

B) RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES DE ARAGÓN (2011-2012)

HUESCA, 2011-2012

57

NÚM. 57

S. APH. de 19 de enero de 2011

69: PAREJAS ESTABLES NO CASADAS: EFECTOS PATRIMONIALES DE LA EXTINCIÓN EN VIDA: Compensación económica: *No nos encontramos ante una laguna legal por falta de regulación de las causas de extinción, máxime cuando el art. 7-2 LPEN sí prevé la extinción de la «pensión periódica» para el sustento del conviviente cuando el cuidado de los hijos comunes le impida la realización de actividades laborales o las dificulte seriamente, en cuyo caso esa pensión se extinguirá cuando el cuidado de los hijos cese por cualquier causa o cuando alcancen la mayoría de edad o se emancipen. La peculiaridad en el supuesto aquí enjuiciado es que la compensación económica no consiste en una cantidad alzada, sino en una suma que debe ser pagada durante un determinado plazo. Debemos rechazar la aplicación del art. 100 Cc. por analogía legis, dadas las diferencias constatadas jurisprudencialmente entre las uniones de hecho y el matrimonio y porque Aragón tiene su propia regulación sobre parejas estables no casadas. Tampoco podemos aceptar la apli-*

cación del art. 100 Cc. por analogía iuris, porque supondría la introducción de un principio ajeno o incluso contrario a los principios que resultan de la propia regulación aragonesa.

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Antonio Angós Ullate.*

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 7 LPEN y art. 100 Cc.*

El actor solicita la extinción de la compensación económica prevista en el art. 7 LPEN. El JP II de Boltaña en sentencia de 13 de noviembre de 2009, desestima las pretensiones del actor. El actor recurre en apelación e igualmente se desestima su recurso.

NÚM. 58

APH de 31 de enero de 2011

0: DERECHO FISCAL Y PROCESAL. DERECHO TRANSITORIO. OTRAS MATERIAS: LEY DE CAZA: Responsabilidad: *Con carácter general, esta Sala tiene*

58

declarado con relación a la irrupción en la calzada de un animal salvaje, que tras la entrada en vigor del art. 71.bis de la Ley 5/2002 de Caza, de dicha normativa resulta que la responsabilidad civil de los titulares de los cotos se limita a los supuestos en que el daño es consecuencia directa de la acción de cazar o de una falta de diligencia en la conservación del terreno acotado, siendo este último supuesto el que, a criterio de la apelante, sustentaría la responsabilidad de la sociedad de cazadores demandada. Carga de la prueba: La prueba de la diligencia de los titulares del coto, o de las medidas que hayan podido adoptar para la conservación del terreno, le resulta muy difícil, si no imposible, al propietario, conductor o no, del vehículo siniestrado, de modo que la prueba de la diligencia en la conservación del coto incumbe a sus titulares, quienes dirigen la explotación de la actividad cinegética y están, por tanto, en mejor disposición de estudiar los medios adecuados para impedir la irrupción de animales en la carretera, todo lo cual inclina al Tribunal por afirmar que en absoluto debe confundirse la inversión de la carga de la prueba ni con la exigencia de una probatio diabolica ni mucho menos con una reasimilación del sistema de responsabilidad objetiva imperante con anterioridad a la reforma de la Ley 17/2005.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. José Tomás García del Castillo.

DISPOSICIONES CITADAS: art. 71.bis de la Ley 5/2002 de Caza, modif. por la Ley 15/2006, de 28 de Diciembre, de Montes, y tras la entrada en vigor de la Disposición Adicional Novena de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial en su redacción conforme a la Ley 17/2005.

El actor solicita la reparación de los daños sufridos por un accidente en la vía pública por el atropello de un jabalí. El JPI núm. 1 de Huesca, desestima la demanda. El actor recurre en apelación y la APH estima el recurso

NÚM. 59

S. APH de 23 de febrero de 2011

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: JUNTA DE PARIENTES: Eficacia de las decisiones: 73: SUCESIÓN PACIONADA: REVOCACIÓN: Incumplimiento de obligaciones: Conforme al artículo 178.1C DFA las decisiones de la Junta de Parientes se presumen válidas y eficaces mientras no se declare judicialmente su invalidez. Por tanto, como con acierto razona la sentencia apelada, habría sido preciso que la actora hubiera impugnado –sobre la base de las causas de invalidez aludidas en el artículo 179 C DFA– la decisión de la Junta de parientes en la que sus dos miembros (un hermano de cada uno de los instituyentes) mantuvieron el incumplimiento grave de las obligaciones asumidas por la instituida, lo que no ha hecho, ni mucho menos en el juicio verbal al que se refiere el artículo 180 C DFA. Por tanto, la presunción no desvirtuada de validez y eficacia de la decisión adoptada en Junta de parientes nos debe llevar a mantener la propia eficacia de la revocación unilateral de la institución de heredero, con arreglo al supuesto especialmente pactado para ello, el cual se corresponde con la regulación contenida en el artículo 400-1-b C DFA.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Antonio Angós Ullate.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 178, 179, 180 y 400 C DFA.

Ante el JPII núm. 1 Jaca, se interpone demanda solicitando la anulación de revocación de la institución de heredero acordada por la Junta de Parientes, tal y como se preveía en la escritura de nombramiento de heredera. El Juzgado, en sentencia de 25 de marzo de 2010 desestima la demanda. La actora recurre en apelación. La APH desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.

60

NÚM. 60

S. APH de 29 de julio de 2011

6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: BIENES COMUNES: Estanco: En el supuesto de estancos, como en los casos similares de Administración de Loterías, taxis, farmacias, hay que afirmar que la titularidad que se atribuye a quien figura al frente del establecimiento es meramente administrativa, acomodada a la normativa especial que rige los estancos y por tanto se trata más bien de tipo formal imputada por exigencias de la Administración, que no excluye la titularidad civil. En este caso, la concesión se produjo constante matrimonio, y sin olvidar que la propia normativa citada en el recurso sobre la transmisión de expendedorías de tabaco (...) contempla la posibilidad de que se produzca dicha transmisión, bien que con sujeción a los requisitos establecidos en las respectivas disposiciones reglamentarias. Todo ello nos inclina por mantener en el inventario no sólo la expendedoría en sí sino también el negocio, asumiendo en este particular la STS de 1 de abril de 2007, cuya argumentación en este particular creemos compatible con el Derecho Aragonés, con la consiguiente desestimación del presente recurso. Por ello, cabe calificarlo de consorcial.

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: PROCEDIMIENTO: Los herederos del esposo interesan en su recurso de apelación que se declaren como bienes consorciales y postconsorciales y figuren en el inventario, determinados bienes por pertenecer todos ellos a la sociedad postconsorcial que se constituyó tras el fallecimiento del referido esposo en 1975. Alegan que, tras haber fallecido su causante, sin descendencia y sin haber otorgado testamento, se habría constituido la llamada sociedad postconsorcial entre ellos, y la viuda de éste, la Sra. Regina, extendiéndose dicha sociedad postconsorcial hasta el año 2005, fecha en la que falleció la esposa. No desconocemos que, disuelto el consorcio conyugal, y antes de procederse a su liquidación, existiría una sociedad o comunidad postconsorcial. Pero también que de no separarse ambas liquidaciones, la del consorcio y la del postconsorcio, nunca vamos a tener un inventario terminado sobre el que iniciar las operaciones particionales. Por todo ello, no creemos que pueda hacerse una liquidación conjunta del consorcio y del postconsorcio. La resolución del Juzgado debería haberse adoptado por sentencia.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. José Tomás García Castillo.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 58-1 Comp., 1347 Cc.

Ante el JPI núm. 1 de Huesca parte de los herederos de los cónyuges ya fallecidos interesan la formación de inventario de la sociedad conyugal disuelta. El Juzgado en auto de 5 de febrero de 2010 estima en parte la demanda. Se recurre el auto en apelación por diversos herederos, y la APH desestima el recurso de Apelación.

61

NÚM. 61

S. APH de 5 de octubre de 2011

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS: Formación profesional completada: *Sostiene la recurrente que procede revocar la sentencia apelada para mantener la pensión alimenticia que venía rigiendo desde la separación, pretensión que no puede prosperar siendo de resaltar que hace ya años que el hijo se incorporó al mercado laboral por más que, por decisión propia, no quisiera seguir trabajando en la empresa, sin que sea a estos efectos relevante que el hijo, ya mayor de edad, no haya alcanzado el límite de edad del artículo 69 CDFa.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Gonzalo Gutiérrez Celma.*

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 69 CDFa.*

El marido solicita el divorcio de su esposa, de la que ya estaba separado judicialmente y, también la modificación de medidas para que se extinga la pensión que pasa al hijo mayor de edad. El JPI núm. 1 de Huesca en sentencia de 11 de marzo de 2011, estima las pretensiones del demandante. La demandada apela el fallo. La APH desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.

aplicable: *Hemos de tener en cuenta la norma de conflicto prevista en el art. 9-7 Cc. En el presente supuesto, la sentencia de divorcio, que fue dictada por el Juzgado número 1 de Jaca en julio de 1992, ya expresa que la demandada vivía en Córdoba, a donde se trasladó con su hijo, puesto que la anterior sentencia de separación de 1990 le atribuyó su guarda y custodia, según el convenio regulador; mientras que el apelante reside ahora en la provincia de Castellón. Así, todo da a entender que el alimentista, cuyo lugar de nacimiento no consta, tiene en este momento la vecindad civil común, conforme al artículo 14 del Código civil, por lo que, según el citado artículo 9.7, debemos aplicar la Ley de residencia habitual del alimentista, máxime cuando la Ley interna, concretamente, el artículo 69 CDFa no reconoce el mantenimiento de la obligación de los padres de costear los gastos de crianza y educación de los hijos mayores de edad cuando no sea razonable exigirles su cumplimiento y, en todo caso, cuando el hijo cumpla los veintiséis años.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Antonio Angós Ullate.*

DISPOSICIONES CITADAS: *arts. 9-7; 16, 142 y 152 Cc.; art. 69 CDFa.*

El demandante solicita la extinción o rebaja de la pensión de alimentos del hijo que ya ha cumplido los 26 años, y que se indique un límite temporal para ponerle fin. El hijo es de vecindad civil común, y con residencia junto a su madre en Córdoba; el fundamento del padre es que no rinde en los estudios y no trabaja. El JPII de Jaca, en sentencia de 7 de marzo de 2011 desestima la demanda. El demandante apela y se estima el recurso: se rebaja la pensión y se limita hasta el 30 de abril de 2013.

62

NÚM. 62

S. APH de 27 de abril de 2012

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GASTOS DE LOS HIJOS MAYORES O EMANCIPADOS: Ley

NÚM. 63

S. APH de 24 de mayo de 2012

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: INVENTARIO: De dinero o partidas dinerarias: *El inventario tiene como finalidad la determinación o identificación de los bienes que integran un patrimonio, con la peculiaridad de 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 Lec. cuando encausa 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, como ya dijimos en otras resoluciones, 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.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Gonzalo Gutiérrez Celma.*

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 257 CDFa y art. 809 Lec.*

En JPII de Fraga se siguieron autos de formación de inventario. El Juzgado en S. de 24 de febrero de 2012 estima la demanda, y la APZ estima en parte el recurso de apelación.

NÚM. 64

S. APH de 26 de junio de 2012

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: ASIGNACIÓN COMPENSATORIA: *Para fijar la asignación compensatoria, según se denomina en el art. 83 CDFa, hay que atender los criterios que enumera, entre los que cabe destacar, los recursos económicos, la edad del solicitante, sus perspectivas económicas y las posibilidades de acceso al mercado de trabajo, las funciones familiares desempeñadas por los padres y la duración de la convivencia. De contenido similar, el art. 97 Cc. incide, entre otros aspectos, en la edad y el estado de salud, la cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo, la dedicación a la familia y la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge, así como en la duración del matrimonio y de la convivencia conyugal y el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. El matrimonio que ahora se disuelve ha tenido una duración de poco más de dos años, la cónyuge demandante es joven (nació en 1987) y tiene cualificación profesional, por lo que no procede la pensión que solicita, desestimando con ello el recurso de apelación y confirmando la sentencia de instancia.*

PONENTE: *Ilmo Sr. D. Santiago Serena Puig.*

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 83 CDFa; art. 97 Cc.*

Procedimiento de divorcio seguido ante el JPI núm. 1 de Jaca, acordado por sentencia de 22 de julio de 2011. La misma es recurrida. La APH desestima el recurso.

