.f Lrem.).* **PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD: Prueba en contrario:** *El que niega el carácter consorcial del bien tiene la carga de la prueba que destruya la presunción de comunidad proclamada con carácter general en el art. 35 Lrem., prueba en contrario que ha de ser suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento a la situación de privatividad (Ss. TSJA 25 de noviembre de 1998 y 11 de mayo de 2005 con cita de las del TS de 23 de marzo de 1993 y 18 de julio de 1994).*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 11, 28, 29, 35, 62, 65 Lrem; 806, 809, 810 Cc.

**PONENTE:** *Ilmo. señor don Santiago Serena Puig.*

*Ante el JPI de Barbastro se siguen autos de juicio verbal (núm. 352/2007); la sentencia de 22 de octubre de 2007 estima parcialmente la solicitud de formación de inventario y declara las partidas del activo y pasivo que lo integran; la demandada interpone recurso de apelación (autos núm. 54/2008) al que se adhiere el demandante; la APH estima en parte tanto el recurso de apelación interpuesto por el marido como por la mujer.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

**Segundo:** El ilustrísimo Juez del indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día 22 de octubre de 2007, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Estimando parcialmente la solicitud de formación de inventario presentada por don ....., representado por la Procuradora doña frente a doña ..... representada por la Procuradora doña ....., declaro que aquel se compone de las siguientes partidas:

#### ACTIVO:

– El 27,24 por 100 del inmueble privativo de la Sra. ....sito en la calle ..... núm. 13 piso 3.º D de la localidad de Barbastro y del garaje anejo, que suponen 59.785 euros.

– Un vehículo marca SEAT modelo Ibiza matrícula ..... con un valor de 8.270 euros.

– Vehículo marca Citroën modelo Xantia valorado en 480,99 euros.

– Saldo favorable de la cuenta corriente de Ibercaja núm. .... al momento de la disolución, 2.672 euros.

– Saldo favorable de la cuenta corriente de BBVA núm. .... al momento de la disolución 57,83 euros.

– Inversión en Fórum Filatélico, S. A. por importe de 12.000 euros.

– Inversión en Fórum Filatélico, S.A. por importe de 12.000 euros.

– Crédito de la sociedad de gananciales frente al Sr. .... de 2.500 euros.

– Muebles y enseres del domicilio familiar valorados en 2.400 euros.

#### PASIVO:

Inexistente».

**Tercero:** Contra la anterior sentencia, la demandada, doña ....., dedujo recurso de apelación. El Juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la apelante por 20 días para que lo interpusiera, lo cual efectuó en plazo y forma presentando el correspondiente escrito efectuando las peticiones que más adelante se examinarán. A continuación, el Juzgado dio traslado al demandante, don ....., para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serle desfavorable. En esa fase, el apelado formuló en tiempo y forma escrito de oposición y adhesión para que se modifique la sentencia en la cantidad en que se valoran los enseres y se fije el saldo de las cuentas comunes a la fecha de la disolución. Seguidamente, el Juzgado emplazó a las partes por término de treinta días ante esta Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 54/08. Personada la parte apelante ante esta Audiencia y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala señaló el día veintiocho de octubre para deliberación, votación y fallo. En la tramitación de esta segunda instancia, no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Antes de examinar los motivos del recurso formulado por la representación de don ..... –y de la adhesión de doña.....– hemos de hacer las siguientes precisiones. Los litigantes contrajeron matrimonio en el día 1 de julio de 2000 y se decretó el divorcio por sentencia de 13 de marzo de 2007. Estaban sujetos, por tanto, a la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial de viudedad (en adelante, *Lrem*), cuyo artículo 11 dispone que, en defecto de pacto sobre el régimen económico del matrimonio, regirán las normas del consorcio, artículo 28 y siguientes. La disolución de pleno derecho

del consorcio tiene lugar cuando se disuelve el matrimonio, artículo 62 b), y produce efectos desde la fecha de la resolución en que se decreta, artículo 65.1, salvo que el juez acuerde retrotraer los efectos de la disolución al momento de admisión de la demanda, artículo 65.2, lo que no ocurrió en este caso, *vid* sentencia de esta Audiencia de 29 de octubre de 2007.

**Segundo:** En cuanto al procedimiento a seguir, es el previsto en los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y sobre el objeto y alcance del procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 809 y 810, hay que distinguir dos fases, la de formación del inventario –art. 809– y la de valoración de los bienes o liquidación propiamente dicha –art. 810–. Conforme al primero de dichos preceptos, por el que se tramitó la primera instancia, la sentencia recurrida, dictada al amparo del párrafo segundo del artículo 809.2, «no tiene otro objeto que la aprobación del inventario, ya que sólo concluido dicho inventario (art. 810) se ha de proceder a la valoración o avalúo de los bienes que lo componen. El inventario, de cualquier modo, consiste en la determinación o identificación de los bienes que integran un patrimonio, de modo que si éste está integrado por elementos tales como créditos, cuentas corrientes o depósitos bancarios debe procederse, dentro del inventario, a la determinación del importe de dichos créditos, cuentas o depósitos, pues ello deviene imprescindible para la identificación del bien», tal y como hemos dicho en nuestras sentencias de 29 de octubre de 2002, 28 de octubre de 2005 y 29 de febrero de 2008. «Otra cosa distinta –decíamos– es la valoración de bienes, cual es el caso de los inmuebles (o muebles), que a efectos de formación de inventario son identificables sin necesidad de que se establezca su valor, siendo ésta una cuestión que debe plantearse en una fase posterior a la de inventario, que no es otra que la de avalúo. Por todo lo expuesto, la cuestión relativa a la valoración de los inmuebles (o muebles) debe quedar por el

momento imprejuizada, debiendo modificarse la sentencia de instancia en estos términos». Finalmente, y para terminar estas precisiones generales, las partes deben fijar los términos de la controversia con indicación de las partidas de activo y pasivo que, según cada una de ellas, deben de integrar el inventario en el acto de formación del inventario. Así, los cónyuges deben definir su postura sobre el inventario consorcial en momentos o fases procesales precisas: la parte que lo insta, en su propia solicitud; y la contraria, en el acto que debe celebrarse ante el secretario judicial, a los efectos de adoptar entonces un acuerdo o de constatar la controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualesquiera de las partidas, cuando se trata de dinero o partidas dinerarias. De este modo, los principios de preclusión y de defensa impiden que los cónyuges puedan plantear su propuesta de inventario en el juicio verbal o segunda fase del procedimiento, la que debe celebrarse precisamente para resolver las cuestiones ya suscitadas en esa fase previa. Asimismo, por las mismas razones, tampoco pueden introducir en ese momento modificaciones sustanciales a la postura inicialmente exteriorizada, de forma que, con claridad y precisión, deben fijar sus respectivas pretensiones en el acto de formación del inventario con la misma precisión y claridad que luego van a esperar de la sentencia, haciendo en su caso uso del principio de acumulación eventual, que actúa paralelamente al de preclusión procesal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 808 y 809 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en nuestras sentencias de 8 de marzo de 2004, 19 de enero de 2005, 6 de julio y 8 de noviembre de 2006, 23 de enero de 2007 y 29 de febrero de 2008.

**Tercero:** Sentadas las bases por las que ha de discurrir este proceso, examinamos a continuación los motivos del recurso planteado por doña .....

A) Respecto del bien recogido en el fallo de la sentencia relativo al 27,24 por 100 del inmueble privativo de la Sra. sito

en la calle núm. 13, piso 3.º d), y del garaje anejo, que suponen 59.785 euros. El piso y garaje fueron adquiridos por la recurrente en documento privado de fecha 5 de enero de 1999, luego elevado a escritura pública el 21 de marzo de 2000, antes, por tanto, de contraer matrimonio, y por los que ya había pagado una cantidad. Ambas partes están de acuerdo en que, constante matrimonio y con cargo al consorcio, se pagaron 22.262 euros. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 29.b) *Lrem* estos inmuebles son privativos de la recurrente, si bien el consorcio tiene derecho a ser reembolsado del importe actualizado de la cantidad invertida en su adquisición, artículo 44.3 a). El motivo, ha de ser estimado para incluir en el activo del consorcio un crédito frente a doña ..... por el importe actualizado de 22.262 euros.

B) Respecto de la actualización realizada en la sentencia del derecho de crédito reclamado por el actor frente a mi mandante. El segundo motivo, sobre la actualización realizada en la sentencia del derecho de crédito reclamado por el actor, ha quedado resuelto en el punto anterior.

C) Respecto del saldo favorable de la cuenta corriente de Ibercaja núm. ... al momento de la disolución, 2.672 euros. Hay, efectivamente, una confusión de cuentas, pues en la libreta indicada, según el último asiento del 2 de enero de 2007, había un saldo de 37,46 euros, de conformidad, también, con lo solicitado por la otra parte en la alegación primera de su impugnación adhesiva. Debe estimarse el recurso para incluir en el activo consorcial un saldo de 37,46 euros, en lugar de los 2.672 euros.

D) Respecto del saldo favorable en la cuenta corriente del BBVA núm. ... al momento de la disolución 57,83 euros. La recurrente sostiene que aceptaron en el acto del juicio que el momento de la disolución de la sociedad conyugal se produjo el 1 de septiembre de 2006, en la que había un saldo de 6.573,16 euros, y otro argumento para retrotraer los efectos a esa

fecha es la realización de disposiciones fraudulentas en perjuicio de la sociedad, sobrepasando lo que se considera la administración usual. Pero no hubo tal acuerdo sobre la conclusión del consorcio el 1 de septiembre de 2006, sino que la separación de hecho tuvo lugar en esa fecha. La parte demandante se había manifestado de pasada sobre este punto manifestando que, aun cuando ya vivían separados, hasta finalizado el año 2006 los saldos fueron para el mantenimiento de la familia, pero no admite de una forma concreta que los efectos se refieran a septiembre de 2006. Ahora, don ....., en la impugnación y adhesión al recurso señala que habrá que estar al saldo existente el 13 de febrero de 2007, que es de 37,46 euros, cantidad que es la que efectivamente aparece en el último apunte (folio 224). La sentencia de divorcio no retrotrae los efectos a un momento anterior, por lo que habrá que partir del 13 de marzo de 2007. La recurrente no pide que se incluya un crédito de la sociedad contra don ..... por esa u otra cantidad, por haber dispuesto fraudulentamente en perjuicio del consorcio. Ambos litigantes reconocen haber hecho disposiciones con cargo a esa cuenta para aplicarlos a las atenciones de la familia, entre las que hay que incluir el sostenimiento del que se fue del domicilio, y en que aparecen domiciliados algunos recibos a cargo de la sociedad conyugal. Por todo ello desestimamos el recurso, pues no se considera acreditado que deba incluirse una cantidad distinta de la señalada en la sentencia.

E) Respecto del crédito de la sociedad de gananciales frente al Sr. ... de 2.500 euros. Se refiere a la factura de 4.060 euros de los detectives privados que contrató el esposo para seguir a la recurrente, de los que sólo se ha reconocido un crédito por 2.500 euros. Luego mezcla este concepto con dos extracciones de la cuenta del BBVA, 2.300 euros el 31 de julio de 2006, y 3.000 euros el 25 de agosto. La primera de estas cantidades se dice empleada en pagar los servicios de la agencia de detectives, sin que se haya explicado convincentemente el destino de los otros 3.000 euros. Por tan-

to, procede la estimación del recurso para incluir en el activo de la sociedad un crédito frente a ..... por 5.500 euros (los 2.500 que ya están reconocidos como pago a los detectives más los 3.000 euros, que se solicitan en el recurso).

F) Respecto a la compensación que la sociedad conyugal debe dar a mi mandante por el uso durante el matrimonio de la vivienda de carácter privativo de mi mandante. Por este concepto interesa se incluya en el pasivo de la sociedad un crédito a su favor por importe de 29.600 euros, calculado con arreglo al coste medio mensual del alquiler de una vivienda de similares características, pues si la sociedad recupera el dinero puesto en un bien privativo, debe compensar por la ocupación durante varios años del referido bien privativo, por razones de justicia material y de equidad, artículo 3 del Código Civil, y artículo 29 e) Lrem. El recurso no puede prosperar por varios motivos. Es inasumible el argumento de que han de compensarse las cantidades invertidas en la adquisición del bien privativo con una renta por el uso de ese bien privativo, porque en ese caso no habría que reconocer un crédito del consorcio frente al propietario del bien privativo. En realidad, el crédito a favor de la sociedad por el importe de lo invertido en la adquisición del bien privativo no es más que la devolución de esa cantidad adelantada por un bien que es propiedad exclusiva de uno de los consortes. Además, los rendimientos de los bienes privativos, y el uso u ocupación por la familia es una forma de aprovechamiento, son bienes comunes y, desde otro punto de vista, las rentas o alquileres de los edificios (a los que se equipara esta compensación) son frutos civiles que también son comunes, artículo 355 del Código Civil y 28.2.f) Lrem.

**Cuatro:** Recurso de don ..... En el escrito de oposición al formulado por la otra parte se adhirió para impugnar los siguientes puntos:

A) Respecto a los saldos existentes en las cuentas bancarias de carácter ganancial, ha de estarse a la fecha del divorcio, es



decir, el 13 de febrero de 2007. Esta cuestión ya ha sido resuelta en el fundamento anterior al examinar el recurso de la otra parte.

B) En cuanto a la valoración de los muebles y enseres de la vivienda que fue conyugal. En este motivo si bien dice que impugna la valoración de 2.400 euros, pretende que se incluyan otros bienes que no aparecen en la relación presentada del perito a instancias de la esposa. Insiste en que según las facturas presentadas, que no son todas, hay más mobiliario y es poco verosímil que queden valorados en 2.400 euros. Menciona, en concreto, las cortinas, la reforma de la cocina consistente en la ampliación del mobiliario, la instalación eléctrica, el cerramiento de la galería, la mampara del baño, el ordenador, la cristalería, y termina solicitando que se atribuya al mobiliario y enseres el importe de 24.000 euros. Sobre cuál sea el valor de los bienes, hemos de repetir lo indicado en el segundo de los fundamentos, que la finalidad de este procedimiento es la de fijar el inventario de los bienes, no su valoración. Por tanto, no nos pronunciaremos sobre ese aspecto. En cuanto a los bienes que dice pertenecen al consorcio, nada dijo sobre esta cuestión en el escrito inicial, en el que se limitó a una mención genérica –muebles y enseres que se hallen en el domicilio conyugal– y la valoración, pero sin precisar los bienes concretos. Dejando a un lado la imprecisión de este alegato, lo cual sería motivo para desestimarlos, si tenemos en cuenta que la esposa, al presentar una lista valorada, excluye algunos bienes, podemos considerar que por esta vía indirecta está determinando los bienes sobre los que existe controversia. Ahora bien, no todos los bienes que menciona en el recurso deben incorporarse a la lista de los que son consorciales. Así podemos comprobar que, por ejemplo, la factura por los muebles del baño es de 27 de junio de 2000, fecha anterior al matrimonio, y va girada a nombre de doña ..... –folio 179–, tampoco indica cuándo se hicieron el cerramiento de la galería y la instalación eléctrica, lo cual sería motivo más que sufi-

ciente para su rechazo. No obstante, estas obras serían deudas comunes, pues tendrían la consideración de atenciones de los bienes privativos propios de un diligente usufructuario, art. 36.1.c) *Lrem* y sentencia de esta Audiencia de 28 de octubre de 2003. Respecto del ordenador y la cristalería doña ..... contestó en el juicio que fueron adquiridos con dinero que le regaló a ella sus compañeros del trabajo y su familia, es decir, que serían bienes privativos. Sin embargo, el punto de partida en esta materia es la presunción de consorcialidad proclamada con carácter general en el art. 28.1 y 35 *Lrem*. En este caso, la que ha negado ese carácter tiene la carga de la prueba que destruya esa presunción de comunidad, prueba en contrario que ha de ser, como dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 25 de noviembre de 1998, seguida por la de 11 de mayo de 2005, con cita de la doctrina del Tribunal Supremo, «suficiente, satisfactoria y convincente respecto al desplazamiento a la situación de privación (Sentencias de 23 de marzo de 1993 y de 18 de julio de 1994)». Sobre esta cuestión sólo consta la declaración de la litigante, por lo que el recurso ha de prosperar para incluir entre los bienes consorciales, el ordenador, la cristalería y las cortinas.

**Quinto:** Habida cuenta de la estimación parcial de los recursos, procede omitir un particular pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del artículo 398 de la Ley 1/2000.

#### NÚM. 29

*S. APH de 19 de diciembre de 2008*

**6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: CONTRAC-TUAL: Efecto de cosa juzgada: En el caso concurre la excepción de cosa juzgada por-que los ahora litigantes en procedimiento de**

*liquidación de su sociedad conyugal, en el convenio regulador judicialmente ratificado, ya la habían liquidado, y si entonces la recurrente no tuvo a bien contemplar un crédito a su favor por la herencia que dice confundida con los bienes comunes, no puede pretender el repetir la liquidación para incluir dicho crédito cuando en el convenio acordaron que con la liquidación allí contenida ya no tenían nada más que reclamarse. El art. 1079 Cc., al que habría que llegar desde el 88 Lrem., no es aplicable porque no hay ningún valor de la sociedad consorcial a adicionar. Y nada se ha aducido al amparo del art. 86 Lrem.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 86 y 88 Lrem., 1079 Cc.

**PONENTE:** Ilmo. señor don Gonzalo Gutiérrez Celma.

*Ante el JPI de Barbastro se siguen autos de liquidación de sociedad de consorciales núm. 197/2008; la sentencia de 9 de junio de 2008 desestima la demanda presentada por la mujer. La demandante presenta recurso de apelación (autos num. 242/2008) y la APH desestima el recurso con condena en costas.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Aceptamos y damos por reproducidos los señalados en la sentencia impugnada.

**Segundo:** El indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó la sentencia apelada el día nueve de junio de dos mil ocho, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «Que desestimando la demanda presentada por doña ....., representada por la Procuradora doña ..... y defendida por el Letrado don ....., frente a don ..... representado por la Procuradora doña ..... y defendido por el Letrado don ....., le absuelvo de todos los pedimentos efectuado en su contra, con imposición de costas a la parte demandante.»

**Tercero:** Contra la anterior sentencia, la demandante, doña ....., dedujo recurso de apelación. El juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la apelante por 20 días para que lo interpusiera, lo cual efectuó en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitó la íntegra estimación de la demanda en los términos expuestos en la alegación quinta de su recurso. A continuación, el juzgado dio traslado al demandado, don ....., para que presentara escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que pudiera serle desfavorable. En esa fase, el apelado formuló en tiempo y forma escrito de oposición. Seguidamente, el Juzgado emplazó a las partes por término de treinta días ante esta Audiencia y seguidamente se remitieron los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 241/2008. Personada la parte apelante ante esta Audiencia y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista, la Sala acordó que el recurso quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, lo que ha tenido lugar en el día de hoy. En la tramitación de esta segunda instancia no ha sido posible observar los plazos procesales por la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este tribunal.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Aceptamos y damos por reproducidos los expuestos en la sentencia apelada.

**Segundo:** El Juzgado ha desestimado la demanda por entender concurrente la cosa juzgada, si bien fue ya en la sentencia cuando el Juzgado apreció la indicada excepción antes alegada por el demandado, institución que realmente concurre en el caso, por las mismas razones que ya tiene expuestas el Juzgado, anteriormente aceptadas y dadas por reproducidas en esta ocasión procesal, en la que, aunque se prescindiera del efecto negativo de la cosa juzgada (de hecho este procedimiento ya se ha sustanciado hasta sentencia) y se estuviera sin más a su efecto positivo, ten-

dríamos igualmente que la sociedad consorcial ya está liquidada, por lo que difícilmente puede procederse a su liquidación por segunda vez, como si nada se hubiera hecho en la liquidación anterior.

No podemos sino resaltar que en el convenio regulador judicialmente ratificado ya liquidaron los litigantes su sociedad conyugal, por lo que no puede liquidarse lo que ya está liquidado, sin perjuicio de que se cumplan en sus propios términos las estipulaciones del indicado convenio en el que las partes incluyeron todo lo que consideraron oportuno incluir y si entonces la recurrente no tuvo a bien contemplar un crédito a su favor por la herencia que dice confundida con los bienes comunes, no puede pretender el repetir la liquidación para incluir ahora dicho crédito cuando en el repetido convenio regulador, entre otras muchas cosas (incluida la custodia y visitas de un perro conocido como “”) convinieron que con la liquidación que allí se disponía ya no tenían nada más que reclamarse, lo que fue ratificado a presencia judicial, dando lugar a la aprobación judicial del convenio efectuada en la sentencia de veintiséis de marzo de dos mil siete, no existiendo así desfase alguno entre la disolución de la sociedad y su liquidación, sin perjuicio de las operaciones que puedan quedar pendientes de realizar conforme a las propias previsiones del convenio, que ahora no se está pretendiendo su completa ejecución sino su modificación en los términos que convienen a la demandante.

Además, a los efectos del invocado artículo 1079 del Código Civil (precepto al que habría que llegar partiendo desde el artículo 88 de la Ley Aragonesa 2/2003, de régimen económico matrimonial y viudedad, y no desde el artículo 1410 del Código Civil que cita la recurrente), es de resaltar que no ha aparecido ningún bien o valor de la sociedad pendiente de liquidar sino que la recurrente pretende ya no adicionar sino realizar de nuevo toda la liquidación de la sociedad consorcial para incluir en ella un crédito a su favor y en contra de la sociedad. Es decir, el pretendido bien o

valor nuevo se trata de un bien o valor de la recurrente, no de la sociedad consorcial. En el mejor de los casos para la recurrente, la sociedad consorcial no es la acreedora del crédito en cuestión, sino la deudora. No hay, pues, ningún valor de la sociedad consorcial a adicionar. Y en estos autos nada se ha aducido tampoco al amparo del artículo 86 de la citada Ley 2/2003, si es que en él pudieran entenderse comprendidas las deudas cuyos acreedores fueran los propios cónyuges integrantes de la sociedad consorcial dividida quienes, a diferencia de los terceros, ya han intervenido necesariamente en la previa liquidación para realizar la división y adjudicación. Además, como ya lo tiene dicho el Juzgado, los hechos constitutivos de dicho pretendido crédito de la actora contra su propia sociedad consorcial son anteriores a la liquidación practicada en su día y no podían ser desconocidos por la interesada cuando convino aquella liquidación, en la que ambos litigantes aceptaron que nada más tenían que reclamarse, aparte de que la recurrente, en realidad, pese a la actual invocación del indicado precepto del Código Civil, desde su escrito inicial, está pretendiendo realizar la liquidación de la sociedad consorcial como si ésta no se hubiera hecho nunca con anterioridad. Por último, debemos añadir que si la recurrente entendía que el convenio no regulaba a su satisfacción la liquidación lo que debió hacer es no aprobarlo con su consentimiento.

