



La versión original y completa de esta obra debe consultarse en:
<https://ifc.dpz.es/publicaciones/ebooks/id/1735>



Esta obra está sujeta a la licencia CC BY-NC-ND 4.0 Internacional de Creative Commons que determina lo siguiente:

- **BY (Reconocimiento):** Debe reconocer adecuadamente la autoría, proporcionar un enlace a la licencia e indicar si se han realizado cambios. Puede hacerlo de cualquier manera razonable, pero no de una manera que sugiera que tiene el apoyo del licenciador o lo recibe por el uso que hace.
- **NC (No comercial):** La explotación de la obra queda limitada a usos no comerciales.
- **ND (Sin obras derivadas):** La autorización para explotar la obra no incluye la transformación para crear una obra derivada.

Para ver una copia de esta licencia, visite <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.es>.

CHICAGO CIVIL RIGHTS

Director

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA
Catedrático de Derecho civil
Facultad de Derecho de Zaragoza

Coordinador

JOSÉ LUIS BATALLA CARILLA
Registrador de la Propiedad
Zaragoza

Secretarios

JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA
Profesor Titular de Derecho civil
Facultad de Derecho de Zaragoza

MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ
Profesora Titular de Derecho civil
Facultad de Derecho de Zaragoza

Consejo Asesor

MANUEL ASENSIO PALLÁS
Abogado
Zaragoza

ADOLFO CALATAYUD SIERRA
Notario
Zaragoza

FRANCISCO CURIEL LORENTE
Registrador de la Propiedad
Zaragoza

FELIPE GARCÍA ARTO
Abogado
Huesca

MANUEL GIMÉNEZ ABAD
Consejero de Presidencia
y Relaciones Institucionales de la DGA

CARMEN MAESTRO ZALDÍVAR
Procuradora
Zaragoza

IGNACIO MARTÍNEZ LASIERRA
Abogado
Zaragoza

JESÚS MORALES ARRIZABALAGA
Profesor Titular de Historia
del Derecho Facultad de Derecho
de Zaragoza

IGNACIO MURILLO GARCÍA-ATANCE
Asesor del Justicia de Aragón

MAURICIO MURILLO GARCÍA-ATANCE
Magistrado-Juez Decano
Zaragoza

HONORIO ROMERO HERRERO
Notario
Zaragoza

RAFAEL SANTACRUZ BLANCO
Director General
de Asuntos Jurídicos
y Coordinación Normativa

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

AÑO II / NÚM. 1



Institución «Fernando el Católico» (C.S.I.C.)
de la Excma. Diputación Provincial
Zaragoza

1996

Publicación número 1.772
de la Institución «Fernando el Católico»
(Excma. Diputación de Zaragoza)
Plaza de España, 2.
50071 ZARAGOZA
Tff.: 34/(9)76 - 28 88 78/79 - Fax: 28 88 69

FICHA CATALOGRÁFICA

REVISTA de Derecho Civil Aragonés / Institución «Fernando el Católico». Año II, N° 1 (1996). Zaragoza: Institución «Fernando el Católico», 1996. — 24 cm

Bianual

ISSN: (En trámite)

I. Institución «Fernando el Católico», ed. 347 (460.22)

Toda correspondencia, peticiones de envío, canje, etcétera, deben dirigirse a la Institución «Fernando el Católico». Las normas de presentación de originales se encuentran al final de la revista.

Motivo cubierta:

Grabado del blasón de Aragón sostenido por un ángel custodio y al pie dos leones pasantes, medio cortado y partido: 1° los palos (cuatro) de Aragón; 2° la cruz de San Jorge con las cuatro cabezas de moros; y 3° la cruz de Íñigo Arista. Se trata del prototipo del grabado utilizado posteriormente en la *Crónica* de Vagad, con una variante muy significativa: no aparece el cuartel dedicado al árbol de Sobrarbe, potenciando con el doble de espacio el cuartel dedicado al *senyal* real. Xilografía impresa en el frontis de los *Fori Aragonum* (Zaragoza, Hurus, 1496). Este grabado en madera fue de nuevo estampado en los *Fueros* editados por el jurista aragonés Miguel del Molino en su *Opus universorum fororum* (...), (Zaragoza, Coci, 1517).

© Los autores.

© De la presente edición: Institución «Fernando el Católico».

I.S.S.N.: (En trámite)

Depósito Legal: Z-3.869/95

Impresión: INO REPRODUCCIONES

IMPRESO EN ESPAÑA

ÍNDICE RDCA, 1996, II (Nº 1)

«In memoriam» Francisco de A. Sancho Rebullida.....	7
---	---

ESTUDIOS

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: «El proceso compilador en Aragón y Navarra».....	11
GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Sobre la facultad moderadora de los Tribunales en el Derecho de abolorio».....	23
CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «Efectos de la renuncia hereditaria en Aragón».	33

NOTAS Y CUESTIONES PRÁCTICAS

ORIA ALMUDÍ, Joaquín: «El tratamiento de la fiducia sucesoria aragonesa en el impuesto de sucesiones».....	73
--	----

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Derecho de viudedad del cónyuge del bínubo con descendencia de anteriores nupcias. El art. 73 de la Comp. y la S. TSJA de 11 de julio de 1994».....	85
BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: «La revocación de los pactos sucesorios por incumplimiento de cargas. (A propósito de la S. TSJA de 9 de noviembre de 1991)».....	111

MATERIALES

A) Dos sentencias del Tribunal Constitucional especialmente relevantes para el futuro de los Derechos civiles forales o especiales	
1. STC 88/1993, de 12 de marzo (Pleno)	139
2. STC 226/1993, de 8 de julio (Pleno)	165
B) Valoración del idioma y del derecho foral y propio en los concursos para órganos jurisdiccionales en las Comunidades Autónomas.	187
C) Creación y Estatutos de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación.	199

NOTICIAS

A) Quintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés.	211
B) Becas del Justicia de Aragón para el estudio del Ordenamiento jurídico aragonés: cursos 1994/95 y 1995/96.	211
C) Seminario de jurisprudencia civil de la Cátedra «Miguel del Molino» de la Institución «Fernando el Católico».	212
D) Curso de Derecho aragonés y estudios de tercer ciclo sobre Derecho aragonés.	213
E) Modificación de la regulación de la Comisión Aragonesa de Derecho civil y nueva composición.	214

BIBLIOGRAFIA

A) Recensiones:	
• BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: <i>Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas</i> . Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1995, 353 págs., por M ^a Teresa Alonso Pérez.	221
• MONASTERIO ASPIRI, Itziar: <i>Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno</i> . Colección de Textos Forales, vol. IV. Diputación Foral de Vizcaya-Universidad de Deusto, Bilbao, 1994, 668 págs., por José Antonio Serrano García.	227
B) Repertorio de bibliografía.	232

JURISPRUDENCIA

A) Sentencias del TSJA (Sala de lo Civil) dictadas en recursos de casación.	247
B) Sentencias del TS sobre Derecho civil aragonés.	273
C) Sentencias de las Audiencias provinciales de Huesca, Teruel y Zaragoza sobre Derecho civil aragonés.	293
D) Autos del Presidente del TSJA resolviendo recursos gubernativos ...	357
E) Índice acumulado de la jurisprudencia.	399

IN MEMORIAM FRANCISCO DE A. SANCHO REBULLIDA

Francisco de Asís Sancho Rebullida, catedrático de Derecho Civil, foralista insigne, falleció el pasado 27 de octubre. Hijo de Miguel Sancho Izquierdo, su vida académica está vinculada a la Universidad de Zaragoza y, luego, a la de Navarra. Aunque casi de la misma edad que José Luis Lacruz Berdejo, quiso ser siempre su discípulo a la vez que mediaba entre ambos una entrañable amistad.

Su aportación más continuada al Derecho aragonés se produce en relación con el Seminario de la Comisión Compiladora, al que perteneció desde el primer momento (junio de 1953), cuando era Juez Municipal de Zaragoza y Profesor Adjunto en la Facultad de Derecho. Suyos son los informes sobre «Capacidad de las personas por razón de la edad» y «La viudedad». Sobre estos temas habría de volver ya promulgada la Compilación, ocupándose además de problemas de fuentes (la costumbre; relaciones de la Compilación con el Código de Comercio) o de los Derechos reales. Sus trabajos anteriores a 1978 están recogidos en el segundo volumen de sus «Estudios de Derecho Civil», publicados en esta fecha. Luego, sus contribuciones principales a la elaboración doctrinal de nuestro Derecho se encuentran en los Comentarios a la Compilación dirigidos por su Maestro.

A partir de 1968 contribuyó también con su magisterio y publicaciones al desarrollo del Derecho navarro. Coautor de la «Recopilación Privada» (1971) que sería la base de partida de la Compilación o Fuero Nuevo, comentó las leyes 2, 3, 50, 51 y 63 a 72 de ésta en los Comentarios «Edersa» (1990), además de otros artículos y conferencias.

Monografías como «La novación de las obligaciones» (1964), todavía básica treinta años más tarde, ponen de manifiesto su talla de investigador del Derecho Civil. Colaboró con Lacruz en las obras de Derecho de familia, Derecho de sucesiones, Derecho Inmobiliario Registral y, luego, en diversos volúmenes de los «Elementos», con aportación señalada en Teoría de las obligaciones y Derechos reales. A la muerte del Maestro, asumió con otros discípulos inmediatos la puesta al día y necesaria refacción de los citados «Elementos», ejerciendo con tino y buen humor la autoridad que naturalmente le correspondía.

Presente siempre en todas las actividades relacionadas con el Derecho aragonés, pronunció la Lección de clausura del V Curso de Derecho aragonés en la «Cátedra Lacruz Berdejo», el día 6 de julio de 1995, cuando nada hacía presagiar su próxima muerte. Ofreció el texto a esta Revista, de modo que su publicación en este número resulta ser, sin que nadie pudiera entonces sospecharlo, recuerdo y homenaje póstumo a la vez que enseñanza y ejemplo para todos cuantos nos interesamos por el Derecho civil aragonés.

ESTUDIOS

EL PROCESO COMPILADOR EN ARAGÓN Y NAVARRA*

FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA

Catedrático de Derecho civil

Asistí recientemente a un Seminario de Derecho civil navarro. Quien actuaba de ponente, en un determinado momento de su exposición aludió a uno de los Proyectos de Apéndice al Código civil que, en cumplimiento del artículo 6.º de la Ley de bases de 1888, se elaboraron en Navarra¹; y se refirió a él en términos nada elogiosos: «es muy malo», dijo concretamente. Yo me permití observar, entonces, que —aparte la calidad del Proyecto en concreto— lo verdaderamente malo para los Derechos forales era el sistema mismo arbitrado en la Ley de bases, sistema que evoca los cuidados que se adoptan en la fase terminal de un moribundo...

El mal —dije entonces y lo sigo pensando— es del sistema y, por tanto, de origen y total: es malo encerrar el Derecho foral en un *Apéndice*, y es malo que este apéndice lo sea de un *Código*.

Lo primero, porque el concepto mismo de «apéndice» predica supeditación y dependencia. Un apéndice al Código civil necesita de éste para subsistir y para totalizar un sistema; es algo secundario respecto de otro algo principal. El diccionario de la Academia lo define como «cosa adjunta o añadida a otra de la cual es como parte accesorio o dependiente». Ello, aparte su significación anatómica que lo expone —como decía don Juan MONEVA— a una operación de *apendictomía*...

* Conferencia de clausura del Curso 1994-1995 en la «Cátedra de Derecho aragonés José Luis Lacruz Berdejo», pronunciada en la Universidad de Zaragoza el 6 de junio de 1995. Fue erigida dicha Cátedra por Decreto de 8 de mayo de 1990 de la Diputación General de Aragón «para impulso y fomento de la enseñanza e investigación del Derecho aragonés» (artículo 1.º); el nombre de la Cátedra «se hará constar en cuantas actividades lleve a cabo el Instituto por sí directamente o en concierto con otras instituciones» (art. 2.º).

¹ Puede verse una sucinta reseña, entre otros, en mi trabajo *El Código civil en la codificación civil navarra*, en Asociación de Profesores de Derecho Civil, «Centeno del Código civil», tomo II, págs. 1.985 y ss.

Pero es malo también, el procedimiento de fijación y actualización de los Derechos forales, al tratar de ahormarlos en la significación más honda y extrema del fenómeno conocido como *Codificación*.

Sabido es que este término —Codificación— tiene dos significados; el primero es de alcance formal y técnico, significa la reunión depurada, sistematizada y ordenada de las normas vigentes en un determinado ordenamiento y en un determinado momento. Su segundo significado, en cambio, es de naturaleza sustantiva y alcance filosófico; significa, más que la reunión y sistematización de normas vigentes, la formulación de normas racionales originales, anticipadas y abstractas; la coordinación y supeditación de tales normas entre sí y respecto a unos determinados principios dogmáticos; significa generalidad en formulaciones con vocación de suficiencia y plenitud; la implantación, en suma, de un sistema racional, cual *more geométrico*.

En el primer sentido —formal, técnico—, «Código» sustituye a «Recopilación»; en el segundo, junto a esta sustitución, la lógica desplaza a la historia; la razón al buen sentido; la norma preexiste al problema; y, como consecuencia de todo ello, la ley se antepone —cuando no la excluye— a la costumbre.

Es cierto que la realidad histórica de la codificación no responde totalmente a la radicalidad del precedente esquema; y que la sucesiva vigencia de los Códigos fue cediendo al original optimismo sobre su perfección e inmanencia. Mas los planteamientos teóricos y originarios pueden servir para destacar que el sistema de apéndices al Código civil no era adecuado para los Derechos forales: ni por apéndices, ni por serlo del Código civil que, inevitablemente, los contagiaria de su propia naturaleza y significado. La primera significación de *codificación* sí que convenía a los Derechos forales. Entre otras razones, por una evidente: por razón de competencia y supervivencia frente al Código civil en los países de fuero. Evidentemente para letrados y jueces, notarios y registradores ejercientes en territorios con Derecho propio —juristas procedentes, con frecuencia, de regiones foranas; y, en todo caso, formados universitariamente en el Derecho del Código civil— resulta más cómodo y seguro aplicar el Código que buscar la solución en cuerpos históricos dispersos, de dudosa vigencia y preferencia entre sí, de técnica rudimentaria y expresados en versión latina o en castellano antiguo... Por otra parte, la seguridad jurídica, la claridad y el tecnicismo, la facilidad, la depuración o adaptación de lo arcaico, y la incoación de normas que encarnen los principios tradicionales en la solución de nuevos problemas, son valores que sin duda convenían a los Derechos forales; y por ello, la codificación en su primera acepción. Pero en la segunda, en modo alguno. Menos, si había de hacerse en forma de apéndices del Código civil.

Por ello, como resultado del Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza (octubre de 1946) la formulación legislativa de estos Derechos experimentó, respecto del sistema arbitrado por la Ley de bases, un giro copernicano.

Sus conclusiones, aun proponiéndose la redacción, a largo plazo, de un «Código general de Derecho civil» (sin puntualizar cómo habían de quedar

recogidas en él las instituciones forales), preconizaron —de momento— la compilación de los Derechos de los territorios forales, debidamente adaptados a los supuestos económicos y sociales de nuestros tiempo.

El Ministerio de Justicia recogió las aspiraciones del Congreso. Y, por Decreto de 23 de mayo de 1947, creó Comisiones de juristas integradas por representantes de las distintas entidades y profesiones jurídicas de cada región, para llevar a cabo la tarea compiladora. Las Órdenes de 24 de junio y 23 de julio de 1947 dictaron normas sobre su composición y modo de designación de sus miembros. La Orden de 10 de febrero de 1948 nombró las Comisiones de Aragón, Cataluña, Baleares, Galicia, Vizcaya y Álava; y autorizó a la Diputación Foral de Navarra para que hiciera el nombramiento correspondiente a esta Región.

Con ello, en suma, se independizó el proceso de formulación de los cuerpos forales, de toda vinculación o referencia al Código civil. Incluso se evitó el término *codificación*.

Porque debo insistir en que «Código» es un *invento*, mientras «Compilación» esa un *descubrimiento*.

Inventar es sacar de la mente, sin otra procedencia, algo nuevo y desenraizado; *descubrir* es destapar, revelar, una realidad previa, preexistente, si bien oculta o desfigurada.

Pues bien, el cometido de las Comisiones compiladoras no era *inventar* sino *descubrir*. Mas, a partir de esto, tal cometido no fue unívocamente entendido por todos.

Como, a la vista de las primeras reacciones y experiencias explicara el profesor LACRUZ, hubo al respecto criterios muy dispares. «Mientras unos entienden —escribía en 1948²— que cada compilación debe abarcar todas las instituciones forales, creen otros llegado el momento de suprimir aquellas que, aun vigentes, no parezcan de acuerdo con los supuestos sociales y económicos de nuestro tiempo. Optan algunos por redactar un Código, lo más reducido posible en el que incluso se prescinda en ocasiones de la pureza del Derecho propio para ir aproximándose, mediante soluciones transaccionales, a los preceptos del Código civil de 1889, y estiman que así, colocando las nuevas normas en un punto medio entre su antiguo contenido y el Derecho común, facilitan el día de mañana la unidad total. No falta quien desee que el trabajo de las Comisiones se reduzca a la traducción ordenada de los textos forales hoy en vigor, ni quien defienda la construcción de un nuevo Derecho que formule, con arreglo a los supuestos actuales, normas inspiradas en los principios antiguos. En general, los mejores foralistas entienden que no compete a los compiladores, sin razones muy fundadas,

² *La discusión actual en torno a los Derechos forales*, en la revista «Arbor», 31-32, julio-agosto de 1948, págs. 401 y ss.

poner en tela de juicio las instituciones de Derecho foral, y que aun teniendo en cuenta la facultad de abrogar normas cuya aplicabilidad sea imposible «en relación con las necesidades y exigencias del momento presente», que el Decreto les concede, sólo podrá hacerse uso de tal autorización cuando, prescindiendo de prejuicios, se trate de reglas que repugnen absolutamente a la conciencia de cualquier hombre civilizado. Procediendo sin cautela, se corre el peligro de suprimir normas forales, a causa de puntos de vista circunstanciales y subjetivos, que pueden cambiar en un futuro próximo (...). Y terminaba así: «Sería deseable que, una vez redactados por las Comisiones los nuevos textos forales, no se considerarán como anteproyectos, sujetos a ulterior discusión de otros organismos en todas y cada una de sus normas, sino como cuerpos sistemáticos, que no pueden ser aceptados o rechazados sino en su cabal conjunto. De lo contrario, personas desconocedoras del Derecho que se compila y ajenas al territorio que debe regir podrán cambiar el ordenamiento jurídico de una región (...).».