TERUEL, 2011, 2012

65

NUM. 65

S. APT de 12 de mayo de 2011

62: EDAD: INCAPACIDAD E INCAPACITACIÓN: PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD: *Cuando un contrato, en este caso el convenio regulador, es ratificado ante el Juez en un procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, y es aceptada esa ratificación por éste sin observar en la persona que lo ratifica ninguna alteración de su capacidad de comprender el alcance del documento debe presumirse que la persona que lo otorga, tiene capacidad mental para hacerlo, presunción que viene recogida en el artículo 34 del CDFa: «La capacidad de la persona que ha cumplido los catorce años y no ha sido incapacitada se presume siempre», siendo una presunción «iuris tantum» que puede ser destruida, pero, para su destrucción, se precisa*

de una prueba concluyente de que en el preciso momento de la suscripción del documento y de su ratificación la persona que lo otorgó se hallaba en una situación psíquica en la que no le era posible entender y querer el acto jurídico que realiza.

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Hernández Alegre.*

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 34 CDFa.*

La actora interpone acción de nulidad del convenio regulador que suscribió en el un previo procedimiento matrimonial alegando que tenía alteradas sus facultades mentales. El 11 de diciembre de 2010 el JPI núm. 2 de Alcañiz dictó sentencia desestimando la demanda y confirmando la validez del convenio regulador. La actora apela la sentencia de instancia y la APT desestima la apelación.

ZARAGOZA, 2011, 2012

66

NÚM. 66

A. APZ (secc. 2ª) de 1 de febrero de 2011

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GESTIÓN DE LOS BIENES DE LOS HIJOS: Ley de Derecho de la persona.: El recurrente, amparado en el título constituido por la Sentencia de divorcio de los litigantes de 25 de julio de 2008, en concreto, en la cláusula segunda del convenio que aprueba, que atribuye la guarda y custodia del hijo a la madre y a ambos progenitores la autoridad familiar, solicitó en su demanda ejecutiva que se requiriese a la ejecutada para que repusiera en el plazo de siete días la suma de 6.000€ en la cuenta de Bankinter por ser propiedad y titularidad del hijo común, al haberla desistido sin consentimiento del ejecutante que fue quien realizó dicho depósito en la misma. Evidentemente, la Sentencia de divorcio no contiene pronunciamiento alguno sobre disposición de bienes del menor, sólo uno genérico de atribución de la autoridad familiar. No existe pues título judicial que ampare la pretensión deducida en este proceso. Como bien sostiene el recurrente puede tratarse la presente de discrepancias entre los progenitores sobre el ejercicio de la autoridad familiar, cuestión que no es materia de ejecución de una Sentencia de divorcio. La parte recurrente tiene abierta la vía judicial para exigir la satisfacción de los intereses que invoca.

PONENTE: Ilma. Sra. Dña. María Elia Mata Albert.

DISPOSICIONES CITADAS:

Con fecha 1 de octubre de 2010, recayó Auto, cuya parte dispositiva dice: Denegar el des-

pacho de ejecución solicitado por el actor y padre del menor, quedando abierta a la parte ejecutante la vía jurisdiccional ordinaria. La parte actora presentó recurso de apelación, que fue desestimado por la APZ.

67

NÚM. 67

S. APZ (secc. 2ª) de 6 de marzo de 2011

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: MEDIDAS JUDICIALES: Modificación: La modificación de las medidas (artº. 90, 91 y 100 del Código Civil) ya fijadas en anteriores procesos matrimoniales requiere de una alteración de circunstancias, que para que sean tenidas en cuenta, han de revestir de una serie de características, como que sean trascendentes y no de escasa o relativa importancia, que se trate de una modificación permanente o duradera y no aleatoria o coyuntural, que no sea imputable a la propia voluntad de quien solicita la modificación ni preconstituida y que sea anterior y no haya sido prevista por los cónyuges o el Juzgador en el momento en que las medidas fueran establecidas. Correspondiendo la carga de la prueba a la parte que propone la revisión de las medidas (artº. 217 L.E.C.). GASTOS DE ASISTENCIA A LOS HIJOS: Gastos extraordinarios necesarios: El Convenio regulador establecía en la cláusula 2ª: «3.—El padre abonará en concepto de pensión de alimentos una cantidad mensual de 250 euros, pagadera (...). Los gastos extraordinarios serán abonados por mitad». La Sentencia apelada reduce a 100€/mensuales la pensión modificando dicha cláusula sin hacer alusión alguna a los gastos extraordinarios. Es cierto que las circunstancias económicas son complicadas para el alimentante, (...) parece razonable

la reducción que fija la Sentencia apelada. No obstante, entiende esta Sala que no puede suprimirse la alusión a los gastos extraordinarios, ello supondría dejar prácticamente la alimentación y educación del hijo común a cargo de la progenitora custodia, lo que, en modo alguno, puede admitirse, por lo que procede mantener la mención relativa a los gastos extraordinarios tal como venía contemplada en la cláusula 3ª del Convenio.

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Julián Arqué Bescós.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Arts. 90, 91 y 100 Cc.*

Procedimiento de modificación de medidas, que es estimado en parte por el Juzgado (S. de 6 de julio de 2010, del JPI núm. 16 de Zaragoza); recurren ambos progenitores y la APZ estima en parte lo recurrido: en aquello que atañe a los gastos extraordinarios.

para el menor, justificando adecuadamente esta opción, ello no implica que la custodia compartida opere de manera automática, sino que en caso de solicitarse por uno de los progenitores la custodia individual deberá realizarse el necesario estudio de los factores que señala la propia normativa y con máximo respeto al principio básico o fundamental e inspirador de la norma que es el beneficio e interés de los hijos menores de edad. Conjugando todas las circunstancias indicadas, parece adecuada la opción que fija el Juzgador de instancia decantándose por la opción legal (80.2 CDFa) con la necesidad de que el caso sea examinado por el Servicio de Protección de Menores del I.A.S.S., al objeto de poder realizar un seguimiento adecuado de la evolución de éstas.

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Julián Arqué Bescós.*

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 80 CDFa.*

La parte actora, la madre, solicita modificación de medidas con el objeto de que se acuerde la custodia compartida, a lo que accede el JPI núm. 6 en sentencia de 24 de febrero de 2011. Frente a dicho fallo se alza el marido demandado en apelación, solicitando que no se acceda a la y se mantenga la custodia individual a su favor, debido a los trastornos que presenta la madre. La APZ desestima el recuso de apelación.

NÚM. 68

S. APZ (secc. 2ª) de 28 de junio de 2011

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Preferencia de la custodia compartida: *El CDFa (art. 80) ha establecido como preferencia legal la custodia compartida, al considerar que esta forma de custodia es más beneficiosa para el interés del menor y más respetuosa con los derechos de los progenitores, lo que implica que al estar configurada como regla general, el juez podrá optar por la individual cuando sea más conveniente*

NÚM. 69

S. APZ (secc. 2ª) de 5 de julio de 2011

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: CURATELA : *Finalidad: La curatela es una institución de guarda de la*

persona a la que se nombra un asistente, en atención a su grado de discernimiento para que pueda realizar determinados tipos de actos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 289 del Código Civil; la curatela es un órgano estable pero de actuación intermitente que se caracteriza porque la función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, sino de completar la capacidad de quien la padece, pero necesita un plus para la realización de determinados actos. La diferencia se encuentra entonces en que el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación, mientras que el sometido a curatela es capaz pero requiere de un complemento de capacidad.

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Julián Arqué Bescós.*

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 35 CDFa y 200 Cc.*

Ante el JPI núm. 13 de Zaragoza se siguieron autos a instancia del Ministerio fiscal, acordándose la incapacitación de la demanda con sujeción a curatela. El Juzgado, en sentencia de 25 de enero de 2011, estima la demanda; la demanda recurre en apelación desestimando la APZ el recurso interpuesto por la misma.

ción del apelante al abono de las cuotas hipotecarias (26.664,20€), obra en el activo societario como crédito contra la recurrida, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 38 y 47 de la Compilación de Aragón vigente en el momento de la adquisición del inmueble, que debe ser calificado como privativo de la actora, procede desestimar el recurso en su primer alegato.

6632: CONSORCIO CONYUGAL: PASIVO: REINTEGROS Y REEMBOLSOS: Plan de jubilación: *En cuanto al plan de jubilación, Winterthur Vida (póliza), debe indicarse que fue concertado en Junio de 2001, constante matrimonio y en consecuencia abonado con dinero consorcial, por lo que procede el desembolso (sic) de las aportaciones al consorcio, como correctamente entendiendo la Sentencia apelada.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Julián Arqué Bescós.*

DISPOSICIONES CITADAS: *arts. 38 y 47 Comp.*

Liquidación del consorcio conyugal. Formación de inventario. El JPI núm. 6 de Zaragoza, en sentencia de 21 de marzo de 2011, estima la demanda. El demandado apela y discute determinadas partidas, estimándose, en parte, el recurso de apelación.

NÚM. 70

S. APZ (secc. 2ª) de 4 de octubre de 2011

6631: CONSORCIO CONYUGAL: ACTIVO: BIENES PRIVATIVOS: Vivienda familiar: *Respecto de la vivienda que fue domicilio familiar, se trata efectivamente de vivienda adquirida con anterioridad al matrimonio por la recurrida, la contribu-*

NÚM. 71

*S. APZ (Secc. 2ª)
de 8 de noviembre de 2011*

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES. ADOPCIÓN, GUARDA. ACOGIMIENTO. PROTECCIÓN DE MENORES: OPOSICIÓN A LA DECLARA-

CIÓN DE DESAMPARO: *Para acordar el retorno del menor desamparado a la familia biológica no basta con una evolución positiva de los padres biológicos ni con unos buenos propósitos, sino que es menester que esta evolución sea suficiente para restablecer la unidad familiar en condiciones que supongan la eliminación del riesgo de desamparo del menor y compensen su interés en que se mantenga la situación de acogimiento familiar en que se encuentra y especialmente indica el TS teniendo en cuenta entre otros factores si el retorno al entorno familiar biológico comporta riesgos relevantes de tipo psíquico.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Julián Arqué Bescós.*

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 121 CDFA.*

El JPI núm. 5 de Zaragoza, dictó sentencia de fecha 5 de junio de 2011 por la que se desestima la oposición del padre biológico de la menor y se mantienen sendas resoluciones administrativas que declaran a la menor en desamparo y determina sobre ella un acogimiento preadoptivo. El demandante, apela esta resolución, y la APZ desestima su recurso manteniendo el pronunciamiento de la instancia.

un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como afirma la doctrina el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad, el cónyuge más desfavorecido en la ruptura puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo, pero sí ha de probarse que 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. Pero tampoco significa paridad o igualdad de patrimonios. Requisitos: Que para determinar si existe derecho a la pensión compensatoria debe analizarse si la situación del cónyuge solicitante ha empeorado en relación con la que ostentaba constante matrimonio y si la misma es peor que la del otro. Que ha de atenderse al momento de la ruptura. Que no se trata de obtener una igualdad milimétrica de patrimonios o ingresos. Que no es incompatible la pensión con la existencia de medios propios económicos por parte del solicitante. Que las causas enumeradas en el artº. 97 del Código Civil son los determinantes para decidir no sólo la fijación de su cuantía sino la procedencia de su concesión. Carácter temporal o indefinido: 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 se hace necesario que conste una situación de idoneidad, o aptitud para superar el desequilibrio económico

NÚM. 72

S. APZ (Secc. 2ª)
de 29 de noviembre de 2011

61: PERSONA Y FAMILIA: EN GENERAL: ASIGNACIÓN COMPENSATORIA: Finalidad: *Tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio en uno de los cónyuges que implica*

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 delimita la temporalidad, estando en todo caso el plazo en consonancia con la previsión de superación de desequilibrio, por lo que habrá de actuarse con prudencia y ponderación. En el presente supuesto existe un desequilibrio en el momento de la ruptura, debiendo fijar una pensión temporal dada la edad de la demandada (36 años) y los ingresos no muy elevados del actor.

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Julián Arqué Bescós.*

DISPOSICIONES CITADAS: art. 97 Cc.