Por otra parte, en lo que concierne a las costas, el Juzgado ha aplicado correctamente el principio del vencimiento consagrado en el artículo 394 de la Ley procesal, aparte de que nada se dice sobre ellas en la súplica del escrito interponiendo el recurso.

**Tercero:** Al desestimarse el recurso interpuesto y no presentar el caso serias dudas de hecho o de derecho, procede condenar a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del artículo 394 de la Ley 1/2000, al que se remite el artículo 398 de la misma Ley.

## NÚM. 30

A. APH de 29 de diciembre de 2008

**711: DISPOSICIONES GENERALES:** *LEY APLICABLE: El causante falleció en Francia en 1991 sin haber perdido su nacionalidad española y siendo su vecindad civil la aragonesa, por lo que, conforme a lo dispuesto en los arts. 9.8 (prevalencia del Derecho español sobre el francés) y 16.1 Cc. (prevalencia del Derecho aragonés sobre cualquier otra legislación civil española), es de aplicación al caso la Compilación de Derecho civil de Aragón de 1967 como norma vigente al tiempo de la apertura de la sucesión.*

**76: SUCESIÓN LEGAL: PROCEDENCIA:** *Institución de legatario universal: En el testamento otorgado en 1986, en Francia y ante Notario de dicha nacionalidad, la causante instituye legataria universal en la totalidad de sus bienes muebles e inmuebles que posea tanto en Francia como en España a una sobrina. El Juzgado interpreta que la testadora estaba instituyendo en realidad heredera universal, por lo que no procede abrir la sucesión legal. Añade la Audiencia que aunque se interprete que sólo existe un legado, como es claro que comprende todos los bienes de la testadora a los efectos del art. 912.2 Cc., aplicable en Aragón en 1991 cuando fallece la causante, tampoco procede la apertura de la sucesión abintestato.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *arts. 9.8, 11.1, 16.1, 912 Cc.; 127 Comp.*

**PONENTE:** *Ilmo. señor don José Tomás García Castillo.*

*Ante el JPI núm. 1 de Jaca se siguen autos sobre expediente de declaración de herederos (núm. 447/2006); el auto de 14 de marzo de 2008 declara que no ha lugar a lo solicitado por la promotora del expediente al haber quedado acreditado que la causante otorgó testamento, en 1986, ante el notario Eric Wagner, en Francia, en el que instituía heredera universal a su sobrina. La promotora del expediente presenta recurso de apelación (autos núm. 194/2008) y la APH lo desestima con condena en costas.*

## HECHOS

**Primero:** Ante esta Audiencia Provincial de Huesca penden, en grado de apelación, los autos sobre Expediente de Declaración de Herederos seguidos bajo el núm. 447/06 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Uno de Jaca, que fueron promovidos por doña ....., quien actuó dirigida por el Letrado don ..... y representada por la Procuradora doña ....., habiendo formulado oposición don ..... quien interviene dirigido por el Letrado don ..... y representado por el Procurador don ....., con intervención del Ministerio Fiscal en la representación que la Ley le otorga. Se hallan dichos autos pendientes ante este Tribunal en virtud del presente recurso de apelación, tramitado al número 194 del año 2008 e interpuesto por doña ..... . Es Ponente de esta resolución el Magistrado don José Tomás García Castillo, quien expresa el parecer de la Sala.

**Segundo:** El indicado Juzgado de Primera Instancia, en el procedimiento anteriormente circunstanciado, dictó el Auto apelado el día catorce de marzo de dos mil ocho, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: «No ha lugar a lo solicitado por la promotora del presente expediente relativo a la declaración por parte de este Juzgado de herederos abintestato de doña ....., al haber quedado acreditado que dicha causante otorgó testamento, en fecha 15 de octubre de 1986, ante el notario Eric Wagner, en Francia, en el que instituía heredera universal a su sobrina doña ..... Firme que sea este auto, expídase testimonio del mismo y entréguese al solicitante, devolviéndole los documentos presentados con la solicitud, dejando testimonio suficiente en autos».

**Tercero:** Contra la anterior resolución, la promotora del expediente doña ..... anunció recurso de apelación. El Juzgado lo tuvo por preparado y emplazó a la apelante para que lo interpusiera, lo cual efectuó dicha parte en plazo y forma presentando el correspondiente escrito en el que solicitó la estimación de su solicitud. Segui-

damente, el Juzgado dio traslado del escrito de interposición de dicho recurso a las demás partes, en cuyo trámite tanto el apelado don ..... como el Ministerio Fiscal formularon sendos escritos de oposición para solicitar la desestimación del recurso.

**Cuarto:** Seguidamente, el Juzgado emplazó a las partes y remitió los autos a este Tribunal, en donde quedaron registrados al número 194/2008. Transcurrido el término del emplazamiento, y no habiéndose propuesto prueba ni solicitado vista por ninguna de las partes, la Sala acordó en su día que el recurso quedara pendiente de deliberación, votación y fallo, para lo que se señaló el pasado día veintitrés de diciembre. En la tramitación de esta segunda instancia no ha sido posible observar los plazos procesales debido a la atención prestada a los otros asuntos pendientes ante este Tribunal.

#### RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

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

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

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

Así las cosas, y tanto si se entiende que la testadora estaba instituyendo en realidad como heredera universal de todos sus bienes a quien designaba como *légataire universelle*, en cuyo caso existiría una auténtica institución de heredero, como si se interpreta que tan sólo existe un legado, en cuyo caso es indudable que comprende todos los bienes de la testadora –*la totalité de mes biens mobiliers et immobiliers*– a los efectos previstos en el art. 912.2 del Código Civil, según el cual, como ya hemos dicho, se abre la sucesión intestada o bien si no

hay institución de heredero o bien si el testador no ha dispuesto de todos los bienes, es claro que no ha lugar a lo solicitado por la hoy apelante pese a que ésta insista en que sólo hay un legado, pues repetimos que comprende la totalidad del patrimonio de la testadora.

Finalmente, y saliendo al paso del resto de las alegaciones vertidas en el escrito de formalización del recurso, el propio art. 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil citado por la apelante dispone en su apartado tercero que la eficacia de las declaraciones de voluntad contenidas en documentos extranjeros será la que determinen las normas aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos, entre las que hay que incluir el precitado art. 11.1 del Código Civil, según el cual el

testamento de la causante es válido, aún otorgado en Francia, al ser conforme al Derecho aragonés como ley nacional de la disponente. Por último, el argumento autodenominado como de autoridad que se invoca en el recurso debe forzosamente perecer, ya que, si bien es cierto que el Ministerio Fiscal apoyó durante la primera instancia la tesis de la apelante, ahora ha impugnado el recurso solicitando la confirmación del Auto apelado, la cual procede por todo lo hasta ahora expuesto.

**Segundo:** Al desestimarse íntegramente el recurso, y sin que el presente caso presente serias dudas de hecho o de derecho, procede la condena de la recurrente al pago de las costas de esta alzada conforme a los arts. 398.1 y 394.1 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

## TERUEL, 2008

31

### NÚM. 31

*S. APT de 29 de enero de 2008*

**76: SUCESIÓN LEGAL: DECLARACIÓN DE HEREDEROS: Bienes troncales y no troncales:** *El Auto del JPI de 1997 declara herederas de la causante, que no tiene descendientes ni ascendientes pero sí marido, a su dos hermanas, sin especificar si dicha declaración lo era únicamente en los bienes troncales, o en todos los bienes. La falta de especificación no impide la delación legal de los bienes no troncales a favor del marido conforme a los arts. 135 Comp. y 1944 Cc. En acta notarial de 2004 se declara al marido heredero legal de los bienes no troncales de su esposa. No obstante, las hermanas reclaman en juicio ordinario la totalidad de los bienes de la herencia: sin éxito alguno.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 135 Comp.; 944 Cc., 34, 35 y 39 Lsuc.

**PONENTE:** *Ilmo. señor don Fermín Francisco Hernández Gironella.*

*Ante el JPI núm. 2 de Teruel se siguen autos de juicio ordinario (núm. 373/2005); la sentencia de 10 de octubre de 2007 desestima íntegramente la demanda presentada por las hermanas de la causante y absuelve al marido de las pretensiones formuladas contra él. Las demandantes presentan recurso de apelación (autos 9/2008) y la APT lo desestima con imposición de las costas de la alzada a las apelantes.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Se dan por reproducidos en la presente resolución los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho de la sentencia apelada, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Desestimando íntegramente la demanda presentada por don ..... Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de doña ..... y doña ....., defendidos por el letrado señor ....., contra don ....., representado por el

señor ....., Procurador de los Tribunales y defendido por la letrado señora ....., debo absolver y absuelvo a don ..... de las pretensiones formuladas contra él. Las costas se imponen a la parte demandante».

**Segundo:** Contra la referida sentencia y auto se preparó e interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por el Procurador don ....., en nombre y representación de doña ..... y doña ....., que interesaron la revocación de la sentencia apelada, para que se dictase otra por la que se estimasen en su integridad los pedimentos de la demanda, con imposición de costas a la parte demandada.

**Tercero:** El Juzgado de Primera Instancia tuvo por formalizado el recurso de apelación en providencia de fecha diecinueve de diciembre de dos mil siete, en la que se acordaba dar traslado del escrito de interposición a la parte contraria por diez días; presentando dentro de dicho plazo la representación del demandado don ..... escrito en el que se oponía al recurso solicitando la desestimación del mismo y la confirmación de la resolución recurrida.

**Cuarto:** Elevadas las actuaciones a este Tribunal, que las recibió en fecha diecisiete de enero de dos mil ocho, se acordó la formación del oportuno rollo, procediéndose en el mismo a la designación de Magistrado Ponente, y no habiéndose interesado el recibimiento a prueba en esta alzada, ni estimándose necesaria la celebración de vista, se acordó señalar para la deliberación y votación el día de la fecha, tras lo cual quedaron los autos en poder del ponente para dictar la resolución acordada por la Sala.

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero:** Frente a la sentencia de instancia, que desestima las pretensiones de la demanda, encaminadas a que se declare la condición de herederas legítimas de doña ....., a sus hermanas de doble vínculo

doña ..... y doña ....., y consecuentemente con ello se declare la nulidad de la adjudicación de bienes hereditarios procedentes de aquélla efectuada a favor del demandado don ....., se alza la parte actora denunciando error de la Juzgadora de instancia en la apreciación de las pruebas y solicitando una sentencia totalmente estimatoria de la demanda. Fundamenta la parte recurrente dicha pretensión en dos alegaciones esenciales: de una parte, que fueron las demandantes quienes fueron declaradas herederas de su hermana doña ....., en virtud de auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel, de fecha once de junio de mil novecientos noventa y siete, por lo que la posterior declaración como heredero en los bienes no troncales de doña ....., efectuada por acta notarial de fecha tres de junio de dos mil cuatro deviene nula; y en segundo lugar, que don ....., esposo fallecido de doña ..... no llegó a aceptar la herencia de la misma, por lo que difícilmente pudo transmitir los bienes de aquélla a sus herederos respectivos; sin embargo este planteamiento no puede ser asumido por la Sala. Así, en lo que se refiere a la primera de las cuestiones planteadas, es cierto que el auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel de fecha once de junio de mil novecientos noventa y siete declara herederas de doña ..... a sus hermanas de doble vínculo doña ..... y doña ....., hoy demandantes, sin especificar si dicha declaración lo era únicamente en los bienes troncales, o en todos los bienes; ahora bien esa falta de especificación no supone, como pretende la parte recurrente, que deba de entenderse que lo fueron en la totalidad de los bienes relictos, no sólo porque dicha declaración vulneraría abiertamente lo dispuesto en el artículo 135 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, vigente en el momento del fallecimiento de la causante, en relación con el artículo 944 del C. Civil, que, a falta de ascendientes o descendientes, atribuyen al cónyuge viudo el carácter de heredero *ab intestato* del causante en los bienes no troncales, con preferencia a los colaterales, sino porque además la parte

dispositiva de aquella resolución ha de ser puesta en relación con la propia solicitud efectuada en dicho procedimiento por las hoy demandantes, quienes solicitaron expresamente que se les declarase herederas «respecto de los bienes del causante» (folio 125); y porque, además, los actos posteriores tanto de las demandantes como del esposo de doña ....., así lo corroboran, ya que en fecha catorce de octubre de mil novecientos noventa y ocho suscribieron un convenio en el que éste vendía a aquéllas su derecho de usufructo, exclusivamente limitado a los bienes troncales, por lo que no cabe duda de que el llamado a la herencia en los bienes no troncales de doña ..... era su esposo don ....., tal y como acertadamente se recoge en el acta notarial de fecha tres de junio de dos mil cuatro.

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



esposa doña ....., se entendería transmitido a sus herederos testamentarios; lo que conduce inexorablemente a desestimar el recurso y a confirmar íntegramente la resolución recurrida.

**Tercero:** La desestimación del recurso planteado conlleva la imposición a la parte recurrente de las costas causadas en esta instancia, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 398 en relación con el 394 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

*Ante el JPI núm. 2 de Alcañiz se siguen autos de juicio verbal (núm. 181/2006); la sentencia de 31 de julio de 2007 desestima íntegramente la demanda; el demandante interpone recurso de apelación (autos núm. 187/2007) solicitando se condene al demandado a la reapertura de la ventana mediante la eliminación del muro o pared que ha ocasionado el cierre de la misma. La APT desestima el recurso de apelación con imposición al apelante de las costas causadas en la alzada.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** El fallo de la sentencia apelada es del tenor siguiente: «Que desestimando íntegramente la demanda formulada por la Procuradora doña ..... en nombre y representación de don ..... contra don ....., debo absolver y absuelvo al demandado de todos los pedimentos contra él formulados, con imposición de las costas procesales a la parte demandante».

**Segundo:** Notificada dicha resolución, contra la misma interpuso recurso de apelación la Procuradora Doña ..... en la representación indicada, solicitando una sentencia que, revocando la de primera instancia, estime los pedimentos contenidos en la demanda, y en consecuencia se condene al demandado a la reapertura de la ventana existente en la segunda planta de la vivienda del actor, sita en el núm. ... de la calle ..... de la localidad de La Codoñera, mediante la eliminación del muro o pared que ha ocasionado el cierre de la misma.

**Tercero:** La Procuradora doña ....., en la representación indicada, se opuso al recurso de apelación y solicitó la confirmación de la resolución impugnada.

**Cuarto:** Remitidos los autos a esta Audiencia se ordenó la formación del rollo correspondiente y se designó Ponente, quedando en su poder para dictar la correspondiente sentencia tras la deliberación del Tribunal que tuvo lugar el día 19 del presente mes de febrero.

**Quinto:** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

32

#### NÚM. 32

*S. APT de 22 de febrero de 2008*

**83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Actos meramente tolerados:** *La apertura de huecos para luces y vistas es un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación en quien lo soporta, por lo que en cualquier momento puede hacer cesar la situación (art. 144.3 Comp.), pero es preciso que se haga una construcción propiamente dicha y que esa construcción conlleve la necesidad de cerrar los huecos y ventanas abiertos (Ss. TS 2 de octubre de 1964, ATZ 1 de junio de 1979, APZ 11 de julio de 1992). Abuso de derecho: Los supuestos en los que se ha apreciado la existencia de abuso de derecho han sido aquellos en los que la construcción carecía de interés para el dueño del predio, salvo el de tapar las ventanas del colindante (STS 20 de febrero de 1992). Ha quedado probada en autos la utilidad de la obra realizada por el demandado para unificar la planimetría del patio de luces de su propiedad, sin que sea exigible al demandado realizar una obra más compleja para salvar el hueco de que disponía el actor porque no tiene ninguna obligación de respetar el hueco (SAPZ 5 de abril de 2004).*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 144 Comp., 7 Cc.

**PONENTE:** *Ilma. señora doña María Teresa Rivero Blasco.*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** El actor don ..... alegó en su demanda que el demandado don ....., propietario del edificio sito en el núm. 9 de la calle ..... de la localidad turolense de ....., colindante con el inmueble propiedad del actor, procedió a levantar una pared en el solar destinado a patio de luces que le ha supuesto el cerramiento de una ventana de su casa que daba a la finca del demandado y que cumplía el servicio de dar luz y ventilación a una de sus habitaciones. Solicitó el actor la condena del demandado a la reapertura de la ventana existente en la segunda planta de la vivienda propiedad de aquél, eliminando la pared o muro que ha ocasionado el cierre de la misma. El Sr. .... se opuso a dicha pretensión, dictándose sentencia por el Juzgado de instancia desestimándola por entender que, no teniendo la finca del actor a su favor una servidumbre de luces y vistas, la ventana existente en la vivienda del actor respondía al régimen normal en las relaciones de vecindad para dar luz y ventilación a una de las estancias de la casa, debiéndose el cerramiento de la ventana a fines objetivamente permitidos como facultades dimanantes del derecho de propiedad inmobiliaria y no a perjudicar al actor sin beneficio o utilidad propia.

Frente a dicha resolución se alza ahora el actor alegando la doctrina del abuso del derecho sobre la base de que el cerramiento de la ventana no ha obedecido a utilidad alguna para el inmueble del demandado, oponiéndose éste al recurso formulado de contrario.

**Segundo:** No ofrece duda, y así lo han admitido ambas partes, que las relaciones entre los contendientes se encuadran dentro de las relaciones de vecindad. Según autorizada doctrina jurisprudencial territorial aragonesa (S. Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª de 11 julio 1992 y S. Audiencia Territorial de Zaragoza de 1 junio 1979, citada por la anterior) los huecos a los que se refiere la Compilación y todo el Derecho histórico aragonés tienen por objeto recibir luces y permitir vistas a

las piezas o habitaciones de un edificio, se trate de ventanas o miradores; y se trata (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 octubre 1964 de un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación en quien lo soporta, por lo que en cualquier momento puede hacer cesar la situación, todo ello según dispone el artículo 144.3.º de la Compilación Foral. Sobre la base de estas relaciones de vecindad, para que sea factible el cerramiento de estas ventanas, no habiendo servidumbre de luces y vistas, es preciso que se haga una construcción propiamente dicha y que esa construcción conlleve la necesidad de cerrar los huecos y ventanas que se abran, bien en pared propia del que disfruta de ellos, bien en pared medianera.

El problema que se dilucida en el presente proceso es si el cierre de la ventana abierta en el inmueble del actor por el levantamiento de un muro en la casa del Sr. .... se ha realizado con abuso de derecho por parte de éste contraviniendo lo dispuesto en el artículo 7 del Código Civil que impone a cualquier titular de un derecho, de la naturaleza que sea, ejercitarlo conforme a las exigencias de la buena fe; la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, por lo que todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice, sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso. Ahora bien, debe partirse de que los supuestos en los que se ha apreciado la existencia de abuso de derecho han sido aquellos en que la construcción carecía de interés para el dueño del predio, salvo el de tapar las ventanas del colindante, recordando en este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1992 que «.. el ejercicio abusivo de un derecho sólo existe cuando se hace con intención de dañar, o utilizando el derecho de un modo anormal y contrario a la convivencia, y como remedio

extraordinario sólo puede acudir a la doctrina del abuso del derecho en casos patentes y manifiestos, como exige el artículo que el motivo invoca, sin que resulte provecho alguno para el agente que lo ejercita, sólo imbuido del propósito de causar daño a otro interés jurídico».

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

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

**Tercero:** Al ser desestimado el recurso formulado procede condenar al apelante al pago de las costas causadas en esta alzada conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

### NÚM. 33

*S. APT de 7 de abril de 2008*

**83: LUCES Y VISTAS: FACULTAD DE ABRIR HUECOS: No en pared propia del vecino: El régimen de las relaciones de vecindad contemplado en el art. 144 Comp. sólo está previsto para aquellos casos en que la apertura de huecos tiene lugar en pared propia (a cualquier distancia de predio ajeno) o en pared medianera, pero no en pared privativa del fundo vecino.**

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 1261, 1280 cc.; 144 Comp.

**PONENTE:** *Ilma. señora doña María Teresa Rivero Blasco.*

*Ante el JPI de Calamocha se siguen autos civiles de juicio ordinario sobre acción reivindicatoria (núm. 45/2007); la sentencia de 3 de septiembre de 2007 desestima la demanda; la demandante interpone recurso de apelación (autos 27/2008) y la APT lo estima y declara que el muro en el que el demandado ha procedido a la apertura de un hueco y de unos taladros es privativo de la actora, declarándose no conformes a derecho la apertura de dicho hueco y la realización de los taladros, debiendo proceder el demandado a su cerramiento y a la realización de las obras necesarias para la reposición del muro a su estado primitivo.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** El fallo de la sentencia apelada es del tenor siguiente: «Debo desestimar la demanda interpuesta por doña ..... contra don ....., imponiendo las costas a la demandante, y en su consecuencia, absuelvo al demandante de las pretensiones que se dirigían contra él».

**Segundo:** Notificada dicha resolución, contra la misma interpuso recurso de apelación la Procuradora doña ..... en la representación indicada, solicitando una sentencia que, revocando la de instancia, estime totalmente la reclamación formulada en la demanda, con expresa condena en costas a la parte demandada en ambas instancias.

**Tercero:** El Procurador don ....., en la representación indicada, se opuso al recurso de apelación y solicitó la confirmación de la sentencia de instancia.