Este planteamiento del Maestro constituyó un diagnóstico exacto. Porque lo cierto es que las Compilaciones nacidas del Congreso de Zaragoza respondieron a distinta metodología y tuvieron diferente calado. En línea general puede decirse que fueron de menos a más; concretamente las de Vizcaya y Álava (1958), Cataluña (1960), Baleares (1961) y Galicia (1963), constituyen un grupo diferenciado de las de Aragón (1967) y Navarra (1973).

Por lo que a Aragón respecta³, la Comisión compiladora comenzó con entusiasmo su cometido al poco tiempo de ser nombrada; pero pronto se advirtieron serias dificultades en su modo de proceder. Dificultades de distinta procedencia pero que, en definitiva, venían a concurrir enervando la labor. Por una parte al designar, la Orden ministerial, sus componentes por referencia a entidades y organismos radicados en las tres provincias aragonesas, ocasionó que fuesen designados vocales algunos juristas en quienes no concurría la formación y la dedicación al Derecho foral que la encomienda, por definición, requería. En segundo lugar es de tener en cuenta que, los vocales que fueron nombrados por su prestigio profesional, habían adquirido este prestigio, precisamente, por una dedicación intensa y prolongada, lo cual supone que su edad o su tiempo —o ambas circunstancias— fuesen poco adecuados para el encargo compilador; como muchas veces sucede, su idoneidad personal era debida, precisamente, a su escasa disponibilidad actual. En tercer lugar, la distante residencia de unos y otros hacía más problemática la reunión de todos. Por último, había en el seno de la Comisión concepciones diametralmente opuestas acerca de la que era la encomienda misma que habían

³ Para lo que sigue de este apartado puede verse la conferencia que bajo el título *Significado de la Compilación del Derecho civil de Aragón*, pronuncié en la clausura del Curso 1966-1967 del Ateneo de Zaragoza. Se publicó en la revista «Nuestro Tiempo», 159, págs. 171 y ss.; y en el «Anuario de Derecho Aragonés», XIII, págs. 287 y ss.; también, en mis «Estudios de Derecho civil», II, Pamplona, 1978, págs. 19 y ss.

recibido... Todo ello, originó un cierto clima de confusión que, en ocasiones, llegó a la crispación.

Fue entonces cuando surgió la feliz idea del Seminario. Puesto que la Comisión no acababa de funcionar por estar constituida, en buena parte, por personas muy mayores o muy ocupadas, con domicilios repartidos, etc., el remedio había que buscarlo en las circunstancias opuestas: en un organismo reducido, compuesto por personas jóvenes, con residencia concentrada; y con una cierta coherencia en su concepción y conocimiento del Derecho aragonés, bajo la *auctoritas* de aquel a quien con toda naturalidad y espontaneidad reconociesen como Maestro. Este organismo —joven, cohesionado, animoso— sería el colaborador de la Comisión; le prepararía los materiales y le propondría hipótesis de trabajo con los cuales y sobre las cuales los vocales de la Comisión tendrían la última palabra dictada por su experiencia y buen sentido jurídico.

Inspirador y director del Seminario fue el profesor LACRUZ BERDEJO; y en él nos integramos sus discípulos y ayudantes de la Segunda Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza. Era Secretario —secundado, después por Juan Antonio ARAGÜÉS— Mariano ALONSO LAMBÁN; y colaboraron asiduamente Ramón SAINZ DE VARANDA, José María BELLED HEREDIA, Germán ALBALATE JIMÉNEZ, Jesús BERGUA CAMÓN, Manuel PÉREZ MARTÍNEZ, José CABALLERO LASERRA, Luis Felipe ARREGUI LUCEA, Manuel ASENSIO PALLÁS, César INFANTE ROMANO, y algunos más cuyos apellidos no recuerdo. Colaboraba también —aunque éste a distancia— con valiosos Informes el profesor VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN.

Creo sinceramente —y no por la pequeña parte que me pueda corresponder— que tal iniciativa fue la decisiva para el proceso compilador del Derecho aragonés. Con enorme entusiasmo y excelente voluntad pusimos manos a la obra al finalizar el verano de 1953. Nos repartíamos las Ponencias, por instituciones, en reducidos grupos de trabajo; en cada grupo, uno de nosotros se encargaba de seleccionar los antecedentes históricos y los artículos de los Proyectos de Apéndice (en especial, los de 1899 y 1904), así como las actas de las Subcomisiones de 1935; otro, se encargaba de la doctrina y de la jurisprudencia; otro, atendía al Derecho comparado, etc.; tras acopiar este material, se reunía el grupo y redactaba un boceto de articulado, que se distribuía a todos los miembros del Seminario. El Seminario se reunía una vez por semana —los *viernes forales*— durante dos o tres horas, las últimas de la tarde, para discutir, modificar, rechazar o rehacer entre todos el boceto de articulado, previamente repartido y estudiado. A estas sesiones del Seminario, que presidía LACRUZ, acudían también, con ejemplar asiduidad, algunos vocales de la Comisión compiladora; concretamente, don PACO PAIA y don JOSÉ LORENTE SANZ, los cuales ponían una nota especial —verdadera *jurisprudencia*— en las deliberaciones y debates; desde que se pudo reincorporar a la vida zaragozana y al quehacer universitario, asistía también a estas sesiones de los viernes el profesor LUIS MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA.

Esta labor silente, meticulosa, rigurosísima, ilusionada, duró años, con pocas y muy cortas interrupciones. He dicho que tal colaboración fue decisiva

para la formulación del Anteproyecto por parte de la Comisión compiladora; era de justicia proclamarlo; pero hay que añadir que fue no menos decisiva para la formación de quienes frecuentábamos el Seminario; todos aprendimos muchísimo y no sólo Derecho aragonés en aquellas sesiones de recuerdo entrañable de los viernes en *La Económica*, presididos y dirigidos por José Luis LACRUZ, con las aportaciones de PALÁ y de LORENTE SANZ —que realizaron, sin darse ellos mismos cuenta— un magisterio vivo de gran categoría.

No se regateó esfuerzo ni se cedió a la comodidad, la rutina o el cansancio. De cada sesión se levantaba acta; y, con la consideración de los trabajos preparatorios realizados por la respectiva Ponencia, más el resultado de la deliberación, se formulaba una propuesta de articulado de la institución (o aspecto de la institución) de que se tratara. Con todo este material —textos históricos, *status quaestionis* doctrinal, jurisprudencia, Derecho extranjero, apreciaciones críticas, actas de las deliberaciones y propuesta de articulado— se imprimían los correspondientes «Informes» que remitíamos a los vocales de la Comisión compiladora. Como prueba documental de tal esfuerzo, todavía se conserva en algunas bibliotecas una docena de estos Informes: el texto mecanografiado —a espacio sencillo para economizar papel— impreso a ciclostil (ya difícilmente legible) en folios grisáceos de papel poroso, encuadernados con tapas de cartulina beige impresa en «El Noticiero»...

Vino después la labor de conjuntar y armonizar todas las ponencias en un Cuerpo orgánico y coherente, revisado también en su estilo; se hizo con idéntico rigor, con la misma laboriosidad y constancia: «sin prisa pero sin pausa»; hubo Capítulo que fue revisado hasta siete veces...

Con este material que el Seminario le iba suministrando, la Comisión podía avanzar obviados los iniciales inconvenientes. Por lo demás, entre ambos organismos —Comisión y Seminario— se daban frecuentes casos de ósmosis recíproca, aparte la fluidez que imprimía ser director del Seminario José Luis LACRUZ y formar parte importantísima del mismo LORENTE Y PALÁ, pues los tres eran vocales de la Comisión. Por lo demás, la Comisión no se limitó a sancionar las propuestas del Seminario. Tomó éstas como base y punto de partida; se sirvió del acopio de datos y materiales que le suministraban los Informes; pero sus vocales proyectaron sobre todo ello su propia ciencia y experiencia —cualidades por las que habían sido designados— en ocasiones, cuando había disconformidad con la propuesta de articulado, la subcomisión correspondiente convocaba a la sesión de la misma al joven ponente del Seminario para escuchar sus argumentos *in voce*, todo un ejemplo de exquisita consideración.

Así, a comienzo del curso 1961-1962, quedó redactado un texto provisional de Anteproyecto de Compilación aragonesa. Se publicó —para que sirviera de referencia a la información pública después convocada— en julio de 1962... Mas, para entonces, yo ya me había instalado en Navarra, por lo que termino aquí mi testimonio personal.

Cuando en septiembre de 1961 me incorporé a la Universidad de Navarra, se hallaba el proceso compilador de los Derechos forales, como puede dedu-

cirse de lo que antecede, muy adelantado; casi a punto de culminar, pendiente solamente de que fuese ultimada y sancionada la Compilación de Aragón —a la que acabamos de dejar plasmada ya en Anteproyecto— y la de Navarra.

En Navarra⁴, conforme a aquella Orden de 10 de febrero de 1948, la Diputación Foral, por Acuerdo de 9 de abril de 1948, había erigido al Consejo de Estudios de Derecho Navarro en Comisión compiladora.

Tras un largo período de inactividad, el magistrado don Juan SANTAMARÍA ANSA, miembro del Consejo de Estudios y, por tanto, vocal de la Comisión compiladora, retomó la iniciativa de redactar unas notas previas para un Anteproyecto de «Fuero Recopilado de Navarra o Compilación del Derecho civil de Navarra». En 1959, la urgencia imprimida por algunas autoridades motivó la reunión en Roncesvalles de la Comisión compiladora y, tras unas breves aunque intensas jornadas, la redacción de un precipitado Anteproyecto; la precipitación con que se hizo, explica la inmediata frustración de tal empeño; pero es de justicia resaltar el noble empeño y mérito del principal autor de aquella obra que, por otra parte, como dice NAGORE, fue punto de arranque de una más amplia y ambiciosa concepción de la tarea de sistematizar y formular el rico caudal de la tradición jurídica navarra⁵. El Anteproyecto fue publicado y ofrecido a información pública por espacio de quince días el 9 de octubre de 1959; y, con el resultado de tan breve información pública se redactó y publicó el «Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra», que fue entregado a la Diputación el siguiente 3 de diciembre del mismo año; su Preámbulo afirmaba que tal Proyecto «contenía el texto definitivo para su elevación al Ministerio de Justicia».

Contrastaba la inusitada rapidez de su elaboración y aprobación con la complejidad y transcendencia de las cuestiones que planteaba la compilación del Derecho navarro: supletoriedad o no del Derecho romano; admisión de la costumbre contra ley, etc. Ello suscitó la casi unánime desaprobación del Proyecto por los juristas navarros; y una poderosa corriente de opinión postuló la ampliación del plazo de información y que, durante el mismo, se recabarán informes y dictámenes a profesionales del Derecho y Corporaciones de juristas. Accedió a ello la Diputación Foral por Acuerdo de 26 de marzo de 1960. Y los informes recibidos fueron tantos y tan importantes que supusieron una seria advertencia a la Corporación Foral, la cual, entonces, mediante Acuerdos de 20 de mayo y 2 de septiembre de 1960, reorganizó la Comisión compilación y designó una Comisión especial la cual, tras elevar un informe previo para la Diputación, ante el silencio de ésta, suspendió por unos años sus tareas.

⁴ Para lo que sigue del presente apartado, véase Nagore Yarnoz, *Historia del Fuero Nuevo de Navarra*, Pamplona, 1994, en especial, cap. I, núm. 2, págs. 37 y 22.

⁵ *El Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra*. «Diario de Navarra» del 6 de diciembre de 1960; y García-Granero Fernández, *Tradición y fuero Nuevo*, «El Pensamiento Navarro», 8 de marzo de 1973.

Ante esta situación de *impasse*, un pequeño grupo de juristas navarros, por su sola iniciativa, sin estímulo oficial alguno, emprendió una nueva etapa — que sería larga: casi trece años de ininterrumpidos trabajos— que culminaría en la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra.

La cosa empezó así: el 26 de septiembre de 1960, se reunieron en el restaurante «Aralar», de Pamplona, los notarios Juan GARCÍA-GRANERO y Javier NAGORE —que, junto con Jesús AIZPÚN TUERO y José Javier LÓPEZ JACOISTE habían emitido un previo *Dictamen sobre el Proyecto de «Fuero Recopilado de Navarra»* durante la información pública— y trazaron todo un plan para la elaboración de un *Tratado de Derecho foral de Navarra* que concretara en leyes el resultado del estudio de cada institución; pensaron como posibles redactores, además de los firmantes del mencionado *Dictamen*, en los profesores del Estudio General de Navarra, d'ORS, SÁNCHEZ BELLA y DORAL.

Tal era, más o menos, la situación del proceso compilador cuando yo me incorporé a la Universidad de Navarra.

En los años siguientes —1961 y 1962— se fue poniendo por obra aquella idea, pero con distinta orientación; se pensó en elaborar una *Recopilación* como Cuerpo de Derecho que estructurara los textos legales, las costumbres y las estipulaciones y cláusulas de escrituras notariales, de tanta importancia para el Derecho navarro; y fundamentar, en notas a las leyes, la fuente y procedencia de las mismas. También se completó el equipo de juristas adscritos a la tarea: además de los firmantes del *Dictamen* —NAGORE, GARCÍA-GRANERO, AIZPÚN y LÓPEZ JACOISTE— se incorporaron, primeramente, Álvaro d'ORS y, poco después, José ARREGUI. Y años más tarde, a modo de puente con el *Fuero Recopilado*, se sumaron don Juan SANTAMARÍA y Francisco SALINAS. Con el transcurso del tiempo y por diferentes razones —cambio de dedicación o de destino profesional, etc.— se fueron apartando, LÓPEZ JACOISTE y Jesús AIZPÚN.

El 20 de enero de 1962 tuvieron la primera reunión; como las sucesivas, en casa de Juan GARCÍA-GRANERO; en ella se concretó el propósito que los reunía, elaboración —partiendo del *Dictamen*— de una *Recopilación* que recogiera *al máximo* el Derecho civil navarro: principios, fuentes e instituciones, incluyendo las romanas que rigiesen en Navarra. Se trataba, en buena medida, de remediar las críticas formuladas al *Fuero Recopilado*, críticas basadas en sus lagunas, no sólo de normas escritas navarras, sino por el poco alcance que se había dado a la costumbre contra ley y a la vigencia supletoria del Derecho romano. En una palabra, quedó plasmada esta aspiración con el término *plenitudo foral*...

De 1962 a 1973 se mantuvo un ritmo de trabajo verdaderamente intenso: sesiones de dos o tres horas los sábados tarde en casa de Juan GARCÍA-GRANERO. Cuando el trabajo requería una mayor concentración, se reunían en algún hostel o monasterio, durante el fin de semana, con plena dedicación al trabajo. Se redactaban y distribuían, previamente, las ponencias que se iban a discutir; y de cada sesión se levantaba acta.

La Diputación, por Acuerdo de 5 de agosto de 1966, ordenó la publicación de los dos libros —*Primero, De las personas y de la Familia; y Segundo, De las donaciones y sucesiones*— que, con sus correspondientes notas, estaban ya ultimados, como Tomo XI de la «Biblioteca de Derecho foral». El libro (que se inicia con un jugoso y circunstanciado prólogo) está datado en Pamplona, el año 1967.

Después, el grupo siguió trabajando en lo que restaba de su proyecto, a saber: el *Libro: Tercero. De los bienes* y el *Libro Preliminar*, que era el primero en su presentación pero, por razones obvias, había sido último en su redacción. Y por Acuerdo de la Diputación Foral de 16 de enero de 1971 la totalidad de la obra fue publicada como Tomo XV de la misma «Biblioteca de Derecho Foral», bajo el título *Derecho Foral de Navarra. Derecho Privado. (Recopilación privada)*.

El 30 de junio de 1971, el pleno de la Comisión compiladora acordó considerar tal libro como ponencia, erigiéndola en Anteproyecto de Compilación, para, sobre el mismo, continuar su trabajo propio.

La verdad es que, entre las dos publicaciones, total y parcial, de la Recopilación privada hubo algunos desentendimientos que, a su vez originaron ciertas tensiones. Porque, al poco tiempo de la publicación de los libros primero y segundo (1967), el Presidente de la Comisión compiladora quería que ésta fuese trabajando sobre lo ya hecho por el grupo privado y que éste avanzase en lo que restaba del Anteproyecto y lo fuese enviando a la Comisión para ésta trabajar sobre lo que le fuese llegando. Los juristas del grupo privado se oponían a ello por estimar que la Recopilación Privada era un obra total, cuyo estudio y eventuales modificaciones no podía hacerse fragmentaria e intermitentemente, sin conocer el todo; y que, por otra parte, ellos necesitaban el mismo tiempo y sosiego del que habían disfrutado para hacer lo ya redactado. Terminó por prevalecer este criterio que, si bien retrasaba la fecha de culminación del proceso, por otra parte garantizaba mejor la calidad del mismo.