En el JPI núm. 5 se siguen autos de divorcio. El Juzgado dicta sentencia en fecha 24 de mayo de 2011 en la que estima en parte la demanda. Frente al fallo, apelan ambas partes, desestimando la APZ ambos recursos.

constate la presencia de indicios racionales de criminalidad, de manera que no es suficiente la simple denuncia para provocar la exclusión de la custodia compartida o de la individual. En el presente supuesto la recurrente ha sido condenada como autora de un delito de lesiones en el ámbito familiar a la pena de 8 meses de prisión y de prohibición y comunicación con el recurrente de dos años, por sentencia de 15/9/2010 del Juzgado de lo penal núm. 3 de Zaragoza confirmada por la sección 3ª de esta Audiencia Provincial sentencia de 25/1/2011, se trata pues de un proceso penal incluido en el supuesto de exclusión de la guarda y custodia, no encontrándose extinguida la pena, en consecuencia procede confirmar la sentencia en este apartado.

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Julián Arqué Bescós.*

DISPOSICIONES CITADAS: art. 80-6 CDFa y art. 92-7 Cc.

Procedimiento seguido ante el Juzgado de familia, a instancias de la madre, sobre la guarda y custodia de los hijos. El juzgado, en sentencia de 5 de diciembre de 2011, desestima las pretensiones de la madre que reclama para sí la guarda y custodia sobre el hijo menor atribuyéndosela el Juzgado en exclusiva al padre. La madre apela el fallo, el recurso es desestimado por la APZ, confirmando así la sentencia de instancia.

NÚM. 73

S. APZ (Secc. 2ª) de 17 de enero de 2012

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: GUARDA Y CUSTODIA DE LOS HIJOS: Exclusión de los progenitores: El artº 80. 6 CDFa excluye a uno de los progenitores de la guarda y custodia, tanto individual como compartida en los casos que indica. El precepto asume en Aragón lo establecido en el art. 92.7 Cc. pero exigiendo que se haya dictado resolución judicial motivada, que se

NÚM. 74

S. APZ (Secc. 4ª) de 14 de octubre de 2011

84: SERVIDUMBRES: MANCOMUNIDAD DE PASTOS: El espinoso problema planteado por los arts. 600 a 602 Cc. en orden a la distinción entre «servidumbre» y «co-

munidades» de pastos y leñas señala como nota distintiva entre ambas figuras el hecho de que la titularidad dominical del predio o finca en cuestión pertenezca a uno o varios de los interesados en su aprovechamiento o a la totalidad de quienes se reúnan para disfrutarla comunitariamente, apareciendo en el primero de estos casos la figura de la «servidumbre» y en el segundo la de la «mancomunidad» ya que hay dominio compartido por todos los interesados sobre cosa propia e indivisible. En este caso estamos ante un derecho real de determinados aprovechamientos, por tanto parcial sobre la totalidad de los mismos, pero en comunidad con los vecinos de Zaragoza. Que se trate, en la relación del derecho de los vecinos de María con la propiedad del Monte, que lo es de Zaragoza, (...) de un derecho real de determinados aprovechamientos, no impide que puedan ser comunales estos derechos reales. Que no necesariamente tienen que recaer sobre la plena propiedad.

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Madrano Sánchez.*

DISPOSICIONES CITADAS: *arts. 600 a 602 Cc. Referencias a legislación histórica.*

Procedimiento seguido entre el Ayuntamiento de Zaragoza (demandante) y el de María de Huerva sobre la calificación jurídica que deba tener una Monte «Vales de María», llegando a la conclusión que el monte es propiedad del Ayuntamiento de Zaragoza, pero que sobre él existe una mancomunidad de pastos entre los vecinos de ambos municipios. S. 30 de junio de 2010, del JPZ núm.19. Estima la demanda. Recurre la demanda, y se estima en parte su recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El Ayuntamiento de Z presentó demanda contra el Ayuntamiento de M ejerci-

tando una acción declarativa de dominio (fundamento jurídico II de la demanda), sobre, ya se aclarará su alcance, un monte, y que se califica de comunal denominado «Vales de María», sito en el término municipal de María de Huerva que ha sido objeto de una doble inmatriculación, una de las inscripciones a favor del Ayuntamiento demandada con carácter patrimonial. Se identificaba en la demanda la finca, registral 1401 en la inscripción favorable a la Corporación demandada, requisito de la acción declarativa, y se invocaba el título, una capitulación y concordia, datada en 1558, que se tilda de transacción jurídica en la demanda, entre la Familia Feudal pretendiente a la titularidad del dominio directo, el Ayuntamiento de Zaragoza municipio de realengo, y el Concejo de María, concordia aquella en la que, en síntesis, se distribuía la jurisdicción entre el Ayuntamiento de Zaragoza y la familia del Conde de Fuentes, se precisaban los derechos de esta última en su condición de titular de un dominio directo pretendido y se hacía una distribución de los aprovechamientos primarios del monte, los agrícolas, ganaderos y forestales entre los vecinos de María y los de Zaragoza. La demanda se apoyaba en un profundo estudio histórico-jurídico de la propiedad sobre el Monte de Vales, en el que explicaba el origen de los títulos, donaciones reales a favor de la familia feudal, la desmembración de la propiedad en la época feudal, el conflicto entre aquella familia y el Ayuntamiento de Zaragoza, municipio, como se ha dicho, de realengo, y el verdadero origen del conflicto, si el monte de Vales se encontraba o no en el término de Zaragoza, la evolución que esa situación jurídica tuvo durante el convulso siglo XIX, con la evolución del sistema político y jurídico, desde este último encaminado a un nuevo concepto del derecho de propiedad asentado en el Código Civil, la pervivencia de aquella disgregación de aprovechamiento durante la

misma, con mantenimiento sustancial de la Concordia, la incidencia que sobre esa concurrencia de titularidades tuvo el proceso desamortizador y la reforma agraria sentada en la legislación de la segunda República, para ya en fin precisar la naturaleza jurídica del Monte de titularidad controvertida en base a la legislación reguladora de la propiedad comunal disciplinada en las leyes reguladoras de la Administración Local de 1955 y 1985. Para terminar suplicando, literalmente, se «declare la existencia de la comunidad de bienes existente sobre el monte comunal «Vales de María», ubicado en el término municipal de María de Huerva, y, en consecuencia, reconozca el derecho de dominio del Ayuntamiento de María de Huerva sobre ese monte, en los términos de la Concordia de 1558, ordenando, por ende, solicitar del Registro de la Propiedad competente la rectificación, en el sentido expuesto, de los asientos correspondientes a los bienes que, perteneciendo en copropiedad a la antedicha Comunidad, están inscritos a nombre del Ayuntamiento de Zaragoza, con costas a la contraparte».

Segundo. El Ayuntamiento de se opuso a la demanda. A modo de cuestiones procesales previas opuso la falta de título de dominio o de condominio y la falta de reclamación previa, negando el condominio, advirtiendo de la existencia de un arrendamiento inscrito a favor de un tercero, con licencias administrativas otorgadas por el Ayuntamiento accionante; la existencia de enclavados que han accedido al Registro con publicidad edictal, en el Ayuntamiento de , con la pasividad del mismo; que el dominio y condición patrimonial del Monte a favor de Zaragoza lo es «desde tiempo inmemorial de propiedad zaragozana por atribución real», su constancia registral desde 1929 en cuanto a la posesión y desde 1972 en cuanto a la plena propiedad. Se destacaba así la existencia de pronunciamientos judiciales a favor de los vecinos de

María reconociéndoles servidumbres de pastos, lo que conceptualmente, por su condición de derechos reales sobre cosa ajena, son contrarios a la idea de comunidad que sustenta la demanda.

Se analizaría en la mencionada contestación el mencionado estudio histórico-jurídico sobre la titularidad del monte «Vales de María», destacándose la equivocidad jurídica y procesal del estudio y de su planteamiento en el proceso, siquiera se reconozca que la documentación aportada «que lo que existía era una denominada mancomunidad de derecho de pasto y ganaderos, sobre el Monte»; que la Concordia de 1558 fue alcanzada entre el Sr. Feudal y el Ayuntamiento de Zaragoza; que fue Zaragoza quien se opuso a la desamortización de ese monte; que la Real Orden de 5 de mayo de 1873 no constituye un reconocimiento de titularidad del dominio en cuanto ordena a la división del monte. Se reconocerá que 1925 se invitó a María de Huerva para formar una Junta para el aprovechamiento «Vales de María», siquiera se resalte que María desatendió ese requerimiento. Frente al desarrollo historicista en el que se basaba la demanda se destacarán una serie de hechos que suponían el reconocimiento por parte del Ayuntamiento de María de Huerva de la propiedad a favor del de Zaragoza: todos en el siglo XX y la mayoría y las más relevantes en su segunda mitad: 1) acuerdo plenario del Ayuntamiento de Zaragoza de 19 de enero de 1938 accediendo a la solicitud del Ayuntamiento de María de Huerva de aprovechar los pastos del monte discutido para los ganados de dicho pueblo, con un canon de 800 pesetas, 2) Acuerdo de Pleno del Ayuntamiento de 9 de julio de 1959 de Zaragoza desestimando la solicitud del de María de que se le enajenare mediante venta directa el monte «Vales de María», 3) Nombramiento de guarda de montes por el Alcalde de María el 19 de noviembre de 1963 a propuesta del Ayuntamiento de Zaragoza describiéndose la

finca a nombre de este último, 4) Acuerdo del Ayuntamiento de Pleno de Zaragoza de 10 de julio de 1975 por el que se accede a la petición del de María de Huerva para la ocupación por una plaza de 4 años, prorrogables anualmente, al objeto de ubicar en el monte los depósitos de agua potable de María y 5) que dicho monte viene administrándose como un monte municipal más, propio del Ayuntamiento de Zaragoza, y así se adjudicó, en 2006 a una Sociedad de Cazadores de María el aprovechamiento cinegético. Se destacaba la contradicción, que en el sentir del Ayuntamiento de Zaragoza, suponía el planteamiento del estudio jurídico en el que se apoyaba la demanda, pues la extinción de los derechos señoriales de la familia de P, última titular del dominio directo, que no tendría otro efecto que extinguir los diezmos que satisfacían los vecinos de María pero sin afectar al dominio del Ayuntamiento de Zaragoza, no resultando coherente negar valor a la inscripción de propiedad a favor del Conde y mantener la validez que la gravaba con relación a la mancomunidad de los aprovechamientos. Se reiterará (contestación al 10º) hecho que la pretendida mancomunidad de pastos sobre el Monte «Vales de María» no es más que una servidumbre inmemorial de aprovechamiento ganadero, sin que en modo alguno sea un aprovechamiento comunal, sino solo, en esa condición de derecho real sobre cosa ajena a favor de vecinos concretos. Ya en fin se destacarían los actos de gestión y disposición acaecidos en el siglo XXI todos ellos desveladores de que la propiedad es exclusiva del Ayuntamiento de Zaragoza.

Tercero. La sentencia dictada en primera instancia será íntegramente estimatoria de la demanda. Contra esta sentencia se alzará la Corporación demandada. En una introducción previa se dolerá la parte de la falta de acreditamiento documental pleno de la Concordia de 1558 defendiendo el mayor valor que se debe de dar a la docu-

mentación aportada en el proceso por la Casa de Ganaderos de Zaragoza de la que resultaría la inexistencia de condominio de ningún tipo entre los Ayuntamientos, ni del monte ni de sus aprovechamientos y sí sólo dispondrían los vecinos de María de unos aprovechamientos agrícolas que no de los ganaderos de los que eran tributarios la mencionada Casa de Ganaderos, negando el carácter comunal del monte.

Tras esta introducción concretará tres motivos de apelación, (1) error de hecho en la consideración del título de dominio de la mancomunidad sobre el monte «Vales de María», (2) infracción de las reglas de formación de la sentencia al, no incorporar con previsión en los antecedentes de hechos extremos perfectamente acreditados, relativos a la gestión patrimonial del Monte «Vales de María» desde que se inscribe su posesión en 1929 y su propiedad en 1972, y debiera haberse recogido en los hechos de la sentencia, y (3) infracción del ordenamiento jurídico, por inaplicación de la oportuna consideración exclusiva de la legislación posterior, en relación a la naturaleza jurídica del monte patrimonial Vales de María y la normativa reguladora aplicable a su condición en el momento de su titulación registral en posesión y posterior dominio pleno a favor de nuestro Ayuntamiento de .