**Cuarto:** Remitidos los autos a esta Audiencia se ordenó la formación del rollo correspondiente y se designó Ponente quedando en su poder los autos para, tras la deliberación del Tribunal, que fue señalada para el día veintisiete del pasado mes de marzo, dictar la correspondiente sentencia.

**Quinto:** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

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

**Segundo:** No ha sido una cuestión discutida en el presente procedimiento que el muro objeto del mismo fue realizado exclusivamente por el padre de la actora doña ....., y en este sentido han declarado los testigos don ....., albañil de profesión, que lo construyó en el año 1998 por encargo de don .....; doña ....., quien manifiesta constarle dicha circunstancia; y don ....., actual propietario del núm. 7 de la

calle antes perteneciente a la familia; el propio demandado admite que no construyó la tapia ni participó en su coste. Lo que puso en entredicho la parte demandada en su contestación a la demanda fue la falta de acreditación por parte de la actora de que el patio donde su padre construyó el muro litigioso sea de su propiedad por cuanto entiende que no hay ni ha habido signos que pongan de manifiesto que el terreno ocupado por el actual patio fuera en ningún momento propiedad de quien se dice transmitente, de modo que no ha podido vendérsela al Sr. ....., propietario del núm. 2 de la Calle ....., considerándolo el demandado como «una porción de suelo ajena a estas propiedades, como ellas mismas han expuesto en las actuaciones anteriormente mencionadas (refiriéndose a los autos de Interdicto de Recobrar núm. 87/97 del Juzgado de Primera Instancia de Calamocha), sin que ninguna pudiera acceder a él directamente y sin que nadie haya actuado como dueño del mismo en modo alguno». Añade que la apertura del hueco cuyo cierre se pretende en este juicio y que da al patio interior «no es ni más ni menos que el ejercicio de un derecho que hace tiempo se reconoció a mi mandante, y es que, con fecha 10 de diciembre de 1997 se dictó sentencia núm. 81 por el Juzgado de Primera Instancia de Calamocha, en ese sentido».

Las continuas referencias hechas por el demandado al interdicto que en fecha 22 de julio de 1997 presentaron frente a él –como titular del núm. 3 de la calle .....– los entonces propietarios de los núms. 7 de la calle ..... y 2 de la calle ....., y su pretensión de fundar la apertura de la ventana ahora litigiosa en el contenido de la sentencia recaída en aquel procedimiento en fecha 10 de diciembre de 1997, exigen hacer la siguiente precisión: la superficie a la que se refieren ambos pleitos no es coincidente. En aquel interdicto el Sr. ....., como propietario del núm. 2 de la calle, y el Sr. ....., como titular del núm. 7 de la calle ....., pretendían recuperar la posesión de las ventanas que ambos inmuebles tenían

abiertas hacia la propiedad del Sr. .... y que éste cerró al construir dentro de su dominio, en lo que antes era como una prolongación del patio ahora propiedad de la señora ..... En dicha resolución el Juzgado de Calamocha no reconoció al Sr. ...., a diferencia de lo que éste pretende hacer ver, derecho alguno sobre el patio donde el Sr. .... construyó el muro pues se limitó a declarar que los huecos de los que disfrutaban las viviendas de los entonces demandantes (Sres. ....) sobre la propiedad del Sr. .... eran de mera tolerancia y su permisión se enmarcaba dentro de las relaciones normales de vecindad aragonesa. También debe aclararse, ante la insistencia sobre este tema por parte del demandado-apelado, que en aquel interdicto interpuesto en el año 1997 los entonces actores no calificaron la superficie que en el pleito actual nos ocupa como un patio interior de luces sin dueño, ni admitieron que tuvieran derecho a disfrutar de él todos los colindantes. Pero es que, además, como se ha dicho, el «patio interior» al que se refirieron los Sres. .... en el interdicto no se corresponde con el «patio» o «corral» que adquirió el Sr. .... de la Sra. .... en el año 1998 (aquel patio, al que daban las ventanas de don ..... y del Sr. .... era propiedad de don ..... y éste lo cerró hasta el límite de su dominio. El patio ahora en litigio era un corral de la casa núm. 7 de la calle .....).

**Tercero:** Analizados por la juzgadora de instancia los elementos probatorios obrantes en autos, entre ellos la escritura privada de compraventa de fecha 29 de septiembre de 1.998 suscrita por don ..... –como comprador– y doña ..... –como vendedora– llega a la conclusión de que el padre de la actora Sr. .... adquirió un solar sito en la calle ..... de la localidad, por cuanto dicho contrato cumple con los requisitos marcados en el artículo 1.261 del Código Civil y no puede desvirtuarse un contrato privado por el hecho de que se refiera a bienes inmuebles dado que el requisito marcado en el artículo 1.280 de dicho cuerpo legal no puede ser considerado como constitutivo. Sin embargo no admite la juzgadora *a quo* equivalencia entre el terreno adquirido

y aquél donde se ha construido el muro que ahora se reivindica. Niega así mismo la resolución impugnada que en la actualidad la porción adquirida por el Sr. .... sea propiedad de la demandante por entender que no aparece la misma en la escritura de aceptación de herencia otorgada ante el Notario de Zaragoza don ..... por los herederos de don ..... Concluye que no se ha acreditado que la pared litigiosa fuera edificada realmente en la propiedad adquirida por el padre de la actora.

No puede compartir la Sala los fundamentos esgrimidos en la sentencia apelada por cuanto de las alegaciones de las partes, documentos aportados por éstas y declaraciones testimoniales practicadas resulta que lo (sic) con unos linderos perfectamente definidos que según la escritura privada de compraventa de fecha 29 de septiembre de 1.998 son los siguientes: al Oeste o frente con la calle de la ....., al Sur con la propiedad de don ....., al Norte con herederos de ..... y al Este o fondo con el inmueble núm. 3 de la calle ....., propiedad de don ..... Es el único solar que existe en la calle, está claramente definido en el Catastro y delimitado por los linderos que aparecen en dicho registro público coincidentes con los precisados en la escritura de compraventa y se corresponde con el corral que antiguamente pertenecía a la casa sita en el núm. 7 de la calle ..... (según manifestación de los testigos referenciados anteriormente), por lo que no existe posibilidad alguna de que sea confundida su identidad, y ello con independencia de la diferente medición de su superficie en la escritura privada de compraventa (donde constan 8 m<sup>2</sup>) y en el informe pericial emitido por el Arquitecto Técnico don ..... (donde constan 12,90 m<sup>2</sup>) que en nada afecta a la identidad del inmueble. El mismo demandado habla en todo momento de esa porción de terreno como un espacio determinado, como un «patio» único. Tampoco ofrece duda la transmisión de dicho patio a los herederos del Sr. .... pues cuando en la escritura pública de aceptación de herencia se hace referencia a la casa sita en ..... (Teruel),

calle núm. 2, se considera como lindero fondo «.....», no «patio interior», por lo que debe entenderse ya incluida en dicho inmueble la superficie adquirida por don ..... de la Sra. .... El propio colindante Sr. .... ha declarado que cuando compró la casa que antes pertenecía a la familia quiso adquirir también el corral ahora cuestionado pero le dijeron que ese trozo estaba vendido, por lo que antes de abrir una ventana a dicho patio pidió permiso al propietario del mismo, al Sr. ....

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

**Cuarto:** Todo lo dicho lleva a la estimación del recurso formulado porque la demanda debe ser estimada, siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo a la imposición de las costas causadas en primera instancia a la parte demandada.

Con arreglo al artículo 398 de la ley procesal civil no procede hacer especial pronunciamiento respecto a las costas procesales causadas en esta alzada.

#### NÚM. 34

S. APT de 24 de junio de 2008

**6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD: Apéndice: La disolución del matrimonio, por fallecimiento del esposo, tuvo lugar el 9 de julio de 1937, por lo que en la determinación del carácter común o privativo de los bienes son de aplicación las normas del Apéndice de 1925 vigente en aquella fecha y en particular su art. 48.3º, según el cual por presunción legal tienen la consideración de bienes comunes de la sociedad conyugal cualesquiera bienes cuya pertenencia exclusiva al marido o la mujer no esté suficientemente comprobada. Esta presunción legal desplaza la carga de probar el carácter privativo a aquél que lo afirme.**

**DISPOSICIONES CITADAS: arts. 48.3º Apéndice, 35 Lrem.**

**PONENTE: Ilmo. señor don Fermín Francisco Hernández Gironella.**

*Ante el JPI núm. 2 de Teruel se siguen autos de procedimiento para la división judicial de patrimonios (núm. 454/2007); la sentencia de 12-11-2007 desestima íntegramente la oposición a la relación de bienes señalados en la demanda y declara no haber lugar a la inclusión de los bienes alegados por los demandados, aprobándose el inventario de la comunidad conyugal. Los demandados interponen recurso de apelación (autos 111/2008) solicitando se estimase la oposición formulada al inventario de bienes; la APT estima en parte el recurso y acuerda la inclusión en el activo de las tres cuartas partes de los bienes inmuebles reclamados.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Se dan por reproducidos en la presente resolución los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho de la sentencia apelada, cuya parte dispositiva es del

tenor literal siguiente: «Que desestimando íntegramente la oposición suscitada por don ....., doña ..... y don ....., a la relación de bienes señalados en la demanda presentada por don ....., representados respectivamente por los Procuradores de los Tribunales señor ..... y señora ....., debo declarar y declaro no haber lugar a la inclusión de los bienes alegados por los demandados, aprobándose el inventario de la comunidad conyugal de don ..... y doña ....., declarándose disuelto el régimen económico matrimonial. Se imponen las costas a la parte demandada». Dicha sentencia fue aclarada mediante auto de fecha veintiocho de noviembre de dos mil siete, en el sentido de declarar disuelto y liquidado el régimen económico matrimonial.

**Segundo:** Contra la referida sentencia se preparó e interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por el Procurador don ..... en nombre y representación de don ....., don ..... y doña ....., que interesaron la revocación de la sentencia apelada, para que se dictase otra por la que se estimase la oposición formulada al inventario de bienes.

**Tercero:** El Juzgado de Primera Instancia tuvo por formalizado el recurso de apelación en providencia de fecha veintisiete de marzo de dos mil ocho, en la que se acordaba dar traslado del escrito de interposición a la parte contraria por diez días; presentando dentro de dicho plazo la representación del actor don ..... escrito oponiéndose al recurso y solicitando la desestimación del mismo y la confirmación de la resolución recurrida.

**Cuarto:** Elevadas las actuaciones a este Tribunal, que las recibió en fecha veintiséis de mayo de dos mil ocho, se acordó la formación del oportuno rollo, procediéndose en el mismo a la designación de Magistrado Ponente, y no habiéndose interesado el recibimiento a prueba en esta instancia ni estimándose necesaria la celebración de vista, se acordó señalar para la deliberación y votación el día de la fecha, tras lo cual quedaron los autos en poder del ponente para dictar la resolución acordada por la Sala.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero:** Frente a la sentencia de instancia, que desestima la oposición formulada por la parte demandada al inventario de bienes previo a la liquidación del régimen económico matrimonial, se alza la parte demandante alegando al efecto infracción de los artículos 1361 del C. Civil, 35 de la Ley Aragonesa de Régimen Económico Matrimonial y Viudedad y 217 de la Ley de E. Civil, estimando, en contra de lo que sostiene la sentencia recurrida, que debe de partirse de la presunción de ganancialidad o comunidad de los bienes, que en el presente caso no ha quedado destruida por las pruebas practicadas en el procedimiento.

**Segundo:** Con carácter previo es preciso salir al paso de las alegaciones efectuadas por la parte apelada en orden a la inadmisibilidad del recurso, con fundamento en la falta de concreción de las pretensiones formuladas en el mismo; alegaciones que deben de ser rechazadas, pues si bien es cierto que la parte recurrente, en su escrito de preparación del recurso señaló como pronunciamientos impugnados, los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho, la desestimación de la oposición y la condena en costas, y en el escrito de formalización del recurso se limitó a solicitar «que se dicte resolución de conformidad con lo expuesto en el presente escrito», no cabe duda que, tras la lectura del mismo, el Tribunal no alberga duda alguna de cuál es el objeto de la impugnación, que no es otro que la exclusión del inventario de bienes de los inmuebles sitos en la calle ....., números 24 y 31 de la localidad de Gea de Albaracín, un banal en el paraje denominado ..... así como de las cuentas corrientes de doña ..... al tiempo de su fallecimiento.

**Tercero:** Para la correcta resolución de la cuestión que se plantea en el presente procedimiento, hay que establecer las premisas siguientes:

1.ª Que los cónyuges don ..... y doña ....., respecto de los cuales se pretende formar el inventario de la sociedad conyu-

gal, tenían vecindad civil aragonesa, por lo que, en la determinación del carácter común o privativo de los bienes, serán aplicables las normas del Derecho Civil de Aragón.

2.<sup>a</sup> Que el momento al que debe de atenderse para la determinación del carácter privativo o consorcial de los bienes es el momento en que se produjo la disolución del matrimonio, por el fallecimiento del esposo, que tuvo lugar en fecha nueve de julio de mil novecientos treinta y siete.

3.<sup>a</sup> Que de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.3.º del Apéndice Foral de Aragón, vigente en aquella fecha, por presunción legal tienen la consideración de bienes comunes de la sociedad conyugal cualesquiera bienes cuya pertenencia exclusiva al marido o la mujer no esté suficientemente comprobada.

**Cuarto:** Así las cosas, la sentencia recurrida entiende que los bienes inmuebles situados en la calle ..... y en la “.....”, tienen el carácter de bienes privativos de doña ....., y por tanto deben de ser excluidos del inventario de bienes de la sociedad conyugal, basándose para ello, esencialmente, en el hecho de que tales bienes aparecían catastralmente inscritos a nombre de doña ....., en que así se hizo constar en la liquidación del impuesto sobre sucesiones, y en que no se ha aportado prueba alguna de que tales bienes fueran adquiridos constante matrimonio; sin embargo este planteamiento no puede ser asumido por la Sala, ya que supone una vulneración del reparto de la carga probatoria establecido en el artículo 217 de la Ley de E. Civil. Efectivamente la presunción legal del carácter común o consorcial de aquellos bienes cuya pertenencia exclusiva al marido o la mujer no esté suficientemente comprobada, desplaza la carga de probar el carácter privativo a aquel que lo afirme, y esta prueba no puede estimarse consumada por el hecho de que catastralmente aparecieran inscritos a nombre de doña ..... o de sus herederos, máxime cuando

su esposo había fallecido en el año mil novecientos treinta y siete, o porque uno de ellos, el demandante, hubiera incluido en la liquidación del impuesto de sucesiones aquellos bienes como privativos de aquélla; por el contrario, como ya tuvo ocasión de señalar esta Sala en su sentencia de fecha tres de marzo de dos mil cinco, unida a la demanda como documento número cinco, en su fundamento jurídico segundo, que aquí se da por reproducido, existen elementos para estimar que dichos bienes tenían carácter común o consorcial, al menos en tres de su cuatro partes, habida cuenta que : 1. Entre mil novecientos treinta y uno y mil novecientos cincuenta y dos la contribución sobre los mismos se giró a nombre de don .....; 2. Los recibos de contribución por el solar de la calle ..... se giraron y pagaron a nombre de don ....., que no era heredero de doña .....; 3. Don ..... vivió hasta el año 2000 en la casa de ..... sin ser perturbado en la posesión. Por lo tanto, en tales circunstancias debe de prevalecer la presunción de comunidad y en consecuencia incluirse tales bienes en el inventario de la sociedad conyugal, en la forma pretendida por la parte demandada.

**Quinto:** En lo que se refiere a las cuentas corrientes que tuviera a su fallecimiento doña ....., es preciso señalar que las mismas no pueden tener carácter consorcial, pues, como se ha dicho anteriormente el momento al que debe de atenderse para la determinación del carácter privativo o consorcial de los bienes es el momento en que se produjo la disolución del matrimonio por el fallecimiento del esposo, y por lo tanto, no existiendo elemento probatorio alguno de que en dicho instante hubiera cuentas corrientes de carácter consorcial, no procede hacer pronunciamiento alguno al respecto.

**Sexto:** Al estimarse el recurso, lo que determina la estimación parcial de las pretensiones de los demandados, no procede hacer imposición expresa a ninguna de las partes de las costas causadas en ambas instancias.



## NÚM: 35

S. APT de 16 de octubre de 2008

**83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Abuso de derecho:** *Con cita y transcripción parcial de las Ss. TSJA 31 de marzo de 2004, TS 2 de octubre de 1964 y TSJA de 23 de enero de 2008, sobre el régimen de las relaciones de vecindad en materia de luces y vistas regulado en el art. 144 Comp., así como de los requisitos necesarios para que el ejercicio del derecho del vecino a edificar o construir en su terreno tapando los huecos abiertos sobre él pueda considerarse abusivo, llega a la conclusión de que la actuación de los demandados levantando los muros de cierre de su patio interior, entre ellos el que ciega las ventanas del inmueble de la actora, está amparada en la norma jurídica civil y no existe abuso de derecho ni ejercicio antisocial del mismo.*

DISPOSICIONES CITADAS: art. 144 Comp.

PONENTE: *Ilma. señora doña María Teresa Rivera Blasco.*

*Ante el JPI núm. 2 de Alcañiz se siguen autos de juicio verbal (núm. 432/2007); la sentencia de 21 de abril de 2008 desestima íntegramente la demanda; la parte demandante interpone recurso de apelación (autos núm. 142/2008) solicitando la condena a la demandada a ejecutar a su costa las obras necesarias para reabrir las ventanas que tenían abiertas. La APT desestima el recurso con imposición de las costas de la azada a la apelante.*

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** El fallo de la sentencia apelada es del tenor siguiente: «Desestimando íntegramente la demanda formulada por la Procuradora doña ..... en nombre y representación de la Peña, contra doña ..... y la herencia yacente y herederos de don ....., ABSUELVO a los demandados de todos los pedimentos contra ellos for-

mulados, con imposición a la parte actora de las costas procesales».

**Segundo:** Notificada dicha resolución, contra la misma interpuso recurso de apelación la Procuradora doña ..... en la representación indicada, solicitando una sentencia que, revocando la de primera instancia, condene a la parte demandada «a ejecutar a su costa las obras necesarias para reabrir en el tabique adosado a la pared de la edificación propiedad de la Peña (c/ núm. de Alcorisa) como delimitadora del patio de luces, los huecos para luces y vistas, y en definitiva las ventanas que tenían abiertas en la primera y segunda planta de su inmueble, para permitir vistas, la entrada de luz y ventilación por las dos ventanas tapiadas. La parte actora dotará a dichos huecos de los elementos de protección a los que hace referencia el artículo 144 de la Compilación Aragonesa, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada».

**Tercero:** La Procuradora doña ....., en la representación indicada, se opuso al recurso de apelación y solicitó la confirmación de la resolución impugnada.

**Cuarto:** Remitidos los autos a esta Audiencia se ordenó la formación del rollo correspondiente y se designó Ponente, quedando el rollo en poder del Ponente para dictar la correspondiente sentencia tras la deliberación del Tribunal que tuvo lugar el día dos del presente mes de octubre.

**Quinto:** En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Partiendo del hecho admitido por las partes litigantes de que la finca propiedad de la actora no tiene a su favor una servidumbre de luces y vistas y que las ventanas existentes en su pared que dan al patio de luces propiedad de la parte demandada respondían al régimen normal en las relaciones de vecindad para dar luz y ventilación a dos de las estancias de la

casa, la cuestión sometida a la consideración del tribunal, tras haber sido cegadas dichas ventanas por un muro construido por los demandados, es la determinación de si dicho cerramiento responde a fines objetivamente permitidos como facultades dimanantes del derecho de propiedad inmobiliaria o bien, por el contrario, a perjudicar a la actora sin beneficio o utilidad propia. Invoca la demandante en su recurso, reiterando lo manifestado en la instancia, la doctrina del abuso del derecho, alegando que no ha quedado acreditada la utilidad que pudiera justificar la realización del tabique y cita como infringido el artículo 144.3.º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón.

Dicho precepto regula las relaciones de vecindad en Aragón de la siguiente manera: «1. Tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio, como en pared medianera, pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas. 2. Dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código Civil, los huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente. 3. La facultad concedida en este artículo no limita el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna». En interpretación de dicho precepto, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 31 de marzo de 2004, en su fundamento de derecho octavo, afirma que «el Derecho aragonés ha establecido históricamente, y mantiene en su regulación vigente, un régimen normal en las relaciones de vecindad que establece un sistema de tolerancia a los huecos abiertos, pero debidamente protegidos, aunque advirtiendo que dichos huecos no constituyen signo aparente de servidumbre, ni impiden al propietario del predio sobre el que dan los huecos edificar en su propiedad, a cualquier distancia del contiguo o colindante.» Expone a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 octubre 1964 que se trata de un acto

meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación en quien lo soporta, por lo que en cualquier momento puede hacer cesar la situación, todo ello según dispone el artículo 144.3.º de la Compilación Foral. También la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1989, citada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 1/2008 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1), de 23 enero, dice que «sin dejar de reconocer el incuestionable derecho que el propietario del fundo sobre el que aparecen abiertas las ventanas tiene a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna respecto de dichos huecos, conforme establece el párrafo 3.º del citado artículo de la Compilación aragonesa, de cuyo derecho podrá usar en cualquier momento en la forma indicada, o sea, mediante una construcción o edificación, pues la permisión de abrir huecos o ventanas contenida en los párrafos 1.º y 2.º de dicho precepto, con acogimiento a los cuales fueron abiertas las nueve ventanas a que se refiere este proceso, no es más que un acto meramente tolerado y potestativo, como simple relación de vecindad, que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta, sin embargo no puede ser jurídicamente permisible que, pretendiendo acogerse a ese incuestionable derecho que le concede el citado párrafo 3.º del artículo 144 de la aludida Compilación, el dueño del fundo sobre el que aparecen abiertos tales huecos trate de cerrarlos o taparlos, sin realizar, como establece dicho precepto, alguna construcción o edificación». En este caso, continúa diciendo la citada sentencia, se «configura una clara y típica situación de abuso de derecho, prescrita por el artículo 7.º del Código Civil de indudable aplicación a este supuesto (art. 13 del mismo Cuerpo legal), al concurrir las circunstancias que, según reiterada doctrina de esta Sala, determinan la existencia de la misma, cuales son las subjetivas de intención de perjudicar o falta de una finalidad seria y legítima, y las objetivas de exceso o anormalidad en el ejercicio del

derecho (Sentencias de 26 de abril de 1976; 2 de junio de 1981; 22 de abril de 1983, 23 de mayo de 1984, 14 de febrero de 1986, entre otras)».