Todos los componentes del grupo privado eran vocales de la Comisión compiladora, pero no a la inversa, circunstancia que facilitó mucho la labor de la Comisión oficial. Ello explica que, cuando el 16 de julio de 1971 la Diputación Foral acordó ofrecer a información pública el Anteproyecto, y, a tal fin señaló un período de tiempo que finalizaría a las catorce horas del día 15 de octubre del mismo año, la mayoría de los enmendantes —trece en total— fueran vocales de la Comisión que no habían formado parte del grupo privado ni, por tanto, tomado parte en la elaboración de la Recopilación-Anteproyecto; yo mismo formulé varias enmiendas. Pero no fueron admitidas porque las presenté fuera de plazo... Con todo, es de constatar que el grupo inicial de juristas autores de la Recopilación privada presentó también dos enmiendas, a fin de que fuesen incorporadas al Proyecto definitivo disposiciones transitorias, derogatorias y finales de las que, lógicamente, carecía la Recopilación por su misma naturaleza privada.

Comenzó, entonces, lo que gráficamente se denominó *convenio progresivo*; se había constituido en la Comisión General de Codificación una Sección Espe-

cial, presidida por el profesor HERNÁNDEZ GIL y de la que formaba parte, como vocal representante de Navarra y como enlace entre la Comisión de Códigos — en Madrid— y la compiladora —en Pamplona— Javier NAGORE YARNOZ. Y entre ambas Comisiones hubo una colaboración cordial, respetuosa y fecunda.

En efecto, la Sección especial repasó cuidadosa, minuciosamente, el Anteproyecto navarro; cuando algo extrañaba o se consideraba mejorable, formulaba la correspondiente pregunta, observación, sugerencia u objeción, pero al margen del texto foral, sin tocar éste; NAGORE trasladaba esta opinión de Madrid a la Comisión de Pamplona, donde era considerado con todo interés el punto de vista divergente; hay que decir, que muchas de estas observaciones estaban muy justificadas, por lo que fueron admitidas sin empacho por la Comisión foral: pero era ésta, sólo ésta, la que modificaba el texto del Anteproyecto; otras observaciones eran desestimadas, tras su objetiva consideración, sin que se diese ya trámite dirimente; y, algunas otras, en fin, determinaron la modificaba del Anteproyecto, pero no en el sentido propuesto por la observación madrileña, sino en otro distinto aunque sugerido por ella.

Es de justicia reconocer que, con ello, cuando, finalizado este *convenio progresivo*, terminó la revisión concertada, el Anteproyecto había ganado en calidad; y fue éste el texto que se pudo presentar como Proyecto de Compilación del Derecho privado foral o Fuero Nuevo de Navarra.

Tal Proyecto fue aprobado en bloque por ley de la Jefatura del Estado de 1 de abril de 1973; en ella «se reconoce como vigente el Derecho civil foral de Navarra recogido en el texto que a continuación se transcribe»... Se había llegado a este trámite, a base de habilidad y paciencia, con esfuerzo y tesón; pero se había conseguido que en el texto compilado nadie, excepto los compiladores navarros, metiese el bolígrafo. Logro que mereció también el elogio de los más autorizados foralistas no navarros.

Pero esto ya es historia del Derecho... Vino, después, la Constitución de 1978 y, con ella, el Estado de las Autonomías, recuperando los países con Derecho propio capacidad de renovación del mismo, mediante órganos legislativos también propios. En efecto, el —por otra parte, tan llevado y traído artículo 149, 1, 8.º—, al atribuir al Estado competencia exclusiva en materia de legislación civil, lo hace «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». Por lo demás, la misma Constitución «ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales» (disposición adicional 1.ª).

Con ello, se cierra la etapa histórica que se había abierto con los Decretos de Nueva Planta y se abre, para los Derechos forales, una nueva etapa en la que, abandonado el objetivo unificador, son arbitrados instrumentos que garanticen —mientras los sujetos de los ordenamientos forales quieran conservarlos— la pluralidad de ordenamientos civiles coexistentes, entendida tal pluralidad más como un bien que como un problema.

Vino el Estatuto de Autonomía de Aragón de 10 de agosto de 1982, cuyo artículo 35 atribuye a las Cortes de Aragón competencia en materia de «con-

servación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés». Y, sobre esta base, la ley aragonesa de 21 de mayo de 1985, que «adopta e integra en el ordenamiento jurídico aragonés el texto normativo de la Ley 15/1967, de 8 de abril, con las modificaciones» que la misma ley establece.

Y, en Navarra, vino el «Pacto sobre Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra», que fue formalizado y sancionado por el Rey como Ley Orgánica también el 10 de agosto de 1982. Su artículo 48.1 atribuye a Navarra «competencia exclusiva en materia de Derecho civil foral»; y su número 2 dispone que «la conservación, modificación y desarrollo de la vigente Compilación del Derecho civil foral o Fuero Nuevo de Navarra se llevará a cabo, en su caso, mediante ley foral» y, en efecto, la ley foral de 1 de abril de 1987 introdujo diversas reformas en el texto de 1973, suprimió las disposiciones finales que, en su momento, regulaban el procedimiento a seguir para su modificación y revisión.

Me abstengo de penetrar en el análisis y crítica de estas últimas vicisitudes en los ordenamientos civiles de Aragón y de Navarra, por cuanto ya no he sido sujeto implicado en ellas; y aquí he venido, fundamentalmente, a recordar y contar vicisitudes de la etapa compiladora en la que, de un modo u otro, sí que me vi inmerso.

Con todo —y para terminar— sí que quiero hacer, con relación a esta última etapa —y, sobre todo, a las etapas futuras— una reflexión personal. Es ésta:

Me parece, sin duda, un progreso y un logro que, por fin, la *cuestión foral* haya dejado de ser, en el plano oficial —en el real nunca lo fue— un problema y se considere, simplemente, como un hecho, como una realidad, incluso enriquecedora.

Me parece, también, un progreso y un logro el que los Derechos forales estén ahora en manos de órganos legislativos propios, que se nutren, por tanto, de las mismas raíces autóctonas.

Pero temo que ello pueda entrañar un peligro, el riesgo de caer en una tentación acaso inadvertida; me refiero al peligro de que las Cortes de Aragón o las de Navarra cedan a la tentación de hacer Códigos civiles sustitutorios, para la respectiva Comunidad, del Código civil general, pero respondientes a su mismo método y a su misma filosofía; de hacer Códigos, en suma, en la segunda y más profunda significación del fenómeno a que al comienzo me he referido; Códigos incluso tan centralistas como el Proyecto de García Goyena para la Comunidad autónoma de Aragón o para la Comunidad foral de Navarra, con olvido de que el foralismo es un sistema de cristalización no sólo *ad extra* sino también *ad intra*... No me seduce la hipótesis de que los libros de historia del Derecho del siglo XXI contengan un capítulo que se titule algo así como «De los Apéndices a los Códigos, pasando por las Compilaciones»...

Sólo quiero advertir de este peligro: el peligro de que nuestras Cortes cedan a la tentación de *inventar* en lugar de *descubrir*...

SOBRE LA FACULTAD MODERADORA DE LOS TRIBUNALES EN EL DERECHO DE ABOLITORIO*

GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático Emérito de Derecho Civil

SUMARIO: 1. APROXIMACIÓN AL SIGNIFICADO DEL ARTÍCULO 149.2. — 2. PROCESO DE ELABORACIÓN DEL ARTÍCULO 149.2. — 3. EXÉGESIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA NORMA. — 4. INTERPRETACIÓN QUE SE PROPONE.

1.- APROXIMACIÓN AL SIGNIFICADO DEL ART. 149.2

A la vista del art. 149.2 Comp. dice SANCHO REBULLIDA¹ que sin precedentes en el Derecho histórico ni en el Apéndice, la Compilación ha introducido una norma de cautela, muy oportuna, en previsión de los actos de «piratería» que a las veces ocasiona el retracto. Apostilla MERINO HERNÁNDEZ² que se trata de una verdadera y auténtica innovación. Por ello, superada la inicial sorpresa que suscitó una valoración más bien negativa³, la doctrina evoluciona

* El presente trabajo constituye un apartado de los Comentarios del autor a los artículos 149 a 152 de la Compilación de Aragón, en curso de publicación.

¹ SANCHO REBULLIDA, *Derecho de bienes. Relaciones de vecindad. Servidumbres. Derecho de obligaciones. Del derecho de abolitorio o de la saca*, BCAZ, núm. 26, 1967, p. 218.

² MERINO HERNÁNDEZ, *El derecho de abolitorio aragonés* (Zaragoza 1980), p. 219.

³ En opinión de CAMÓN AZNAR: «Se trata de dejar para el juicio de los Tribunales el abuso de derecho y el que se puedan poner obstáculos al ejercicio del retracto cuando se vea que no tiene un origen y un fin digno. Esto demuestra que en la elaboración de la Compilación se ha llegado al convencimiento del perjuicio que podía ocasionar este derecho y se transfiere a la discreción de los Tribunales. Lo cual lo creemos muy peligroso y no muy lícito el determinar el fondo

hacia un juicio positivo, primero con cierta prudencia, y luego con mayor decisión, poniendo de relieve la finalidad legislativa de evitar abusos⁴. Junto a la ausencia de precedentes, ocurre, además, que la norma ha sufrido un proceso, relativamente complejo, de elaboración legislativa, por lo que parece oportuno estudiarlo, no habiendo hasta ahora uniformidad en la doctrina sobre su exégesis y sin que la jurisprudencia recaída pueda calificarse de convincente. Parece, por otro lado, que la citada norma viene a confirmar que la exégesis del derecho de abolorio no puede ser estricta; en efecto, si moderar es restringir, es obvio que no cabe realizar tal operación cuando la interpretación de los preceptos que rigen la institución ha sido ya estricta; de donde parece deducirse que en la aplicación del art. 149.2 ha de partirse de los resultados aplicativos del criterio exegético que se adopte previamente respecto a la institución misma.

En la primitiva redacción de la norma parecía autorizarse una interpretación extensiva o analógica del régimen legal, apareciendo entonces la facultad moderadora como un contrapeso a aquélla, pero al haberse eliminado esta última en la redacción vigente, es obvio que la norma queda algo coja o asimétrica. Si su *ratio* es salir al paso de los abusos y fraudes que pueden presentarse, en teoría éstos pueden proceder tanto de quienes ejercitan la facultad adquisitiva (fines especulativos, aprovechamiento de precios de venta muy bajos etc.) como del enajenante o del adquirente (maniobras de ocultamiento, sobrevaloración del bien etc.). La norma exige ahora que concurren las condiciones o requisitos señalados en el art. 149.1, luego no resulta posible

del asunto y cuando hay o no abuso o trampa hecha» (Intervención en las Jornadas de Derecho Aragonés, ADA, 1968-1971, p. 566).

⁴ Escribe GARCÍA ATANCE, *El retracto de abolorio o de la saca*, ADA, 1965-1967, p. 456 s.: «Aun cuando no hay posibilidad de calcular el alcance de esta facultad moderadora en Jueces y Tribunales, no hay duda que la disposición puede ser muy fecunda en el porvenir, permitiendo en el juicio sumario de retracto resolver en equidad los abusos que retrayente, pariente-vendedor, o extraño comprador, hayan cometido. La Compilación ...hace intervenir, mediante una facultad moderadora, el principio de la equidad, que principalmente en materia de precio, puede coartar abusos y fraudes». Para LASALA SAMPER, *Retrato de abolorio y Derecho interregional*, BCAA, núm. 31, 1968, p. 11 s.: «Nada hay perfecto en lo humano y, claro está, que la norma del pár. 2º del art. 149, bien intencionada como decimos, al utilizar los conceptos de *moderación*, *equidad* y, en definitiva, *arbitrio judicial*, podrá, en la práctica, ir más lejos de los fines por ella perseguidos, al producir situaciones de vaguedad, imprecisión e inseguridad jurídica, que harán tan aleatorio e impronosticable el éxito de la acción de retracto, que no haya manera de dar consejo seguro favorable a su ejercicio. Pero también es cierto que esto no puede ni debe ocurrir si el comentado precepto se utiliza en sus justos límites, refiriéndolo exclusivamente a los casos de *abuso* inmoral de tipo económico a que antes nos hemos referido, o de uso contrario a los fines familiares de la institución». Juicio resueltamente favorable, si bien no coincidente en el modo de interpretar la norma, es el que expresan, SANCHEZ REBULLIDA, ADA, 1968-1971, p. 567: «Arbitrio judicial que yo, en principio, no veo peligroso y que en cambio lo veo muy oportuno y útil, no por lo que la institución tiene de abolorio sino por lo que tiene de retracto»; y MERINO HERNÁNDEZ, op. cit. p. 221: «En nuestra opinión, el nuevo precepto puede tener en la práctica mucho más de positivo que de negativo. La peligrosidad o inocuidad de la norma no dependerá de ella misma, sino de su aplicación correcta por parte de Jueces y Tribunales».

aplicar la previsión que figuraba en la primitiva redacción. Por otra parte, la facultad —que no obligación— encomendada a Jueces y Tribunales de *moderar equitativamente* el ejercicio del derecho de abolitorio (en la línea de la que establece el art. 1154 C.c. para la pena convencional) no parece, *prima facie*, que comprenda la *denegatio actionis*; como resuelve la doctrina, según el Diccionario de la Lengua, moderar es sinónimo de templar, corregir o mitigar el rigor o exceso⁵; interpretación que conduce a un aspecto muy concreto, el de la determinación del precio que debe abonarse por el titular del derecho de abolitorio⁶, lo que reduce en la práctica el alcance de aquella facultad.

2.- PROCESO DE ELABORACIÓN DEL ART. 149.2

Dice la redacción vigente del art. 149.2 Comp. :

«Los Tribunales, concurriendo las condiciones señaladas, podrán moderar equitativamente el ejercicio de este derecho».

Al texto actual se ha llegado a través de la siguiente evolución:

Art. 162.2 del Anteproyecto del Seminario de 1961:

«En cualquier enajenación de tales bienes encaminada, a juicio del Tribunal, a eludir el derecho de la saca, podrá éste concederlo aun no mediando las condiciones señaladas en el párrafo anterior, y, en todo caso, fijar o moderar equitativamente sus términos».

Esta redacción se mantiene en el art. 168.2 del Anteproyecto del Seminario de 1962 y en el art. 163.2 del Anteproyecto de 1963.

Pero la Comisión General de Codificación interviene decisivamente para modificar los términos de la norma, que se redacta igual que la vigente en los Anteproyectos de 1965 y 1966.

Coinciden ambas redacciones en atribuir a los Tribunales una facultad discrecional, pero difieren por el ámbito de aplicación de la misma, pareciendo evidente que la Comisión General de Codificación ha querido recortar aquella excluyendo el supuesto de que no se cumplan los requisitos legales para el ejercicio del derecho de abolitorio. Si nos fijamos en los supuestos de nacimiento del derecho, parece que con base en la originaria redacción se hubiera podido conceder en casos diversos de los de los de venta y dación en pago;

⁵ Así MERINO HERNÁNDEZ, op. cit. p. 230.

⁶ Lo había visto ya GARCÍA ATANCE, loc. cit. p. 457, al concretarla «principalmente en materia de precio».

incluso aunque se hubiera ejercitado el derecho fuera del plazo legal por causas no imputables al accionante. Ello hubiera abierto el camino — si no me equivoco — a la interpretación analógica de los requisitos del derecho de abolorio. Si nos fijamos en la segunda alternativa de ambas redacciones, tampoco se da total coincidencia ya que «fijar o moderar equitativamente sus términos» es distinto de «moderar equitativamente el ejercicio de este derecho».

MERINO HERNÁNDEZ⁷ acepta la exégesis precedente al escribir que en la primera parte del Anteproyecto de 1961 no se está previendo la moderación judicial en aras del carácter restrictivo del derecho de abolorio, sino que se le está protegiendo frente a posibles negocios de disposición de los bienes familiares en los que, de una forma u otra, se trate de evitar el ejercicio legítimo del derecho. También observa con acierto que «fijar» y «moderar» no son idénticos, de modo que al segundo le conviene más el adverbio «equitativamente», por lo cual, más que ampliar esa facultad de los Tribunales, lo que se ha hecho ha sido restringirla considerablemente⁸.

3.- EXÉGESIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA NORMA

Parece claro que la norma no pretende ofrecer al intérprete criterios exegéticos sobre el derecho de abolorio, los cuales deben obtenerse con base en otros preceptos, dentro y fuera de la propia Comp. de Aragón. Si bien resulta evidente que los que se tengan en cuenta han de resultar afectados por el art. 149.2. Por otra parte, éste resulta absolutamente original en el panorama de los derechos legales de adquisición preferente, por lo cual resulta inaplicable el método comparativo.

En la doctrina no ha recaído, hasta el momento, acuerdo unánime en la interpretación de esta singular norma.

GARCÍA ATANCE⁹ centraba su atención en los supuestos de especulación, cuando la transmisión se ha efectuado por el precio inferior o superior al figurado en la escritura pública; en el caso de que el precio real sea inferior, el pariente que desee retraer puede ser injustamente privado de su derecho por la carga que supone pagar más de lo que la cosa vale; y si el precio real es mayor, el retrayente puede abusar ejercitando un derecho que ni objetiva ni subjetivamente le interesaría, a no ser limitando el pago al precio menor.

⁷ MERINO HERNÁNDEZ, op. cit. p. 229 ss.

⁸ Sale al paso de la opinión de GARCÍA ATANCE, op. cit. p. 456, para quien la nueva redacción del art. 149.2 Comp abarca ahora un mayor ámbito.

⁹ GARCÍA ATANCE, loc. cit. p. 456.

LASALA SAMPER¹⁰ abundaba en análogos argumentos, evocando los no pocos casos de piratería legal en que los pretendidos retrayentes se han acordado de la existencia de esta institución foral solamente cuando los otorgantes habían caído en la tentación —por simples motivos fiscales— de declarar un precio notablemente inferior al realmente pactado y al valor normal de la cosa; pero añadía la problemática planteada por el Derecho interregional; fincas situadas fuera del territorio del Antiguo Reino, o ejercicio del derecho de abolorio por quien no ostenta la regionalidad aragonesa.