Cuarto. La Sala considera conveniente, antes de analizar los tres citados motivos del recurso, centrar lo que constituye objeto del debate, primero en la primera instancia y luego en esta segunda instancia o apelación. Porque en efecto la parte demandada planteó su contestación a la demanda en el entendimiento de que lo que se estaba cuestionando era la propiedad y condición del monte Vales de María. En el mencionado escrito alegatorio se combaten las afirmaciones de la demanda negando que exista «una Comunidad de Bienes sobre el Monte patrimonial denominado

«Vales de María», que es de exclusiva propiedad del Ayuntamiento» (contestación al hecho 1º: f. 476), destacándose que el monte es «desde tiempo inmemorial de propiedad zaragozana por atribución real, nunca ha sido copropiedad, comunidad o monte común, con ningún otro Ayuntamiento»; se invocará la plena propiedad, con carácter patrimonial del mismo, su uso, exclusivo y excluyente a salvo aprovechamientos ganaderos a favor de vecinos de María, defensa ante lo que se considera una infundada acción declarativa de dominio sobre la plena propiedad del monte que así resulta de su fundamento jurídico: «nos oponemos a la posibilidad de ejercicio de la acción declarativa de presunta copropiedad sobre Monte patrimonial municipal zaragozano –sin mención de coetánea acción reivindicatoria alguna cuando no poseen ni explotan el citado Monte «Vales de María»,– con la existencia... de servidumbre a su favor de pastos sobre tal Monte: si es copropietario como afirma, no puede ser beneficiario de servidumbre alguna sobre su propia finca compartida «(del Fundamento de Derecho IV y V). Es de anticipar que en la mentada contestación a la demanda, con una u otra configuración se reconocen derechos de pastos, bien de manera genérica a favor de los vecinos de María (pág. 6 de la contestación: f. 476 vto.), o como servidumbre a favor de los mismos vecinos (segundo párrafo pág. 8), defendiéndose además que no puede extrapolarse «el concepto de mancomún del aprovechamiento o servidumbre de pastos, con el de que existe una comunidad de bienes como la que pretende el Ayuntamiento de » (final de contestación al hecho 10, pág. 16, reiterando lo explicitado al final de su página 10), siquiera en algunos pasajes de la contestación se centren los derechos ganaderos en «titulares concretos como los que interpusieron el pleito del que dimana la sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial»

(pág. 16 de la contestación). Pero se negará que los derechos agrícolas lo sean solo a favor de los vecinos de María. En cualquier caso queda claro, de modo recurrente, que la Corporación apelante se está defendiendo frente a una acción declarativa de dominio, lo que así es, sobre la plena propiedad del monte. Lo que se mantiene en el recurso de apelación, siquiera aquí en algunos pasajes ya se hable de dominio sobre los aprovechamientos. Y esto merecerá un continuo reproche en el escrito de oposición al recurso de apelación.

Quinto. En efecto este reproche es recurrente en el escrito de respuesta al recurso. A modo de ejemplo: «en los términos indicados carece de sentido la apelación, puesto que la discusión teórica que se hace en el recurso sobre la propiedad no tiene que ver con el petitum de la demanda presentada que es el reconocimiento de los derechos de la Concordia de 1558 (pastos agrícola y menores). Esa discusión teórica debe dirigirse a los Condes de Fuentes y Casa Pignatelli y no a María de Huerva» (f. 830, pág. 3 oposición recurso); «el Ayuntamiento desconoce por completo el verdadero objeto del presente pleito» (f. 835, pág. 8 escrito oposición); «tras dejar claro el objeto que, volvemos a insistir, no ha entendido el apelante, la Juzgadora...» (folio 838, pág. 12 escrito oposición). Para en fin concluir con rotundidad que «ese, en consecuencia, es el título concreto del que nacen los derechos ahora reclamados por el Ayuntamiento de , y que no se refieren al dominio pleno, 1º plazo de propiedad, sino al dominio en los términos expresados en el mismo, dominio útil o 2º plazo. Así se razonó y acreditó, en el escrito de Conclusiones, al que nos remitimos para evitar reiteraciones innecesarias, y, además, así la ha entendido, a la vista de las pruebas practicadas, analizadas en su conjunto, la Sentencia impugnada. Puede afirmarse, por ello, como ya se decía en la instancia, que el Ayuntamiento

de , al insistir en la cuestión de su propiedad exclusiva sobre el Monte común «Vales de María», *confunde el objeto de la presente litis*, que no es otro, como correctamente ha entendido la Sentencia apelada, que el de la declaración de la existencia de la Comunidad de Bienes sobre el Monte comunal «Vales de María», y, en su consecuencia, el reconocimiento del derecho de dominio del Ayuntamiento de sobre dicho Monte, en los términos expresados en la concordia de 1558» (folio 852, pág. 26) y ya que «el Ayuntamiento de , con el ejercicio de la acción declarativa de dominio, no está defendiendo, como de contrario se afirma gratuitamente, la propiedad o dominio pleno del Monte “Vales de María”, lo que se está defendiendo no es otra cosa que la existencia de una Mancomunidad entre los Ayuntamientos de Zaragoza y María de Huerva sobre dicho Monte Comunal, *en relación a su aprovechamiento*, y, por lo tanto, el reconocimiento de los derechos de dominio en los términos de la Concordia de 1558, título o documento fundamental y vigente, que ha pervivido a lo largo de los siglos, y del que debe partirse para entender la presente litis» (folio 853, pág. 27).

Sexto. La demanda no tiene la claridad en cuanto a su objeto que pretende en el escrito de oposición al recurso. No es que se pueda afirmar, que sí se puede hacer, que cuando menos se ha generado un efecto óptico de que se estaba reclamando el pleno dominio, sino que puede entenderse de una manera cabal y razonable que realmente se estaba reclamando el condominio del monte. Primero porque la demanda se basa en un profundo y en verdad monumental estudio histórico-jurídico en el que se examinan las incidencias que sufrió el derecho de propiedad sobre el monte, desde la época feudal, en la que coexistan dos conceptos de propiedad concurrentes, el de dominio directo, atribuido a la familia feudal y el del útil, atribuido a

los vecinos, sea a los de María sea a los de Zaragoza, la incidencia que en dichos dominios tuvo la supresión de los señoríos jurisdiccionales, su planteamiento como dominio territorial, la incidencia que ha tenido que tener en esos conceptos el concepto unitario y liberal de la propiedad en el Código Civil, el impacto de la legislación desamortizadora, esencial para entender todavía hoy la categorización jurídica de los bienes, para ya en fin destacarse el efecto extintivo que sobre el dominio directo tuvo, en el caso concreto de los Vales de María, la legislación de reforma agraria de la Segunda República. Se concluye así que el dominio directo se consolidó con el útil.

Si este es el presupuesto de la demanda, si no hay otro dominio que el así consolidado, el pleno sobre el monte discutido, es bien entendible caer en la consideración de que lo que realmente se reclamaba era el dominio o condominio sobre lo que, ya se ha dicho, se afirmaba consolidado entre el directo y útil. Por tanto inicialmente indiferenciado e indiferenciable. Y en la demanda, salvo lo que luego se dirá, en modo alguno puede afirmarse que existiera precisión sobre si se reclamaba el pleno dominio, en comunidad, o solo su aprovechamiento, también en comunidad. En el hecho quinto se afirmaría que «en todo caso, la aplicación de la legislación desamortizadora terminará imponiendo con nitidez la plana identificación de la copropiedad de María y Zaragoza sobre el Monte». No solo sobre sus aprovechamientos. Y su fundamentación jurídica no dejará dudas en una interpretación razonable de las cosas. Al referirse a su legitimación actora afirmará que «en consecuencia, con el concepto anterior, la legitimación activa, corresponde al Ayuntamiento de , al ser parte integrante de la Mancomunidad de Bienes *titular en pleno dominio* del monte «Vales de María», objeto de la acción declarativa de propiedad» (f.17). Lo mismo en el fundamento

jurídico II de la demanda: «Mediante la presente demanda, el Ayuntamiento de ejercita la Acción Declarativa de Dominio contra el Ayuntamiento de Zaragoza, con la finalidad de obtener la declaración del dominio de mi mandante *sobre el del monte comunal* denominado «Vales de María», descrito en el Hecho Primero de este escrito, y que coincide con los atribuidos por la Concordia de 1558» (pág. 17 de la demanda).

Añadirá además que «no solo el Ayuntamiento demandado ha negado el derecho dominical de la actora sobre el monte comunal a que se refiere los títulos aportados con la demanda...», y después que «la acción declarativa de dominio, además, va dirigida frente a quien no reconoce la existencia del derecho de dominio del Ayuntamiento de , y por lo tanto, la existencia de la propiedad dividida (sic)...». Identificará el monte; no con precisión los aprovechamientos en cuanto al requisito de identificación plena de lo que se reivindica o, aquí solo, se declare el dominio.

Lo mismo en el fundamento IV: «Existencia de Comunidad de Bienes entre Ayuntamiento de y Ayuntamiento de sobre las «Vales de María».

Por otro lado, se afirmará que «los datos y documentos aportados justifican, en efecto, la existencia de una Comunidad de Bienes, o propiedad compartida, entre el Ayuntamiento de y el de , que acreditan el derecho de Dominio de mi poderdante sobre el monte conocido con el nombre de Vales de María» (f. 23).

Para añadir que el mismo fundamento, tras distinguir los dominios concurrentes en el Antiguo Régimen que «sin embargo, en el año 1934 la titularidad correspondiente al Señor feudal desapareció, provocando la correspondiente fusión de los dominios útiles con el dominio directo. De esta manera, los Ayuntamientos de y de pasaron a ser y continúan siendo actual-

mente titulares del *dominio pleno sobre el Monte Vales de María*» (f. 24).

Aun más advertirá que «el Ayuntamiento de debe configurarse en la actualidad *como titular propietario* del Monte Vales de María, junto con el Ayuntamiento de » y que «la supresión del dominio eminente del Señorío en 1934 *determinó la reunión del dominio pleno* en los dos Ayuntamientos, titulares del dominio útil...». El Monte, añadirá, «pertenece pro-indiviso a los dos Municipios, conforme a un tipo de comunidad de bienes que se trata de mantener. De ahí que, frente al posible ejercicio de la acción divisoria, se manifieste el derecho de *servidumbre* de cada Municipio sobre la parte correspondiente al otro». Añadiendo que «sin embargo, en el año 1934 la titularidad correspondiente al Señor feudal desapareció, provocando la correspondiente fusión de los dominios útiles con el dominio directo. De esta manera, los Ayuntamientos de *pasaron a ser y continúan siendo actualmente titulares del dominio pleno* sobre el Monte Vales de María» (f. 29).

Séptimo. De lo dicho no es solo que cabalmente pueda entenderse que la acción declarativa del dominio ejercitada alcanzara tanto el dominio directo como el útil, sino que el régimen de aprovechamientos ajustado a una concordia, era, en lo esencial, y traducido a nuestra realidad jurídica, una emanación de las facultades del derecho de propiedad según el entendimiento que del mismo resultó del Código Civil, un aprovechamiento en definitiva convencional en virtud de la facultad de autorregulación de los condóminos (art. 392, pto. 2º C. Civil), aunque esos aprovechamientos pudieran ser, y solo ellos, tributarios de la condición de comunales. El suplico de la demanda, ya reproducido, nada ayudará sino antes al contrario incidirá en la confusión cuando pide que se declare la comunidad sobre el monte. Y que se declare «el derecho de dominio del Ayuntamiento de sobre ese

monte» no hará sino ahondar en esa confusión. Que se diga que sea «en los términos de la Concordia de 1558» no es suficiente a estos efectos. Primero porque hubiera sido necesario que en su suplico precisara qué usos y en qué condiciones se pretendían, pues aparte de asegurar el adecuado debate y la contradicción sobre los mismos, despejando cualquier interrogante sobre ellos, tal planteamiento perjudica a la literosuficiencia de la sentencia como documento, más cuando la concordia solo está referenciada documental y es necesario una adecuación a los conceptos actuales de los usos allí recogidos; en definitiva dificultando o imposibilitando el acceso al Registro de la ejecutoria. Aparte de que en lo escasamente reproducido de la concordia en la demanda no resulta la comunidad de usos y aprovechamientos que se afirma en la exposición factual de la demanda, por remisión a la concordia, dado que de los usos agrícolas se hace tributario sólo a los vecinos de María y no a los de Zaragoza, lo que insinuaría o servidumbre o comunidad prodiviso. Si respecto a ese aprovechamiento agrícola se proclama ser tributario sólo María de Huerva y no hay comunidad no se explica en la demanda qué es lo que podría haber.