**Segundo:** En aplicación de dicha doctrina la juzgadora de instancia desestimó la demanda interpuesta por la Peña ..... al considerar no acreditado el abuso de derecho por parte de los demandados en la realización de las obras en cuestión y sí una finalidad legítima de reparar y elevar todas las paredes de su patio de luces, no sólo la que linda con la pared de la casa de la actora, para cerrar su patio, para evitar las inmisiones de ruidos procedentes de la finca vecina superiores a las que procederían de una vivienda de uso normal dado el uso recreativo al que destina el inmueble la actora, y para preservar la intimidad de sus propietarios. Pues bien, la tesis sustentada en la sentencia que se recurre es ajustada a derecho, ya que el tapiado de las ventanas responde no solamente al propósito de reparar el patio de luces y cerrarlo cubriéndolo con una claraboya (aunque finalmente no pudo ponerse ésta por restricciones de seguridad de la compañía suministradora de gas al estar instalada allí la calefacción) sino que tiene también su fundamento en la protección del derecho a la intimidad. Frente a este último argumento esgrime la parte apelante que ya cuando se realizó la compra del inmueble por parte de la Peña demandante a los ahora demandados, anteriores propietarios del mismo, conocían perfectamente cuál era la actividad de la actora y no pusieron ninguna objeción ni limitación a la misma, ni se ha producido queja alguna en los años siguientes a la fecha de la compraventa en el año 1998. No rebate, sin embargo, que desde las ventanas existentes en su inmueble puede observarse no sólo la actividad que puedan realizar los demandados en el patio de su propiedad con el que limita la pared de la actora, sino incluso también dentro de la casa dada la proximidad de unas ventanas a otras (en el juicio se habló por las partes y por los testigos de unos cuatro metros más o menos), ni tampoco objeto que las actividades realizadas en el

inmueble por los miembros de la Peña pueden perjudicar la intimidad y el sosiego de los moradores de la vivienda de enfrente.

Tiene declarado en este sentido el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en su sentencia de 23 de enero de 2008 que no puede considerarse abusivo el cierre cuando «tiene fundamento en la protección del derecho a la intimidad, reconocido constitucionalmente, y que en este caso se vería seriamente afectado por las vistas de los ocupantes de la casa de la actora, pues podrían desde su ventana observar, a muy escasa distancia, toda actividad que se realizara en el espacio de terraza de los demandados sita en la planta primera, siendo relevante el hecho de que tal actividad se llevaría a efecto en el domicilio de éstos, que es el espacio privilegiado de intimidad. Como expresa la sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre de 2004 (Sala Primera), en su fundamento jurídico segundo, «Constituye doctrina constitucional reiterada que el derecho a la intimidad personal garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución Española, implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana»; de modo que «confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido. De ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada». Continúa diciendo nuestro Tribunal Superior de Justicia de Aragón que «los derechos fundamentales, constitucionalmente reconocidos, tienen relevancia no sólo respecto a la actuación de las administraciones públicas y al poder legislativo, a quienes obliga a actuar y legislar en protección adecuada de ellos, sino también a

los particulares en sus relaciones de Derecho privado, por cuanto el ejercicio de los derechos que las normas civiles les reconocen ha de llevarse a cabo teniendo en consideración especial el horizonte de los derechos fundamentales, que no podrán ser vulnerados en la relación jurídica, salvo que exista norma expresamente habilitadora; y, en el mismo sentido, la posible estimación de un abuso de derecho habrá de hacerse ponderando la necesaria protección de esos derechos.»

Por todo ello, y dando aquí por reproducidos los fundamentos de la sentencia

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

**Tercero:** Con arreglo al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede condenar a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.

## ZARAGOZA, 2008

36

## NÚM. 36

S. APZ Secc. 5.ª de 10 de enero de 2008

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: DEBER DE CRIANZA Y EDUCACIÓN: Gastos de los hijos mayores o emancipados: Por lo que respecta a la culpa de la alimentista en la tardanza en concluir sus estudios universitarios resulta aplicable al caso el artículo 142 Cc. y no el 66 de la Ley de Derecho de la Persona de Aragón. El precepto del Cc. marca una pauta más flexible que la norma autonómica. Deberá prestarse alimentos al mayor de edad para su formación si no la hubiere terminado «por causa que no le sea imputable». Siendo, por lo tanto, los 26 años del precepto autonómico un criterio meramente orientativo.**

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 142 Cc., 66 LDp.

PONENTE: Ilmo. señor don Antonio Luis Pastor Oliver.

Ante el JPI núm. 3 de Zaragoza se siguen autos de alimentos provisionales núm. 1421/2006 en los que el padre pide que se declare extinguida su obligación de pasar a su hija de 26 años la pensión de alimentos fijada judicialmente; la sentencia de 29 de junio de 2007 estima parcialmente la demanda y declara limitada la obligación de alimentos al presente curso y el próximo curso lectivo 2007-2008, quedando extinguida a partir de entonces. Ambas partes interponen recurso de apelación (autos 551/2007) y la sentencia núm. 4/2008 de la APZ (Sección 5ª) desestima el recurso del padre y estimando parcialmente el de la hija declara que la obligación del alimentante de cobertura económica académica de la alimentista abarcará los cursos 2007-2008 y 2008-2009.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Se aceptan los de la sentencia apelada de fecha 29 de junio de 2007, cuyo

FALLO es del tenor literal: «FALLO: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por don ..... contra doña ..... debo declarar y declaro limitada la obligación del Sr. .... respecto de los gastos de matrícula, desplazamientos al Centro de Estudios, libros y material didáctico al presente curso y el próximo curso lectivo 2007-2008, quedando extinta a partir de entonces. En el resto de pretensiones absuelvo a la parte demandada de los pedidos deducidos de contrario. No se hace expresa imposición de costas».

**Segundo:** Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de ambas se interpusieron contra la misma sendos recursos de apelación, y dándose traslado a la parte contraria se opusieron al del contrario, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

**Tercero:** Recibidos los Autos y cinta de vídeo, y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, señalándose día para deliberación, votación y fallo el 8 de enero de 2008.

**Cuarto:** En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la sentencia recurrida, y

**Primero:** El demandante, progenitor de la demandada, instó en su demanda que se declarara extinguida la pensión de alimentos que estaba obligado a pasarle en cumplimiento de resolución judicial y ello en atención a varias razones. En primer lugar, porque lleva desde 1998 matriculada en la Escuela de Ingeniería Técnica Agrícola, es decir, ocho años y aún no ha

acabado la carrera, lo que implica que es su dejadez la única que le impide obtener la titulación precisa y acceder al mercado laboral, como correspondería a sus 26 años de edad. Y, en segundo lugar, que la actual situación de jubilado del padre, ha supuesto una merma en sus ingresos que es preciso tener en cuenta para reducir sus obligaciones como alimentante.

Se opone a ello la hija, alimentista, pues –en esencia– considera que su situación académica se ha visto ralentizada por las constantes disputas y contiendas jurídicas con su padre, que le han llevado incluso a solicitar asistencia psicológica. Además, se opone radicalmente al argumento económico, ya que los ingresos y el patrimonio de su padre rebasan con mucho los mínimos que le serían exigibles para seguir prestando su obligación alimenticia.

**Segundo:** La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda, limitando la obligación del padre al pago de gastos de formación académica al curso lectivo 2007-2008. Manteniendo el débito alimenticio.

Recurre el padre e insiste en sus argumentos solicitando la estimación íntegra de la demanda. A su vez recurre la hija, pidiendo se mantenga la obligación de asistencia a su formación hasta que acabe sus estudios y que se condene en costas al actor y apelante por su temeridad y mala fe.

**Tercero:** Por lo que respecta al argumento de naturaleza económica la prueba ha demostrado que el Sr. .... posee una solvencia financiera bastante para mantener el gasto que su deber alimenticio actual le impone. Baste a tal efecto observar su declaración de renta y patrimonio correspondientes a 2005 y los movimientos de sus cuentas bancarias.

Por el contrario la Sra. .... (hija) posee unos ingresos mínimos irregulares en una empresa para la que trabaja como vendedora y –sin embargo– precisa de lo necesario para vivir, pagando un alquiler

de 365,83 euros mensuales, además de lo pertinente de luz, agua, vestir, comida, etc.

**Cuarto:** Por lo que respecta a la culpa de la alimentista en la tardanza en concluir sus estudios universitarios, es preciso recalcar que el precepto aplicable es el artículo 142 del Código Civil. Y no el artículo 66 de la ley 13/06, de 27 de diciembre de Derecho de la persona, de la C.A. de Aragón. Así lo reconoce la sentencia apelada. El precepto de nuestro Código sustantivo marca una pauta más flexible que la de la norma autonómica. Deberá de prestarse alimentos al mayor de edad para su formación si no la hubiere terminado, «por causa que no le sea imputable». Siendo, por lo tanto, los 26 años del precepto autonómico un criterio meramente orientativo.

Con independencia de la mayor o menor dificultad de una carrera técnica de tres años, 8 años no se antoja un período normal de conclusión de la misma. Pero, bien es cierto que en las circunstancias que rodean el desarrollo académico de doña ..... ha influido su situación personal y familiar, como se deduce de la necesidad de asistencia psicológica. No puede, por tanto, concluirse que el retardo en concluir la carrera se debe a causa exclusivamente imputable a la alimentista.

Otra cosa es que ello le conceda una absoluta «patente de corso» para dilatar el cumplimiento de sus obligaciones estudiantiles, pues todo derecho lleva ínsito en las personas dotadas de capacidad jurídica y de plena capacidad de obrar un deber de comportamiento correlativo o equivalente, que hace referencia a la máxima del «equilibrio» que sostiene el principio de «justicia material». Así se desprende de las «ratio decidendi» de las Ss.T.S. 23 de febrero y 30 de diciembre de 2000 y de 28 de noviembre de 2003.

**Quinto:** En base a ello, restándole a la alimentista varias asignaturas y el proyecto fin de carrera para concluir definitivamente la misma, considera esta Sala más procedente conceder la cobertura académica (matrícula, libros, desplazamientos, mate-

rial didáctico...), durante los cursos 2007-2008 y 2008-2009. Modificando en este sentido la sentencia apelada.

**Sexto:** La naturaleza de lo debatido y las consecuencias de ello, permiten no hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de ninguna de ambas instancias (arts. 394 y 398 de la LEC).

*prevista en la legislación aragonesa, sin perjuicio de las normas sobre protección de la legítima colectiva.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 9.1, 14, 16, 673 y 687 Cc.; 256, 272 y 274 Comp. navarra; 139 Comp.; 109 y 149-3 Lsuc.

**PONENTE:** Ilmo. señor don Javier Seoane Prado.

37

### NÚM 37

S. APZ Secc. 5.ª de 21 de enero de 2008

**0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: VECINDAD CIVIL: Adquisición por residencia decenal: Adquisición de la vecindad civil aragonesa por residencia de diez años en Zaragoza sin manifestación en contrario (art. 14.5 Cc.), pese a que también se hallaban empadronados en Pamplona y creían tener la vecindad civil navarra. Los datos del empadronamiento tan sólo se pueden tomar como un dato a valorar, pero no demuestran por sí solos una residencia efectiva y real (vid., entre otras, STS 15-11-1991), ya que se trata de un dato administrativo cuya correspondencia con la realidad no se comprueba durante toda su vigencia por los encargados de la llevanza de este Registro. Por otra parte, la vecindad no depende de la voluntad o conciencia de los afectados, sino de las normas que la regulan.**

**721: DISPOSICIONES GENERALES: INEXISTENCIA DE RESERVA DE BIENES: Aunque los testadores se creían de vecindad navarra, eran de vecindad aragonesa y su sucesión se rige por este Derecho en el que, a diferencia del navarro, no existe la reserva legal de bienes a favor de los hijos del primer matrimonio (art. 139 Comp., y actual 140.3 Lsuc.). Lo mismo cabe decir de la inficiencia que se pretende por las hijas bajo alegato de que la viuda ha recibido en la herencia de su padre más de lo percibido por ellas, pues dicha limitación no se halla**

Ante el JPI núm. 7 de Zaragoza se siguen autos de juicio ordinario (núm. 846/2006); la sentencia de 3-9-2007 estima parcialmente la demanda y declara que el testamento abierto otorgado en 2002 ante notario de Pamplona no ha respetado el derecho de reserva de las actoras como hijas del primer matrimonio, establecido en el artículo 274 Comp. navarra, por lo que declarado que los bienes inventariados tienen la condición de reservables en su mitad y sobre ellos, en dicha mitad, deben suceder a su padre las hijas del primer matrimonio por terceras e iguales partes; las demandantes y una code mandada interponen recurso de apelación (autos 591/2007); la sentencia núm. 22/2008 de la APZ (Secc. 5.ª), aunque mantiene que las herencias de los dos cónyuges se hallan regidas por el Derecho civil aragonés, y no por el navarro, considera que tal solución implicaría una «reformatio in peius», en tanto que la apelante, a consecuencia de la estimación de su recurso, quedaría en peor condición que la resulta para ella de la sentencia apelada, por lo que acuerda mantener la misma.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Se aceptan los de la sentencia apelada de fecha 3 de septiembre de 2007, cuyo FALLO es del tenor literal: «FALLO: ESTIMANDO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por doña ..... contra doña ..... debo declarar y declaro:

1. Que el testamento abierto otorgado por don ....., el 30 de julio de 2002 ante el Notario de Pamplona don ..... de su protocolo, no ha respetado el derecho de reserva de las actoras como hijas del primer matrimonio, establecido en el artículo 274 de la CDCFN.

2. En consecuencia, declaro que los bienes inventariados en el acta de aceptación de herencia de 3 de mayo de 1991 por el Sr. .... ante el Notario don ..... que son:

- piso en la C/, 44, pral. Izdo.
- piso en la C/, 37,
- piso 6º, Estudio 2.ª puerta, ático en c/, 27-29 y 31,
- nave industrial núm. 12 de la manzana A en el término R, partida de ..... de Zaragoza.

Tienen la condición de reservables en su mitad indivisa y sobre ellos, en dicha medida, deben suceder al Sr. .... las hijas del primer matrimonio por terceras e iguales partes.

En cuanto a los bienes reservables que han sido enajenados, la reserva se entenderá sobre la mitad del dinero obtenido por la venta, en igual proporción entre las herederas, actualizado conforme al IPC desde la fecha del fallecimiento del Sr. ...., 19 de abril de 2004.

3. Las costas, no se hará expresa condena.»

**Segundo:** Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de las demandantes y la codemandada doña ..... se interpusieron contra la misma sendos recursos de apelación, y dándose traslado a las partes se opusieron al del contrario, oponiéndose a todos la codemandada Sra. ...., remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

**Tercero:** Recibidos los Autos y cinta de vídeo, y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, señalándose día para deliberación, votación y fallo el 14 de enero de 2008.

**Cuarto:** En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se oponen a los de la presente resolución y

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

En fundamento de tal petición, las actoras relatan que sus finados padres contrajeron primeras nupcias en Bilbao el día 24 de julio de 1962; que, ostentando vecindad civil navarra, otorgaron testamento de hermandad regulado en la legislación civil propia de dicho territorio por el que se instituyeron mutua y recíprocamente herederos universales; que fallecida la esposa el día 9 de marzo de 1991, don ..... procedió a la aceptación de herencia de aquélla por escritura pública de 3 de mayo de 1991, en la que se hacía manifestación e inventario de bienes del matrimonio y se adjudicó una mitad de los mismos por disolución y liquidación de la sociedad de conquistas y la otra mitad por herencia de su esposa; que de los bienes así adquiridos, enajenó tres de ellos, de tal forma que tan sólo quedan en la actualidad los dos que se descri-



ben en la demanda. Como datos igualmente relevantes, las actoras señalan, igualmente, que su padre contrajo matrimonio en segundas nupcias con doña ..... el día 3 de junio de 2000, estado en que otorgó el testamento impugnado en el que, respetando tan sólo la legítima formal navarra, lega a su segunda esposa todas las participaciones propiedad del testador en SL, con prohibición de disponer para que al fallecimiento de la legataria pasen las mismas a sus hijas por partes iguales entre ellas; asimismo, lega a su segunda esposa el usufructo vitalicio de todos sus bienes, y nombra herederas universales por iguales partes en el remanente a sus tres hijas del primer matrimonio. Don ..... fallece, vigente el testamento, el día 19 de abril de 2004.

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

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

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

Finalmente, tanto esta última como las actoras se oponen a la demanda reconvenccional, la primera por cuanto que nunca la reconviniente había cuestionado la vecindad navarra de sus progenitores, pese a que existió ya un procedimiento judicial sobre la herencia de éstos, y hacerlo ahora implica ir contra los propios actos; y las segundas, se oponen a la demanda reconvenccional insistiendo en la vecindad civil navarra de don ..... y doña ....., en tanto que el primero nació en Pamplona y con tal vecindad contrajo matrimonio con doña ....., que la adquirió por razón del mismo conforme a la legislación entonces vigente, y que estuvieron empadronados en Pamplona ininterrumpidamente desde el día 31 de diciembre de 1970 hasta su fallecimiento, y, además, sostienen que cualquiera que fuera su vecindad el mero otorgamiento del testamento de hermandad navarra no daría lugar a la nulidad de esta última voluntad en Aragón, en donde se acoge el testamento mancomunado.

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

Partiendo de ello, la juez *a quo* concluye la infracción del artículo 274 FNV por no haberse dado cumplimiento al mandato que impone la reserva en caso de segundas nupcias, así como del artículo 256 FNN por no haberse excluido los bienes reser-

vables del usufructo universal legado a la segunda esposa, lo que determina la nulidad de las disposiciones testamentarias que incurrir en dicha violación.

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

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

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

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

legitimarios de sus hijas al desheredarlas *de facto*.

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

**Segundo:** Vecindad civil de los causantes.

Conforme al artículo 14 CC la sujeción al derecho civil común o foral se determina por la vecindad civil, la cual se adquiere de origen por la vecindad de los padres, así como por residencia por el tiempo señalado en dicho artículo, y, hasta el año 1990 por matrimonio.

En el presente caso, nada consta sobre la vecindad civil de los padres de ninguno de los causantes, pero sí que don ..... nació en Pamplona en el año 1929 y doña ..... en ..... (Zamora) el 17 de septiembre de 1929, y que contrajeron matrimonio el año 1962 en Bilbao, en donde fijaron su inicial residencia. Al menos desde el día 31 de diciembre de 1975 y hasta el día 1 de marzo de 1991, día en que causaron baja por no renovación, ambos esposos se hallan empadronados en el municipio de Zaragoza, y también en el de Pamplona, lugar este último en donde doña ..... permaneció empadronada hasta el día 1 de mayo de 1996 (sic) y don ..... hasta el día de su fallecimiento (19 de abril de 2004), y de la prueba practicada –documental aportada por doña ..... e interrogatorio de los litigantes– ha resultado acreditado que el matrimonio fijó su residencia en Zaragoza al menos desde el año 1967 hasta el fallecimiento de doña ....., que ocurrió en Zaragoza teniendo su domicilio en dicha localidad, según consta en su certificado de defunción –al igual que ocurre con igual certificado de don .....–, pues así resulta de los libros de escolaridad y documentos de vacunación aportados por dicha parte y del hecho de que en esta localidad fue donde se constituyó la empresa familiar, lo que por otra parte no es discutido por ninguna de las demás litigantes, quienes, para apoyar su aserto de

vecindad navarra tan sólo alegan la convicción que padres e hijas tenían sobre tal circunstancia, así como los datos de empadronamiento, los cuales tan sólo se puede tomar como un dato a valorar, pero no demuestran por sí solos una residencia efectiva y real (*vid* entre otras STS 15 de noviembre de 1991), ya que se trata de un dato administrativo cuya correspondencia con la realidad no se comprueba durante toda su vigencia por los encargados de la llevanza de este Registro.

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

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

normas sobre protección de la legítima colectiva, lo que no ha sido objeto de debate en el presente juicio.

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

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

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

En consecuencia con todo ello procede el rechazo de la pretensión reconvenzional de nulidad de los testamentos de mención y que se proceda a la apertura de la sucesión legal de la herencia de doña .....

**Quinto:** Lo dicho hasta ahora conduce a la estimación de la apelación formulada por doña ....., en cuanto esta mantiene, como nosotros, que las herencias de sus dos progenitores se hallan regidas por el Derecho civil propio de esta Comunidad Autónoma, y no por el navarro, lo que daría al rechazo de la demanda en cuanto interesa la reserva del bínubo establecida en este último, y por ende a la revocación de la sentencia que concede dicha reserva.

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

**Sexto:** La complejidad fáctica sobre la determinación de la vecindad civil de los causantes, así como la convicción que sobre ella tenían los litigantes, mueven a esta Sala a aplicar la previsión establecida en el artículo 394 LEC para la no imposición de las costas en ninguna de las instancias (art. 398 LEC).

*demás consortes no heredan del consorte muerto, sino que aquéllos reciben los bienes consorciales del causante del consorcio (o ascendiente). En este sentido, el artículo 59.3 Lsuc. completa la regulación del artículo 142.3 Comp. estableciendo que la parte del consorte fallecido acrece a los demás «como procedente del ascendiente que originó el consorcio». Es decir, se produce únicamente la desaparición de uno de los elementos personales del consorcio, permaneciendo el mismo objeto.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 142 Comp.; 11, 9, 58, 59 y DT 6.ª Lsuc.