Partiendo de una postura previa de oposición a la figura, CAMÓN AZNAR¹¹ entendía que el nuevo texto de la Comp. trata de dejar para el juicio de los Tribunales el abuso de derecho y el que se puedan poner obstáculos el ejercicio del retracto cuando se vea que no tiene un origen y un fin digno; lo que reputa peligroso y no muy lícito.

No veía, en cambio, problemas SANCHO REBULLIDA¹², para quien la norma no entraña una limitación al ejercicio abusivo del derecho, sino, por el contrario, al uso normal del mismo; por lo cual, concurriendo las condiciones señaladas, es decir, en cualquier planteamiento normal, pueden moderarlo los Tribunales con un arbitrio judicial que el autor, en principio, no ve peligroso, sino muy oportuno y útil, no por lo que la institución tiene de abolorio, sino por lo que tiene de retracto¹³.

Por su parte, MERINO HERNÁNDEZ¹⁴, después de un estudio en profundidad, llega a la conclusión de que «moderar» equivale a «mitigar» el ejercicio del derecho, lo que significa, en definitiva, negar validez o eficacia a éste cuando de las circunstancias del caso concreto aparezca como más aconsejable no conceder la preferente adquisición. A su juicio, el sentido que se desprende del art. 149.2 Comp. es el de la actuación de los Tribunales encamina-

¹⁰ LASALA SAMPER, *Retracto de abolorio y Derecho interregional*, BC/AZ, núm 31, 1968, p. 11 s.

¹¹ CAMÓN AZNAR, *Actas de las Jornadas de Derecho aragonés*, ADA, 1968-1971, p. 566.

¹² SANCHO REBULLIDA, loc. ultim. cit. p. 567.

¹³ La cuestión debatida en las Jornadas cit. en notas anteriores parece que adquirió cierta viveza, pues después de la intervención de Sancho Rebullida se produce el siguiente diálogo que ayuda a mejor comprender el pensamiento de aquél:

«Sr. Camón Aznar: Perdón ¿no puede presentarse una demanda de retracto aparentemente muy limpia, en la que se cumplen todos los requisitos rigurosamente y dentro haber una cosa negra?

Sr. Sancho Rebullida: A este caso se refiere el núm. 2. Los Tribunales, concurriendo las condiciones señaladas, podrán moderar equitativamente.

Sr. Camón Aznar: ¿No es peligroso ir a un litigio basado en la discreción judicial?

Sr. Sancho Rebullida: En principio no me lo parece, aunque es pronto para opinar y necesitamos una base de experiencia. Pero, personalmente, no me parece peligroso» .(Actas etc. cit. p. 567 s.).

¹⁴ MERINO HERNÁNDEZ, op. cit. p. 231 s.; reitera su postura en *Comentarios Albaladejo*, XXXIV-2º, cit. p. 296 ss.

da a la mitigación del rigor de la ley en el caso concreto planteado, a la suavización de los términos legales cuando las circunstancias fácticas lo aconsejen, en definitiva, a negar incluso eficacia a la objetivamente válida actuación del derecho de abolorio cuando de su admisibilidad pueda irrogarse un grave perjuicio para alguna de las partes interesadas, especialmente el adquirente de los bienes familiares. Es una facultad que, en último término, viene a dejar a los Jueces y Tribunales libres las manos para decidir en conciencia ante cada caso concreto, cuando las circunstancias del supuesto lo aconsejen, admitiendo o rechazando, total o parcialmente, el ejercicio del derecho de abolorio, según los beneficios familiares y los perjuicios de toda índole que la preferente adquisición pueda ocasionar en una u otra de ambas partes interesadas.

Esta postura doctrinal «maximalista» sobre el alcance de la facultad que el art. 149.2 Comp. otorga a los Tribunales, parece haber sido seguida mayoritariamente por la escasa jurisprudencia recaída hasta ahora.

En la s. del TS de 9 enero 1976, que al rechazar el recurso de casación, viene a confirmar la s. de 13 febrero 1975 de la AT de Zaragoza¹⁵ se afronta como primer motivo del recurso la interpretación errónea de la norma que

¹⁵ Se lee en esta s. que el fundamento del derecho de abolorio es «el de evitar que los bienes salgan de las familias por el cariño del retrayente a los bienes familiares enajenados y el sentimiento de que pasen a manos extrañas; y cuando esta finalidad no aparece en los autos perfectamente cumplida y acreditada, dispone la Ley, en el art. 149 de la Compilación, la facultad discrecional del juzgador para regular y ajustar a la realidad el ejercicio de aquel privilegio que, como dispone reiterada jurisprudencia ... sólo puede admitirse de modo restringido y cauteloso por tratarse de acciones que tienden a cercenar el libre ejercicio del derecho de propiedad, la firmeza de los contratos y el libre ejercicio del comercio inmobiliario». En el caso, la s. hacía aplicación del art. 7º C.c. declarando que el ejercicio del derecho de retracto era antisocial, por carecer de interés serio en el mismo. MERINO HERNÁNDEZ, alaba el criterio de esta s. en relación con la causa del derecho de abolorio, pero la critica por restrictiva en orden a la interpretación que hace del art. 149.2 Comp (op. cit. p. 211 ss. y 225 s.).

Recientemente, Mª Aurora LÓPEZ AZCONA, *El derecho de abolorio o de la saca: Apuntes jurisprudenciales*, en RJN, núm. 16, julio-diciembre 1993, p. 141, después de un análisis exhaustivo de las resoluciones judiciales recaídas en los últimos años, afirma de modo genérico: «Como idea inicial, debe ponerse de relieve el rechazo prácticamente generalizado a conceder el derecho de abolorio. En efecto, de las treinta y seis sentencias que se han podido manejar, sólo siete se manifiestan en sentido estimatorio, correspondiendo tres a Juzgados de Primera Instancia (...), tres a la Audiencia Territorial de Zaragoza (...) y una de la Audiencia Provincial de Zaragoza (...). Queda clara, ante el simple dato estadístico, la falta de «receptividad» de las correspondientes instancias jurisdiccionales —especialmente, las de orden superior— constatándose, al contrario, la propensión a denegar las correspondientes demandas de los retrayentes.» Buscando la motivación de esta jurisprudencia denegatoria, entre otras razones, encuentra la siguiente: «Esta línea interpretativa se vincula a la facultad moderadora de los tribunales, reconocida novedosamente en el art. 149.2 Comp. En efecto, carece de precedentes históricos en Derecho aragonés e, igualmente, no aparece en los demás textos forales con previsiones sobre la preferencia adquisitiva. Sin embargo, tal facultad, que entra en juego precisamente cuando concurren los requisitos legales, puede resultar excesiva, suponiendo una clara ampliación de las responsabilidades judiciales limitadas estrictamente a la aplicación de la ley en atención al art. 117 CE.»

centra nuestro estudio. Motivo que se desestima con una escueta argumentación: «Moderar equitativamente es sinónimo de examinar en cada caso las circunstancias que en él concurren, impidiendo que la institución sirva a otros fines que aquéllos para los que fue establecida, y ello es precisamente lo que ha efectuado el Tribunal de instancia». Parece, no obstante, que la argumentación es *obiter* por cuanto que en el Considerando 3º se dice «que permaneciendo inalterada la declaración de que el actor conoció con más de tres meses de antelación la venta y sus circunstancias»; lo que, incluso, impide aplicar directamente el art. 149.2, por no concurrir en el caso de los requisitos legales exigidos para el ejercicio del derecho de abolorio. Dedúcese que no puede calificarse de doctrina legal la extractada a propósito del art. 149.1.

En la s. de 7 junio 1993 de la AP de Huesca se adujo la posible inconstitucionalidad del art. 149.1 Comp., que se rechaza por la Sala que razona así:

« Tan justo es el C.c. que no reconoce esta clase de retractos en los territorios de derecho común, como la Comp. aragonesa, que lo regula introduciendo determinadas limitaciones. Y ninguno de estos artículos (el recurso se refería también al 150.3) lesiona el principio de legalidad ni el de jerarquía normativa, ni son contrarios al art. 149.8 (de la Constitución) por más que en el Estado resida la competencia exclusiva en materia de reglas relativas a la aplicación y eficacia de las relaciones jurídicas. Es preciso resaltar, ante las alegaciones vertidas en el recurso, que los preceptos comentados para nada interfieren en las normas dispuestas en el C.c. sobre el fraude de ley y el abuso del derecho. Los controvertidos preceptos de nuestra Comp. nada quitan ni nada ponen a lo regulado en el derecho común en materia de fraude de ley y abuso de derecho, ni afectan para nada a las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas. Al legislador Aragonés le corresponde la conservación, modificación y el desarrollo del Derecho Foral, atribución constitucional que le legitima para reconocer, o no, el retracto de abolorio intentado por los hoy apelantes. Partiendo de esta premisa nos parece claro que si al Legislador Aragonés le corresponde reconocer o no tal retracto, mal puede reprochársele el que lo reconozca pero con las limitaciones que estime precisas, estableciendo condicionamientos de orden temporal y concediendo facultades de moderación a los Tribunales. Debe tenerse presente que el retracto de abolorio no es un derecho fundamental sino que, por el contrario, se trata de un derecho excepcional restrictivo del dominio y contrario a la libre circulación de la propiedad inmobiliaria que, en el caso de que el legislador estime oportuno reconocerlo —como sucede en Aragón a diferencia de lo que ocurre en el derecho común—, no sólo debe ser interpretado por los Tribunales, sino que puede ser concebido en términos más o menos limitados por el mismo legislador, de un modo acorde a su carácter excepcional.

Del mismo modo, ninguno de los preceptos en cuestión puede estimarse contrario al principio de seguridad jurídica ni al principio de interdicción de toda arbitrariedad de los poderes públicos (...) la facultad moderadora concedida a los Tribunales en el art. 149.2 está plenamente justificada por el propio carácter excepcional del retracto de abolorio, sin que la misma pueda tildar-

se, sin más, de arbitraria; en todo caso, la arbitrariedad no radicaría en el precepto controvertido, sino del mal uso que pudiera hacer de él un Tribunal en un caso concreto, a corregir usando los recursos previstos en el ordenamiento jurídico»¹⁶.

En el último considerando se afirma que el retracto debe estimarse caducado, añadiéndose *obiter* «que, aunque no se estimara caducado, debería entrar en juego la facultad moderadora del art. 149.2, por las razones que ya tiene expuestas el Juzgado, anteriormente aceptadas y dadas por reproducidas en esta ocasión procesal»¹⁷.

4.- INTERPRETACIÓN QUE SE PROPONE

Opino que el art. 149.2 Comp. no debe ser utilizado a modo de «comodín jurisprudencial», de «precepto para-todo», de norma-cierre que enmascare insuficiencias probatorias. Del precepto no puede deducirse un criterio exegético restrictivo de la institución del derecho de abolorio, ni debe servir para corroborar semejante parámetro interpretativo, tan frecuentemente invocado por la jurisprudencia del TS, pero que resulta inaplicable al derecho de abolorio según se expone en otro lugar. Tampoco puede apoyar una denegación de la demanda que reúna todos los requisitos legales, como propone MERINO HERNÁNDEZ, pues ello va radicalmente en contra del concepto de moderación. Si se parte de un criterio hermenéutico de tipo declarativo en relación con la institución, el punto de partida del art. 149.2 es el de un ejercicio «normal» del derecho de abolorio, como propone SANCHEZ REBULLIDA, es decir, se trata de que se cumplan todos los requisitos legales para ejercitar aquél; no hay abuso del derecho, ni ejercicio antisocial del mismo, pues de haberlos entrarían inmediatamente en aplicación otros preceptos; no hay mala fe por parte de ninguna de las partes procesales intervinientes en el proceso, pero sí hay circunstancias objetivas que aconsejan moderar equitativamente aquel

¹⁶ Nada que oponer a las prolijas argumentaciones aducidas en la sentencia para excluir la inconstitucionalidad del precepto. Lo que resulta harto discutible es que se conecte la facultad moderadora con la estereotipada imagen de los retractos legales, inaplicable al derecho de abolorio en fase exegética, como anteriormente se ha demostrado. La sentencia se queda en la superficie y no penetra en la esencia de la institución. Por otra parte, no parece de recibo argumentar con que lo arbitrario, en su caso, sería el uso que los Tribunales hacen de la cuestionada facultad moderadora, y remitirse a los correspondientes recursos; se echa de menos un considerando en que se razone sobre la no existencia de arbitrariedad en la sentencia del Tribunal de instancia.

¹⁷ El argumento *ex abundantia* resta fuerza de convicción a la doctrina sentada aparte de que no se reproducen las razones expuestas en la sentencia de primera instancia (Manejo *Actualidad Civil (Audiencias)*, núm. 19, marginal 1259).

ejercicio. El caso más visible es el de un precio excesivamente bajo; en tal supuesto, la norma autoriza a ajustar el precio a la realidad, cosa que suelen hacer con frecuencia los Tribunales respecto de otros derechos de adquisición preferente, y que en Aragón están autorizados a hacerlo por el art. 149.2 Comp. El margen de discrecionalidad del órgano jurisdiccional no puede significar puro arbitrio, y por ello es aconsejable que se razone su uso para facilitar, en su caso, la revisión o confirmación por el Tribunal Superior.

No es, por tanto, norma de cumplimiento imperativo por los Tribunales, ni ha de utilizarse sistemáticamente para rechazar una demanda, lo cual se hará —en su caso— invocando otros preceptos (los que establecen los presupuestos de ejercicio). Es norma *pro reo*, no necesariamente *contra actorem*. Nada tiene que ver, por tanto, con la antigua doctrina de si el derecho de abolorio es, o no, odioso, cuestión examinada en otro lugar.

EFFECTOS DE LA RENUNCIA HEREDITARIA EN ARAGÓN¹

ADOLFO CALATAYUD SIERRA

Notario

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. — II. SUCESIÓN TESTAMENTARIA: DERECHO GENERAL: 1. *Sustitución vulgar*. — 2. *La no aplicación del derecho de representación*. — 3. *Derecho de acrecer*. — 4. *Refundición del legado renunciado en la masa hereditaria*. — 5. *Sucesión intestada*. — DERECHO ARAGONÉS: EL ARTÍCULO 141 DE LA COMPILACIÓN: 1. *Finalidad y naturaleza*. — 2. *Tipos de atribución sucesoria a que se aplica*. — 3. *Ámbito subjetivo en el que opera*. — 4. *Supuestos en que se aplica*. — 5. *La facultad del causahabiente de excluir la sustitución*: a. *Sujeto*. b. *Supuestos en que rige*. c. *Plazo para su ejercicio*. d. *Inexistencia de aceptación hereditaria*. e. *Los posibles derechos de los terceros afectados*. f. *Carácter no autónomo*. g. *Consideraciones críticas*. — 6. *Carácter subsidiario respecto de lo dispuesto por el testador*. — III. SUCESIÓN INTESTADA: DERECHO COMÚN: 1. *No aplicación del derecho de representación*. — 2. *Acrecimiento a los coherederos*. — 3. *Avance de grado, línea o clase*. — DERECHO ARAGONÉS: POSIBLE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 141: 1. *La cuestión bajo la redacción originaria de la Compilación*. — 2. *Incidencia de la reforma de 1985*. — 3. *Consideraciones críticas*. — IV. SUCESIÓN LEGITIMARIA: CUESTIONES QUE PLANTEA. — DERECHO COMÚN: A) *Destino de la parte de legítima que correspondía al legitimario de primer grado que ha renunciado*: 1. *Inexistencia del derecho de representación*. 2. *Acrecimiento*. 3. *Extinción de la legítima*. — B) *Preterición de los descendientes ulteriores*. — DERECHO ARAGONÉS: A) *La sustitución en la legítima por los descendientes*: 1. *Relaciones de los legitimarios entre sí*. 2. *Relaciones de los legitimarios con terceros que lesionen la legítima colectiva (el complemento de legítima)*. — B) *Preterición de los descendientes ulteriores*. — VI. CONCLUSIONES. — VII. BIBLIOGRAFÍA.

¹ Cuando este trabajo se encontraba ya entregado para su publicación en esta revista, recibí el encargo de una ponencia para los Quintos Encuentros del Foro de Derecho Civil Aragonés, a desarrollar en noviembre de 1995 sobre «*La sustitución legal en Aragón (el art. 141 de la Compilación)*». La coincidencia de la materia de ambos trabajos es muy grande, y por ello también lo es el contenido de ambos. Por esa razón, en un primer momento pensé en retirar este estudio de la Revista; pero la creencia de su Director acerca del interés que para ella tenía su publicación y el hecho de que también existen en él especificidades que no lo hacen idéntico a la Ponencia indicada me han decidido a mantener su publicación.

I. INTRODUCCIÓN

La finalidad de este breve estudio consiste en determinar qué sucede en Aragón cuando la persona llamada a una sucesión por causa de muerte renuncia, y más concretamente a quién pasan los derechos renunciados.

La cuestión, que parece que debería ser sencilla, resulta sin embargo bastante complicada. Ello se debe a varios tipos de razones.

1. En primer lugar, confluyen aquí **instituciones generales** muy diversas: la sustitución vulgar, el derecho de representación, el derecho de acrecer, cada una con un ámbito de aplicación diferente pero que a veces se entremezclan o cuya delimitación no siempre es totalmente nítida. Estas instituciones se rigen por el Derecho general, es decir, por el Código Civil.
2. En segundo término, la materia se complica más por la existencia de algunas **reglas especiales aragonesas**, sobre todo el art. 141 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, que, dentro del Título relativo a las «*Normas comunes a las diversas clases de sucesión*», y bajo el epígrafe de «*Sustitución legal*», dispone lo siguiente:
 - «1. *Salve previsión en contrario de causante o causahabiente, en su caso, al heredero o legítimo premuerto o incapaz de heredar o renunciante a la herencia le sustituirán en la porción correspondiente sus hijos o ulteriores descendientes.*
 2. *La renuncia gratuita, pura y simple, a la herencia nunca se considerará como aceptación de ésta.*

Su introducción data de la elaboración de la Compilación, de 1967, careciendo de antecedentes directos en el Derecho histórico Aragonés. La redacción actual procede de la Ley de reforma de la Compilación de 21 de mayo de 1985, que lo modificó bastante, complicando más todavía el tratamiento de la materia, como se verá más adelante. Concretamente, la redacción originaria, a la que nos referiremos en varias ocasiones a lo largo de este trabajo, era la siguiente:

«Salvo disposición del causante, ascendiente o hermano, al heredero o legítimo premuerto o incapaz de heredar o renunciante a la herencia, le sustituirán en la porción correspondiente sus hijos o ulteriores descendientes».