Y si la apelada consideró que no había una comprensión adecuada en la contestación de lo que se estaba planteando pudo y debió en la audiencia previa, tal y como sanciona el art. 414.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, clarificar lo que era el objeto del litigio. Cuando esta cuestión se afronta en la audiencia previa nada se clarificó (secuencia 8:10 y siguientes de la audiencia previa), aunque un visionado atento de esa audiencia preliminar sí que desvela que la demandante, aun sin la debida contundencia, lo intentó.

Y que no estaba para nada claro resultará del hecho de que en la sentencia de instancia se ha entrado en la plena propiedad, concepto que integra y comprende el

dominio directo y el útil, cuando tras asumir el planteamiento jurídico de la parte demandante, advertirá que el acceso al Registro de los derechos del Ayuntamiento de se hizo en contra de lo que resultaba de la Concordia de 1558 «salvo precisamente en lo relativo al dominio eminente (feudal) o directo en cuanto al Monte Las Vales de María a favor de la Casa de los Condes de Fuentes, que ya fue suprimido por la Resolución del Instituto de Reforma Agraria de 19 de septiembre de 1934, inscrita en el Registro de la Propiedad de 1956, pasando a ser desde entonces los Ayuntamientos de los titulares del *dominio pleno* sobre el Monte».

Con lo que pidiendo, también con imprecisión, lo menos, alguno o algunos aprovechamientos, habría obtenido lo más, la plena propiedad en régimen de comunidad.

La confusión se alimenta porque nos encontramos ante instituciones jurídicas, concurrencia de aprovechamientos, que históricamente han sido muy confusas, encontrando su origen, como es el caso, en escenarios jurídicos y políticos muy diferentes a nuestro actual orden jurídico y de los que resultan instituciones siempre insuficientemente precisadas, esto es si estamos ante servidumbres prediales, usufructos perpetuos, servidumbres personales, ahora derechos reales de aprovechamientos parcial o ya simplemente condominio sobre el monte de los que resulta un aprovechamiento disímil en virtud de la facultad de autorregulación de los comuneros. Aunque esos aprovechamientos sean o puedan ser comunales.

Porque aunque el objeto de la reclamación es, como tan insistentemente defiende la apelada, él o los aprovechamientos y no el dominio directo, lo que no es fácil aceptar es que aquéllos se puedan afrontar sin partir de la titularidad del verdadero propietario, que no puede ser ajena al conflic-

to, pues la concurrencia de derechos a esos aprovechamientos primarios, esto es agrícolas (que aquí se niegan por cierto), algunos forestales y ganaderos (esencialmente copastoreo), no se puede solventar exclusivamente en ese plano horizontal que pretende la parte demandante, siendo necesario perfilar la relación vertical. Quien es el propietario del monte en el que se pretenden derechos sobre sus aprovechamientos no es, en absoluto, ni irrelevante ni prescindible. Y una cosa es aquello de lo que se pueda partir o presuponer en la demanda, acaso que hay cotitularidad de los dos Ayuntamientos en el monte y otra de lo que hay que partir si se termina precisando que no se acciona sobre el dominio del mismo. Dicho de otra manera, plantear frente al Ayuntamiento de una comunidad de bienes, entendiendo por bienes o derechos solo determinados aprovechamientos primordiales o primarios, exige el presupuesto de partir de la titularidad del dominio directo de este último. Y este, al margen de lo que se pueda presuponer por la parte demandante en su estudio jurídico no puede ser otro que el que proclama la inscripción registral, cuya rectificación registral se pretende, esto es la titularidad del dominio a favor del Ayuntamiento de que, aclara ahora la parte demandante, no entra dentro del ámbito de su pretensión.

En definitiva que objeto de la pretensión del proceso serán determinados aprovechamientos, algunos en mancomún y otros, los agrícolas, pretendidamente solo a los vecinos de María, del mencionado Monte, siquiera, para terminar de dar una configuración jurídica más precisa es necesario concretar que tales derechos, aun comunales, se deben hacer sobre la base de la titularidad del monte, que lo ha de ser a favor de Zaragoza porque así lo publica el Registro, en tanto en cuanto la apelada recurrentemente recordará que su pretensión se agota en los aprovechamientos. Con lo que deben quedar sin efecto, para

la adecuada comprensión de la ejecutoria, todas las manifestaciones contenidas en la sentencia de instancia a propósito de la plena propiedad a favor de los dos municipios. La propiedad corresponde al Ayuntamiento de Zaragoza y sobre la misma existiría, según la pretensión ejercitada, condominio sobre determinados aprovechamientos. Quedan y deben quedar fuera, so pena de que se generara una situación litisconsorcial, cuantos enclavamientos y segregaciones se hayan consolidado registralmente que por esa sola razón deben quedar excluidos del alcance de las declaraciones que se hagan en este proceso, al margen de la justificación histórica y jurídica que puedan tener.

Octavo. Centrado así el debate hay que concretar ahora lo que es objeto de recurso. Se ha de advertir y es conocido que la segunda instancia en nuestro proceso civil, salvo supuestos de procesos con objeto indisponible, responde al modelo de apelación limitada. Quiere decirse con ello que no cabe en la segunda instancia introducir ni nuevos hechos, ni tampoco diferentes pretensiones ni, como regla general, nuevas pruebas. Este modelo se sintetiza en el art. 456 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: se puede perseguir la revocación del auto o sentencia «con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia». Las partes no pueden modificar los términos de su planteamiento. Ambas partes merecerán aquí un reproche en este sentido. Al Ayuntamiento porque introduce hechos nuevos, señaladamente la concordia de 1379 (aparte de ser la misma francamente ilegible, como prácticamente ilegibles son muchos otros documentos), y nuevos planteamientos, negando recurrentemente ahora en esta segunda instancia lo que también recurrentemente había reconocido en el escrito de contestación, a saber los derechos de pastos, aun con una cierta imprecisión jurídica, para atribuir

ahora esos derechos a la Casa de Ganaderos. Ni francamente planteable. La sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 23 de mayo de 1983, resolviendo el recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Zaragoza en el juicio declarativo de menor cuantía núm. 1503 de 1981 confirmó el pronunciamiento que declaró la existencia de una servidumbre de pastos en el monte «Vales de María» del término municipal de María de Huerva, a favor de los vecinos de esta localidad en mancomún con el Excelentísimo Ayuntamiento de Zaragoza. No se puede ahora pretender desconocer unos derechos de pastos que, con una y otra configuración jurídica, se reconocieron e incluso dieron pie a que la Corporación recurrente insinuara un efecto de cosa juzgada por la incompatibilidad que se podía dar entre la comunidad reclamada y la servidumbre que reconocía la citada ejecutoria, cuando se pensaba que esa comunidad reclamada era sobre la plena propiedad del monte.

La parte apelada advertirá que el Ayuntamiento de no cuestiona el reconocimiento del aprovechamiento agrícola. Efectivamente esto es así pero con la importante matización de que en el recurso no se reconocen los aprovechamientos agrícolas en exclusiva a favor de los vecinos de María sino que, se dice, «compartirán con los de Zaragoza». Según el escrito de oposición al recurso el único objeto de la apelación se centraría en el derecho de leñas y otros aprovechamientos menores, advirtiéndose que «ambos derechos no son mencionados expresamente ni se presenta documento alguno que los niegue», en el recurso se supone, y que, antes al contrario, «los expedientes de arcillas y piedras de los años 40-60 del siglo XX dicen lo contrario y los aprovechamientos de leñas aparecen de forma constante en los expedientes de planes forestales». En el suplico de la demanda, no se concretó lo que se

entendía por «cualesquiera otros usos», por lo que debe quedar fuera del debate esa concreción de los otros usos.

En este sentido debe llamarse la atención, para la debida claridad de las cosas que, en contra de lo afirmado en la instancia (pág. 11 de la sentencia, f. 789), que la parte demandante, el Ayuntamiento de sí que reclama para sí, en comunidad con el Zaragoza, los aprovechamientos ganaderos.

Noveno. Sentado lo anterior resulta más sencillo afrontar los motivos del recurso. El primero, ya se ha anticipado, debe quedar ceñido a lo que es objeto de la demanda, definitivamente aclarada, esto es el dominio sobre determinados aprovechamientos, esto es, agrícolas, ganaderos, de leñas y otros usos y que sobre dicho objeto, reconocidos en la instancia los derechos de pastos, como judicialmente ya se les había reconocido por la Audiencia Territorial de Zaragoza, solo se puede hacer cuestión de los agrícolas, que en la apelación se reconocen, aunque no exclusivamente, a favor de María, y los de leñas. Ya hemos advertido que no cabe entrar en esta alzada a plantear los derechos de pastos de los que se dice tributarios a la Casa de Ganaderos de Zaragoza, sin perjuicio que esta sociedad, como cualquier otro tercero que se considere con algún derecho, ejercite las acciones que estime pertinentes. Pues bien de las pruebas practicadas, aun de las mismas concordias, resulta ese aprovechamiento común o mancomunado, según los siguientes antecedentes que se consideran más relevantes.

1) El primer referente a tener en cuenta es la donación de 89 de marzo de 1270 hecha por el Rey Jaime I el Conquistador de la Villa de María a D. Blasco de Aragón; protocolizado en 1370 ante el Justicia de Aragón a nombre de Juan Fernández de Heredia, inscrita en Contaduría de Hipotecas en

1838, finca 1312, y del que resulta que el Rey Jaime de Aragón donó el 8 de marzo de 1290 a D. Blasco de Aragón el lugar de María con sus términos, montes y demás derechos. Origen de este señorío que aparece descrita en los resultando de la sentencia de 4 de noviembre de 1859 del Juez de Primera Instancia del Distrito de San Pablo de Zaragoza, confirmada por la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 26 de marzo de 1861. La inscripción en el Registro de la Propiedad a nombre de la Condesa de Fuentes, como finca 1.077, se realizó en los siguientes términos: «Finca rústica: Dehesa denominada de Vales de María sita en término de dicho pueblo, de 3.200 Ha., 16 a., 50 ca., confrontante por Norte con término de Zaragoza, por Sur con el de Cotorrita, por Este con término de la Casa, y por Oeste con término de La Muela. Dentro de la superficie indicada se hallan 900 Ha. de terreno de cultivo destinadas a cereales que se hallan amillarados a nombre de varios vecinos de María, La Muela y Cotorrita que pagan la contribución que les corresponde si bien sujetas al pago del canon del diez y seiseno o sea de diez y seis uno de todos los frutos que se recolecten. El resto de la Dehesa destinada a pastos se halla gravada con el derecho de mancomunidad de María de Huerva, Zaragoza y La Muela».

2) Concordia 1558, Ayuntamiento Zaragoza y Conde de Fuentes, transcrita en escritura de 18 de noviembre de 1561, certificación del Jefe Interino del Archivo Municipal de Zaragoza, Doc. Núm. 4, en el que se reconoce a favor de los vecinos de María los usos y amprios que por virtud de la presente concordia se les da facultad y permiso de tener y usar:

«... vecinos de María que agora son y por tiempo serán... puedan en todo tiempo de noche y de día escaliar, romper, rozar, cultivar, sembrar las heredades que han acostumbrado cultivar y arar, y las que esca-

liarán y cultivarán de nuevo del presente día en adelante y los fructos levantar, recibir y gozar y aparcerar, abrevar, cuvilar, amalladar, corralizar, asestar, fogarizar todos sus ganados gruesos y menudos y no extranjeros, excepto los que abajo se dirán, y esto de noche y de día, cazar, leñar y usar de cualesquiera otros usos y amprios...», pero su exclusión de los de Zaragoza: «... que los vecinos de la dicha ciudad de Zaragoza y de sus barrios y aldeas puedan... como dicho es usar cualesquiera usos y amprios como en propio término exceptuado escaliar, arar y cultivar...».

3) Planes de aprovechamiento 1901 a 1926, docs. 5 a 16 de la demanda, en los que se recoge, de manera recurrente, la mancomunidad de los municipios de Zaragoza y de María con relación a los aprovechamientos de pastos y de leñas (folios 308, 310) o además los aprovechamientos de siembras (f. 318).