**PONENTE:** Ilma. Sr. doña M.ª Jesús de Gracia Muñoz.

*Ante el JPI núm. 2 de Zaragoza se siguen autos de juicio ordinario núm. 454/2006; la sentencia de 27-3-2007 desestima la demanda; el demandante interpone recurso de apelación (autos 352/2007) y la sentencia 36/2008 de la APZ (Secc. 4) desestima el recurso.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

**Segundo:** Seguido el juicio por sus trámites legales ante el Juzgado Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza, por el mismo se dictó sentencia con fecha veintisiete de marzo de dos mil siete, cuya parte dispositiva dice: Que, desestimando la demanda interpuesta por don ..... contra don ....., debo absolver y absuelvo a estos de los pedimentos contenidos en la demanda, con imposición de costas a la parte actora.

**Tercero:** Notificada dicha resolución a las partes, por don ..... se interpuso recurso de apelación, y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales del juicio a este Tribunal donde han comparecido los litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida. Y señalándose para discusión y votación el día 15 de enero de 2008 en que tuvo lugar.

#### NÚM. 38

*S. APZ (Secc. 4.ª) de 25 de enero de 2008*

**717: CONSORCIO FORAL: DERECHO TRANSITORIO:** *El consorcio foral se originó en el momento de fallecimiento de la causante (1976) y no en el momento en que se hubiera aceptado su herencia (1983) como se alega en el recurso. El artículo 142 Comp. es aplicable por la fecha de fallecimiento de la causante. Pero los efectos del consorcio se regulan por la Lsuc. después de su entrada en vigor, aunque el consorcio se hubiera originado antes, según su DT 6.ª. EFECTOS: Acrecimiento: Una de las características del consorcio foral es el acrecimiento que se produce al morir uno de los consortes sin descendencia, en cuyo caso los*

**Cuarto:** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero:** La parte actora formuló demanda solicitando la nulidad de la escritura pública de manifestación y aceptación de herencia, con su subsanación y rectificación de fecha 15 de septiembre de 2005, otorgada por la parte demandada. Alegó que tiene legitimación para ello por haber sido instituido heredero universal por doña ....., sin haber sido llamado ese otorgamiento (sic), entendiéndose que no se debió haber constituido en dicha escritura un consorcio foral en la herencia de Doña ni un acrecimiento de la parte de su hija, doña ..... al ser otorgantes doña ..... y doña ....., biznietas de doña ....., sin que doña ..... (hija de doña P) ni su hija aceptaran la herencia de doña P, pese a estar facultadas para constituir el consorcio. Considera finalmente que procede la aplicación del régimen de propiedad ordinaria, todo ello según los arts. 208.1, art 58.1, art 59.1 Ley Sucesiones por Causa de Muerte en Aragón y determinados preceptos del CC sobre nulidad de los contratos.

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

La sentencia, tras una remisión a los antecedentes históricos del consorcio foral, la interpretación doctrinal y la determinación de la legislación aplicable, desestimó la demanda por considerar que el consorcio foral respecto a la herencia de la causante (doña P, fallecida el 23 de diciembre de 1976) se formó por nietos y biznietos, consortes estos dos últimos en virtud de sustitución de su madre (doña A), nieta de la causante, produciéndose acrecimiento de la parte de doña A en favor del resto de los consortes, todo ello según el art. 142 de

la Compilación, aplicable según las disposiciones transitorias primera y sexta de la Ley aragonesa de Sucesiones por causa de Muerte en Aragón de fecha 24 de enero de 1999 y arts. 58 y 59 y 19 de esta última.

Interpone recurso de apelación la parte actora por considerar que se ha infringido el artículo 58 y el 19 de la Ley aragonesa de Sucesiones, entendiéndose que los biznietos no pueden concurrir en el consorcio, y que de admitir lo contrario no tendría efecto la voluntad testamentaria de Doña A, que se vería anulada por la ampliación del consorcio foral. Considera también que las biznietas hubieran podido llegar a ser consortes si su madre (nieta de doña P), y en vida, hubiera formalizado escritura de aceptación de la herencia de su abuela, constituyéndose el consorcio, lo que entiendo se ha de efectuar en escritura pública según al artículo 60.1 de la Ley de Sucesiones.

**Segundo:** Como se establece en la resolución recurrida, el art 142 de la CDCA, es aplicable por la fecha de fallecimiento de la causante, doña P, en 23 de diciembre de 1976. Dicho precepto se refiere a la institución del consorcio foral, reflejado ahora en el art 58 de la Ley aragonesa de Sucesiones 1/1999. Resulta de esa regulación que el consorcio foral es una institución de origen sucesorio, o comunidad hereditaria, formada por ministerio de la Ley entre los descendientes que suceden a sus ascendientes en determinados bienes inmuebles en estado de indivisión. Como alega la parte apelada, el consorcio se originó en el momento del fallecimiento de la causante (23 de febrero de 1976) y no en el momento en que se hubiera aceptado su herencia, como se alega en el recurso.

En el caso, al fallecer Doña P quedó constituido el consorcio entre sus tres hijas (doña P, doña S y doña As) y sus nietos, hijos de los hijos (don Je, don M y Don E) premuertos de la causante (doña P), las primera por derecho propio y los nietos por derecho de preestación. Hijas y nietos habían sido declarados herederos de doña P por auto de fecha 24 de enero de 1983

según resulta de la escritura pública aportada con la demanda. Constituido el consorcio, las hijas de la causante doña P fallecieron, doña P el 31 de enero de 1998, doña Sa el 18 de mayo de 1999 y doña A el 23 de noviembre de 2004. Los efectos del consorcio se regulan por la Ley de Sucesiones 1/1999 después de su entrada en vigor, aunque el consorcio se hubiera originado antes, según su Disposición Transitoria Sexta.

Una de las características de esta institución es el acrecimiento que se produce al morir uno de los consortes sin descendencia, en cuyo caso los demás consortes no heredan del consorte muerto, sino que aquéllos reciben los bienes consorciales del causante del consorcio (o ascendiente) y no del consorte fallecido. En este sentido, el artículo 59.3 de la Ley 1/1999 completa la regulación anterior del artículo 142.3 de la Compilación, estableciendo el primer precepto que la parte del consorte fallecido acrece a los demás «como procedente del ascendiente que originó el consorcio». Es decir, se produce únicamente la desaparición de uno de los elementos personales del consorcio, permaneciendo el mismo objeto.

Fallecida doña A el 23 de noviembre de 2004, su parte del consorcio acreció a los demás consortes, sin que ello suponga que se anule su voluntad testamentaria, como se alega en el recurso, por cuanto ésta se ejerció, si bien su objeto será la ordenación del destino de las relaciones jurídicas subsistentes a la fecha de su fallecimiento (art. 1 de la Ley 1/1999). En ese momento, el elemento subjetivo del consorcio, que ya existía, lo componían los nietos, (hijos de los hijos premuertos de la causante), la hija (y nieta de la causante) de doña P pues al fallecer ésta el 31 de octubre de 1998 su hija le sucedió en la cuota consorcial. Respecto a la hija (doña S) de la causante fallecida el 18 de mayo de 1999, el consorcio se extendió a sus nietas (doña R y doña S), hijas de su premuerta hija M al haber sido instituidas herederas por Doña Sa en testamento otorgado por esta última, sucedien-

do a su causante en la cuota consorcial, y adquiriendo la cualidad de consortes, sustituyendo al disponente conforme a los artículos 19 y ss. Ley Sucesiones, que no establecen limitación de grados. En consecuencia, el recurso ha de ser desestimado.

**Tercero:** Al desestimarse el recurso de apelación las costas han de ser impuestas a la parte apelante (art. 398 LEC).

### NÚM. 39

*S. APZ (Sec. 4.ª) de 30 de enero de 2008*

**83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Prescripción:** *La prescripción extintiva de las acciones reales reguladas en el artículo 1963 Cc. no es de aplicación a la facultad de exigir la colocación de reja y red que establece el artículo 144.2 Comp., acción que es imprescriptible porque, al desarrollarse las relaciones de vecindad en el ámbito de los actos tolerados, su ejercicio anormal eludiendo la colocación de protecciones en los huecos abiertos no puede dar lugar a prescripción adquisitiva o extintiva de ninguna clase, conclusión ésta que parece más conforme con el artículo 1942 Cc. (S. APZ Sec. 5.ª 2 de diciembre de 1992). Derecho transitorio: Aunque las ventanas existiesen con anterioridad a la entrada en vigor del Apéndice, estando sometidas inicialmente a la regulación de la Obs. 6.ª «De aqua pluviali arcenda», que no obligaba a la colocación de reja o red, por la aplicación de la DT 9.ª de la Compilación la regulación que sobre apertura de huecos en pared propia o medianera se establece en su artículo 144 es aplicable a las ya construidas al tiempo de entrar en vigor la citada Compilación, por lo que la obligación de colocar reja y red existe desde la vigencia de dicha Compilación.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** *Obs. 6.ª «Aqua pluviali arcenda»; arts. 15 Apéndice; 144 Comp.; 1942, 1963 Cc.*

**PONENTE:** *Ilmo. señor don Eduardo Navarro Peña.*

*Ante el JPI núm. 2 de Ejea de los Caballeros se siguen autos de juicio verbal núm. 168/2007, sobre obligación de hacer derivada de relaciones de vecindad; la sentencia de 4 de julio de 2007 desestima la demanda; la demandante interpone recurso de apelación (rollo 438/07) y la sentencia núm. 42/2008 de la Secc. 4.ª de la APZ estima en parte el recurso y condena al demandado a instalar reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente, en todos y cada uno de los huecos existentes.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los correlativos de la sentencia recurrida; y

**Primero:** La anterior sentencia contiene la parte dispositiva siguiente: «FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por doña ..... contra don ....., debo absolver y absuelvo a este último de todos los pedimentos efectuados en su contra, con expresa imposición de costas a la parte actora.»

**Segundo:** Notificada dicha sentencia a las partes, la representación procesal de la actora preparó contra la misma recurso de apelación en tiempo y forma hábiles, y emplazada que fue para que lo interpusiera en legal forma, así lo efectuó mediante la formulación del correspondiente escrito, en el que expuso las alegaciones que tuvo por conveniente para fundamentarlo, solicitando se dictara sentencia por la Sala, que revocando la recurrida estimase íntegramente los pedimentos de su demanda, condenando a don ..... a instalar reja de hierro y red metálica en todos y cada uno de los huecos que se han abierto sobre el patio propiedad de la recurrente.

**Tercero:** Dado traslado de dicho recurso de apelación a la representación procesal del demandado, emplazándola para que pudiera alegar lo que a su derecho conviniera en relación con el mismo o impugnarse en su caso dicha sentencia en lo que le resultara perjudicial a sus intereses, dedujo escrito de oposición al mentado recurso, en el que vino a interesar su

desestimación y la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia, con expresa imposición de las costas de esta alzada a la apelante, tras lo cual se remitieron los autos originales de dicho procedimiento a esta Audiencia Provincial, Sección Cuarta, previo emplazamiento de las partes.

**Cuarto:** Recibidos que fueron dichos autos en fecha 31 de octubre de 2007, se formó el correspondiente rollo de Sala, en el que se personaron ambas partes, apelante y apelada, y seguido aquel por los trámites legales se señaló, finalmente, para la discusión y votación del referido recurso de apelación el día 22 del corriente mes de enero, en que tuvo lugar tal acto.

**Quinto:** En la sustanciación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los correlativos de la sentencia apelada, en cuanto no se opongan a los de la presente; y

**Primero:** La Sra. ...., propietaria de las casas núm. 4 y 6 de la calle ..... (Zaragoza), que lindan por su fondo, mediante patio de las mismas, con la casa núm. 3 de la calle ....., de dicha localidad, propiedad de don ..... deduce demanda de juicio verbal contra este último, instando al amparo del artículo 144 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón la condena del mismo a instalar reja de hierro y red metálica en todos y cada uno de los huecos de ventana existentes en las paredes de su casa lindantes con el referido patio interior del inmueble de la actora, así como a retirar el tendedero instalado en uno de dichos huecos, que se proyecta sobre dicho patio y el saliente de ladrillos existente en una de dichas paredes, que vuela sobre la propiedad de la actora.

El demandado se opuso a la pretensión de la actora alegando, en primer lugar, la inexigibilidad de tal obligación de hacer, al haberse abierto los citados huecos de ven-

tana de su casa al construirse la misma hace ya más de trescientos años bajo el régimen de relaciones de vecindad establecido en la Observancia 6.<sup>a</sup> «De aqua pluviali arcenda», incluida en el Libro VII de las Observancias del Reino de Aragón, que no obligaba a colocar reja o red en las ventanas abiertas por el propietario en pared común para obtener luces y vista sobre fondo ajeno, no siéndole de aplicar las prescripciones sobre instalación de reja y red en tales huecos establecidas posteriormente en el Apéndice del Derecho Foral de Aragón de 1925 y en la Compilación de 1967, y, en todo caso, la prescripción de la acción ejercitada por la actora, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.961 y 1.963 del Código Civil.

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

**Segundo:** Como ya han tenido ocasión de señalar las Secciones Civiles de esta Audiencia Provincial de Zaragoza en varias sentencias (núm. 5/2002, de 11 de enero, y 610/2002, de 28 de octubre, ambas de esta Sección Cuarta, así como la de 15 de julio de 1996 de la Sección Segunda, y la núm. 352/1992, de 3 de diciembre, de la Sección Quinta, entre otras) la prescripción extintiva de las acciones reales regulada en el artículo 1.963 del Código Civil no es de aplicación a la acción ejercitada por la actora en estos autos, ya que no puede ser considerada como acción real de las

contempladas en dicho artículo, y sí, sólo, como expresión de la facultad de exigir en un momento dado el cumplimiento por parte del demandado de la obligación legal que al mismo alcanza, por mor del régimen que sobre apertura de huecos en pared propia o medianera para obtener luces y vistas sobre fondo ajeno, dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código Civil, establece el artículo 144.2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, de instalar en dichos huecos red de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente, acción que resulta imprescriptible, dado que, como ya señaló la Sección 5.<sup>a</sup> de esta Audiencia Provincial en su sentencia núm. 352/1992, de 3 de diciembre, dictada en Rollo de Apelación núm. 325/92, «por desarrollarse las relaciones de vecindad en el ámbito de los actos tolerados, su ejercicio anormal, eludiendo las defensas en los huecos abiertos en pared propia, no puede dar lugar a prescripción adquisitiva o extintiva de clase alguna, conclusión ésta que parece más conforme con el artículo 1.942 del Código Civil...».

Es de revocar, por tanto, con acogimiento en cuanto a dicho particular del recurso de apelación analizado, el pronunciamiento de la sentencia de primer grado que declara prescrita la acción ejercitada por la actora en su demanda instando la condena del demandado a colocar reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante en todos los huecos de ventana de las paredes de su casa lindantes con el patio de la de la actora, que quedan reflejadas en las fotografías, que como prueba documental obran a los folios 49 a 54 de los autos.

**Tercero:** En nada obsta a lo anteriormente razonado el hecho acreditado por el conjunto de la prueba practicada de que tales huecos de ventana existiesen con anterioridad a la entrada en vigor del Apéndice del Derecho Foral de Aragón, quedando sometidos inicialmente a la regulación de la Observancia 6.<sup>a</sup>, *De aqua pluviali arcenda*, incluida en el Libro VII de las Observancias



del Reino de Aragón, que no obligaba a la colocación de reja o red, toda vez que por aplicación de lo establecido en la Disposición Transitoria Novena de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, la regulación que sobre apertura de huecos en pared propia o medianera se establece en su artículo 144 es aplicable a las ya construidas al tiempo de entrar en vigor la citada Compilación, por lo que no cabe reconocer al demandado su exoneración del deber de colocar las referidas defensas en los huecos de ventanas y balcones existentes en las paredes de su casa lindantes con el patio de la de la actora y ello desde la vigencia de dicha Compilación.

Asimismo resulta inoperante a los fines pretendidos por el demandado en orden a que se le releve de la obligación de colocar tales defensas en la ventana de la cocina de su casa, que da al referido patio (documentos núm. 20, 21, 22 y 23 de los aportados con la demanda, consistentes en otras tantas fotografías que obran a los folios 52 y 53 de los autos) para así poder acceder al patio de la actora para desatascar el sumidero de aguas existentes en el mismo, ya que ello es responsabilidad única de la actora como propietaria de tal instalación de evacuación de aguas pluviales.

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

Pero es que además tal acción no encuentra apoyatura en el artículo 144 de la Compilación, al tratarse de cuestión ajena a la materia contemplada en dicho pre-

cepto, constituyendo en realidad una acción real sobre supresión de tal elemento constructivo, que ha de estimarse prescrita conforme al artículo 1.963 del Código Civil, tal como alegó el demandado, por cuanto que es evidente, vista la configuración de dichos salientes, que su construcción es del tiempo mismo que la casa del demandado y, por tanto, de una antigüedad superior a los treinta años al momento de formularse la demanda.

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

**Quinto:** Ante el acogimiento parcial de la demanda rectora de este procedimiento no procede hacer especial pronunciamiento respecto de las costas de la primera instancia, según lo normado en el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como tampoco en cuanto a las de esta alzada al acogerse parcialmente el recurso de apelación analizado, y ello por aplicación de lo dispuesto en el artículo 398.2 de dicha Ley Procesal.

#### NÚM. 40

A. APZ Secc. 2.ª de 6 de febrero de 2008

**62: EDAD. INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN: INTERNAMIENTO:** *La falta de manifestación en contra a la que se refiere el artículo 33 LDp. por persona que no está en condiciones de realizarla por su limitación cognoscitiva, no puede considerarse que equivalga a un consentimiento en el internamiento, por lo que no puede decirse*

*que exista una discordancia entre este precepto y el de la legislación común (art. 763 LEC). Todo internamiento no voluntario requiere autorización judicial, debiéndose considerar que la imposibilidad de oposición por deterioro cognoscitivo es una oposición al mismo.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 33 LDp., 763 LEC.

**PONENTE:** Ilmo. señor don Julián Carlos Arque Bescós.

*Ante el JPI núm. 13 de Zaragoza se siguen autos de internamiento núm. 1201/2007; el Auto de 10 de octubre de 2007 indica que no se precisa autorización judicial para el internamiento de doña X según comunicación de la Residencia; el Ministerio Fiscal presente recurso de apelación (rollo 3/2008) que el Auto 58/08 de la Secc. 2.ª de la APZ estima, estableciendo la necesidad de autorización judicial para dicho internamiento.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** En esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza se sigue, en grado de apelación, los Autos de Internamiento 1201/2007, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Zaragoza, a los que ha correspondido el Rollo 3/2008, en los que aparece como parte apelante el Ministerio Fiscal y como apelado. Residencia Psicogerítrica. En fecha 10 de octubre de 2007, se dictó Auto que contiene el siguiente pronunciamiento: «No es precisa autorización judicial para el internamiento de doña según comunicación de Residencia».

**Segundo:** Contra dicho Auto, el Ministerio Fiscal presentó escrito de preparación del recurso de apelación, y dentro del término de emplazamiento escrito de interposición del recurso de apelación elevándose las actuaciones a esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial.

**Tercero:** Recibido los autos, se formó el correspondiente rollo de apelación con el

número ya indicado; y no siendo necesaria la celebración de vista por providencia se señaló para Deliberación y Votación el día 30 de enero de 2008.

**Cuarto:** En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales en ambas instancias, habiendo sido Magistrado Ponente en esta apelación el Ilmo. Sr. Presidente don Julián Carlos Arque Bescós.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** El auto recurrido considera que la autorización judicial prevista en el artículo 763 LEC no es precisa en los casos en que la persona en cuestión no manifiesta una voluntad contraria a dicho internamiento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Aragón 13/2006 de 27 de diciembre de Derecho de la persona.

**Segundo:** El Ministerio Fiscal en su recurso (art. 458 LEC) considera que no es correcta la interpretación que hace el auto recurrido de la expresión «contra su voluntad» que emplea la Ley Aragonesa, pues si la persona internada no está en condiciones cognitivas de manifestar oposición alguna al respecto, ello no equivale a consentimiento en el internamiento que deberá contar con la autorización judicial.

**Tercero:** El recurso debe ser necesariamente estimado.

– El internamiento en centro psiquiátrico o asistencial, supone una medida limitativa de derechos fundamentales como es la libertad, aun cuando la misma se haga en propio beneficio del interno.

– La falta de manifestación en contra a la que se refiere el artículo 33 de la Ley Aragonesa por persona que no está en condiciones de realizarla por su limitación cognoscitiva, no puede considerarse que equivalga a un consentimiento en el internamiento, por lo que no puede decirse que exista una discordancia entre este precepto y el de la legislación común (art. 763 LEC).

– El derecho a la libertad que proclama el artículo 17 de la Constitución, obliga a los Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal a velar por el adecuado control de los internamientos psiquiátricos, sin que pueda interpretarse de manera restrictiva el precepto de la Ley Aragonesa, todo ello en virtud de la doctrina inspirada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1995 de 1 de julio y de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

– Como acertadamente entiende el Ministerio Fiscal en su recurso, todo internamiento no voluntario requiere autorización judicial, debiéndose considerar que la imposibilidad de oposición por deterioro cognoscitivo es una oposición al mismo.

– Entender lo contrario supondría dejar indefensos, sin control judicial, a las personas que en una medida tan importante como es la limitación de su propia libertad, no estuvieran en condiciones de declarar su oposición a la misma. Se revoca el auto recurrido.

**Cuarto:** No procede hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas en esta instancia.

*miento de doña X según comunicación del Centro; el Ministerio Fiscal presenta recurso de apelación (rollo 8/2008) que el Auto 132/08 de la Secc. 2.ª de la APZ estima, estableciendo la necesidad de autorización judicial para dicho internamiento.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los que figuran en el auto apelado, y

**Primero:** En esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza se sigue, en grado de apelación, los Autos de Internamiento 1231/2007, procedentes del Juzgado Primera Instancia núm. 13 de Zaragoza, a los que ha correspondido el Rollo de apelación numero 8/2008, en los que aparece como parte apelante Ministerio Fiscal, y como apelado I.A.S.S. y en fecha 31 de octubre de 2007, se dictó Auto que contiene el siguiente pronunciamiento: «No es precisa autorización judicial para el internamiento de doña ....., según comunicación del Centro».