En cualquier caso, la interpretación de este precepto ha sido y sigue siendo muy discutida, sobre todo en lo relativo a la materia objeto de este estudio: la forma de operar en el supuesto de renuncia hereditaria.

Además, habrá que tener muy presentes las especialidades que el régimen de las legítimas tiene en Aragón, sobre lo que será preciso también detenerse.

3. Igualmente, tienen gran importancia las **repercusiones fiscales** de la renuncia hereditaria, que oscurecen todavía más la materia. En efecto, el coste que supone la adquisición hereditaria hace pensar a veces en la

conveniencia de facilitar que la herencia haga tránsito a los descendientes del primeramente llamado como vía de evitar una transmisión. En este punto, no puede dejar de advertirse lo lamentable que resulta que las consecuencias tributarias oscurezcan la nitidez de la solución de los problemas jurídicos sustantivos. Y es que la búsqueda de vías para conseguir un tratamiento fiscal menos gravoso lleva en ocasiones a utilizar inadecuadamente las instituciones civiles, con efectos luego no deseados. Y me parece oportuno decir que, a pesar del ahorro fiscal que puede suponer renunciar a una sucesión para conseguir el tránsito directo de los bienes a la siguiente generación y así evitar el coste de una transmisión, personalmente desaconsejo llevar a cabo tal renuncia si no hay razones adicionales que la hagan precisa, ya que el supuesto ahorro lo es a costa de que el renunciante, generalmente el que puede llegar a encontrarse en una situación más débil y tener más necesidades, quede privado de la titularidad de la herencia. De hecho, es frecuente que esta renuncia sea «sugerida» precisamente por los que se van a beneficiar de la misma, quitando importancia a los riesgos que para el ascendiente que va a realizarla supone. Además, el ahorro que se va a conseguir no se puede cuantificar realmente porque para ello habría que saber, entre otras cosas, cuál será la regulación del Impuesto de Sucesiones en el momento en que fallecerá el ascendiente, y dada la gran movilidad legislativa existente en el campo tributario resulta aventurado hacer cualquier especulación.

En el estudio de esta materia no cabe acudir a planteamientos simplistas. Es preciso distinguir los diversos supuestos que pueden aparecer y sobre todo hay que separar las distintas clases de sucesión, puesto que en cada una operan mecanismos diferentes. Por ello, distinguiremos los diversos tipos de sucesión que pueden darse: la testamentaria, la contractual, la intestada y la legítima. En todos los supuestos, veremos en primer término la solución del Derecho común, con alguna referencia a las principales especialidades en otros Derechos forales, especiales o peculiares, para después examinar las peculiaridades que presenta el Derecho Aragonés.

A estos efectos, cuando hablamos de herencia nos referimos a la adquisición por causa de muerte en sentido amplio, es decir, que se incluyen tanto la sucesión hereditaria propiamente dicha, a título universal, como los legados o atribuciones a título singular. Salvo que otra cosa se diga.

II. SUCESIÓN TESTAMENTARIA

DERECHO GENERAL

Ante la renuncia a una herencia o un legado dispuesto en testamento, los mecanismos sucesorios operan de la siguiente forma y en el siguiente orden:

1. *Sustitución vulgar*

En primer término, la herencia renunciada pasará al sustituto vulgar designado por el causante. Es el supuesto más general, ya que lo habitual es que el testamento prevea una sustitución de esta naturaleza para los primeramente llamados, normalmente a favor de sus descendientes. Es la mejor solución posible, porque aquí partimos de la voluntad expresamente declarada por el testador.

Para que la sustitución vulgar entre juego es preciso no sólo que el testador la haya establecido sino también que sea aplicable precisamente al caso de la renuncia hereditaria. en este punto, las reglas del Código civil sobre el particular son principalmente dos:

- a. En primer lugar, según criterio jurisprudencial, si la sustitución se ha hecho con indicación de un caso concreto, por ejemplo, el de premoriencia, la sustitución vulgar sólo jugará en él. Es lo contrario a lo que pasa en el Derecho Catalán, para el que el art. 167 del Código de Sucesiones sienta el principio de que *«salvo que parezca que es otra la voluntad del testador, la sustitución vulgar ordenada para uno de los citados casos —es decir, que no quiera o no pueda heredar— valdrá para el otro, y la ordenada para el caso de premoriencia del heredero instituido se hará extensiva a todos los otros casos»* y por tanto también al de renuncia; o sea, en el Derecho Catalán se presume que la enumeración por el testador de algún supuesto de aplicación de la sustitución vulgar lo es a modo de ejemplo, sin voluntad de excluir los otros, salvo que otra cosa se deduzca de la voluntad del testador.
- b. Y en segundo término, si el testador no ha expresado casos concretos, la sustitución vulgar se extiende a todos aquellos en que el llamado no pudiera o no quisiera heredar, és decir, se aplicará también al supuesto de renuncia.

Por otra parte, hay que tener en cuenta también las reglas interpretativas de la voluntad del testador para determinar cuándo hay sustitución vulgar. En este punto, destacar que según el Código Civil, *«cuando el testador llame a la sucesión a una persona y a sus hijos, se entenderán todos instituidos simultánea y no sucesivamente»* (art. 771). Mientras que en el Derecho Catalán, *«instituidos herederos una persona determinada y sus hijos, éstos se entenderán llamados como sustitutos vulgares, salvo voluntad distinta del testador»* (art. 142 del Código de Sucesiones).

Decir también que es criterio mayoritario en la doctrina que en el supuesto de pluralidad de sustituidos por un único sustituto vulgar, el llamamiento derivado de cada sustituido es autónomo. Por ello, el sustituto podrá aceptar unos y repudiar otros. Sin embargo, el Derecho Catalán parte del criterio contrario: La aceptación de la porción correspondiente a uno de los sustituidos supone la de los demás que puedan deferirse, y, consecuentemente, repudiada la de uno no cabrá aceptar la de los otros (art. 25 del Código de Sucesiones).

2. La no aplicación del derecho de representación

Desde algunos sectores doctrinales se ha llamado la atención acerca de la injusticia que puede suponer que si el testador no ha previsto expresamente una sustitución vulgar a favor de los descendientes del primeramente designado, ante la falta de éste, aquéllos necesariamente pierdan lo que su ascendiente iba a recibir. Esta preocupación se ha ido plasmando en algunas legislaciones, que han acabado estableciendo mecanismos conducentes a que en ciertos casos se llame a los descendientes del primeramente designado a pesar del silencio del testador. Estas soluciones se han introducido normalmente sobre la base del derecho de representación, es decir, del que tienen los descendientes de una persona en ciertos casos a ocupar su lugar en defecto de ésta en una sucesión por causa de muerte. Así, este mecanismo, que en principio es propio sólo de las sucesiones intestada y legítima, se ha pretendido introducir también en la sucesión testada como vía de superación del problema indicado.

Veamos las regulaciones existentes en este punto dentro de los Derechos Civiles españoles:

- a. En el Derecho común, ya existían reglas que reservaban a los descendientes del incapaz y desheredado su derecho a la legítima (arts. 761 u 857), y la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981 introdujo, en sede de preterición, un párrafo en el art. 814, el 3.º, a cuyo tenor *«los descendientes de otro descendiente que no hubiere sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos»*. No es éste el lugar de analizar las múltiples cuestiones que ha planteado este precepto; únicamente, indicar que la que probablemente es la mejor doctrina es la que entiende que la *«representación»* que regula tratándose del caso de premoriencia se aplica a toda la porción hereditaria que correspondía al representado, mientras que en los casos de indignidad y justa desheredación, por imperativo de los mencionados arts. 761 y 857, se limita a la legítima, debiéndose entender por tal la estricta. En cualquier caso, es unánime la opinión de que tal representación no rige en el supuesto de renuncia, por aplicación de los arts. 923 y 929.
- b. En Navarra, se ha establecido explícitamente un derecho de representación en la sucesión testada: *«a falta de disposición del causante, el derecho de representación se dará, tanto en la sucesión legal como en la voluntaria a favor de los descendientes sin limitación, y a favor de los descendientes de sus hermanos hasta el cuarto grado a contar del propio causante»* (Ley 309 de la Compilación del Derecho Civil Foral). Como todo derecho de representación, se limita a los casos de premoriencia e incapacidad, no siendo de aplicación al de renuncia.
- c. En Cataluña, no había ninguna regla sobre el particular hasta que el Código de Sucesiones ha abierto por vía indirecta una puerta para resolver estas sucesiones. Concretamente, el art. 144, dentro de las normas interpretativas de la voluntad del testador en materia de *«insti-*

tución de heredero» comienza diciendo si el testador llama a sus herederos y legatarios o sus sustitutos *«sin designación de nombres y mediante la expresión hijos»*, se entenderán incluidos en esta denominación también *«los nietos y descendientes cuyos respectivos padres hubieran fallecido antes de la delación, excluyendo el grado más próximo al más remoto y entrando por stirpes los del siguiente grado en lugar de los del grado anterior»*. Esta norma que lo que hace es sencillamente explicar cómo debe entenderse la expresión *«hijos»* utilizada por el testador si éste no la ha especificado mejor, no supone una novedad porque ya estaba en la Compilación. Lo relevante ha sido la introducción de un segundo párrafo en dicho artículo que dispone lo siguiente: *«Se aplicará la misma regla en caso de que los hijos sean designados nominativamente por partes iguales»*. Es decir, que cuando se instituye herederos a los hijos, aun por sus nombres, por partes iguales, por los que premueran se entiende llamada su stirpe de descendientes. En cualquier caso, se trata de una norma bastante restrictiva: se aplica sólo a la institución de heredero, sólo rige en caso de premoriencia y se limita a los hijos y siempre que hayan sido instituidos por partes iguales. O sea, no se aplica tampoco al caso de la renuncia hereditaria.

No es mi intención entrar aquí en disquisiciones teóricas acerca de la naturaleza jurídica de este tipo de mecanismos y sí poner de manifiesto que su introducción es a mi juicio correcta y necesaria siempre que su finalidad sea la que debe ser: suplir la presumible voluntad del testador. Así, resulta adecuado que puesto que la mayor parte de las personas en determinadas circunstancias habrían querido establecer una sustitución a favor de los descendientes del primeramente designado, se considere que si en tales circunstancias el testador nada ha previsto —ni la ha dispuesto ni la ha excluido— ha sido por un simple olvido y el legislador supla esa omisión presumiendo implícita en la voluntad del testador dicha sustitución. Y es que lo que a mi juicio la ley hace en estos casos, se use la terminología que se use, es establecer una sustitución vulgar tácita, que se presume implícita en la voluntad del testador, siempre que no conste que éste no la habría querido. No hay pues, en mi opinión, un auténtico derecho de representación en la sucesión testada. De todos modos, reconozco que la cuestión no deja de ser muy nominalista, ya que no se aprecian verdaderas diferencias prácticas en el régimen jurídico de ambas figuras, derecho de representación sucesorio y sustitución vulgar tácita, y de hecho existen sectores doctrinales que las equiparan. Lo que hay que resolver es en qué supuestos hay que presumir querida esa sustitución.

Pues bien, dentro de la diversidad de las soluciones que dan al problema las normas examinadas, existen varios aspectos comunes:

- a. Sólo se aplican en defecto de voluntad del testador sobre el particular, lo que resulta coherente con lo que se acaba de decir. De modo que si aquél ha previsto otra solución para el caso de que el primeramente designado no llegue a adquirir la herencia o legado, habrá que respetar su voluntad.

- b. Respecto a su ámbito subjetivo, todas estas normas se limitan a operar dentro del círculo familiar próximo del testador: sólo si los herederos en cuestión son descendientes del testador (Derecho común y Cataluña) o como mucho a veces también cuando son hermanos suyos (Navarra). Únicamente dentro de ese ámbito se juzga razonable presumir que el testador habría llamado a los descendientes del primeramente designado si lo hubiera pensado mejor.
- c. En cuanto a los supuestos en que operan, tenemos lo siguiente: (1) es común a todas las legislaciones mencionadas que se apliquen en el caso de premoriencia del primeramente designado; (2) en el de incapacidad sucesoria, sólo a veces (Navarra), si bien en otras lo que se hace con los descendientes del indigno es reservarles el derecho a su legítima (Derecho común y Catalán); (3) no se aplica al caso del justamente desheredado, ya que si el testador le ha privado de derechos hereditarios, no hay sustitución posible en tales derechos, si bien para tales supuestos se reserva a los descendientes del desheredado su derecho a la legítima; (4) y tampoco hay sustitución o representación en el caso de renuncia del heredero: si así sucede, se parte del principio general de que se extinguen los derechos de la estirpe, pasando la herencia a las personas a las que corresponda en función de los demás mecanismos que se verán a continuación; es decir, ni en el Derecho común ni en los demás Derechos territoriales existentes en España tiene aplicación el llamado derecho de representación en la sucesión testada en el supuesto de la repudiación hereditaria.
- d. Una vez que concurran los presupuestos para su operatividad, la sustitución o derecho de representación opera automáticamente, sin posibilidad de que el sustituido o representado modifique su aplicación. Lo cual es lógico, si se tiene en cuenta que, como hemos dicho, se limita a los supuestos de premoriencia e incapacidad sucesoria, y el premuerto nada puede decir sobre el particular y al incapaz no será razonable dejarle opinar sobre si quiere que se aplique la sustitución o no.

Otra posible forma de entrar en juego el llamado derecho de representación en la sucesión testada es por disposición expresa del testador. Se trataría de una cláusula de tenor similar al siguiente: *«instituyo heredero a A, con derecho de representación en favor de sus descendientes»*. Aquí la perplejidad es mayor, ya que aunque se admitiera el juego del derecho de representación en la sucesión testada, tal derecho siempre actúa por mandato legal, no por disposición del testador; éste lo que puede hacer es establecer una sustitución vulgar, tal y como se indicó antes. Sin embargo, en casos, como decimos, el testador establece directamente un derecho de representación. La razón práctica de que pueda preferir hacerlo así en vez de disponer una sustitución vulgar se encuentra en que el derecho de representación, como se ha dicho, no actúa en el supuesto de renuncia de la herencia, y puede interesar dejar la repudiación fuera de los supuestos que provocan que la herencia haga tránsito a los descendientes del primeramente designado, para permitir de este modo el

juego del derecho de acrecer a favor de los coherederos. De hecho, la Ley 309 de la Compilación de Derecho Foral Navarro regula el derecho de representación establecido por vía testamentaria. Pues bien, a mi modo de ver, una cláusula de la naturaleza expresada es perfectamente válida, sobre la base de la libertad de disposición testamentaria, y su significado está también muy claro: se quiere que la herencia o el legado pasen a los descendientes del primeramente designado de la forma en que opera el derecho de representación sucesorio, y, por tanto, sólo en los casos de premoriencia e incapacidad, no en el de repudiación. Ahora bien, lo llame como lo llame el testador, a mi juicio, no se está estableciendo un verdadero derecho de representación, sino una sustitución vulgar limitada a esos supuestos (premoriencia e incapacidad).

3. Derecho de acrecer

Si no fuera de aplicación la sustitución vulgar —bien porque ésta no se ha dispuesto, bien porque habiéndose dispuesto no se aplica al supuesto de la renuncia hereditaria—, la herencia o legado renunciados pasará a los coherederos o colegatarios con derecho a acrecer.

Concretamente, el derecho de acrecer funciona entre los sucesores designados conjuntamente con el renunciante, es decir, llamados «*a una misma herencia, o a una misma porción de ella*», y además «*sin especial designación de partes*» (art. 982 del Código Civil). El art. 983 del mismo Código Civil intenta aclarar cómo debe entenderse ese requisito, disponiendo que «*se entenderá hecha la designación por partes sólo en el caso de que el testador haya determinando expresamente una cuota para cada heredero*» y que «*la frase “por mitad o por partes iguales” u otras que, aunque designen parte alícuota no fijan ésta numéricamente o por señales que hagan a cada uno dueño de un cuerpo de bienes separado, no excluyen el derecho de acrecer*».

No ha sido unánime la interpretación de este precepto. Brevemente, podemos exponer las principales cuestiones que ha suscitado la materia:

- a. Se ha discutido el carácter excluyente del derecho de acrecer que tiene la fijación de cuotas numéricas para los sucesores. ALBALADEJO, contra la literalidad del precepto, considera que, habiendo llamamiento conjunto, sólo queda excluida la aplicación del derecho de acrecer cuando hay un cuerpo separado de bienes, no cuando se fijan cuotas numéricas incluso aunque sean desiguales. La Jurisprudencia no ha llegado tan lejos, pero sí ha llegado a mantener que la designación de parte alícuota igual, aunque sea numérica, no excluye el derecho de acrecer.
- b. También se ha debatido si es preciso para que se entienda que el llamamiento es conjunto que éste se haya dispuesto en la misma cláusula. El Código de Sucesiones de Cataluña admite expresamente la posibilidad de existencia de un llamamiento conjunto en cláusulas separadas (art. 38). Y este mismo criterio lo defienden algunos autores para el Derecho común basándose en que el Código Civil no exige unidad de

cláusula; incluso, alguno defiende la posibilidad de existencia de una conjunción de llamamientos a pesar de que aparezcan en testamentos diferentes. En cualquier caso, lo que no se presume es esa conjunción de llamamientos si éstos se encuentran en cláusulas diferentes y mucho menos si aparecen en distintos testamentos; por ello, en tales supuestos la voluntad del testador deberá haber quedado lo suficientemente clara para que pueda admitirse el derecho de acrecer.