4) Relación de fincas de las que el Ayuntamiento pidió se exceptuaran de la desamortización en escrito de 16-XII-1858 (f. 341), entre las que se incluían las Vales de María, sobre las que «tiene mancomunidad de pastos y de sembrar».

5) Solicitud por María de Huerva (Doc. Núm. 18), en el que, aunque de lectura en parte ilegible, resulta el reconocimiento del carácter común de la partida «Vales de María».

6) Reconocimiento de la comunidad por R. Orden de 5 de mayo de 1873 (f. 357 bis) de la que, en lo que aquí interesa, conviene describir que el expediente instruido en virtud de instancia del Ayuntamiento de Zaragoza en solicitud de que se exceptúen de la venta, *en concepto de aprovechamiento común*, los montes titulados, entre otros, Vales de Cadrete y de María, y, en sus resultandos se consigna que tienen mancomunidades de pastos con Zaragoza los pueblos de, entre otros, de María en los montes de esos

nombres (Vales de María), acordándose que respecto de los conocidos con los nombres de Vales de María, existiendo mancomunidad de pastos y *siembras*, se dividan estos montes entre los pueblos comuneros.

7) Tal carácter mancomunado se reitera en la Ordenanza de Montes 25-I-1939 (doc. 20 de la demanda).

8) Inscripción registral a favor del titular del Señorío en 1897, dando lugar a la finca 1077 y en la que se refleja el gravamen que existe sobre la misma por el derecho de mancomunidad que tiene a los mismos las municipalidades de María de Huerva, Zaragoza y La Muela.

9) Expediente 4207, año 1925 del Negociado de Montes del Ayuntamiento de Zaragoza, (doc. 22 f. 407) en el que se parte de la mancomunidad con el Ayuntamiento de María y se propone la constitución de unas Juntas con intervención de los pueblos mancomunados para conseguir un régimen estatutario con el que regirse las mencionadas comunidades

10) Entrega por Distrito forestal Zaragoza de la Administración a los Ayuntamientos del monte Vales de María, clasificado como de aprovechamiento común, consignándose su pertenencia a los Ayuntamiento de María y de Zaragoza (Doc. Núm. 23, f. 410).

11) Intento de constituir Junta de la Mancomunidad en 1925, y redacción de los estatutos que han de regir la mancomunidad (doc. 24, f. 412).

12) Inscripción de posesión a favor del Ayuntamiento de Zaragoza en 1929, finca 1401.

13) Resolución Instituto Reforma Agraria 19-9-1934 (f. 431) extinguiendo los derechos de alfarraz, inscripción 2ª, finca 1312 en 1956.

14) Antecedentes y trabajos publicados por el Administrador de Montes del Ayun-

tamiento de Zaragoza, años 1926 a 1941, en los que se vuelve a reconocer el carácter mancomunado del monte Vales de María (doc. núm. 27, f. 441)

15) Sentencia Sala Contencioso 27-X-1966, doc. núm. 28, f. 445, en la que se anularon acuerdos del Gobernador Civil que ordenaba al Ayuntamiento de María de Huerva se impusieran a varios ganaderos multas por pastoreo sin licencia, concluyendo tal sentencia que con «la prueba practicada se desprende que estos y otros ganaderos habían venido con anterioridad entrando sus ganados en el monte «Las Vales», y que su acción respondía a la creencia de que ejercitaban un derecho de servidumbre de pastos tenido de inmemorial creencia subjetiva, que, a los solos efectos de valorar su conducta, ratifica con acuerdo el propio Alcalde de María de Huerva, y de ella se hacen eco incluso las resoluciones del Gobernador Civil al admitir expresamente que entre los Ayuntamientos de Zaragoza y María de Huerva «puede subyacer latente una cuestión de derecho privado» acerca del aprovechamiento de los pastos».

16) Sentencia Audiencia Territorial de Zaragoza de 23-V-1983, (f. 452) en la que se dictó el siguiente fallo: «debo declarar y declaro la existencia de una servidumbre de pastos en el monte “Vales de María” del término municipal de María de Huerva, a favor de los vecinos de esta localidad en común con el Excelentísimo Ayuntamiento de Zaragoza, condenando a éste a estar y pasar por dicha declaración y a mantener en el uso pacífico de dicha servidumbre a aquellos vecinos que vienen haciéndolo hasta el presente», razonando a tal efecto que «la prueba practicada a instancia de ambos litigantes, valorada en su conjunto (testifical y documental), evidencia la “realidad” de la servidumbre reclamada y la “virtualidad” de su continua utilización por los vecinos del pueblo de María, hecho

expresamente reconocido por el Ayuntamiento demandado en escrito de 15 de mayo de 1940 dirigido por su Alcalde al Instituto gráfico y Catastral.

Es decir la Concordia de 1558 puede resultar como título inicial. Pero no puede asegurarse que los usos se hayan mantenido en los mismos términos de la concordia. Antes al contrario puede deducirse una posición en igualdad de condiciones en esos aprovechamientos, sin exclusión del Ayuntamiento de . Por tanto la posesión inmemorial, que también se cita en la demanda, y más recurrentemente en la contestación, en la que no se identificó el título y sí con mayor precisión en el recurso de apelación debe prevalecer frente a la compleja superposición y sucesión de concordias y sentencias, en el sentido de que es innegable la atribución inmemorial a los vecinos de María y a los de Zaragoza de esos aprovechamientos de pastos, leñas, agrícolas, pero sin que se pueda hacer cabal distinción en relación a alguno de ellos a favor solo de unos u otros vecinos. Conforme antes se ha detallado, así resulta del examen de tales aprovechamientos durante los siglos XIX y XX, en lo que de los mismos hay documentados. La misma Real Orden de 5 de mayo de 1873, a la que tanta significación jurídica le atribuye la parte demandante, advierte que hay mancomunidad en los aprovechamientos, entre otros, de siembras.

Añadir además que la competencia para dilucidar la existencia de derechos reales, por supuesto el de propiedad, aun de las servidumbre y de su concreto perfil jurídico, así como de su contenido corresponde a la jurisdicción civil por disponerlo así el art. 22. 1º LOPJ, y ello aun cuando se trate sobre su carácter comunal, esencial por lo demás para la determinación de su régimen jurídico, quedando reservada a la jurisdicción contenciosa las reglas de distribución de su aprovechamiento entre los vecinos.

Décimo. En el motivo segundo del recurso se denuncia una infracción de las reglas de formación de las sentencias al no incorporar con precisión en los antecedentes de hecho respecto a extremos perfectamente acreditados relativos a la gestión patrimonial del Monte «Vales de María» desde que se inscribe su posesión en 1929 y su propiedad en 1972.

Partiendo nuevamente de la base de que el objeto de la pretensión se centra en determinados aprovechamientos del monte, conforme a las concordias y al tiempo inmemorial, en realidad bajo esa denuncia formal se esconde una impugnación de la apreciación de la prueba contenida en la primera instancia por cuanto no se habrían tenido en cuenta, según el sentir de la parte recurrente, los hechos acaecidos en el siglo XX que desvelan una posesión exclusiva y excluyente por parte del Ayuntamiento recurrente.

Es de reconocer a la parte recurrente que desde que accede al Registro, primero su posesión y desde luego su propiedad, dicha parte ha ido gestionando con mayor intensidad y como propietaria el monte, con actos de gestión, comprendiendo en este concepto no solo la administración sino la disposición: las cesiones por compraventa o permutas con el Estado, y todos los acuerdos de gestión que se detallan en el hecho octavo del informe por el Servicio de Conservación de la Naturaleza aportado como documento núm. 7 de la contestación a la demanda; el acuerdo plenario de 19 de enero de 1938 accediendo a la solicitud de María de permitir pastar en los Vales de María a los ganados de dicho pueblo; el acuerdo plenario de 9 de julio de 1959 desestimando la solicitud de María de venta directa del monte «Vales de María»; la comunicación de la Dirección de Montes de 25 de noviembre de 1965 para que se proceda a denunciar a quienes pastorean sin permiso del Ayuntamiento de Zaragoza;

el acuerdo del plenario de Zaragoza de 10 de julio de 1975 por el que se autoriza al Ayuntamiento de María de Huerva a ubicar en la parcela 6 del polígono 5 de este último término los depósitos de agua potable. Son hechos documentados administrativamente que no se discuten. Sí su significación jurídica. Pero de los mismos no resulta la gestión ni exclusiva ni excluyente que se defiende en el recurso.

Es de contestar, primero, que ese período no puede examinarse de un modo aislado en todo el devenir histórico del aprovechamiento del monte, y si bien es verdad que hay actos del Ayuntamiento de María que supondrían el reconocimiento de la propiedad a favor del de Zaragoza, también hay actos recurrentes de este último, y hasta la saciedad, reconociendo la mancomunidad de determinados aprovechamientos, que son los que constituyen objeto de la pretensión. Debe contemplarse en definitiva el total devenir histórico. El mero paso del tiempo solo puede prevalecer cuando el mismo conlleve una consolidación de derechos contraria a los títulos o a la posesión inmemorial que opera de manera presuntiva o sustitutiva del título.

Y segundo porque aun en ese periodo no dejarán de existir actos del mismo Ayuntamiento de Zaragoza reconociendo el carácter mancomunado del monte, señaladamente la Ordenanza de Montes de 1935 y el reconocimiento en el año 1940 ante el Catastro de la existencia de la mancomunidad entre Zaragoza y María. Por no citar las sentencias de la Sala de lo Contencioso y de la Audiencia Territorial.

Undécimo. El tercer motivo del recurso denuncia una infracción del ordenamiento jurídico por aplicación exclusiva de una legislación posterior en relación a la naturaleza jurídica del monte patrimo-

nial Vales de María y la normativa reguladora aplicable a su condición en el momento de su titulación registral en posesión posterior dominio pleno a favor del Ayuntamiento de Zaragoza.

El desarrollo argumental del recurso se centra en la consideración del monte, cuando aquí se trata, una vez despejada la duda del alcance de la pretensión, de determinados aprovechamientos primordiales, interrogándose la parte sobre el motivo de considerar comunal al Monte «Vales de María».

Hay que reiterar también que aunque ahora se aclare que los reclamados eran solo esos aprovechamientos no es factible hacerlo desentendiéndose de la propiedad. Porque la misma no es irrelevante en sede de delimitación del perfil jurídico de la institución. La parte demandante no habrá extendido su pretensión sobre la propiedad y sí solo sobre algunos aprovechamientos, pero necesariamente hay que partir y presuponer esta última. Y aunque no pretensiona sobre la propiedad parece presuponer, por cuanto afirma se consolidaron el dominio directo y el útil, que la plena propiedad resultante es común. Pues bien sea cual sea el presupuesto de la parte demandante si lo que se quiere es rectificar una inscripción registral que publica una determinada propiedad, a favor del Ayuntamiento de Zaragoza, no alcanzando la pretensión a la misma hay que partir inexorablemente de ella, que es la que publica y va a seguir publicando el Registro. Y esto es esencial para delimitar la figura jurídica pretensionada, a saber estaríamos ante un supuesto de un aprovechamiento conjunto por el común de los vecinos de los municipios de Zaragoza y de María de Huerva sobre determinados rendimientos primarios de un monte que, aun situado en el término de María, pertenece, como se ha dicho, al Ayuntamiento de Zaragoza. Hay, por más que en el recurso

se hagan novedosos planteamientos, no atendibles por ser cuestión nueva y ser contrarios a lo que sostuvo en la contestación al recurso, un copastoreo recurrente, permanente a lo largo de siglos, aun en el siglo XX en el que Zaragoza ha explicitado una gestión más intensa, lo que las sentencias dictadas por las jurisdicciones contenciosa y civil desvelan con claridad. Y de los derechos de siembra.

Aquí pues concurren comunidad en esos aprovechamientos y servidumbre, personal, en la relación de los derechos de los vecinos de María con la propiedad del monte. Dice la sentencia de la Sala Primera del T.S. de 7 de noviembre de 2006, a propósito de la histórica confusión de estos conceptos, con reflejo en el mismo art. 600 C. Civil, y con cita de la sentencia de 24 de febrero de 1984 que «el espinoso problema planteado por los art. 600 a 602 del Código Civil en orden a la distinción entre “servidumbre” y “comunidades” de pastos y leñas, respecto del cual y durante mucho tiempo la doctrina de esta Sala no ha mantenido criterios constantes, comienza resolverse con la sentencia de 2 de febrero de 1944 que señala como nota *distintiva entre ambas figuras el hecho de que la titularidad dominical del predio o finca en cuestión pertenezca a uno o varios de los interesados en su aprovechamiento o a la totalidad de quienes se reúnan para disfrutarla comunitariamente, apareciendo en el primero de estos casos la figura de la «servidumbre» y en el segundo la de la «mancomunidad»* ya que hay dominio compartido por todos los interesados sobre cosa propia e indivisible». Con lo cual sigue la doctrina de la sentencia anterior de 2 de febrero de 1954 y es reiterada por la posterior de 16 de febrero de 1987».