**Segundo:** Contra dicho Auto, el Ministerio Fiscal presentó escrito de preparación del recurso de apelación, y dentro del término de emplazamiento escrito de interposición del recurso de apelación, elevándose las actuaciones a esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial.

**Tercero:** Remitidos los autos a esta Sala, no aportados nuevos documentos ni propuesta prueba, ni considerada necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación y votación el día 4 marzo 2008.

**Cuarto:** En la tramitación de la apelación se han observado todas las prescripciones legales.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Francisco Acín Garós.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** El auto recurrido considera que la autorización judicial prevista en el

41

#### NÚM. 41

A. APZ Secc. 2.ª de 12 de marzo de 2008

**62: EDAD. INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN: INTERNAMIENTO: Se reitera lo dicho en el Auto de esta Sección de la APZ de 6-2-2008.**

**DISPOSICIONES CITADAS: arts. 33 LDp., 763 LEC.**

**PONENTE: Ilmo. señor don Francisco Acín Garós.**

*Ante el JPI núm. 13 de Zaragoza se siguen autos de internamiento núm. 1231/2007; el Auto de 31 de octubre de 2007 indica que no se precisa autorización judicial para el interna-*

artículo 763 LEC no es precisa en los casos en que la persona en cuestión no manifiesta una voluntad contraria a dicho internamiento, en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Aragón 13/2006 de 27 de diciembre de Derecho de la persona.

**Segundo:** El Ministerio Fiscal en su recurso (art. 458 LEC) considera que no es correcta la interpretación que hace el auto recurrido de la expresión «contra su voluntad» que emplea la Ley Aragonesa, pues si la persona internada no está en condiciones cognitivas de manifestar oposición alguna al respecto, ello no equivale a consentimiento en el internamiento que deberá contar con la autorización judicial.

**Tercero:** El recurso debe ser necesariamente estimado, pues como esta misma Sección dijo en auto de 6 de febrero de 2008:

«- El internamiento en centro psiquiátrico o asistencial, supone una medida limitativa de derechos fundamentales como es la libertad, aún cuando la misma se haga en propio beneficio del interno.

- La falta de manifestación en contra a la que se refiere el artículo 33 de la Ley Aragonesa por persona que no está en condiciones de realizarla por sus limitación cognoscitiva, no puede considerarse que equivalga a un consentimiento en el internamiento, por lo que no puede decirse que exista una discordancia entre este precepto y el de la legislación común (art. 763 LEC).

- El derecho a la libertad que proclama el artículo 17 de la Constitución, obliga a los Jueces, Tribunales y Ministerio Fiscal a velar por el adecuado control de los internamientos psiquiátricos, sin que pueda interpretarse de manera restrictiva el precepto de la Ley Aragonesa, todo ello en virtud de la doctrina inspirada en la Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1995 de 1 de julio y de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

- Como acertadamente entiende el Ministerio Fiscal en su recurso, todo inter-

namiento no voluntario requiere autorización judicial, debiéndose considerar que la imposibilidad de oposición por deterioro cognoscitivo es una oposición al mismo.

- Entender lo contrario supondría dejar indefensos, sin control judicial, a las personas que en una medida tan importante como es la limitación de su propia libertad, no estuvieran en condiciones de declarar su oposición a la misma. Se revoca el auto recurrido».

**Cuarto:** No se hace especial pronunciamiento sobre costas.

#### NÚM. 42

S. APZ (Sec. 4.ª) de 13 de marzo de 2008

**722: TESTAMENTO MANCOMUNADO: INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE OTORGANTES: Sustitución legal preventiva de residuo:** *No existió liquidación del régimen económico del matrimonio, por lo que se desconoce el patrimonio que ab initio podía corresponder a la mujer al tiempo de su fallecimiento, tanto el que fuera consorcial, no liquidado, como el que pudiera haber, si es que lo había, privativo. Además el caudal hereditario del cónyuge sobreviviente está constituido íntegramente por dinero, el bien ultrafungible por excelencia. Al heredar el sobreviviente al premuerto, se produjo una confusión de patrimonios, y ahora la diferenciación de las respectivas masas patrimoniales es tarea prácticamente imposible. Tratándose de dinero la prueba se torna prácticamente imposible. Y la cuestión no puede resolverse en base a la presunción de consorcialidad, que no opera tras la disolución del matrimonio. A falta de prueba, todo para los herederos del sobreviviente.*

DISPOSICIONES CITADAS: artículo 108.3 Comp.

PONENTE: *Ilmo. señor don Juan Ignacio Medrano Sánchez.*

*Ante el JPI núm. 2 de Zaragoza se siguen autos de división de herencia núm. 937/2006; la sentencia de 2 de octubre de 2007 declara que en la formación del inventario de la herencia del cónyuge sobreviviente los bienes inventariados pertenecen a éste y a su esposa premuerta por mitad. Los demandados presentan recurso de apelación (rollo 566/2007) que la sentencia núm. 143 de la Secc. 4.ª de la APZ estima y declara que el 50 % de los bienes del inventario no procede de la herencia de la mujer del causante («sin que puedan considerarse patrimonio del causante heredado de quien fuera su mujer y del que no dispuso aquél»).*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Se aceptan los antecedentes de hecho de la sentencia apelada.

**Segundo:** Seguido el juicio por sus trámites legales ante el Juzgado Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza, por el mismo se dictó sentencia con fecha 2 de octubre de 2007 cuya parte dispositiva dice: «FALLO: Debo declarar y declaro que en la Formación de Inventario de la Herencia de don ..... y (al 50 por 100) el ACTIVO HEREDITARIO es:

1. Cuenta corriente Ibercaja..... 7.860,26 euros
2. Plazo fijo Ibercaja.....50.000 euros
3. Plazo fijo Ibercaja.....50.000 euros
4. Intereses devengados por dichas cantidades desde el 30 de agosto de 2004.
5. Muebles existentes en el domicilio de don.....

No existe PASIVO.

No procede condena en costas.»

**Tercero:** Notificada dicha resolución a las partes, por la representeción procesal de los demandados don ....., don ..... y doña ..... se interpuso recurso de apelación, y cumplidos los trámites correspondientes, se remitieron los autos originales del juicio el día 19 de diciembre de 2007 a este Tribunal donde han comparecido los

litigantes, sustanciándose el recurso en la forma legalmente establecida, y señalándose para discusión y votación el día 11 de marzo de 2008, en que tuvo lugar.

**Cuarto:** En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales.

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero:** Se denuncian por el recurrente una serie de infracciones procesales que fundarían, según el sentir del recurso, una nulidad procesal. Se denunciará así inicialmente la indefensión que ha soportado la parte recurrente como consecuencia de la falta de resolución por parte del Juzgado del recurso de reposición que se interpuso contra la providencia de 12 de junio de 2007, en la que se requería a dicha parte para aportar determinada justificación documental y, pese a admitirse a trámite, quedó sin resolución.

Se denunciará igualmente la que se considera, en el sentir del recurso, inadecuada inadmisión «de la pueba de declaración del actor, y de la testifical de don ....., propuestas por esta parte en el incidente», haciéndose «necesario que, de conformidad con el art. 1214 (sic) de la LEC (sic), cada parte acredite la carga de la prueba de los hechos relevantes, y de las manifestaciones realizadas en el proceso» (motivo tercero), para ya en fin denunciar la incongruencia en que ha incurrido el Juzgador (motivo cuarto).

**Segundo:** Para resolver estas objeciones procesales, particularmente las dos primeras, es conveniente hacer una breve reflexión sobre la arquitectura que el legislador ha diseñado de la segunda instancia en la que, ahora se verá, juega un papel esencialísimo el principio de economía procesal.

En efecto sobre la base de la doctrina constitucional de que en el proceso civil, a diferencia del proceso penal, la doble instancia no es exigencia constitucional, pudiendo el legislador configurar libremente procesos civiles de instancia única,

se ha estructurado una segunda instancia que no opera de una manera plena y en todo caso como tal, sino que puede operar de una manera complementaria de la primera instancia e incluso (para los supuestos de rebeldía involuntaria) como (primeras) instancias sucesivas. Todo ello presidido por el principio de economía procesal.

Y bajo el imperio de este principio el legislador impone el que, cuantas infracciones procesales se cometan en la primera instancia, de ser subsanables, se subsanen en la segunda instancia: ello incluso cuando la infracción procesal se cometa en la sentencia dictada en la primera instancia.

Lo imponen específicamente así los apartados 2 y 3 artículo 465 LEC que ordenan, con relación a la deficiencia procedimental, la subsanación en un plazo no superior a diez días y sólo si no son subsanables y fueren «de las que originen la nulidad radical de las actuaciones o de parte de ellas», se ordenará la reposición de las actuaciones. Todavía más, la infracción cometida en sentencia no genera la devolución de los autos al de primera instancia, única manera con la que se alcanzaría el pleno respeto a la doble instancia, sino que impone la revocación de «la sentencia apelada» y que se resuelva sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso. Aunque no se esté utilizando en el uso forense el legislador impone aquí un modelo de dos sentencias en la apelación, una revocatoria y, otra, en la que se resuelvan las «cuestiones que fueron objeto del proceso». Es lo que gráficamente se ha denominado «robo de la primera instancia». El legislador, porque podía hacerlo, y por razones de economía procesal, sacrifica en determinados supuestos la doble instancia en el proceso civil.

Lo mismo acaece con relación a la prueba que indebidamente se denegó, o que admitida no se pudo practicar por circunstancias no imputables a la parte, pues las consecuencias que se derivan de esas situaciones procesales no son la nulidad de las actuaciones para que se repongan a la primera instancia y se practiquen en ella,

sino que la Ley (art. 460.2.1.º y 2.º LEC) otorga a la parte la posibilidad de pedir que las mismas se pactiquen en la segunda instancia.

**Tercero:** Y dicho esto fácil es resolver las cuestiones procesales de orden procedimental que se plantean en el recurso: la parte apelada presentó el 8 de junio de 2007 un escrito de corte procesal en el que consideraba que dado que era la representación de don ....., don ..... y doña ....., aquí apelantes, eran, se repite, quienes habían impugnado el inventario ostentaban la posición de parte demandante, y, por ende, «debería haber aportado los documentos en que prende su derecho», lo que debería ser previo al acto del juicio verbal, en el que le está vedada la presentación de documentos (art. 265.4 LEC), lo que fue admitido por proveído de 12 de junio de 2007, que fue recurrido por los ahora apelantes en fecha 22 de junio de 2007, alegando que «carece de fundamento o norma legal que justifique su admisión, y de admitirse quedaría vacío de contenido el señalamiento y supondría adelantar de forma injustificada la prueba de esta parte, vulnerando con ello los trámites previstos del juicio verbal». Admitido que lo fue el recurso por proveído de 26 de junio de 2007, dándose traslado a la parte contraria, que evacuó el trámite por escrito presentado el 6 de julio de 2007, sin que el citado recurso fuera resuelto.

Pero lo cierto es que, aun sin resolver el recurso, la parte recurrente no presentó la documentación hasta el momento de la vista, con lo que mal puede invocar indefensión alguna por no resolverse un recurso de reposición frente a un proveído que le exigía su presentación antes del juicio si definitivamente no la presentó antes.

No sólo eso sino que además no hizo protesta ni reparo alguno al tiempo de iniciarse la vista, con lo que el recurrente no dio satisfacción a la denuncia en la primera instancia que impone el artículo 459 LEC para luego hacerla valer en la segunda instancia.

Y lo mismo debe decirse de la denegación de prueba: la que indebidamente se denegó no puede fundar una nulidad procesal sino que atribuye a la parte la posibilidad procesal de pedirla en segunda instancia, a salvo que su práctica en la misma pudiera causar indefensión a la contraria (art. 460.2.1º LEC). No habiéndolo hecho así la parte recurrente, el motivo del recurso debe decaer.

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

Por tanto hay que discernir qué patrimonio era de don ... y cual lo fue de su esposa, doña ....., que se heredó por aquél y del que pudo no disponer (art. 108.3 de la Compilación). Problema fáctico agravado por dos circunstancias: una que no existió liquidación del régimen económico del matrimonio, por tanto se desconoce el patrimonio que *ab initio* podía corresponder a doña ..... al tiempo de su fallecimiento, tanto el que fuera consorcial, no liquidado como el que pudiera haber, si es que lo había, privativo; la segunda circunstancia que complicará el problema es que el caudal hereditario de don ..... está constituido íntegramente por el bien ultrafungible por excelencia, el dinero: cuenta corriente de Ibercaja núm. ..., en el que apareció como cotitular con don ..., con un saldo de 15.720,53 euros y dos plazos fijos también en Ibercaja, con

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

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

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

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

En la instancia la cuestión se ha resuelto atendiendo a la presunción de comunidad que recoge el artículo 35 de la Ley 2/2003 de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial, al igual que hacía el artículo 40 de la Compilación.

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

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

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

La cuenta número ....., una de las que son objeto de división, se aperturó el 4 de julio de 2000, y en ella el causante aparece como cotitular con su hermano.

En esos términos la cuestión no puede resolverse en base a la presunción de consorcialidad. Primero porque tal presunción es operativa constante matrimonio, ya no lo es extinguido, aquí por fallecimiento de uno de los cónyuges, el mismo. Y menos

transcurridos más de diez años de tal disolución. Pues aquí no se trata de distinguir entre los patrimonios privativos y el común sino qué parte del patrimonio del causante se integraba por derechos de su cónyuge premuerto que heredó aquél y del que no dispuso: tratándose del bien fungible que es el dinero la prueba se torna prácticamente imposible.

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

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

#### NÚM. 43

*S. APZ (Secc. 2.ª) de 22 de abril de 2008*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: DEBER DE CRIANZA Y EDUCACIÓN: Gastos de los hijos mayores o emancipados: El hijo carece de ingresos, por tanto, de independencia económica, sin embargo está en perfectas condiciones de acceder a ella. Mantener una pensión atendiendo únicamente a la concurrencia de tal contingencia, no resulta acorde con la propia naturaleza de los alimentos, cuando el acreedor a los**



*mismos ha sobrepasado con creces la mayoría de edad (tiene 28 años), ha completado sobradamente su formación universitaria y está capacitado para insertarse en el mercado laboral.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 93 Cc. y 66 LDp.

**PONENTE:** Ilma. Sra. doña María Elia Mata Albert.

*Ante el JPI núm. 6 de Zaragoza se siguen autos de modificación de medidas núm. 1034/2007; la sentencia de 23 de noviembre de 2007 estima la demanda y decreta la extinción de la pensión de alimentos que el padre abona al hijo. La parte demandada presenta recurso de apelación (rollo núm. 64/2008) y la sentencia núm. 221/08 de la Secc. 2.ª de la APZ desestima el recurso.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Se aceptan los que figuran en la Sentencia apelada, cuya parte dispositiva dice: «FALLO: Que estimo en la forma relatada la demanda interpuesta por don ..... contra doña ..... y decreto la modificación de medidas consistente en extinguir, con efectos de la fecha de esta Sentencia, la pensión de alimentos que el padre abona por el hijo común, y en limitar el uso del domicilio familiar fijado a favor de la demandada hasta el momento de la liquidación y efectivo reparto de los bienes que integran el haber consorcial. No procede imposición de costas a ninguna de las partes».

**Segundo:** Contra dicha Sentencia, la parte demandada presentó escrito de preparación del recurso de apelación, y dentro del término de emplazamiento, escrito de interposición del recurso de apelación, del que se dio traslado a la parte actora, presentando dentro del término de emplazamiento escrito de oposición. Seguidamente se remitieron los autos a esta Sala para la resolución de la apelación.

**Tercero:** No habiéndose aportado nuevos documentos, ni propuesto prueba, ni

considerándose necesaria la celebración de Vista, se señaló para deliberación y votación el día 15 de abril de 2008.

**Cuarto:** Que en la tramitación de la apelación se han observado todas las prescripciones legales.

Habiendo sido ponente en esta apelación el Ilmo/a. Sr/a Magistrado/s don/doña María Elia Mata Albert.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Recurre doña ..... un único pronunciamiento de la Sentencia dictada en la instancia, el referente a la supresión de la pensión alimenticia del hijo del matrimonio, suplicando se mantenga la obligación del actor de abono de la misma, impuesta en Sentencia firme de divorcio de 10 de diciembre de 2003, alegando, en esencia, la falta de aplicación al caso de la Ley 13/2006, en concreto, de su artículo 66, y que la obligación de prestar alimentos sólo desaparece con la independencia económica del hijo mayor de edad, lo que no acontece en el caso enjuiciado.

**Segundo:** En el supuesto de autos, Miguel Ángel, el hijo, cuenta 28 años de edad, es licenciado en Derecho, titulación que obtuvo en 2005, habiendo realizado, con posterioridad, cursos formativos, un Máster de Práctica Jurídica y prácticas no retribuidas en un despacho de abogados, figurando, actualmente, inscrito como demandante de empleo en el INAEM.

Es evidente que su formación académica ha concluido, sin perjuicio de la posible realización futura de nuevos cursos que la completen, que ya no resultan imprescindibles para acceder a un trabajo relacionado con su titulación.

No es cuestión trascendente en este proceso la aplicación al caso del artículo 66 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre de Derecho de la Persona, que viene a regular en Aragón, entre otras cuestiones, la referente a los alimentos, por cuanto, en el supuesto de autos de lo que se trata es de

mantener o dejar sin efecto la pensión alimenticia establecida en Sentencia firme dictada en proceso de divorcio, al amparo de lo dispuesto en el artículo 93 del Código Civil.

El hijo carece de ingresos, por tanto, de independencia económica, sin embargo, está en perfectas condiciones de acceder a ella. Mantener una pensión atendiendo únicamente a la concurrencia de tal contingencia, no resulta acorde con la propia naturaleza de los alimentos, cuando el acreedor a los mismos ha sobrepasado con creces la mayoría de edad, ha completado sobradamente su formación universitaria y está capacitado para insertarse en el mercado laboral.

Consiguientemente, y pese al reconocimiento en el alimentista de su competencia, buena conducta y actividad en busca de trabajo, debe mantenerse la extinción acordada de la pensión alimenticia en el proceso matrimonial, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercitar el mismo en defensa de sus intereses, si lo entendiere procedente.

**Tercero:** No procede hacer declaración de las costas causadas en esta alzada.

*ciones, ni tampoco de una liberalidad, dado que este instituto no exige necesariamente tal condición. Es principio general que la corresponsividad no se presume y si no se deduce con claridad debe entenderse que no existe (Ss. APZ 13 de diciembre de 2004 y 11 de mayo de 2005). Inexistencia: No se aprecia corresponsividad entre la cláusula en la que ambos cónyuges se conceden y reconocen, mutua y recíprocamente, el usufructo universal de viudedad y aquella en la que instituyen herederos universales a sus tres hijos.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 97 Comp., 105 Lsuc.

**PONENTE:** Ilmo. señor don Javier Seoane Prado.

*Ante el JPI núm. 15 de Zaragoza se siguen autos de procedimiento ordinario núm. 893/2007; la sentencia de 28 de enero de 2008 desestima la demanda; la parte demandante interpone recurso de apelación (rollo 203/2008) en petición de que se declare la nulidad del testamento del padre de los litigantes, en el que establece un legado a favor de la demandada, con infracción de la cláusula corresponsiva del testamento mancomunado de ambos padres en la que se instituyen herederos universales de los dos a sus tres hijos. La sentencia 314/2008 de la Secc. 5.ª de la APZ desestima el recurso con condena en costas.*

#### NÚM. 44

*S. APZ (Secc. 5.ª) de 30 de mayo de 2008*

**722: TESTAMENTO MANCOMUNADO: DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS:** *La «corresponsividad» es una de las variedades del testamento mancomunado aragonés. Las disposiciones corresponsivas responden a un recíproco condicionante lo que justifica su especial naturaleza. Hay corresponsividad cuando los otorgantes no sólo testan a la vez, sino de forma que cualquiera de ellos no dispondría de lo suyo si el otro no hiciera a su vez otra disposición. No se trata de reciprocidad en el sentido contractual por faltar el justo equilibrio de las contrapresta-*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Se aceptan los de la sentencia apelada de fecha 28 de enero de 2008, cuyo FALLO es del tenor literal: «FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por ..... contra doña ....., con imposición a los actores de las costas procesales causadas.

**Segundo:** Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de la parte demandante se interpuso contra la misma recurso de apelación, y dándose traslado a la parte contraria se opuso al recurso; remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

**Tercero:** Recibidos los Autos y cinta de vídeo, y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 26 de mayo de 2008.

**Cuarto:** En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se oponen a los de la presente resolución y

**Primero:** Don José, su esposa, doña M.<sup>a</sup> Pilar, y los hijos de ambos, don Francisco y doña Eva deducen demanda contra la hermana del primero, doña M.<sup>a</sup> del Carmen, en petición de que se declare la nulidad del testamento que el padre de ambos hermanos, don José, fallecido el día 15 de febrero de 2005, otorgó el día 11 de abril de 2000, con la consiguiente revocación de la toma de razón en el Registro de la Propiedad del legado en él otorgado a la demandada. Asimismo, suplican que sea determinada la cuantía que debe ser reintegrada al haber hereditario del finado padre a consecuencia de determinadas extracciones en metálico y transferencias ordenadas sobre la cuenta corriente que éste tenía abierta conjuntamente con la demandada.

Sostienen la nulidad de la última voluntad de su padre porque contraviene la cláusula correspectiva que contiene el testamento mancomunado que don José otorgó en unión de su esposa y madre de los hermanos don José y doña M.<sup>a</sup> del Carmen, el día 7 de marzo de 1977 (sic).