- c. Igualmente se ha planteado si debe existir preferencia en la aplicación del derecho de acrecer dentro de los diversos grupos de herederos que el testador haya podido designar conjuntamente. Por ejemplo, el testador ha llamado conjuntamente a dos grupos de nietos (cada uno de hijos de diferentes hijos del testador), formado cada uno por 2 nietos, dejando una mitad de su herencia a cada uno de esos grupos; la duda surge en si al renunciar uno de los nietos su porción acrecerá a su hermano o a los tres herederos instituidos, es decir, también a sus primos. El Código de Sucesiones de Cataluña también resuelve expresamente esta cuestión, disponiendo que el derecho de acrecer operará por grupos (art. 38); en el mismo sentido, la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra (Ley 312). Y este criterio también lo defiende para el Derecho común un nutrido grupo de autores. Lo que será preciso es que se deduzca claramente de la voluntad del testador el establecimiento de los diversos grupos de sucesores.
- d. La Jurisprudencia ha llegado a admitir que no es obstáculo para la aplicación del derecho de acrecer que el testador haya asignado bienes determinados a sus herederos para llenar sus cuotas hereditarias haciendo uso de la facultad que le confiere el art. 1.056 del Código Civil (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 1910 y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 26 de diciembre de 1942).

Hay que añadir una aclaración sobre la posición que ocupa este mecanismo en el orden que estamos analizando. Ya se ha indicado que la sustitución vulgar, expresa o tácita, es en principio preferente frente al derecho de acrecer, por lo que habiendo aquélla no operará éste. Ahora bien, puede ser que habiendo varios herederos conjuntos el testador designe al sustituto vulgar sólo para el caso de que falten todos ellos; para estos supuestos, suele estimarse que el testador da preferencia al derecho de acrecer frente a la sustitución vulgar, pero ALBALADEJO entiende que en tal caso lo que realmente sucede es que el sustituto vulgar sólo ha sido nombrado para el último instituido que falte. Lo que pasa es que a veces la voluntad del testador no ha sido expresada con la suficiente claridad; por ejemplo, cuando la cláusula testamentaria es del siguiente estilo: *«instituyo herederos a A, B y C, con sustitución vulgar a favor de D»*; surge la duda de si previamente a la sustitución vulgar deberá jugar el derecho de acrecer entre los sustituidos. No será fácil deducir cuál era la voluntad del testador. PUIG FERRIOL y ROCA TRIAS —para el Derecho Catalán si bien la afirmación es generalizable— creen que la solución normalmente

será clara si el testador ha instituido herederos a sus hijos, a los cuales ha dado como sustituto vulgar a un extraño, supuesto en el que deducen que la voluntad del testador será probablemente favorable a aplicar antes el derecho de acrecer que la sustitución vulgar. En cualquier caso, parece oportuno tener en cuenta este problema a la hora de redactar el testamento, para evitar que surjan dudas sobre qué ha sido lo querido por el testador.

También hay que indicar que el derecho de acrecer supone unidad de llamamiento, de modo que la aceptación o repudiación de la parte a la que originariamente era llamado el sucesor supone las de todas las porciones que le acrezcan. Así lo entiende la mayor parte de la doctrina. Es la misma solución que dan el Derecho Catalán (art. 38 del Código de Sucesiones) y Navarro (Ley 312 del Fuero Nuevo).

4. Refundición del legado renunciado en la masa hereditaria

En defecto de sustitutos vulgares y de coherederos y colegatarios con derecho a acrecer, si lo renunciado fuera un legado, la solución que establece el Código Civil consiste en que el legado *«se refundirá en la masa de la herencia»* (art. 888), es decir, pasará a los herederos testamentarios o si no los hubiera a los abintestato. En este punto, es preciso tener en cuenta la regla del art. 890.2 del Código Civil, conforme al cual *«el heredero, que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquélla»*, es decir, que el renunciante puede como heredero recibir el legado renunciado o la parte que le corresponda en él si son varios los herederos.

No obstante lo dicho, hay que hacer una precisión, en el caso del sublegado, es decir, del que grava a otro legatario, la solución no será exactamente la que prevé el art. 888, sino que aquí lo que pasará es que la renuncia provocará la liberación del legatario gravado de la obligación de cumplirlo.

5. Sucesión intestada

Por último, si tampoco hubiera coherederos o colegatarios con derecho de acrecer o si aunque los haya renuncian todos ellos, si lo repudiado ha sido una institución de heredero, se abrirá la sucesión intestada, a la que serán llamados los parientes que corresponda según el orden de suceder abintestato. Aquí habrá que tener en cuenta que según el art. 1.009.1 del Código Civil *«el que es llamado a una misma herencia por testamento y abintestato y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos»*, de modo que aquellos que mediante la renuncia de la herencia testamentaria hubieran provocado la apertura de la sucesión intestada quedarán excluidos de ésta. Una solución distinta la prevé el Derecho Catalán: *«el llamado que repudie la herencia testamentaria podrá aceptar la intestada, pero con sujeción a los legados, fideicomisos y demás cargas que el testador haya impuesto»* (art. 27.1 del Código de Sucesiones). Hasta aquí, lo que sucede en el Derecho común. Veamos a continuación qué especialidades existen en el Derecho Aragonés que incidan sobre esta materia.

DERECHO ARAGONÉS

Aunque el esquema que acabamos de trazar para el Derecho general es también aplicable en Aragón, lo es sin perjuicio de las especialidades específicamente aragonesas, contenidas en el **art. 141 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón**. Y dentro de dicho esquema, estas especialidades se situarían en el segundo escalón, es decir, el de la posible aplicación del llamado *derecho de representación testamentario*.

Lo que vamos a hacer a continuación es examinar las especialidades que, respecto de los demás mecanismos de finalidad similar a que hemos aludido, existen en el Derecho Aragonés.

1. Finalidad y naturaleza

La regla contenida en el art. 141 de la Compilación Aragonesa responde a la misma finalidad que las figuras similares antes examinadas: corregir las imprevisiones del testador, que olvidó disponer una sustitución vulgar a favor de los descendientes del primeramente designado. En este sentido, puede decirse que el Derecho Aragonés ha sido verdaderamente pionero en nuestro país en dar solución a este tipo de cuestiones, puesto que las otras normas que hemos visto son posteriores al art. 141 de nuestra Compilación: la Ley 309 de la Compilación Navarra, data de 1973, la redacción examinada del art. 814 del Código Civil, de 1981, y la regulación del art. 144 del Código de Sucesiones de Cataluña, de 1991; sin tener en cuenta las demás regulaciones que todavía no establecen normas sobre la cuestión.

Reitero la opinión formulada más arriba sobre la naturaleza de este tipo de mecanismos: se trata de una sustitución vulgar legal tácita y no un auténtico derecho de representación. El precepto en este punto ha huido de la expresión «*derecho de representación*», figura que sin embargo sí que aparece en la propia Compilación en sede de sucesión intestada (art. 132); la expresión «*sustitución legal*» que utiliza aquí la Compilación, me parece, por lo dicho, más acertada que la de «*derecho de representación*». En cambio, el Anteproyecto del Seminario de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses de 1961 explícitamente lo titulaba «*derecho de representación*» siguiendo la tendencia doctrinal de la época.

2. Tipos de atribución sucesoria a que se aplica

El precepto habla del «*heredero*» y del «*legitimario*». En cuanto al primero, el criterio dominante en la doctrina es el de que se refiere en general al sucesor por causa de muerte, siendo indiferente que lo sea a título de heredero propiamente dicho, universal, o de legatario, singular; y realmente parece razonable que así sea, puesto que no se ve ninguna razón para establecer distinciones en este punto. Por lo que se refiere a la mención que se hace al «*legitimario*», plantea bastantes dificultades y será objeto de estudio posteriormente.

3. Ámbito subjetivo en el que opera

Una primera importante especialidad respecto de los rasgos comunes que antes veamos que tenían las demás regulaciones de finalidad similar existentes en España se encuentra en las personas respecto de las cuales se prevé el juego de esta sustitución.

La redacción originaria de la Compilación la limitaba a los descendientes y a los hermanos del testador; es decir, sólo cuando el primeramente designado era descendiente o hermano del testador en su defecto entraban sus descendientes; en los demás casos, no jugaba la sustitución legal, por lo que la parte correspondiente al primeramente designado pasaba a las demás personas a las que correspondiera por aplicación de los principios generales antes examinados. Ello se debía a que se partía de que sólo dentro de ese ámbito familiar próximo cabe presumir que la voluntad del testador habría sido favorable a la sustitución.

Sin embargo, la reforma de 1985 eliminó esa limitación, con lo que la sustitución quedó abierta a cualquier persona designada heredera o legataria. Se pensó que no era justo limitar la aplicación de la sustitución al ámbito familiar, de modo que cualquiera que fuera el designado heredero o legatario, su ausencia debía determinar que sus descendientes entrarán en su lugar. A mi juicio, era mejor la solución de limitar la sustitución al ámbito familiar próximo, ya que ello es más concorde con los demás Derechos existentes en España y con la voluntad más frecuente de los testadores. En este sentido, creo que habría que volver a la solución de 1967.

4. Supuestos en que se aplica

También aquí surge una importante peculiaridad de nuestro Derecho respecto de las normas de finalidad y naturaleza semejantes existentes en el resto de las legislaciones españolas, peculiaridad que resulta directamente relevante al objeto del estudio que estamos realizando. En efecto, mientras en dichas legislaciones la sustitución vulgar legal no rige para los supuestos de renuncia hereditaria, limitándose al caso de premoriencia y como mucho al de incapacidad sucesoria, en el Derecho Aragonés sí que se aplica en tal supuesto. Es una peculiaridad notable de nuestro Derecho frente a los demás.

Esta extensión de la sustitución legal también al caso de repudiación data de la redacción originaria de la Compilación, en 1967. Sin embargo, enseguida fue criticada, por entender que presentaba más inconvenientes que ventajas, ya que en la práctica es más frecuente que cuando una persona repudia una herencia lo haga con la intención de que lo renunciado acrezca a los coherederos o pase a la persona a la que por los mecanismos sucesorios ordinarios corresponda y no que sea adquirido por sus propios descendientes; por ello, la norma que comentamos obligaba en muchos casos a que el que en realidad quería renunciar tuviera que aceptar y luego transmitir lo heredado a sus coherederos, con el incremento que ello suponía en los costes.

La reforma de 1985 tuvo especialmente en cuenta esta problema y le dio una solución original — «*inaudita*», «*nueva en el orbe terráqueo*», «*nunca oída*» en expresiones usadas por LACRUZ BERDEJO— que se plasma en la actual redacción del precepto. Esta redacción surgió en la elaboración en Cortes de la indicada reforma. En un primer momento, la enmienda número 84, presentada por MERINO HERNÁNDEZ como parlamentario aragonés, lo único que hacía era pedir la supresión de la expresión «*o renunciante a la herencia*» de la redacción originaria, es decir, eliminar su aplicación al caso de la renuncia, tal y como se ha dicho que venía demandando la doctrina mayoritaria. Ahora bien, como explica el propio MERINO, en la Ponencia de la Comisión de Derecho Civil de las Cortes de Aragón diversos Grupos Parlamentarios comenzaron a poner repartos, argumentando, entre otras cosas, que también en algún caso puede interesar al renunciante de una herencia el que su porción en la misma pase a sus descendientes, por lo que se pensó que lo más conveniente era redactar el precepto de manera que se diera la máxima libertad de actuación a los interesados, transformando la cuasinecesidad del precepto hasta entonces vigente en una voluntariedad total. Es decir, lo que se pretendió, según este autor que participó tan directamente en la elaboración de la norma, fue evitar que en Aragón la renuncia de herencia supusiera el paso necesario de la porción renunciada a los descendientes del renunciante, dejando al renunciante la posibilidad de excluir esa sustitución.

Lo que nos lleva directamente al examen de esta facultad de excluir el juego de la sustitución.

5. La facultad del «causahabiente» de excluir la sustitución

Es la otra de las grandes especialidades del Derecho Aragonés sobre la materia. Se contiene en el primer inciso del artículo, que comienza diciendo «*salvo previsión en contrario de causante o causahabiente ...*». Es decir, si el «*causahabiente*» dispone lo contrario, no se aplicará la sustitución prevista en el art. 141. Son muchas las dudas que suscita. Vemos los aspectos más importantes de esta facultad:

- a. Sujeto. La primera cuestión que plantea es quién puede ejercitarla. La regla es muy parca, sólo habla del «*causahabiente*», como en oposición al «*causante*», al que también se le da la facultad que luego examinaremos de prever en contrario de la sustitución. En principio, en Derecho, «*causahabiente*» quiere decir *adquirente*. Sin embargo, parece claro que en quien está pensando la norma es en quien ha sido inicialmente designado como heredero o legatario pero no llega a adquirir la herencia o legado y es por ello que tendría que ser sustituido por sus descendientes como consecuencia de la aplicación del art. 141. Por ello la expresión «*causahabiente*» resulta inadecuada. Lo que está claro es que no puede entenderse incluido en el concepto de «*causahabiente*» a estos efectos a los demás herederos o legatarios que pueda haber en la sucesión y que sí que llegan a adquirir la herencia o legado que el testador les ha dejado, que sí que son causahabientes.

b. Supuestos en que rige. La sustitución que regula el art. 141, como se ha dicho, está prevista para tres supuestos, premoriencia, incapacidad sucesoria y repudiación. Entonces surge la duda de si a los tres supuestos se aplicará esta facultad de exclusión. Sobre este particular, creo que se puede decir lo siguiente:

— La facultad de exclusión, según creo, sólo puede ejercitarse respecto de las sucesiones abiertas, es decir, en que el causante de la misma ya haya fallecido. Por tanto, no sería posible que una persona, previendo que pueda premorir a otra que cree que le ha podido beneficiar en su testamento, excluya para tal caso de premoriencia la sustitución a favor de sus descendientes; o sea, que no es aplicable al caso de la premoriencia del causahabiente. En contra de esta afirmación podría argumentarse que el artículo no distingue entre ambos momentos y de hecho regula esta facultad en común para los tres supuestos que recoge: premoriencia, incapacidad y renuncia. Ahora bien, me parece que sería anómalo poder decidir sobre el destino de una herencia ajena antes incluso de haberse abierto, por lo que tal cosa sólo podría afirmarse si la regulación fuera muy clara sobre el particular. Además, la misma expresión «*causahabiente*», por muy inexacta que sea, presupone la existencia de una sucesión ya abierta.

— Tampoco creo que el incapaz para suceder pueda ejercer ese derecho de exclusión, porque si se le priva de la herencia, no parece razonable permitirle decidir sobre el destino de la misma; la privación de derechos sucesorios que la indignidad supone le inhabilita para ello.

— O sea, al único supuesto al que hay que referir esta facultad es al de la renuncia hereditaria. Éste es el criterio generalmente admitido, en coherencia con lo que, como hemos visto antes, era el claro deseo del legislador, y parece que fue por ello que se incluyó en el artículo el inciso «*en su caso*». Por supuesto se puede criticar la falta de claridad en la redacción del precepto; habría sido más fácil hablar en vez del «*causahabiente*» del «*renunciante*»; y se puede abogar por una mejora en la técnica de redacción de las normas; pero no obstante, lo que se ha pretendido con este precepto creo que está claro; los principios hermenéuticos recogidos en el art. 3.1 del Código Civil pienso que deben llevar en esa dirección. En contra de esta solución, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ considera que a la vista del texto de la norma no hay ninguna razón suficiente para que el incapaz y al premuerto (antes de su fallecimiento) no puedan ejercitar esa facultad de excluir la sustitución.

c. Plazo para su ejercicio. Cabe plantearse si es preciso que la exclusión de la sustitución se haga en el mismo momento de la renuncia o si puede hacerse posteriormente. En favor de la primera posición cabría alegar que si forma parte del fenómeno de renuncia de la herencia tem-

poralmente deben coincidir. Sin embargo, personalmente me inclino por la no exigencia de tal simultaneidad, ya que la ley no la exige; además, dada la peculiaridad de la regulación aragonesa en esta materia, y particularmente que la sustitución se aplique como regla general en la renuncia —a diferencia, como dijimos, de lo que sucede en el resto de España—, exigir la simultaneidad podría evitar que se reparen unos efectos que a lo mejor a todos los interesados se les ha pasado por alto; en efecto, sucede a veces que el renunciante y sus coherederos acuerdan la renuncia con el convencimiento de que como consecuencia de la misma parte del renunciante acrecerá a los coherederos y no tienen en cuenta que para que así suceda en Aragón es preciso que el renunciante excluya la sustitución a favor de sus descendientes; pues bien, creo que lo más razonable resulta permitir al renunciante que una vez enterado de cuáles son los verdaderos efectos de su renuncia pueda ejercer esa facultad de excluir la sustitución. Lo que sí que creo es que la exclusión no podrá realizarse a partir del momento en que los descendientes del renunciante hayan aceptado la herencia; hasta ese momento tendrá tiempo el renunciante de excluir la sustitución.