Esto es, un derecho real de determinados aprovechamientos, por tanto parcial sobre la totalidad de los mismos, pero en comunidad con los vecinos de Zaragoza.

Que se trate, en la relación del derecho de los vecinos de María con la propiedad del Monte, que lo es de Zaragoza, por constar así en la inscripción que se pretende modificar y porque la pretensión no alcanza a la misma, de un derecho real de determinados aprovechamientos, no impide que puedan ser comunales estos derechos reales. Que no necesariamente tienen que recaer sobre la plena propiedad. De hecho partiendo de esa histórica diferenciación entre dominio útil y dominio directo, centrado aquél en los aprovechamientos potenciales de las fincas, esencialmente por la entonces su mayor importancia económica, el pastoreo, lo usual es que lo comunal se centrara sólo en los mismos.

La sentencia de instancia ha acogido un planteamiento doctrinal que parte de la Ley desamortizadora de 1 de mayo de 1855 que permitía en su art. 2.9 la exclusión de la venta, entre otros, a «los terrenos que son hoy de aprovechamiento común, previa declaración de serlo...», y que aquí sí que lo fue, tal y como hemos reseñado, configurando un bien comunal típico frente a los carentes de ese reconocimiento, los atípicos, que englobarían una variedad de supuestos heterogéneos.

Toda calificación jurídica actual de un bien o derecho necesita categorizarse de conformidad con la vigente legislación, sin perjuicio de la explicación histórica de ese derecho. Por eso no merece un específico reproche el que en la instancia se haya utilizado la legislación actual. El resultado de aplicar la misma no varía por la situación jurídica existente al tiempo de acceder al Registro el derecho del Ayuntamiento de Zaragoza, pues al que se debe atender del mismo es cuando inscribe la propiedad en 1972. Y esta no se representa como una realidad jurídica esencialmente diferente a la actual. Que la sentencia haya invocado la actual normativa no hace incurrir a la misma en ningún tipo de incongruencia,

fuera del esclarecimiento del verdadero alcance de su pretensión, ni le hace incurrir en ningún error de Derecho. Y si la Corporación recurrente lo que pretende es atender a la regulación jurídica vigente cuando accede en derecho de propiedad al Registro, para asirse a una potencial desafectación tácita, es de advertir que tal régimen estaba representado por el T.R. de la Ley de Régimen Local aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955, en cuyo art. 183 se contenía la tipología de los bienes municipales, y si bien en dicho precepto los comunales se categorizaban como patrimoniales, no de dominio público, luego su artículo 188 prevenía que los comunales eran inalienables, imprescriptibles e inembargables, régimen jurídico que llevó a alguna opinión doctrinal a considerarlos como un tercer género entre los de dominio público y los patrimoniales, la misma sería inviable por cuanto esa posibilidad desapareció en la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 y por cuanto en esa segunda mitad del siglo XX nunca se ha llegado a producir un uso excluyente del aprovechamiento de los de vecinos de María. No hay fundamento tampoco en negar el carácter comunal por la circunstancia de que el municipio de María de Huerva no se constituyera como tal en el S. XIX, pues los Ayuntamientos no han terminado sino de personificar los intereses y derechos subjetivos que correspondían a la colectividad de los vecinos, debiendo darse por superado el debate sobre la titularidad de los bienes comunales, cuestión que históricamente fue tributaria, aun en el Derecho Positivo, de una notable confusión y cuya mayor claridad se alcanzó, precisamente, en la Ley de Régimen Local de 1955.

Duodécimo. Esta clarificación jurídica, con relación a lo pedido y a la forma en la que se ha pedido, que lleva a la conclusión, como hemos dicho, de que concurre servidumbre y comunidad, debe entenderse como una estimación parcial que no supo-

ne una alteración de la causa de pedir y sí solo una clarificación de las cuestiones planteadas, lo que debe llevar, aparte la notoria dificultad jurídica de la cuestión y de los confusísimos planteamientos de la pretensión, a no hacer una especial imposición de las costas causadas en ninguna de las dos instancias (arts. 398 y 394 Lec).

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

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el Excmo. Ayuntamiento de contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 19 de Zaragoza y recaída en el juicio declarativo ordinario núm. 2/2009, con revocación de la misma y estimación parcial de la demanda interpuesta contra la Corporación recurrente por el Ayuntamiento de , debemos declarar y declaramos que sobre el Monte «Vales de María», propiedad del Ayuntamiento de, existe un derecho real de aprovechamientos agrícola, pastos, leñas y demás ademprios, a favor de los vecinos de ese municipio en mancomunidad con los de Zaragoza, derecho real de carácter comunal, con exclusión del alcance de este pronunciamiento a los enclavamientos y segregados existentes en dicho monte, ordenándose la inscripción en el Registro de este derecho real en la finca 1401, tomo 172, libro 26 de María de Huerva. No se hace una especial imposición de las costas causadas en las dos instancias.

Contra la presente sentencia cabe interponer recursos de casación y extraordinario por infracción procesal ante la Sala Civil del Tribunal Supremo o ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que se deberán, en su caso, anunciar por escrito ante este Tribunal en el plazo de

cinco días desde la notificación de la presente sentencia.

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

PUBLICACIÓN

Leída y publicada fue la anterior sentencia por los Ilmos./a Sres./a Magistrados/a que la firman y leída por el/la Ilmo./a Sr./a Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, uniéndose certificación a los autos, de lo que yo el/la Secretario, doy fe.

75

NÚM. 75

A. APZ (Secc. 4ª)
de 16 de diciembre de 2011

6631: CONSORCIO CONYUGAL:
ACTIVO: AMPLIACIÓN O RESTRICCIÓN DE LA COMUNIDAD: Forma: *En este caso existe una comunidad ordinaria sobre un bien que no integraba el activo del consorcio, pero que ha sido calificado de consorcial en el convenio regulador y adjudicado en plena propiedad a la esposa. Por lo que podrían hacerse dos potenciales planteamientos sobre esa división, a saber, uno si las partes quisieron aportar sus mitades indivisas al consorcio y el segundo si simplemente aprovecharon el proceso liquidador del consorcio, integrando aquel bien común pero no consorcial, en el proceso liquidatorio, poniendo fin a la comunidad. La primera posibilidad debe rechazarse. No ya porque no se utilizase el requisito de forma ad solemnitatem que se exige para atribuir la condición consorcial, esto es escritura pública (art. 29 de la Compilación; y 33 de la Ley 2/2003, hoy 215 CDEFA) sino porque es difícil entender que*

fuese su voluntad de aportar al consorcio con ocasión de un acto liquidatorio del mismo.

6635: CONSORCIO CONYUGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: DIVISIÓN Y ADJUDICACIÓN: Liquidación de comunidad ordinaria: *No hay ninguna razón que obste a que, de mutuo acuerdo (no en una liquidación forzosa y judicial sin acuerdo específico de los cónyuges) los cónyuges integren, en lo que sería ya un negocio jurídico patrimonial complejo (el convenio regulador), bienes comunes pero no consorciales, los integren, se repite, en la operación liquidatoria y pongan fin a la, respecto a este bien, comunidad ordinaria. En definitiva habrían aprovechado los cónyuges el proceso judicial y el convenio para dividir la cosa común. No hay ninguna razón que obste a que jurídicamente eso no sea posible. Por tanto la tercerista pasó a ser propietaria del bien embargado, pues hay título y modo, al haber pasado la tercerista a ser poseedora única de la vivienda. EMBARGO DE BIENES ADJUDICADOS AL CÓNYUGE NO DEUDOR: Falta de inscripción: oponibilidad al tercero: La única cuestión que se plantea es la relativa a si esa falta de publicidad puede ser oponible frente al tercero que embargó. Debe resaltarse nuevamente que no se trata de patrimonio consorcial, por lo que no está condicionado, en cuanto a sus efectos, a la publicidad registral, prevenido en el art. 77 Ley Registro Civil. Aparte de que el Registro de la Propiedad publica la propiedad de la mitad indivisa a favor de la tercerista, la protección registral no hace inatacable el embargo por quien es titular extra-estabular, pudiendo ser propietario en virtud de título en mero documento privado. Como razona la sentencia de 10 de mayo de 1994 «en modo alguno tiene el titular del embargo la condición de tercero a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque no ha adquirido en las con-*

diciones en él definidas ningún derecho real sobre la cosa». Procede pues la desestimación del recurso.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 29 y 38 Comp. art. 33 CDA.

Ante el JPZ núm. 4 se interpone tercera de dominio por parte de la excónyuge al resultar embargado un inmueble que se le adjudicó en el convenio regulador del divorcio. El juzgado estima las pretensiones de la tercerista y levanta el embargo. Éste recurre en apelación y la APZ (secc. 4ª) desestima el recurso confirmando el auto de la instancia.

En la ciudad de Zaragoza, a dieciséis de diciembre de 2011.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Visto en grado de apelación ante esta Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, los Autos de Juicio Ordinario núm. 2763/2009, procedentes del Juz. de Primera Instancia núm. 4 de Zaragoza, a los que ha correspondido el Rollo Recurso de Apelación (LECN) 476/2011, en los que aparece como parte apelante, C, representada por la Procuradora Sra. Susana Hernández Hernández, asistido por el Letrado Sr. Raúl Palacín Ramos, y como parte apelada el Sr. I, representado por la Procuradora Sra. Mª Ángeles Ruiz Viarge, y asistido por el Letrado Sr. Gabriel Gómez de Llena Tremps, y la Sra. Mª, representada por la Procuradora Sra. Carmen Redondo Martínez, y asistida por la Letrado Sra. Mª Isabel Lahuerta Bellido. Así como J, S.L. a quienes se les notificará la sentencia, siendo Magistrado Ponente el Istmo. Sr. D. Juan Ignacio Medrano Sánchez.

Segundo. Recibidos los autos en fecha diecisiete de octubre de dos mil once, se formó el presente rollo de sala, y seguido aquel por sus trámites, quedaron las actuaciones en poder del Magistrado designado para conocer del referido recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Los hechos relevantes para la resolución del presente conflicto son los siguientes:

1º) Dª M, aquí tercerista, estaba casada con D. I desde el 25 de junio de 1994.

2º) Por sentencia de fecha 20 de junio de 2005 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Zaragoza se decretó la separación de los cónyuges, aprobando el convenio regulador por ellos presentado.

3º) En el mencionado convenio regulador, y en lo que aquí interesa, se expuso como antecedente que habían contraído matrimonio bajo el régimen matrimonial legal aragonés de conformidad con lo dispuesto en el art. 9.2 del Código Civil y de los arts. 26 y 36 de la Compilación Aragonesa.

4º) En el mismo convenio cláusula décima, se procedió a la «disolución, liquidación y partición de bienes de la Sociedad de Gananciales» (sic), incluyéndose en su inventario, entre otros, «La vivienda que ha sido el hogar conyugal, sita en Zaragoza, calle , finca 34.542, al tomo 1456, folio 142, del Registro de la Propiedad núm. 2 de Zaragoza. Según reza en tal convenio, en cuanto al título, se afirma que les pertenece a ambos cónyuges por haber adquirido dicha finca a título de compraventa, constante su matrimonio, en escritura otorgada ante el Notario D. Ildefonso Palacios Raposo en fecha 19 de febrero de 1993, bajo el número de su protocolo 411.

5º) En el mismo convenio, en su cláusula undécima, relativa a la «Adjudicación de bienes de la Sociedad Consorcial», se adjudicaba a la esposa, aquí tercerista, entre otros «el piso de Zaragoza».

6º) Ni la sentencia aprobando el convenio ni este mismo fueron presentados para la inscripción en el Registro de la Propiedad. Consta según providencia de 5 de julio de 2005 ordenada por el Juzgado de Familia que se ordenó la remisión de exhorto al Registro Civil, conforme ordenaba la ejecutoria.