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

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

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

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

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

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

*«I Son correspectivas entre sí las disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente condicionada,*

*sean en beneficio mutuo o de tercero. La correspondividad no se presume».*

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

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

Dada la especial configuración de esta clase de disposiciones testamentarias, es principio general admitido doctrinal y jurisprudencialmente y hoy legalmente sancionado que la «correspondividad» no se presume y si no se deduce con claridad debe entenderse que no existe (SAP Zaragoza 13 de diciembre de 2004 y 11 de mayo de 2005).

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

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

Y en la tercera de las cláusulas que:

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

Y lo que los actores sostienen es que ambas cláusulas son correspondivas porque la primera integra una institución recíproca cuyos efectos son los propios del pacto al más viviente (art. 95 CDCA de 1967 y 104 Ley 1/1999), por lo que, fallecida la madre al tiempo en que el padre otorgó segundo testamento, éste es nulo por contravenir la institución de los hijos como herederos por partes iguales, en cuanto instituye un legado a favor de la demandada (art. 97 CDCA de 1967 y 106 Ley 1/1999)

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

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

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

**Quinto:** Finalmente los recurrentes discuten la imposición de costas por ser de aplicación la excepción que establece el artículo 394 LEC, pero esta Sala no comparte las dudas que afirman pues la complejidad del caso no es mayor que las que de ordinario suelen plantear las disputas hereditarias.

**Sexto:** Las costas de esta alzada se rigen por el artículo 398 LEC.

el sentido de extinguir la pensión de alimentos que el padre abona para la hija con efectos de la fecha de la presente sentencia. Todo ello sin hacer una especial condena en las costas procesales».

**Segundo:** Contra dicha Sentencia, la parte demandada presentó escrito de preparación del recurso de apelación, y dentro del término de emplazamiento, escrito de interposición del recurso de apelación, del que se dio traslado a la parte actora, presentando dentro del término de emplazamiento escrito de oposición. Seguidamente se remitieron los autos a esta Sala para la resolución de la apelación.

**Tercero:** No habiéndose aportado nuevos documentos, ni propuesto prueba, ni considerándose necesaria la celebración de Vista, se señaló para deliberación y votación el día 10 de junio de 2008.

**Cuarto:** Que en la tramitación de la apelación se han observado todas las prescripciones legales.

Habiendo sido ponente en esta apelación el Ilmo/a. Sr/a Magistrado/s don/doña María Elia Mata Albert.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Recurre la parte demandada la Sentencia dictada en la instancia, suplicando su revocación y se desestime la demanda de modificación de medidas formulada por don ....., o, subsidiariamente, se acuerde, de suprimirse o rebajarse la pensión alimenticia de ....., se acuerde que su importe acrezca al resto de las cargas familiares impuestas al actor.

**Segundo:** El actor suplicó en su demanda, presentada el 14 de noviembre de 2007, se declarase la extinción de la pensión alimenticia de la hija, en atención a que ha venido trabajando desde 2004, solicitando se fijase una nueva pensión de alimentos únicamente para el hijo, sin más especificación.

La hija, nacida en octubre de 1980 (27 años de edad), ha desarrollado trabajos de

45

#### NÚM. 45

S. APZ (Secc. 2.ª) de 17 de junio de 2008

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: DEBER DE CRIANZA Y EDUCACIÓN: Gastos de los hijos mayores o emancipados: El artículo 66 LDp. no es de aplicación automática a la modificación de un pronunciamiento judicial firme anterior sobre pensión de alimentos a los hijos.**

**DISPOSICIONES CITADAS: art. 66 LDp.**

**PONENTE: Ilma. Sra. doña María Elia Mata Albert.**

*Ante el JPI núm. 6 de Zaragoza se siguen autos de modificación de medidas 1374/2007; la sentencia de 18 de enero de 2008 estima la demanda y decreta la extinción de la pensión de alimentos que el padre abona a la hija que ya tiene trabajo. La demandada interpone recurso de apelación (rollo 232/2008) y la sentencia 357/2008 de la Secc. 2.ª de la APZ lo estima en parte manteniendo la extinción de la pensión alimenticia a la hija, pero fijando la pensión alimenticia del otro hijo en 800 euros.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Se aceptan los que figuran en la Sentencia apelada, cuya parte dispositiva dice: «FALLO: Que estimo en la forma indicada la demanda interpuesta por don ..... contra doña ..... y decreto la modificación de medidas definitivas solicitada en

Auxiliar de enfermería hospitalaria para ....., S.L. desde abril de 2007 hasta julio de 2008, en contrato de trabajo de duración determinada, el que fue prorrogado hasta abril de 2008, cobrando unos 900 euros mensuales. Al parecer sigue completando su formación (documentos nº 2 y siguientes de la contestación a la demanda).

Puede entenderse, tras su anterior trayectoria, examinada en los pleitos precedentes, que su actividad laboral está encauzada, aunque no conste el concierto de un contrato laboral indefinido, vistos sus ingresos, lo que obliga a ratificar la extinción de la pensión alimenticia interesada entendiéndose que le corresponde hacer frente a sus necesidades, desligándose de su progenitor, sin que tal pronunciamiento provenga de la aplicación automática que se pretende del artículo 66 de la Ley de Derecho de la Persona de Aragón, dado que lo que aquí se ventila es la modificación de un pronunciamiento judicial firme anterior.

**Tercero:** Sentado lo expuesto debe también partirse de la necesaria fijación de una pensión alimenticia acorde a las necesidades del hijo, de 30 años de edad, aquejado de parálisis cerebral infantil, con tetraparesia, que precisa silla de ruedas para todas sus actividades, con incapacidad funcional para su propulsión manual, y necesitado del cuidado diario de una tercera persona, dado que sus requerimientos nunca han podido ser los mismos que los de su hermana, tales dolencias resultan irreversibles, y no se ha especificado qué suma dineraria de la global de 900 euros estipulados en Sentencia, deberá destinarse a uno y otro hijo, vista pues la disparidad entonces ya existente de sus necesidades presentes y futuras.

Al parecer la madre y hermana se ocupan de su cuidado, asistencia y traslados.

La capacidad económica del actor está fuera de duda, y ya se expresó en los anteriores pleitos matrimoniales (socio de una empresa familiar de transporte, con gastos de alojamiento y manutención cubiertos por la misma). La demandada no ha traba-

jado nunca y, por tanto, nunca ha cotizado a la Seguridad Social, dedicada como ha estado al cuidado del hijo impedido.

La Sentencia de separación de 24 de enero de 2005 estableció una pensión alimenticia para los dos hijos de 900 euros mensuales, y una compensatoria indefinida de 300 euros al mes.

Se desconocen las actualizaciones que hayan podido aplicarse desde entonces.

En tales condiciones, y aunque cobre alguna ayuda por su minusvalía, nunca sería aceptable asignarle la mitad de lo fijado judicialmente como alimentos, al precisar el mismo la asistencia diaria de una tercera persona en todos los órdenes de su vida.

Consecuentemente, procede fijar en 800 euros mensuales la pensión alimenticia del hijo, a cargo del actor, debiendo entenderse que el resto resultante hasta la cantidad global actualizada que se venía pagando hasta ahora como alimentos es la que se suprime como pensión alimenticia de .....

**Cuarto:** No procede hacer declaración de las costas causadas en esta alzada.

#### NÚM. 46

*S. APZ (Secc. 2.ª) de 24 de junio de 2008*

**661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL: DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE: Separación de bienes del Cc.: Antes de casarse, la novia (nicaragüense) y el novio (castellano), residentes ambos en Valladolid, otorgaron en dicha capital capítulos matrimoniales de separación de bienes el 14 de septiembre de 1994, estableciendo la cláusula cuarta que dicho régimen de separación se regía por el Código civil. Ambos contrajeron matrimonio en Zaragoza y allí fijaron su domicilio familiar sin haber ejer-**

*citado las partes opción alguna de las permitidas por el artículo 9.2 Cc., por lo que la ley aplicable al matrimonio es la aragonesa, en concreto la Compilación. El pacto capitular es válido, por lo que el artículo 1438 Cc. es aplicable al caso no compartiendo esta Sala el criterio del Juzgador de instancia.*

**662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO: RÉGIMEN DE SEPARACIÓN:** Regido por el Cc.: *Aunque la ley aplicable al matrimonio es la aragonesa, los novios (ella nicaragüense y él castellano) antes de casarse otorgaron en Valladolid capítulos matrimoniales de separación de bienes en los que establecieron que el régimen de separación se regía por el Código civil, por lo que el artículo 1438 Cc. es aplicable al caso. La indemnización compensatoria del artículo 1438 Cc. se diferencia de la pensión compensatoria del artículo 97 Cc.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 9.2, 1438 Cc.; 3 y 25 Comp.

**PONENTE:** Ilmo. señor don Julián Carlos Arque Bescos.

*Ante el JPI núm. 6 de Zaragoza se siguen autos de divorcio contencioso núm. 1183/2007; la sentencia de 9 de enero de 2008 estima la demanda, decreta el divorcio y fija las medidas complementarias, entre ellas la pensión alimenticia a los hijos y la pensión compensatoria a la esposa, pero no fija pensión ex artículo 1438 Cc. La mujer presenta recurso de apelación (rollo 234/2008) porque, entre otras cosas, entiende que procede una indemnización de 180.000 euros a su favor en virtud de lo dispuesto en el artículo 1438 Cc. La sentencia 369/2008 de la Secc. 2.ª de la APZ, aunque considera aplicable al caso el artículo 1438 Cc., desestima el recurso al considerar que no se dan los requisitos para acceder a la indemnización solicitada.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Se aceptan los que figuran en la Sentencia apelada, cuya parte dispositiva dice: «FALLO: Que estimo en la forma relatada la demanda interpuesta por doña

..... contra don ..... y decreto la disolución por causa de divorcio del matrimonio indicado con los efectos inherentes a tal declaración, acordando como medidas complementarias las siguientes: 1. Los cónyuges pueden vivir separados, cesando la presunción de convivencia conyugal, y se declaran revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de ellos hubiere otorgado a favor del otro, cesando la posibilidad, salvo pacto en contrario, de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. 2. La guarda y custodia de los hijos menores de edad del matrimonio se atribuye a doña ..... compartiendo ambos progenitores la autoridad familiar. 3. En defecto de acuerdo se establece el siguiente régimen de visitas mínimo para que los hijos menores puedan estar en compañía del progenitor no custodio, consistente en fines de semana alternos, desde las 20 horas del viernes a las 17 horas del domingo, así como la mitad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y un mes en verano. En caso de falta de acuerdo, la madre elegirá período en los años pares y el padre en los impares. La entrega y recogida de los hijos menores de edad, se realizará en el domicilio del progenitor custodio. Durante los períodos vacacionales se suspenderá el régimen de visitas establecido. 4. Se atribuye a doña ..... en cuya compañía quedan los hijos menores de edad, el uso de la vivienda y ajuar familiar sita en calle ..... 30, 4.ª A de Zaragoza con sus anexos de garaje y trastero. El progenitor no custodio podrá, caso de no haberlo ya realizado, retirar del domicilio familiar las ropas y efectos personales que sean precisos, previo inventario, si así se interesa, tanto de lo que se extrae del domicilio como de lo que queda en el mismo. El esposo, como titular dominical de la vivienda, hará frente al pago del IBI, hipoteca que la pueda gravar y seguro de la casa y derramas extraordinarias. 5. Con carácter general cada uno de los progenitores contribuirá a sufragar el 50 por 100 del importe de los gastos extraordinarios que se produzcan, de tal forma que por tales deben ser entendidos, en principio, aquellos imprevistos, que quedan fuera de

los gastos que de ordinario conlleva la crianza de la prole, cuya variedad es tal que hace imposible su exacta determinación anticipada, aunque ciertamente incluyen los gastos sanitarios no cubiertos por el sistema público de salud o seguro médico, pero no los de colegios o cuidado diario de los hijos menores de edad que deben ser incluidos en su caso en el importe de la Pensión que en su día se fije en su caso y que se regula en los artículos 90 y 91 del Código Civil. 6. Se fija en 800 euros mensuales, actualizable anualmente con efectos de uno de enero de cada año y conforme a las variaciones que experimente el Índice de Precios al Consumo publicado por el Instituto Nacional de Estadística, la cantidad que el progenitor no custodio deberá abonar en concepto de pensión por alimentos para los dos hijos menores de edad a razón de 400 euros por hijo, suma que deberá hacerse efectiva en los cinco primeros días de cada mes mediante ingreso en la cuenta que designe el progenitor custodio y en doce mensualidades al año. 7. El uso del garaje número ... de la calle ..... se concede al esposo por haberlo así acordado las partes. 8. Se concede también a la esposa como pensión compensatoria la cantidad de 400 euros mensuales a cargo del esposo y que comenzará a devengarse desde la fecha de esta Sentencia y durante el plazo de 5 años como límite máximo. El pago de la pensión se efectuará dentro de los cinco primeros días de cada mes y en la cuenta corriente o de ahorros que señale la esposa y la pensión se actualizará cada uno de enero de cada año con arreglo al incremento o variación anual que experimente el índice de precios al consumo establecido por el Instituto Nacional de Estadística u Organismo que lo sustituya. No procede adoptar ninguna otra medida de las solicitadas por las partes. No procede imposición de costas a ninguna de las partes».

**Segundo:** Contra dicha Sentencia, la parte actora presentó escrito de preparación del recurso de apelación, y dentro del término de emplazamiento, escrito de interposición del recurso de apelación, del que se dio traslado a la parte demandada,

presentando dentro del término de emplazamiento escrito de oposición. Seguidamente se remitieron los autos a esta Sala para la resolución de la apelación.

**Tercero:** No habiéndose aportado nuevos documentos, ni propuesto prueba, ni considerándose necesaria la celebración de Vista, se señaló para deliberación y votación el día 17 de junio de 2008.

**Cuarto:** Que en la tramitación de la apelación se han observado todas las prescripciones legales.

Habiendo sido ponente en esta apelación el Ilmo. Sr. Presidente don Julián Carlos Arque Bescós.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** La Sentencia recaída en el presente procedimiento de divorcio (art. 770 de la LEC) es objeto de recurso por la representación de la actora (Sra. ....) que en su escrito de interposición (art. 458 de la LEC) considera que procede una indemnización de 180.000 euros a su favor en virtud de lo dispuesto en el artículo 1438 del Código Civil, elevar los alimentos en 1200 euros mensuales para los dos hijos comunes y la compensatoria por 500 euros al mes durante siete años.

**Segundo:** Respecto a la primera cuestión sometida a debate (aplicación o no del art. 1438 del Código Civil) debe indicarse lo siguiente:

Ambos progenitores antes de casarse, siendo la actora de nacionalidad nicaragüense, el demandado español de vecindad común, residiendo ambos en Valladolid, otorgaron en dicha capital, Capítulos Matrimoniales de Separación el 14 de septiembre de 1994.

Ambos contrajeron matrimonio en Zaragoza y allí fijaron su domicilio familiar.

La ley pues aplicable al matrimonio es la Aragonesa, conforme dispone el artículo 9.2 del Código Civil, no habiendo ejercitado las partes opción alguna al respecto antes de la celebración del matrimonio.



Conforme a la Disposición Transitoria de la Lcrem. del 2003 de Aragón, sería aplicable la C.D.C. Aragón dada la fecha de suscripción de los capítulos matrimoniales.

Estos expresamente indicaban por lo que aquí interesa en el expositivo segundo: «Que al amparo del artículo 1315 del Código Civil y por así convenir al futuro desarrollo del matrimonio los aquí comparecientes, han convenido otorgar esta escritura y lo formalizan con arreglo a las siguientes:

Cláusula primera: El matrimonio de los otorgantes se regirá por el sistema de separación de bienes y en consecuencia, cada uno de los esposos tendrá la propiedad, disfrute, administración y disposición de los bienes que adquieran en lo sucesivo.

Cláusula cuarta: El régimen de separación de bienes, afecta únicamente al régimen económico matrimonial, rigiéndose por el Código Civil.»

Las partes habían fijado pues el régimen de separación con remisión expresa a las normas del Derecho Civil. Así dicho pacto, al no haber regulación expresa en su momento en el Derecho Aragonés es válido (arts. 3 y 25 de C.D.C. Aragón), criterio ya sustentado por esta Sala en Sentencia de 16 de mayo de 2006, por lo que el artículo 1438 del Código Civil es aplicable al caso no compartiendo esta Sala el criterio del Juzgador de instancia.

**Tercero:** En cuanto a la indemnización compensatoria (art. 1438 del Código Civil) se viene diferenciando dicha indemnización de la pensión compensatoria (art. 97 del Código Civil) pues la primera es un elemento corrector que sirve para salvar la desigualdad patrimonial entre los cónyuges que puede producirse al disolverse el régimen económico matrimonial de separación de bienes dada la falta de comunicación alguna entre las medidas patrimoniales de uno y otro cónyuge; mientras que la pensión compensatoria se dirige a corregir la desigualdad que tuvie-

ra un cónyuge respecto a la que tenía en el matrimonio.

En el artículo 1438 del Código Civil se exige la extinción del régimen de separación y la dedicación de la esposa al trabajo de la casa, concurriendo el primero de los requisitos, en cuanto al segundo la prueba practicada en autos revela que efectivamente la esposa desde el período de convivencia se dedicó al cuidado del esposo, posteriormente a los hijos, los únicos ingresos de la familia eran los obtenidos por el esposo, contribuyendo a las cargas del matrimonio con ellos y la esposa con el trabajo para la casa; no obstante debe tenerse en cuenta que la actora no ha contribuido al desarrollo profesional del demandado (militar de profesión), éste ha adquirido dos inmuebles constante matrimonio, igualmente la actora no consta haya aportado bienes al matrimonio ni cuáles eran sus recursos económicos en su país de origen, ha acogido con el consentimiento de su esposo a familiares propios, igualmente constan transferencias de dinero a su país cuyo origen *a priori* provenían de cuentas comunes, también es titular de un plan de pensiones y copropietaria por mitad de una plaza de garaje, por tales consideraciones no procede acceder a la indemnización solicitada.

**Cuarto:** En cuanto a la pensión por alimentos a favor de los hijos comunes, M.<sup>a</sup> de 5 años de edad, la Sentencia recurrida la fija en 800 euros mensuales, debe estar-se a lo dispuesto en el artículo 146 del Código Civil y 62 de la Ley 13/2006, y teniendo en cuenta las circunstancias anteriormente expuesta junto con los ingresos del alimentista como militar y procedentes de capital mobiliario y que obran en autos, parece adecuada la cantidad que fija la Sentencia recurrida.

**Quinto:** En cuanto a la pensión compensatoria debe tenerse en cuenta, como afirma la doctrina, que el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la contrastación entre las condiciones económicas de cada uno antes y después de la ruptura. No hay que probar,

indica la STS de 10 de noviembre de 2005 la existencia de necesidad pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfruta el otro cónyuge.

Sin embargo, indica la misma Sentencia del TS que para que pueda ser admitida la pensión temporal, es preciso que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad de la misma, pues no cabe desconocer que, en muchos casos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia. Igualmente indica el TS que se hace necesario que conste una situación de idoneidad, o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión, se trata de apreciar la posibilidad de desenvolverse automáticamente y se requiere que sea posible la previsión «ex ante» de las circunstancias o condiciones que delimitan la temporalidad, estando en todo caso el plazo en consonancia con la previsión de superación del desequilibrio, por lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación.

Aplicando la anterior doctrina al caso de autos y teniendo en cuenta que nos encontramos ante una convivencia de 15 años aproximadamente, carencia de cualificación profesional por parte de la recurrente, por contra se le ha atribuido el uso del domicilio familiar, una importante pensión alimenticia a sus hijos, teniendo una edad en la que no es impensable, una vez los hijos vayan creciendo, trabajar, por lo que parece adecuada la cantidad y el límite temporal (400 euros mensuales durante 5 años), que fija la Sentencia apelada.

**Sexto:** No procede, dado el objeto del litigio, hacer especial declaración sobre las costas causadas (art. 398 de la LEC).

#### NÚM. 47

*S. APZ (Secc. 2.ª) de 29 de julio de 2008*

**65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: TUTELA: Capacidad, excusa y remoción: Se desestiman las causas de inhabilidad alegadas y recogidas en el art. 111 LDp., pero se estima que, conforme al art. 112.1 LDp., el recurrente alegó excusa para desempeñar el cargo de tutor cuando dijo que el conjunto de circunstancias expuestas le hacían especialmente gravoso y difícil el ejercicio de la función tutelar. Se revoca el nombramiento y se nombra tutora a la Comisión de Tutelas de la DGA.**

**DISPOSICIONES CITADAS: arts. 111 y 112 LDp.**

**PONENTE: Ilmo. señor don Francisco Acín Garos.**

*Ante el JPI núm. 13 de Zaragoza se siguen autos de juicio de incapacidad núm. 47/2007; la sentencia de 18 de julio de 2007 decreta la incapacidad parcial de doña X, la somete a tutela y designa tutor a su hermano; éste presenta recurso de apelación (rollo 689/2007) que la sentencia 477/2008 de la Secc. 2.ª APZ estima parcialmente.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los que figuran en la sentencia impugnada, y

**Primero:** Por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 13, de los de Zaragoza, se dictó el 18 julio 2007 sentencia que contiene el siguiente FALLO:

«Primero. Debo decretar y decreto la incapacidad parcial de doña .....

a) **Ámbito personal.** Doña ..... queda impedida totalmente para regir el ámbito personal de su vida. En especial, se fija la obligación de someterse a revisión psiquiátrica y seguir el tratamiento prescrito para

su enfermedad, otorgando al tutor la facultad de gestionar dicha cuestión. Podrá ejercitar el derecho de voto.

b) **Ámbito patrimonial.** Doña ..... queda facultada para gestionar su patrimonio, a excepción de lo relativo al pago de la residencia de ancianos en la que se encuentre y gastos similares, para cuya realización se otorga al tutor la facultad de gestionar el patrimonio de la interesada, pudiendo incluso disponer de bienes de la incapacitada (con la correspondiente autorización judicial, si procediere).

**Segundo.** Debo decretar y decreto su sometimiento al régimen de tutela previsto en la Ley de Aragón 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona.