- d. Inexistencia de aceptación hereditaria. Establecida la facultad de exclusión, la principal dificultad con que se chocaba era la de asegurarse que no podría entenderse que su ejercicio supone una aceptación tácita de la herencia; es decir, que este ejercicio, al llevar consigo la determinación del destino de una herencia ajena, no presuponia la previa adquisición de la misma. Este problema fue especialmente tenido en cuenta por el legislador aragonés de 1985. Fundamentalmente, el temor se centraba en el plano fiscal, ya que si se entendiera que había una aceptación tácita, ello conllevaría que se girara una liquidación tributaria por adquisición hereditaria a cargo del renunciante que excluye el juego de la sustitución, además de la que luego se giraría al beneficiario de la renuncia que a efectos fiscales se entendería que está adquiriendo del renunciante. Pues bien, precisamente para combatir este temor se introdujo el párrafo segundo, insistiendo en que en tales casos, como se trata de una renuncia pura y simple, no hay aceptación hereditaria, ni civil ni fiscalmente.
- e. Los posibles derechos de los terceros afectados. Esta cuestión está relacionada con la del apartado anterior. En efecto, no deja de causar cierta perplejidad que con este mecanismo una persona, el renunciante, puede determinar que una herencia ajena pase a unas personas o a otras, y ello sin haberla llegado a adquirir. Ante ello, dejando aparte las posibles consideraciones teóricas y centrándonos en los aspectos prácticos, cabe preguntarse si los terceros afectados pueden hacer algo en relación a su ejercicio. Concretamente, son dos los grupos de terceros en los que pienso:
 - La persona que ve cómo una herencia que en principio iba a recibir como consecuencia de la sustitución prevista en el art. 141 (es decir, el descendiente del renunciante) hace tránsito directo a un

tercero como consecuencia de la decisión del renunciante. Creo que puesto que se trata de una facultad atribuida directamente por la ley, no tiene medio de evitar que se ejercite. En cuanto a si al menos puede reclamar al renunciante que excluye la sustitución una indemnización de daños y perjuicios, probablemente la respuesta también sea la negativa, por razones similares. Además, si el renunciante puede conseguir lo mismo aceptando la herencia y transmitiéndola luego a quien quiera, la misma finalidad obtenida por el procedimiento más directo y más barato fiscalmente de la exclusión de la sustitución no debe tener tampoco obstáculos.

- Los acreedores del frustrado sucesor, que ven cómo se evita que la solvencia de éste se incremente. Recordemos que el art. 1.001 del Código Civil regula un mecanismo a través del cual los acreedores de quien renuncia una herencia pueden aceptarla en su nombre en cuanto sea preciso para cubrir el importe de sus créditos. Ahora bien, el supuesto con que nos enfrentamos es diferente, porque quien evita que el deudor adquiera no es él mismo sino otra persona. Y creo que no hay base ni en ese precepto, ni por analogía, ni en ninguno otro, para dar acción a los acreedores para dirigirse contra el renunciante e impedirle que excluya la sustitución a favor de su deudor o dejar sin efecto la realizada. Igual que el padre puede dejar menos bienes, o ninguno, a un hijo con dificultades económicas para evitar que los acreedores los embarguen, del mismo modo el art. 141 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón le da derecho para determinar que su renuncia beneficie a sus hijos o a otras personas, y ello supone una facultad cuyo ejercicio no puede ser mediatizado por los acreedores ni por ninguna otra persona.
- f. **Carácter no autónomo.** La facultad de excluir la sustitución no es un derecho autónomo del causahabiente, sino que forma parte del mecanismo sucesorios del causante. Esto tiene sus consecuencias, sobre todo en los Derechos Interespacial y Intertemporal. En efecto, para que la facultad exista será preciso que la sucesión esté sujeta al Derecho Aragonés, es decir, que el causante tenga la vecindad civil aragonesa en el momento del fallecimiento (art. 9.8 del Código Civil), con independencia de cuál sea la ley personal del renunciante que pueda ejercitarla. Y lo mismo se puede decir del Derecho Intertemporal, cuestión que tiene importancia si se piensa que dicha facultad se introdujo en la reforma de 1985: sólo las sucesiones abiertas durante la vigencia de la redacción actual del precepto admitirán su ejercicio, que, por el contrario, no cabrá en las causadas con anterioridad, aunque la facultad pretenda ejercitarse después. Así lo ha declarado expresamente el Tribunal Supremo en la Sentencia de 21 de diciembre 1990, una de las últimas dictadas por este Tribunal en virtud de recurso de casación interpuesto sobre Derecho Civil Aragonés contra una Sentencia dictada por un órgano jurisdiccional sito en Aragón.

- g. Consideraciones críticas. La introducción de la facultad que venimos comentamos ha sido objeto de fuerte polémica. Desde un importante sector ha sido criticada con gran dureza. Entre los autores que han seguido esta posición crítica, puede destacarse a MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, que explica que el establecimiento de la facultad expresada, queriendo contentar a todos, atenta contra la coherencia interna y el recto entendimiento del sistema sucesorio aragonés, ya que al llamado a una sucesión lo que le corresponde es aceptarla o repudiarla y si pretende decidir sobre su ulterior destino lo que debe hacer es aceptarla; según este autor, el mecanismo que regula el art. 141 produce una interferencia de la voluntad del llamado en el campo de actuación de la voluntad del causante (la organización de la sucesión), más allá del ámbito de actuación que le es propio.

Ahora bien, por mi parte pienso que pasados los primeros momentos de desconcierto la experiencia práctica habida demuestra que esta solución ha dado un grado de flexibilidad que facilita la realización de las aspiraciones que en ocasiones buscan las personas ante una sucesión por causa de muerte, permitiendo conseguir por una vía directa lo que hasta entonces era preciso hacerlo por la indirecta y con unos costes mucho mayores. En mi opinión, el mecanismo se encuentra ya asimilado, y por ello parece conveniente su mantenimiento. Respecto a la acusación de que quiebra el papel que corresponde al sucesor en el fenómeno sucesorio y que le inmiscuye en el campo de actuación de la voluntad del causante, la organización de la sucesión, creo que puede replicarse que en el Derecho Sucesorio existen instituciones en las que se da a un sucesor o a terceros determinadas funciones, no sólo en lo relativo a la pura ejecución de la voluntad, sino de carácter decisorio del contenido de la sucesión (fiducias sucesorias); de donde se infiere que no se trata de algo que necesariamente vaya *contra natura*. Máxime si se tiene en cuenta que la norma sólo actúa cuando el causante no ha dispuesto otra cosa. Además, si a los testadores les diéramos a elegir las 3 opciones —que la parte del renunciante pase a sus descendientes, que pase a sus coherederos o que elija el renunciante—, probablemente la mayoría sería partidaria de esto último, ante la dificultad de tener que plantearse la solución a una cuestión que ni siquiera saben si sucederá y que en cualquier caso puede pasar mucho tiempo y muchas cosas antes de que ocurra; y como hemos dicho en estos casos lo que el legislador debe buscar es dar la solución que, ante la imprevisión del testador, la mayoría de las personas en la misma situación habría adoptado.

6. Carácter subsidiario respecto de lo dispuesto por el testador

La sustitución que prevé el art. 141 sólo se aplicará si el testador no ha dado otra solución. Así lo dice su comienzo —*«salvo previsión en contrario de causante...»*— y ello resulta congruente con su finalidad, que, como hemos dicho varias veces, consiste en dar solución razonable a las imprevisiones del testador. En este sentido, la posibilidad de que el testador establezca una previsión específica sobre el particular tiene un significado muy diferente a la exclusión que de la sustitución puede hacer el causahabiente, a pesar de que

el precepto se refiere conjuntamente a ambas, puesto que esta última sólo puede tener sentido si el testador previamente no ha dado otra solución, ya que en primer término habrá que estar a lo que éste ha previsto.

Concretamente, el testador puede excluir la sustitución legal de varias formas. (1) Por un lado, puede prever una sustitución vulgar expresa, que será lo más frecuente. (2) También es posible que ordene expresamente que juegue el derecho de acrecer entre los coherederos. (3) Por último, puede limitarse a decir que no quiere que se aplique la sustitución legal, en cuyo caso se aplicarán los mecanismos indicados anteriormente por el orden expresado.

Para estos casos en que el testador haya establecido una previsión expresa, surgen varias cuestiones:

- a. Si el testador ha establecido una sustitución vulgar expresa puede ocurrir que sólo la haya ordenado para alguno de los casos previstos en el art. 141 y no para los otros. Por ejemplo, que haya previsto una sustitución vulgar para el caso de premoriencia, sin mencionar los otros, incapacidad y sobre todo el de renuncia. A mi juicio, en tales supuestos, la solución más acertada pasa, como siempre, por la interpretación de la voluntad del testador. De este modo, puede suceder que éste haya dicho claramente que únicamente habrá sustitución en el supuesto recogido; si así es, no cabrá aplicar la sustitución legal a los demás. Ahora bien, si el testador no lo ha expresado con la suficiente claridad, creo posible defender que podrá entrar la sustitución legal en los casos no expresamente previstos; y ello porque sigue siendo válida la finalidad del precepto de actuar ante las imprevisiones del testador y la imprevisión puede estar no sólo en la existencia o no de sustitución sino también en los supuestos en los que ésta va a actuar. Se llega así a una solución parecida a la catalana, que, como hemos visto, entiende que salvo que parezca que es otra la voluntad del testador, la sustitución vulgar ordenada para un caso valdrá para todos en los que el heredero no pueda o no quiera heredar.
- b. Por otro lado, hay que destacar que en los casos en que hay sustitución vulgar expresa nos encontramos con que las normas que rigen ésta no permiten obtener el resultado de dar al sustituido que renuncia la oportunidad de excluir el juego de la sustitución. Es decir, que existe más libertad de actuación con la normativa de la Compilación Aragonesa que con la de la sustitución vulgar. Con lo que se da la paradoja de que resulta mejor omitir toda previsión, ya que entonces rigen los flexibles mecanismos de la sustitución legal, que actuar con previsión y establecer una sustitución vulgar, puesto que ello nos someterá a las reglas mucho más rígidas de la sustitución vulgar. Es decir, una norma que lo que pretende es prevenir contra imprevisiones del testador acaba favoreciendo más al que no previó que al que se esforzó en hacer un testamento cuidadoso y detallado. Y si tenemos en cuenta que la mayor parte de los testadores son previsores y dejan determinado lo que sucederá en caso de que el primeramente nombrado no llegue a heredar,

resulta que la sustitución legal del art. 141 de la Compilación se aplicará en poquísimos casos. Tanto discurrir sobre los mejores mecanismos para favorecer a los sucesores, para crear una regla que casi no se va a aplicar.

Ante este problema cabe hacer dos tipos de consideraciones, uno de «*lege data*» y otro de «*lege ferenda*».

- De «*lege data*», es decir, con la regulación que tenemos, para conseguir el resultado más favorable posible cabe hacer dos cosas. La primera es no prever nada, dejando que actúe la norma del art. 141. El inconveniente que tiene esta solución consiste en que cualquier reforma que se lleve a cabo del art. 141 podrá variar la solución al problema prevista por el testador. Por ello, creo preferible hacer una remisión expresa a la regulación del art. 141 de la Compilación en su redacción actual. Se trataría de una cláusula de tenor similar al siguiente: «*instituto heredero a..., sustituido por su stirpe de descendientes con el alcance y en la forma previstos en el vigente artículo 141 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón*». La validez de dicha disposición creo que no plantea dudas y su eficacia tampoco: se aplicará el régimen del vigente art. 141, el cual queda convertido en cláusula testamentaria, por lo que una posible modificación en el futuro de dicho precepto, aun antes de la apertura de la sucesión, no modificaría el contenido del testamento, y seguiría en vigor el régimen que hoy establece tal artículo.
- De «*lege ferenda*», puede proponerse una reforma de la Compilación en este punto que trate de conseguir que, salvo que conste que otra es la voluntad del testador, se aplique una solución similar a la que regula el art. 141 también en el caso de que éste haya previsto una sustitución vulgar aplicable al caso de renuncia, siempre que los primeramente llamados fueran descendientes o hermanos del testador. La norma podría ser de un tenor similar al siguiente: «*Cuando el testador haya establecido una sustitución vulgar aplicable al caso de renuncia del sustituido, descendiente o hermano, podrán éstos al renunciar excluir la aplicación de la sustitución, salvo disposición en contra de aquél. Dicha exclusión por sí sola no implicará aceptación de la herencia*».
- c. Por último, decir que aun habiendo sustitución vulgar, puede operar la sustitución legal respecto del sustituto vulgar designado por el testador si también premuere, renuncia o es incapaz de heredar y no hay un sucesivo sustituto nombrado. Es decir, el hecho de que el testador haya establecido una sustitución vulgar expresa para el primeramente designado no debe entenderse en el sentido de que ha querido excluir la sustitución legal respecto del sustituto al que no nombró a su vez sustituto. El caso sería el de una cláusula de la siguiente clase: «*Instituto heredero a a, sustituido vulgarmente por B*»; si A premuere, renuncia o resulta incapaz, corresponde heredar a B en virtud de la sustitución vulgar, pero si éste también premuere, renuncia o es incapaz, entrarán los descendientes de B en virtud de la sustitución legal.

III. SUSTITUCIÓN INTESTADA

DERECHO COMÚN

Cuando se renuncia una sucesión intestada, el orden de los mecanismos sucesorios que operan el siguiente:

1. No aplicación del derecho de representación

Como ya se adelantaba antes, es un principio general en la materia que el derecho de representación, es decir, el derecho de los descendientes de una persona a ocupar su lugar en defecto de ésta en una sucesión intestada, no rige en el caso de repudiación hereditaria. En tal supuesto, se extinguen los derechos de la estirpe, ya que se parte de la idea de que el jefe de la estirpe, al ejercitar su opción hereditaria en sentido negativo, actúa como tal jefe y renuncia a la sucesión para sí y para lo suyos. Este régimen es el que establece el Código Civil. Así, el art. 924 dispone: *«llámase derecho de representación el que tienen los parientes de una persona para sucederle en todos que tendría si viviera o hubiera podido heredar»*. Insiste en la misma idea el art. 929: *«no podrá representarse a una persona viva, sino en los casos de desheredación o incapacidad»*. Y también el art. 923: *«repudiando la herencia el pariente más próximo, si es solo, o si fueren varios, todos los parientes más próximos llamados por la ley, heredarán los del grado siguiente por su propio derecho y sin que puedan representar al repudiante»*.

Por otro lado, únicamente hay derecho de representación respecto de descendientes y en la línea colateral en favor de los hijos de hermanos, bien sean de doble vínculo, bien de un solo lado (art. 925 del Código Civil). En Navarra, existe la especialidad de que se aplica no sólo a los hijos de hermanos sino a todos los descendientes de éstos hasta el cuarto grado a contar del propio causante (Ley 309).

2. Acrecimiento a los coherederos

Dada la inexistencia de derecho de representación, el primer mecanismo que podrá entrar en juego es el acrecimiento a favor de los coherederos del renunciante. A estos efectos, el art. 981 del Código Civil dispone que *«en las sucesiones legítimas, la parte del que repudia la herencia acrecerá siempre a los coherederos»*, y el 922, *«si hubiere varios parientes de un mismo grado, y alguno o algunos no quisieren o no pudieren suceder, su parte acrecerá a los otros del mismo grado, salvo el derecho de representación cuando deba tener lugar»*. La mejor doctrina considera que en estos casos no existe auténtico derecho de acrecer, sino que lo que sucede es que los coherederos adquieren la parte del renunciante por aplicación del mismo orden de sucesión intestada.

3. Avance de grado, línea o clase

No pudiéndose aplicar el derecho de representación ni habiendo otros parientes del mismo grado a quienes pueda acrecer la porción vacante, la

heredarán los parientes de grado más próximo, debiéndose tener en cuenta que la proximidad de grado actúa dentro de cada línea o clase de sucesores, de modo que sólo si no queda ningún sucesor dentro de línea descendente se pasará a los ascendientes y así sucesivamente.

DERECHO ARAGONÉS

No es objeto de este estudio examinar los problemas que plantea esta regulación, sino únicamente determinar qué pasa cuando uno de los sucesores a los que corresponde heredar renuncia. Y aquí la principal cuestión que surge es la de la **posible aplicación a la sucesión intestada del art. 141**, es decir, de la regla sobre sustitución legal ya examinada contenida en él. Es éste un debate que existe ya desde la aprobación de la Compilación en 1967, pero en el que creo que indirectamente ha incidido de forma decisiva la redacción que a la norma se le ha dado en la reforma de 1985.

1. La cuestión bajo la redacción originaria de la Compilación

Recordemos que en ésta inicialmente el juego de la sustitución legal se limitaba a los descendientes y a los hermanos del testador. Pues bien, bajo esa redacción un importante grupo de autores defendió la aplicación de la sustitución a la sucesión intestada, basándose en la colocación sistemática del artículo, en el Título sobre *«Normas comunes a las diversas clases de sucesión»*, y en que el texto del artículo no establece distinción alguna y habla de *«causante»* y no de *«testador»*. Ésta era la opinión sostenida, entre otros, por LACRUZ BERDEJO, quien lo consideraba aplicable incluso al recobro de liberalidades de los arts. 129 y siguientes de la Compilación y a la sucesión troncal, si bien señalaba que en cualquier caso la aplicación de la sustitución legal no podía llevar a que se superara el cuarto grado en la sucesión intestada, salvo en la sucesión en bienes troncales de abolorio del art. 133; por esta razón, este autor criticaba el texto del art. 132.1.º y consideraba perturbadora la alusión de dicho precepto al derecho de representación. En el mismo sentido, BELLED HEREDIA.

Por el contrario, otro grupo de autores consideraba que sólo se debía aplicar a la sucesión testada, arguyendo la remisión general que en cuanto a la sucesión intestada establece la Compilación al Código Civil salvo en los aspectos que regula expresamente (art. 128 y 135) y que en estos aspectos específicamente regulados en la Compilación, cuando se quiere que juegue el derecho de representación así se dice, como sucede en el art. 132.1.º, para la sucesión troncal a favor de hermanos. Además, en la sucesión intestada no hay sustitución legal, sino, en su caso, derecho de representación, que son cosas diferentes.

De aplicarse el art. 141 a la sucesión intestada, surgirían las siguientes diferencias de régimen jurídico respecto de la normativa del Derecho común:

- a. En cuanto a los supuestos en que se produciría la sustitución, tendríamos que en Aragón la habría también en el caso de renuncia, mientras

que el derecho de representación del Código Civil no rige en tal caso. Es decir, también en caso de que renunciara uno de los herederos abintestato que fuera descendiente o hermano del testador, entrarían en su lugar sus descendientes.