7º) En el Registro de la Propiedad la mencionada vivienda constaba como de titularidad de ambos cónyuges. D. I y Dª Mª, con el carácter, para cada uno de ellos, de privativo, y con una participación, cada uno de ellos, «una mitad indivisa en pleno dominio».

8º) En procedimiento de ejecución de título no judicial ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Zaragoza, seguido, entre otros, contra D. I, se procedió al embargo de bienes de este último y, entre ellos, la vivienda antes descrita sita en C/. Se afirma en la sentencia de instancia, en términos que no son discutidos, que la deuda se originó con posterioridad a la separación del deudor con la ahora tercerista.

Segundo. De aquí resulta un panorama jurídico-procesal bien diferente al que se exponen las partes y se refleja en la sentencia. Porque no se trata de un bien ganancial/consorcial (ambas denominaciones se le dan en el convenio) sino de un bien adquirido, e inscrito, por mitad indivisa, antes de contraer matrimonio.

No era un bien de la comunidad consorcial siquiera aprovecharon el trámite de liquidación del patrimonio común en sede judicial para solventar y poner fin a la diferente comunidad existente sobre ese bien. Debe partirse, a falta de mayor precisión, y

al margen de las equívocas expresiones contenidas en el convenio atendiendo a los datos que resultan del convenio, que se trata de régimen sometido al Derecho Aragonés. Por tanto que en ningún caso se pudo generar la confusa comunidad romana cuotal prevenida para la sociedad de gananciales en los arts 1357.2 y 1354 C. Civil.

Por tanto comunidad ordinaria sobre un bien que no integraba el activo del consorcio. Por lo que podrían hacerse dos potenciales planteamientos sobre esa división, a saber, una si las partes quisieron aportar sus mitades indivisas al consorcio y la segunda si simplemente aprovecharon el proceso liquidador del consorcio, integrando aquel bien común pero no consorcial, en el proceso liquidatorio, poniendo fin a la comunidad.

La primera posibilidad debe rechazarse. No ya porque no se utilizase el requisito de forma *ad solemnitatem* que se exige para atribuir la condición consorcial, esto es escritura pública (art. 29 de la Compilación; y 33 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero) sino porque es difícil entender que fuese su voluntad de aportar al consorcio con ocasión de un acto liquidatorio del mismo.

El convenio regulador, es un negocio jurídico de derecho de familia que se otorga con ocasión de la crisis matrimonial y que puede presentar un contenido atípico. La autonomía de la voluntad de los cónyuges fue ya reconocida en la sentencia de TS 22 de abril de 1997, que puso de relieve que en las situaciones de crisis matrimonial pueden coincidir tres tipos de acuerdos: «en primer lugar, el convenio, en principio y en abstracto, es un negocio jurídico de derecho de familia; en segundo lugar, el convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva; en tercer lugar, el convenio que no ha llegado a ser aprobado judi-

cialmente, tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 C.c.». Del mismo modo, pueden existir pactos referidos a las consecuencias del matrimonio fuera del propio convenio, ya sea en unas capitulaciones matrimoniales (STS 1053/2007, de 17 de octubre), ya sea en documentos complementarios (STS 217/2011, de 31 de marzo).

No hay ninguna razón que obste a que, de mutuo acuerdo (no en una liquidación forzosa y judicial sin acuerdo específico de los cónyuges) los cónyuges integren, en lo que sería ya un negocio jurídico patrimonial complejo, bienes comunes pero no consorciales, los integren, se repite, en la operación liquidatoria y pongan fin a la, respecto a este bien, comunidad ordinaria. En definitiva habrían aprovechado los cónyuges el proceso judicial y el convenio para dividir la cosa común. No hay ninguna razón que obste a que jurídicamente eso no sea posible. Por tanto la tercerista pasó a ser propietaria del bien embargado, pues hay título y modo, al haber pasado la tercerista a ser poseedora única de la vivienda.

Tercero. La única cuestión que se plantea es la relativa a si esa falta de publicidad puede ser oponible frente al tercero que embargó. Debe resaltarse nuevamente que no se trata de patrimonio consorcial, por lo que no está condicionado, en cuanto a sus efectos, a la publicidad registral, prevenido en el art. 77 Ley Registro Civil. Aparte de que el Registro de la Propiedad publica la propiedad de la mitad indivisa a favor de la tercerista, la protección registral no hace inatacable el embargo por quien es titular extra-estabular, pudiendo ser propietario en virtud de título en mero documento privado. Como razona la sentencia de 10 de mayo de 1994 «en modo alguno tiene el titular del embargo la condición de tercero a los efectos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, porque no ha adquirido en

las condiciones en él definidas ningún derecho real sobre la cosa». Procede pues la desestimación del recurso.

Cuarto. Que al desestimarse el recurso de apelación procede imponer las costas causadas en esta alzada a la parte apelante (arts 398 y 394 Lec).

FALLO

Se desestima el recurso de apelación interpuesto por C contra el auto de fecha 4 de noviembre de 2010 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Zaragoza recaída en la tercería de dominio tramitado en dicho Juzgado con el núm. 2763/09, resolución que se confirma en su integridad, imponiéndose a la parte apelante las costas causadas en esta alzada. Con pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se le dará el destino prevenido legalmente.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Así, por este auto, lo acuerdo, mando y firmo.

DILIGENCIA

Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución, así como certificación a los autos. Doy fe.

NÚM. 76

S. APZ (Secc. 4ª) de 20 de julio de 2011

718: NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS: CERTEZA DE LA DESIGNACIÓN: *Hubo unas personas llamadas a suceder (art 151 Lsuc.), que fueron los parientes, con certeza en la designación (art 155 Lsuc.). El art 159 establece que la disposición a favor de parientes sin*

determinación de quienes sean. Pero lo dispuesto en el precepto lo es si no resulta otra cosa en el testamento. Y en el caso resulta otra cosa porque se llamó a quienes, para en el futuro, fueran más próximos parientes. Es decir, a los parientes más cercanos a cada uno de los testadores, de modo que no se llamó a todos ellos, pues se excluyó a parientes menos cercanos. La expresión «sucediendo cada rama familiar» complementa la anterior expresión, pues, en definitiva, los bienes se mantendrían en el ámbito de la familia de cada uno de los testadores y dentro de cada rama. No parece que fuera otra la intención del testador si se considera que esa situación familiar ya concurría en la fecha del otorgamiento del testamento, el 20 de abril de 2005, pues Don Leoncio tenía en ese momento parientes más próximos que otros porque una hermana había fallecido muchos años antes, habiendo dejado descendientes.

721: DISPOSICIONES GENERALES: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO: En definitiva, del conjunto del testamento se desprende que su finalidad fue que un cónyuge heredase al otro, con facultad de disponer de los bienes heredados. Pero respecto a los no dispuestos, o en el caso de que uno no heredase al otro (comoriencia), consta una designación para los bienes que queden («los que queden serán heredados»). Hubo designación de sucesores y no hay causa para la entrada de la sucesión legal, pues esta procede en defecto de sucesión testamentaria (art. 201 Lsuc).

722: TESTAMENTO MANCOMUNADO: PACTO AL MÁS VIVIENTE: Comoriencia: En definitiva, del conjunto del testamento se desprende que su finalidad fue que un cónyuge heredase al otro, con facultad de disponer de los bienes heredados. Pero respecto a los no dispuestos, o en el caso de que uno no heredase al otro (comoriencia), consta una designación para los bienes que queden («los que queden serán

heredados»). Hubo designación de sucesores y no hay causa para la entrada de la sucesión legal, pues esta procede en defecto de sucesión testamentaria (art. 201 Lsuc.)

PONENTE: Ilma. Sra. María Jesús de García Muñoz.

DISPOSICIONES CITADAS: arts. 5, 6, 19, 69,80, 102, 151, 155, 159, 201 Lsuc.

El JPI núm.14 de Zaragoza, en S. de 22 de noviembre de 2011 desestima la demanda interpuesta por dos sobrinos de los causantes, hijos de una hermana premuerta de uno de ellos, frente al resto de los sobrinos de aquéllos, por considerar que había lugar a la apertura de la sucesión legal y a la aplicación de la sustitución legal en su llamamiento. La APZ confirma el fallo, puesto que los causantes otorgaron testamento mancomunado señalando los sobrinos que debían heredar para el caso de comoriencia.

NÚM. 77

S. APZ (Secc. 5ª)
de 16 de noviembre de 2011

74: FIDUCIA SUCESORIA: EXTINCIÓN: Muerte de único descendiente común: Resulta obvio que, al tiempo de fallecer el hijo, no se había agotado la fiducia otorgada a favor de su madre en el testamento expresado, no se había ejecutado ni extinguido la fiducia y por tanto la herencia del fallecido esposo no se había deferido a favor del hijo, la fiducia todavía estaba dentro de plazo para poder ser ejecutada, y por tanto no se había producido la delación de la herencia, abriéndose en tal caso la sucesión legal respecto de los bienes del fallecido hijo, correspondiendo, en defecto de descendientes, a los ascendientes de éste, por disposición del artículo 202, 2, 2º

de la Ley de sucesiones por causa de muerte, es decir, a favor de la madre, debiendo por ello confirmarse la Sentencia del Juzgado que así lo ha dispuesto.

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Antonio Pérez.*

DISPOSICIONES CITADAS: *arts. 129, 133 y 202 Lsuc. (ahora 444, 488 y 517.2º CDFa).*

Se interpone ante el JPII de Caspe demanda por la que la actora, en cuanto heredera testamentaria de su cónyuge, sea a su vez heredera de los bienes que a este le corresponderían en la herencia de su padre, ya fallecido, por entender que no habiendo otro hijo del causante, la fiducia concedida a la cónyuge del causante se ejecuta en ese hijo común y marido premuerto de la demandante. En S. de 17 de mayo de 2011, se desestima la demanda y la APZ confirma este pronunciamiento.

NÚM. 78

S. APZ (Secc. 5ª) de 6 de marzo de 2012

711: DISPOSICIONES GENERALES: ADQUISICIÓN DE LA HERENCIA: Derecho de transmisión: legados: *Tanto el art. 354 como el 478 CDFa, regulan lo mismo, pero respecto a diferentes instituciones. El primero se refiere a la herencia y el segundo a los legados. Aunque se trate de la misma figura (la transmisión del derecho a aceptar o repudiar) las consecuencias son distintas, pues diferentes son la herencia y el legado. En el primer caso se transmite el derecho a aceptarla o repudiarla, mientras que en el legado el de confirmar la adquisición ya producida o bien «deshacerse» de ella, puesto que el legatario ya ha incorporado a su patrimonio los bienes legados, como se desprende del art. 477 CDFa. Por lo tanto, en principio, aunque D. Pedro no hubiera aceptado ni repudiado el legado hecho por su madre, esos bienes pasan*

a su propiedad una vez fallecido el causante (la madre) por el mero hecho de la «delación» (art. 322-3 y 477 CDFa).

718: NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS: LEGADOS: Derecho de transmisión: voluntad contraria del disponente: *La madre común de los ahora litigantes dispuso que si alguno de sus hijos Pedro, Anselmo y Victoria la premuriesen o no pudieran o quisieren heredarla, serían sustituidos por sus respectivos descendientes y, a falta de éstos (que es el caso de Pedro), por los otros dos hijos citados, tanto en la herencia como en los legados o prelegados. Es decir, la voluntad de la testadora fue clara. Si los bienes que lega o prelega no acceden definitivamente a los destinatarios queridos por ella, pasarán a sus descendientes o –en su defecto– a los otros dos hermanos. En este caso, Anselmo y Victoria. Por lo que aquellos bienes del legado de Pedro no forman parte del haber hereditario y han de quedar fuera del Inventario. Confirmando así la sentencia apelada en este punto. En todo caso hay que estar a la «voluntad del disponente» y en este caso, al nombrar sustitutos a los prelegatarios, se excluye el derecho de transmisión.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Antonio Luis Pastor Oliver.*

DISPOSICIONES CITADAS: *arts. 322, 323, 354, 477 y 478 CDFa.*

En el JPI núm. 12 se siguen autos sobre partición de herencia en relación a si determinados bienes deben o no formar parte del inventario de la herencia. En concreto, el Juzgado en S. de 7 de octubre de 2011, excluyó del inventario determinados bienes dejando como prelegado a uno de los herederos que premurió a la causante. Los demandantes, recurren en apelación. En este punto la APZ confirma la sentencia de instancia.