**Tercero.** Debo designar y designo como tutor don ....., a quien se hará saber el nombramiento para que sin demora comparezca en este Juzgado a fin de aceptar y jurar o prometer el cargo, y darle posesión del mismo.

**Cuarto.** Todo ello sin expreso pronunciamiento en costas».

**Segundo:** Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por don ....., que solicitó su revocación y que se dicte sentencia por la que se revoque en parte la sentencia, en el sentido de decretar la incapacidad completa de doña ..... para gestionar su patrimonio, sin excepciones, dejando sin efecto su nombramiento como tutor de la incapaz. El Ministerio Fiscal se adhirió al recurso, interesando, al igual que lo hizo en el acto de la vista celebrada el 31 de mayo de 2007, el nombramiento de la Comisión de Tutelas de la Diputación General de Aragón como tutor de la incapacitada; y remitidos los autos a esta Sala y practicada la prueba propuesta y admitida, no habiéndose considerado necesaria la celebración de vista, se señaló para la deliberación y votación el día 13 marzo 2008.

**Tercero:** En la tramitación de la apelación se han observado todas las prescripciones legales, a excepción de que no se ha podido cumplimentar el plazo al que se refiere el art 465 LEC.

Ha sido ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Francisco Acín Garos.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** La sentencia de instancia declara la incapacidad parcial de doña ..... en el ámbito personal, así como en lo patrimonial –se le faculta «para gestionar su patrimonio, a excepción de lo relativo al pago de la residencia de ancianos en la que se encuentre y gastos similares–», designando para el cargo de tutor a don ....., su hermano, que solicita se declare la incapacidad completa de la demandada para gestionar su patrimonio, sin excepciones, y se deje sin efecto su nombramiento como tutor.

**Segundo:** El informe médico-forense emitido en la segunda instancia precisa las conclusiones del emitido en la primera, pues, ratificando en doña ..... el diagnóstico de «Trastorno delirante crónico con trastorno de personalidad», la valoración de una parcial anulación de su capacidad de autogobierno de sus bienes y su persona, así como la recomendación de una incapacitación parcial para el gobierno de su vida y bienes materiales, precisa el alcance de esa incapacidad parcial, que se dice que hay que considerar referida a los pequeños gastos del día a día.

La prueba practicada es, pues, concluyente sobre el alcance de esa incapacidad, tal y como procede declararlo con estimación parcial del recurso interpuesto.

**Tercero:** Cuesta alegando (sic) que padece hipertensión arterial y diabetes mellitus tipo 2, lo que requiere controles médicos periódicos, así como mantener unos determinados hábitos de vida, precauciones y estabilidad psíquica que no perjudiquen su estado de salud; que es el hermano menor de la incapaz, con la que siempre ha mantenido una relación conflictiva; y que las aludidas circunstancias le hacen especialmente gravoso y difícil el ejercicio de la función tutelar.

La primera circunstancia –dice el recurrente–, sumada a su edad –70 años– debe

entenderse como causa de inhabilidad recogida en el art 111 e) de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, que establece que no pueden ser titulares de funciones tutelares «las personas en quienes concurra imposibilidad absoluta de hecho»; y la segunda en el artículo 111.1.f) –«Las que tengan enemistad manifiesta con la persona protegida»– o, en su caso, en el apartado h) –«Las que tengan importantes conflictos de intereses con la persona protegida»–.

La imposibilidad de hecho, en el caso del artículo 111 e), debe ser «absoluta», condición en la que, valorados que han sido los informes médicos emitidos por la Dra. .... y el Dr. ...., parece excesivamente forzado incluir la imposibilidad que el recurrente esgrime. Y la relación conflictiva que se dice mantenida con doña ....., sin más detalle, no parece asimilable a «la enemistad manifiesta con la persona protegida» ni a los importantes conflictos de intereses del apartado h).

No obstante, el artículo 112.1 de la citada Ley, dispone que «Tanto el desempeño inicial de las funciones tutelares como la continuación en su ejercicio serán excusables cuando por razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales, por falta de vínculos de cualquier clase con la persona protegida o por cualquier otra causa, resulte excesivamente gravoso el ejercicio del cargo o su continuación», excusa que el recurrente alegó dentro del plazo en que debía hacerlo –15 días a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento, art. 112.3– cuando dijo que el conjunto de circunstancias expuestas, como así hay que entenderlo, le hacían especialmente gravoso y difícil el ejercicio de la función tutelar.

Por todo ello, tal y como solicitan el recurrente y el Ministerio Fiscal, debe revocarse el nombramiento de don ..... como tutor de su hermana doña ....., nombrándose tutora de la misma a la Comisión de Tutelas de la Diputación General de Aragón.

**Cuarto:** No se hace especial pronunciamiento sobre costas en ninguna de las instancias.

#### NÚM. 48

A. APZ (Secc. 2.ª) de 4 de noviembre de 2008

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: AUTORIDAD FAMILIAR: Ejercicio:** *La elección entre la asignatura de religión católica o la de ética de los menores de catorce años es una cuestión que entra dentro de las funciones propias de la autoridad familiar y no es contenido propio de la guarda y custodia concedida en exclusiva a uno de los padres. La decisión corresponde a ambos progenitores (arts. 62 y 68 LDp.). En caso de discrepancia, el art. 71.1 LDp. se remite al Juez. Ambas opciones son muy respetables, pero el Juez está obligado a dar una respuesta a la controversia caso por caso, atendiendo a los usos sociales o familiares. Parece más lógico que puesto que así lo habían decidido los padres constante matrimonio, continúe estudiando religión católica.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** arts. 62, 68 y 71 LDp.

**PONENTE:** *Ilmo. señor don Julián Carlos Arque Bescos.*

*Ante el JPI núm. 5 de Zaragoza se siguen autos de ejecución de títulos judiciales núm. 326/2008; el auto de 25 de abril de 2008 desestima la solicitud formulada por el padre no custodio de que la hija común de 7 años curse la asignatura de religión católica; la parte actora presenta recurso de apelación (rollo 469/2008) que el auto núm. 601/08 de la Secc. 2.ª de la APZ estima autorizando que la menor continúe en la enseñanza de la asignatura de religión católica.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** En esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza se siguen, en grado de apelación, los Autos de ejecución de títulos judiciales 326/2008, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, a los que ha

correspondido el Rollo de Apelación número 469/2008, en los que aparece como parte apelante don ....., representado por el procurador don ....., y asistido por el Letrado don ....., y como apelada doña ....., representada por el procurador don ....., y asistida por la Letrada doña .....; y en fecha 25 de abril de 2008, se dictó Auto que contiene el siguiente pronunciamiento: «Desestimo la solicitud formulada por el procurador Sr. .... en nombre y representación de don ....., en su escrito de 28 de febrero.- Sin expresa condena en costas».

**Segundo:** Contra dicho Auto, la parte actora presentó escrito de preparación del recurso de apelación, y dentro del término de emplazamiento escrito de interposición del recurso de apelación, del que dio traslado a la parte demandada, presentando dentro del plazo el oportuno escrito de oposición. Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes.

**Tercero:** Recibido los autos; y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente rollo de apelación con el número ya indicado; y no siendo necesaria la celebración de vista por providencia se señaló para Deliberación y Votación el día 28 de octubre de 2008.

**Cuarto:** En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales en ambas instancias, habiendo sido Magistrado Ponente en esta apelación el/la Ilmo/a. Sr./Sra. Presidente don/doña Julián Carlos Arque Bescos.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Se recurre por la representación del Sr. .... el Auto del Juzgado que desestima la solicitud del recurrente para que la hija común de 7 años de edad curse la asignatura de religión católica. La resolución de instancia considera que puesto que las posturas de ambos progenitores son defendibles, la del padre favorable a la religión católica y la de la madre a la clase de ética, y no afectan al interés de la hija

común, que está debidamente protegida por ambas posiciones, no corresponde decidir la cuestión al Juzgador.

**Segundo:** En relación con la posible inadecuación de procedimiento tímidamente sostenida por la parte apelada en su escrito de oposición al recurso, aún cuando es posible que la controversia en el ejercicio de la patria potestad pueda tener su regulación procesal adecuada a través de las normas de jurisdicción voluntaria teniendo en cuenta lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1981 de 13 de mayo que modificó el Código Civil y la Disposición Derogatoria Única Primera de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, debe igualmente tenerse en cuenta que la Sentencia de divorcio atribuía la guarda y custodia de la hija a la madre con ejercicio compartido de la autoridad familiar en lo que exceda de su ámbito ordinario, así como que la propia Disposición Transitoria 10 de la Ley 11/1981 igualmente deja abierta la vía judicial ordinaria, por lo que procede mantener la vía procedimental elegida.

**Tercero:** Lo primero que debe resolverse es la cuestión relativa a si la disyuntiva entre asignatura de religión católica y ética entraría dentro de las funciones propias de la autoridad familiar o se enmarcaría más bien en el contenido propio de la guarda y custodia concedida a la recurrida como acto corriente o decisión diaria sin afectar a valores trascendentes.

Al respecto debe indicarse que el propio auto recurrido considera que se trata de un acto derivado de la autoridad familiar correspondiendo a ambos progenitores su decisión conforme los artículos 62 y 68 de la Ley 13/2006 de Aragón, y que la actuación de la progenitora custodia ha sido precipitada.

Efectivamente el artículo 62.1c) de la indicada Ley Aragonesa establece que corresponde a los padres decidir sobre la educación religiosa de los hijos menores de 14 años. Al respecto se podría añadir que el derecho a la educación es un derecho fundamental que recoge la Constitución Espa-

ñola en su artículo 27, y que una de las manifestaciones, además de ésta, son las cuestiones relativas a la educación moral y religiosa de los hijos. El artículo 27, apartado 3 reconoce el derecho que asiste a los padres de decidir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos, encomendándoles a los poderes públicos su garantía, dentro del marco del derecho a la libertad religiosa que reconoce igualmente la Constitución Española en su artículo 16.

Es pues un derecho de los padres derivado del propio deber de educar y formar a sus hijos, el establecer las directrices en las que se ha de desenvolver el hijo para la adquisición de un conjunto de valores de conformidad con sus convicciones ideológicas o sus creencias religiosas o morales, especialmente en las primeras etapas educativas del menor, por lo que es una cuestión que afecta a la autoridad familiar y en suma debe ser consensuada por ambos progenitores.

**Cuarto:** Tanto el artículo 71.1 de la Ley 13/2006 de Aragón, como el artículo 156 del Código Civil remiten al Juez para resolver aquellas cuestiones que afecten a la patria potestad, autoridad familiar en caso de discrepancia entre los progenitores.

La Ley Aragonesa establece que debe resolverse atendiendo al interés más favorable del menor, es evidente que ambas opciones, la del progenitor no custodio y la progenitora custodia son muy respetables, pero es claro que en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 de la Constitución Española deberá darse una respuesta judicial a la controversia.

**Quinto:** Dada la naturaleza de los intereses en conflicto es obvio que no puede darse una solución generalizada sino que habrá que analizarse ponderadamente y de manera cuidadosa caso por caso acudiendo, bien a los usos sociales o familiares, o en su caso al pacto habido entre las partes, o incluso a las propias valoraciones que cada progenitor haga de la cuestión.

En el caso de autos, ambos progenitores habían matriculado de común acuerdo y sin controversia alguna a la hija en la asignatu-

ra de religión católica durante los cursos 2004/2005, 2005/2006 y 2006/2007 en el colegio público donde cursaba sus estudios, no existe aparentemente motivo justificado para el cambio realizado por la progenitora custodia sin el consentimiento del otro progenitor, máxime cuando a mayor abundamiento basa su elección simplemente en que el colegio es público y puede la niña apuntarse en la parroquia a Catequesis, parece más lógico que puesto que así lo habían decidido los padres constante matrimonio, continúe estudiando dicha asignatura, por lo que procede resolver la controversia en favor del progenitor no custodio.

**Sexto:** No procede hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas en esta instancia (art. 398 de la LEC).

#### NÚM. 49

*S. APZ (Secc. 5.ª) de 21 de noviembre de 2008*

**69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS: Pacto tácito de comunidad de bienes: A falta de pacto expreso entre los convivientes, cabe entender la concurrencia de un pacto tácito de constitución de una comunidad entre ellos cuando tal voluntad se infiera de actos concluyentes que la revelen, y si así se entiende los bienes comunes han de ser divididos por mitad entre los partícipes (Ss. TS 975/1997, 790/1998) atribuyendo una participación en los bienes adquiridos en el tiempo que duró la unión y ello a pesar de que figuren a nombre de uno sólo de los miembros de la pareja (STS 5/2003).**

**PONENTE: Ilmo. señor don Pedro Antonio Pérez García.**

*Ante el JPI núm. 7 de Zaragoza se siguen autos de procedimiento ordinario núm. 1131/2006; la sentencia de 22 de junio de 2007 estima parcialmente la demanda y declara el derecho de copropiedad del actor sobre el 50% de una serie de bienes; la parte demandada interpone recurso de apelación (rollo 602/2007)*

que la sentencia núm. 647/2008 de la Secc. 5.ª de la APZ desestima.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** Se aceptan los de la sentencia apelada de fecha 22 de junio de 2007, cuyo FALLO es del tenor literal: «FALLO: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por doña ..... contra ....., debo:

1.º Declarar el derecho de copropiedad del actor don ..... sobre el 50 por 100 de los siguientes bienes:

- Vivienda sita en c/..... 6, 1º C de Zaragoza.
- Coche KIA RYO,
- Muebles de la vivienda, reflejados en el informe pericial de don .....
- Cuentas bancarias de Ibercaja, que estuvieran a nombre de los litigantes en el momento de la ruptura (agosto de 2005).

2.º Sin hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes» .

**Segundo:** Notificada dicha sentencia a las partes por la representación procesal de la demandada se interpuso contra la misma recurso de apelación, y dándose traslado a la parte contraria impugnó la sentencia, a lo que se opuso la apelante, remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia, previo emplazamiento de las partes.

**Tercero:** Recibidos los Autos y cinta de vídeo, y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado, y se señaló para deliberación, votación y fallo el día 30 de enero de 2008.

**Cuarto:** En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se oponen a los de la presente resolución y

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

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

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

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

ción del conflicto mediante la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto.

La juzgadora de primer grado considera acreditada la existencia de actos concluyentes que revelan la intención de los convivientes de poner en común sus ganancias con las que procedieron a la adquisición de los bienes que se dejan reseñados, por lo que entiende que corresponde a cada uno de ellos el 50% de los bienes adquiridos, pero como no consta el haber líquido, en tanto no se ha procedido a descontar las cargas que recaen sobre los bienes y falta prueba para que tal determinación pueda ser realizada, concluye que aún cuando el actor solicita una concreta cantidad de dinero lo que procede es declarar el derecho del actor sobre el 50 por 100 de los bienes, así como sobre el 50 por 100 de las cuentas bancarias que estuvieran a nombre de los litigantes al tiempo de la ruptura, que fija en el mes de agosto de 2005.

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

Sostiene la apelante que la sentencia es incongruente en tanto otorga cosa diferente de la pedida (una porción indivisa en lugar de una suma de dinero) y, en cuanto al fondo, alega la caducidad de la reclamación, si se pretende con base a la ley territorial, pues previene un plazo de 1 año para el ejercicio de la acción que persigue la compensación económica que proceda en caso de ruptura de parejas estables, y si en cualquier caso se entendiera que cabe una compensación, ésta ha de ser proporcional a las aportaciones que el actor acredite haber efectuado al común y el importe pretendido supera con mucho las ganancias habidas por don ..... durante el tiempo de convivencia, en cualquier caso, si como afirma éste sus ganancias fueron superiores a la de la su pareja, a él correspondía una mayor contribución a los gastos comunes sin que, además, hiciera aportación alguna para la atención de las tareas domésticas, a cargo todas ellas de doña ....., por lo que concluye que en

definitiva no hay enriquecimiento para ninguna de las partes.

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

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

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



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

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

A lo dicho no es de oponer que los bienes hayan sido titularizados a nombre

de la demandada, pues ello puede tener explicación en la situación de separado con cargas en la que se encontraba el actor.

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

**Cuarto:** Lo acabado de decir enlaza con el primero de los motivos de apelación formulado por doña ....., que afirma incongruencia en tanto que lo solicitado ha sido una suma de dinero, y lo reconocido una participación en bienes.

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

Si se examina la pretensión del actor, lo que hace en su pedimento principal es la cuantificación económica de la participación igualitaria que sostiene sobre los bienes a que se contrae el litigio y que constan a nombre de doña ....., y no solicita una compensación al modo establecido en el art. 7 Ley 6/1999 de la CA de Aragón, petición que sí formula como pretensión subsidiaria, por ello, reconocer esta participación pero no conceder la suma pedida por falta de elementos suficientes para llevar a cabo la correspondencia monetaria no implica incongruencia, pues se atiende a la esencia de la reclamación.

**Quinto:** El segundo motivo de apelación que formula doña ..... versa sobre el fondo, y discute la procedencia del reconocimiento de toda participación de don ..... en los bienes.

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

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

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

En consecuencia, procede también la desestimación de la impugnación.

**Séptimo:** En cuanto a las costas, dada la dificultad que supone en el presente caso la determinación de los derechos que cada uno ostenta sobre los bienes adquiridos durante una larga unión de hecho en la que no se establecieron pactos en cuanto a las relaciones patrimoniales, procede hacer uso de las facultades que nos otorga el art. 394 LEC, por lo que no ha de ser modificado el pronunciamiento que al respecto mantiene la sentencia de primer grado, ni procede la condena al pago de las ocasionadas en esta alzada (art. 398 LEC).

#### NÚM. 50

*A. APZ (Secc. 2<sup>a</sup>) de 25 de noviembre de 2008*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: AUTORIDAD FAMILIAR: Deber-derecho de corregir a los hijos: Producida la conducta reprobable del menor con bastante anterioridad al viaje de estudios a Italia, lo lógico, aun perdiendo parte de lo depositado, en uso de un ejercicio moderado y correcto del derecho de corrección de los hijos (art. 62.1.d LDp.), es la suspensión del viaje.**

**DISPOSICIONES CITADAS: arts. 61 y 62 LDp.**

**PONENTE: Ilmo. señor don Julián Carlos Arche Bescos.**

*Ante el JPI núm. 5 de Zaragoza se siguen autos de ejecución de títulos judiciales núm. 207/2008; el auto de 28 de abril de 2008 estima parcialmente la oposición formulada por el padre; ambas partes presentan recurso de apelación (rollo 510/2008) que el auto núm. 660/2008 de la Secc. 2.<sup>a</sup> de la APZ desestima.*

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero:** En esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza se sigue, en grado de apelación, los Autos de ejecución de títulos judiciales 207/2008, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza, a los que ha correspondido el Rollo de Apelación núm. 510/2008, en los que aparecen como partes apelantes don ....., y asistida por el procurador don ..... y asistida por la Letrada doña ..... y don ....., representado por la Procuradora doña ..... y asistido por el Letrado doña ....., y en fecha 28 de abril de 2008, se dictó Auto que contiene el siguiente pronunciamiento: «Estimo parcialmente la oposición formulada por la procuradora Sra. ....., en nombre y representación de don ....., contra el auto despatchando ejecución de fecha 25 de febrero

de 2008, acordando que la misma siga adelante por la cantidad de 619 euros de principal más 180 euros que se fijan alzadamente para intereses y costas de la ejecución. Sin costas del incidente. Con imposición de las de la ejecución pero partiendo del importe finalmente reconocido».

**Segundo:** Contra dicho Auto, ambas partes prepararon e interpusieron recurso de apelación, presentando ambos, escritos de oposición. Seguidamente se remitieron las actuaciones a esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes.

**Tercero:** Recibidos los autos y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente rollo de apelación con el número ya indicado; y no siendo necesaria la celebración de vista por providencia se señaló para Deliberación y Votación el día 18 de noviembre de 2008.

**Cuarto:** En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales en ambas instancias, habiendo sido Magistrado Ponente en esta apelación el/la Ilmo/a. Sr./Sra. Presidente don/doña Julián Carlos Arque Bescos.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** El auto recaído en el presente procedimiento sobre ejecución de título judicial (arts. 776 y 517 y siguientes de la LEC) es objeto de recurso por ambas partes contendientes.

El recurso de la ejecutante considera que debe estimarse la demanda en cuanto al pago del gasto del viaje de estudios a Italia del hijo común y la totalidad de la multa administrativa impuesta al menor o el 70 por 100 de la misma.

El recurso del ejecutado pretende por contra que la multa sea abonada por la eje-

cutante así como los gastos de psicólogo igualmente de manera íntegra por no contar con la autorización del ejecutado.

**Segundo:** En cuanto a los gastos del viaje a Italia es acertado el criterio del juzgador pues producido el hecho sancionador por una conducta reprochable del menor con bastante anterioridad al viaje de estudios lo lógico, aun perdiendo parte de lo depositado, en uso de un ejercicio moderado y correcto del derecho de corrección de los hijos (art. 61.9 de la Ley 13/2006 de Aragón) es la postura del ejecutado suspendiendo el viaje. Se confirma el auto en este apartado.

**Tercero:** En cuanto a la multa, ambas partes se responsabilizan mutuamente de la actuación del menor, pero también acierta el juzgador de instancia en que esta cuestión no puede ser ocasional, sino derivada de una trayectoria llevada por el menor antes, durante y después de la ruptura, y aún contando con la dificultad actual en que se mueven los menores no puede por menos que responsabilizarse a los progenitores en igual medida, siendo adecuado compartir ambos la multa en línea con lo dispuesto en el artículo 62.1.d de la Ley 13/2006. Se confirma el auto igualmente en este apartado.

**Cuarto:** En cuanto a los gastos de psicólogo son una partida necesaria, sin que conste que puedan ser cubiertos por el seguro que alega el recurrente, por otro lado se trata de un tratamiento de años anteriores, es clara la necesidad de desestimar el recurso del ejecutado en este apartado. Se confirma íntegramente el auto recurrido.

**Quinto:** No procede hacer especial declaración sobre las costas ocasionadas en esta instancia (art. 398 de la LEC).