- b. Y por lo que se refiere a las personas a cuyo favor juega, tendríamos que en Aragón la sustitución legal se aplicaría en la línea colateral no sólo respecto de los hijos de hermanos, como en el Código Civil, sino también a favor de los descendientes de ulterior grado de los hermanos, es decir, nietos y descendientes posteriores de éstos.

2. Incidencia de la reforma de 1985

Los autores que han escrito sobre el tema después de la misma se han manifestado mayoritariamente partidarios de su aplicación a la sucesión intestada sin reparar demasiado en las consecuencias que ello conlleva tras la indicada reforma. Así, en esta línea partidaria de aplicarla a la sucesión intestada —e incluso a la contractual, según veremos— se han manifestado MERINO HERNÁNDEZ y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ.

Sin embargo, en mi opinión, la cuestión no puede ser examinada de la misma forma tras la indicada reforma. El factor distorsionante introducido por ésta, y que no ha sido debidamente considerado, ha sido la eliminación del límite subjetivo que con anterioridad restringía el juego de la sustitución legal a los descendientes y hermanos del causante. Esta supresión hace, como se vio, que la sustitución legal pueda aplicarse respecto de cualquier sucesor, y consecuencia de ello es que el juego de la sustitución legal en la sucesión abintestato lleve a resultados absurdos. En efecto, y centrándonos en la sucesión no troncal, mientras hereden los descendientes, o en su defecto ambos padres, no hay problema. Ahora bien, en defecto de alguno de los padres, o si es de ambos en defecto de alguno de los ulteriores ascendientes, la aplicación del art. 141 impondría que ese ascendiente fuera sustituido por sus propios descendientes, con lo cual:

- Los colaterales nunca serían llamados como tales, ya que siempre actuarían en sustitución del ascendiente común que tuvieran con el causante, ocupando por tanto su lugar. Lo que llevaría a las siguientes consecuencias:
 - El padre o madre concurriría con los hermanos o en defecto de alguno con los sobrinos del causante, en sustitución del padre que faltara.
 - En defecto de padres y hermanos y sobrinos, el abuelo o abuela sobreviviente concurriría con los tíos o en defecto de alguno con los primos del causante, en sustitución del abuelo que falte.
 - En defecto de todos los anteriores, los tíos del causante concurrirían con los primos del causante, en sustitución de los tíos que falte, y a su vez todos ellos en sustitución de los abuelos.

- Y por ello, todos los colaterales se antepondrán al cónyuge viudo, que va después de los ascendientes, en un auténtico retroceso histórico que le relegaría al último lugar del orden intestado.
- En defecto de todo tipo de ascendientes y colaterales y de cónyuge, los hijos no comunes de éste —sin ningún parentesco salvo el de afinidad con el causante— le sustituirían, ocupando su lugar, con lo sucederían antes que la Diputación General de Aragón.

El resultado no sólo es absurdo sino también contradictorio con el sistema de sucesión intestada del Código Civil, que es aplicable en Aragón a la sucesión no troncal por la remisión del art. 135 de la Compilación. Por ello, si se considerara aplicable el art. 141 a la sucesión intestada, habría que concluir que la Compilación tiene una contradicción en su seno, que debe salvarse con los principios interpretativos del art. 3.º del Código Civil y sobre todo con el sentido común, que, en mi opinión, llevan a dar preferencia al régimen de sucesión intestada que la Compilación regula en esa sede, tanto por sistemática como por los resultados a que llevan.

No creo que quepa una vía intermedia, consistente en aplicar el art. 141 sólo respecto de los descendientes y hermanos del causante, sobre todo tras la reforma de 1985 que precisamente tuvo como uno de sus principales objetivos eliminar esa limitación.

3. Consideraciones críticas

Así las cosas, tenemos por un lado que las ventajas del sistema que regula el art. 141 de la Compilación, a las que ha hemos aludido antes, hacen que se tienda a aplicarlo al máximo número de supuestos y se detecta en la práctica una tendencia a hacerlo intervenir también a la sucesión intestada. Y lo cierto es que la utilidad del derecho de elección del renunciante que recoge tal precepto puede hacer pensar en la conveniencia de extenderlo a la sucesión intestada. Pero para ello habría que darle una regulación específica, conforme con las reglas de la sucesión abintestato y directamente relacionada con el derecho de representación, que es el mecanismo que existe en ésta.

En efecto, creo que el error está en intentar dar un tratamiento unitario a la sucesión testada y a la intestada. Ya dije que me parece que también en la sucesión testada debería limitarse el juego de la sustitución a los descendientes de descendientes o hermanos: pero si se decide aplicarlo a los de cualquier heredero o legatario, al menos sepárese de la sucesión intestada, porque en ella ya no es que el tema sea discutible, es que no poner el límite puede llevar a los resultados disparatados que se han expuesto.

Es decir, si se considera oportuno extender a la sucesión intestada el mecanismo que contiene el art. 141 de la Compilación, para que también en la renuncia hereditaria pase la herencia intestada a los descendientes del renunciante salvo que éste expresara su voluntad en contrario, lo que habría que hacer sería establecer una norma especial que modulara el

derecho de representación, por ejemplo, en estos términos: *«En la sucesión intestada, el derecho de representación, en los supuestos en que proceda, tendrá lugar también en caso de renuncia del primeramente llamado, salvo que el renunciante lo excluya»*.

IV. SUCESIÓN CONTRACTUAL

OTROS DERECHOS VIGENTES EN ESPAÑA

Como se sabe, el Derecho común parte de un principio general prohibitivo de los contratos sucesorios, contenido en el art. 1.271.2 del Código Civil, y las escasísimas excepciones existentes a tal principio no han justificado la existencia de una regulación general sobre la materia. Por ello, habrá que acudir a las reglas de la sucesión testada, ya examinadas, para determinar los efectos de la renuncia llevada a cabo por el sucesor en esos escasos supuestos admitidos.

Sin embargo, sí que establecen regulaciones completas sobre los contratos sucesorios otros Derechos españoles, los cuales contienen algunas reglas para el caso de que el primeramente instituido no llegue a heredar. Así:

1. El Código de Sucesiones de Cataluña establece para los heredamientos que el heredero que premuera al heredante transmitirá a sus hijos en la manera y forma en que sean sus herederos su derecho o cualidad de heredero contractual (art. 83).
2. La Compilación del Derecho Civil Foral Navarra dispone en sede de pactos o contratos sucesorios que si el instituido premueve al instituyente dejando descendencia, transmite a ésta su derecho, salvo lo establecido en el propio pacto (Ley 180).
3. Y la Compilación de Derecho Civil de Baleares, establece para la donación universal de bienes presentes y futuros que el donatario que premueve al donante transmitirá, salvo pacto en contrario, a sus herederos todos los derechos adquiridos en virtud de la donación universal (art. 8.^º).

De estas reglas, y por lo que aquí nos interesa, cabe destacar dos cosas:

1. En primer término, que utilizan la denominación *«derecho de transmisión»* para referirse a la sustitución del primeramente designado por sus descendientes o herederos. Y un sector doctrinal entiende que en tales casos no hay verdadera sustitución vulgar, ya que el heredero contractual lo es desde la celebración del contrato y esa condición de heredero ya adquirida es la que transmite. Sin embargo, en mi opinión aquí nos encontramos con una auténtica sustitución vulgar táctica, ya que una cosa es que el pacto sucesorio sea irrevocable y otra cuándo se adquiere el derecho a la herencia o legado, que en el contrato sucesorio

puro no se produce hasta la apertura de la sucesión, no habiendo por tanto transmisión de un derecho ya adquirido sino sustitución en el sucesor. En este sentido, estas reglas no eliminan la aplicación de los mismos mecanismos de la sucesión testada, ya examinados, que también juegan aquí, y actúan en el segundo escalón, es decir, el del derecho de representación o sustitución vulgar legal tácita.

2. Y en segundo término, que limitan estos efectos al supuesto de la premoriencia. Lo cual quiere decir, por lo que nos interesa aquí, que si el designado renuncia, a falta de una sustitución vulgar expresa del instituyente, se aplicarán los mecanismos generales que veíamos para la sucesión testada: lo renunciado pasará por este orden a los coherederos o colegatarios con derecho de acrecer, y en su defecto si es un legado se integrará en la masa hereditaria, y si no pasará a los herederos abintestato.

DERECHO ARAGONÉS

También aquí se contiene una norma específica para la sucesión contractual, similar a las que hemos examinado de los Derechos Catalán, Navarro y Balear. Concretamente, el art. 105 de la Compilación, bajo el epígrafe «*Derecho de transmisión*», dispone lo siguiente:

- «1. *Salvo lo establecido en el pacto sucesorio, el favorecido por un ascendiente que premuera a éste, dejando descendientes, transmite a ellos su derecho.*
2. *Si tales descendientes fueren varios, podrá el instituyente designar a uno de ellos como heredero, o encomendar la designación a fiduciarios, si no lo hubiere hecho ya el primer favorecido».*

No es éste el lugar donde corresponde estudiar a fondo esta regla. Únicamente decir que sobre la expresión utilizada de «*derecho de transmisión*», me remito a lo dicho más arriba; y que en cualquier caso, al igual que pasaba con las reglas similares de otros Derechos examinadas antes, se limita al caso de la premoriencia del instituido y sólo cuando éste es descendiente del instituyente.

Ante esta situación, cabe plantearse si será posible aplicar la regla del art. 141 de la Compilación a los supuestos de la sucesión contractual.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ es partidario de aplicar la norma del art. 141 también a la sucesión contractual, si bien cree necesario aclarar su relación con el art. 105 de la Compilación. También MERINO HERNÁNDEZ ha defendido esta aplicación, aunque afirma que «*habrá que tener en cuenta las especialidades previstas para éste por el artículo 105 de la Compilación, el cual regula un derecho de transmisión a los descendientes del instituido, de corte similar (aunque no idéntico) a la sustitución legal del artículo 141*». Ello supondría aplicar el art. 105 para el supuesto que regula, es decir, el de premoriencia, y el 141, en los de incapacidad y renuncia. Pero tal solución no lleva a resultados muy cohe-

rentes, ya que si el instituido no es descendiente del causante, no podrá ser sustituido por sus propios descendientes en caso de premoriencia (porque en tal caso no hay transmisión según el art. 105), mientras que sí lo será en caso de incapacidad o renuncia (puesto que el art. 141 no exige esa relación familiar entre uno y otro). Otra posibilidad sería defender que el 141 se aplica a todos los casos a los que no se refiere el art. 105, y por tanto también al caso de premoriencia cuando el instituido no sea descendiente del instituyente.

Lo cierto es que se trata de dos normas que no es sencillo enlazar, ya que tienen un origen diferente y se basan en distintas ideas. Realmente, si ya existe una regla, como la del art. 105, que dice en qué casos los descendientes del heredero contractual adquieren los derechos de éste, podría defenderse que fuera de esos supuestos no cabe llamar a los descendientes del heredero salvo que así se haya establecido expresamente en el contrato sucesorio. Por todo ello, creo que si lo que se quiere es extender también a la sucesión contractual el mecanismo del art. 141 habría que expresarlo con más claridad y lo ideal sería que se hiciera dentro del mismo art. 105.

V. SUCESIÓN LEGITIMARIA

CUESTIONES QUE PLANTEA

En este apartado, de lo que se trata es de estudiar la repercusión que en relación con el régimen de las legítimas tiene la renuncia de uno de los legitimarios y los posibles derechos que pueden surgir como consecuencia de ello a favor de sus descendientes. Nos limitaremos a los legitimarios descendientes, puesto que son los únicos que tienen tal carácter en Aragón.

La materia adquiere unos rasgos de extraordinaria complejidad como consecuencia de la problemática que suscita todo el régimen de las legítimas. No es posible aquí desarrollar con la profundidad que requiere todas estas cuestiones, pero no quedará más remedio que tratar los aspectos que más directamente tienen que ver con la solución de los temas aquí planteados.

La primera cuestión que se plantea es cuándo hay verdadera renuncia de la legítima. En este sentido, puede decirse que ésta puede producirse de dos formas:

1. En primer término, puede haber una renuncia a la legítima en cuanto tal. Así sucederá cuando el legitimario no haya recibido del testador la totalidad de la misma, de modo que todavía pueda ejercitar las acciones tendentes a conseguirla. La renuncia a la legítima supone la de utilizar las indicadas acciones, pero no la de lo ya recibido del testador.
2. En segundo lugar, según el criterio doctrinal más ampliamente extendido supone renuncia de la legítima la de cualquier atribución testa-

mentaria que el testador haya hecho a un legitimario y que sea imputable a su legítima. En efecto, renunciar a lo atribuido por el causante y reclamar la legítima excedería los límites de tal derecho, que no comprende la elección del modo de satisfacción, elección que está confiada al causante. Sólo los escasos autores que siguen defendiendo que la legítima supone una tercera forma de sucesión por causa de muerte creen que la legítima y la herencia voluntaria pueden aceptarse y repudiarse independientemente.

Dicho esto, y por lo que se refiere a los efectos que tiene la renuncia a la legítima, las cuestiones a resolver pueden resumirse en dos grupos:

- 1.^a Si la condición de legitimario pasa a los descendientes del renunciante, y en su defecto qué sucede con la parte de legítima que correspondía aquél.

Hay que destacar que este problema no debe ser confundido con el que se suscitaba en las herencias de carácter voluntario. En efecto, obsérvese que ahora ya no hablamos de lo que voluntariamente el testador o disponente le haya dejado, sino de la condición de legitimario, que tiene una posición jurídica muy específica. Es decir, desde un punto de vista abstracto no hay ningún inconveniente en que los descendientes sustituyan al heredero o legatario inicialmente designado en los bienes que a éste se habían dejado pero sin adquirir por ello la cualidad de legitimario, sino como extraños. Las consecuencias prácticas de adoptar una decisión u otra se manifiestan fundamentalmente en la posibilidad o no de reclamar el complemento de legítima y ejercitar las acciones de reducción de liberalidades inoficiosas.

- 2.^a Si resulta que la condición de legitimario sí que pasa a los descendientes, habrá que determinar si éstos, cuando no hayan sido mencionados en el testamento o título sucesorio —y cuya existencia a lo mejor el propio testador o disponente incluso desconocía— deben entenderse preteridos, y en consecuencia si tienen los derechos derivados de la preterición, derechos de gran importancia, puesto que pueden llevar a dejar sin efecto la totalidad o parte importante del testamento o contrato sucesorio.

DERECHO COMÚN

La renuncia de la legítima en el Derecho común sólo es admisible una vez abierta la sucesión (art. 816 del Código Civil). Veamos las soluciones para las dos cuestiones que acabamos de apuntar:

- A) *Destino de la parte de legítima que correspondía al legitimario de primer grado que renuncia.*

Concretamente, en el Derecho común, cuando renuncia uno de los legitimarios descendientes, los mecanismos que operan, por este orden, son los siguientes:

1. Inexistencia del derecho de representación

La solución del Código Civil es la misma que para la sucesión intestada: la renuncia extingue los derechos de la stirpe, con lo que los descendientes del legitimario renunciante no pueden alegar derecho alguno a la legítima. Lo cual quiere decir que aunque esos descendientes recibieran por la vía de una sustitución vulgar testamentaria lo que el causante hubiera dejado al renunciante, no recibirían a la vez la condición de legitimarios, con lo que podrían padecer el ejercicio de las correspondientes acciones de suplemento y de reducción de liberalidades inoficiosas por parte de los demás legitimarios en la medida en que tales atribuciones perjudiquen sus legítimas, igual que si de terceros se tratara, sin poder entrar ahora en la cuestión de si debe entenderse que esa porción la reciben a título de mejora. Es lo contrario que sucede con los casos de premoriencia (art. 814), incapacidad (art. 761) y desheredación (art. 857), en donde sí existe derecho de representación.

2. Acrecimiento

Renunciando alguno de los legitimarios, aumenta la legítima de los demás legitimarios de su mismo grado. Así, el art. 985 del Código civil dice lo siguiente: *«Entre los herederos forzosos el derecho de acrecer sólo tendrá lugar cuando la parte de libre disposición se deje a dos o más de ellos, o a alguno de ellos y a un extraño. Si la parte repudiada fuere la legítima, sucederán en ella los coherederos por su derecho propio, y no por el derecho de acrecer»*. De donde resulta que los «coherederos forzosos» tienen derecho a aumentar su cuota legitimaria individual cuando algún otro renuncia la suya, no contándose entonces en el reparto de la global a los renunciantes ni tampoco a los desheredados o indignos que no tengan representante.

Éste criterio es diferente al del Código de Sucesiones Catalán, procedente del Derecho romano, y que establece que *«para determinar la legítima individual entre varios legitimarios hacen número el que sea heredero, el legitimario que la haya renunciado, el que haya sido desheredado justamente y el declarado indigno de suceder al causante»* (art. 357.1), y si bien se añade que *«no obstante, los hijos o los descendientes del desheredado o el declarado indigno, que sea hijo del causante, son legitimarios por derecho de representación»* (art. 357.2), no hay una regla similar para los descendientes del renunciante. Es decir, la legítima renunciada no incrementa la de los demás legitimarios, sino que pierde su carácter de tal y por tanto pasa a incrementar la parte libre, reduciéndose el *quantum* global de la legítima. Esta solución es más favorable a la libertad de disposición por causa de muerte, ya que restringe la dimensión de la legítima, al perder tal carácter la parte que en ella correspondía al renunciante.

3. Extinción de la legítima

Si no juega el derecho de representación y no existen colegitimarios, se extingue la legítima. La solución va más lejos que en sede de sucesión intestada, donde si renuncian todos los hijos, son llamados los nietos por derecho propio. En cambio, en sede de legítima, la renuncia de todos los legitimarios

de primer grado provoca la extinción de la legítima, sin que los de segundo grado tengan derecho a ella por derecho propio. Esta solución suele considerarse pacífica en la doctrina (VALLET DE GÖYTISOLO).

B) Preterición de los descendientes ulteriores

Esta cuestión no se llega a plantear, ya que si, como hemos dicho, no hay en caso de renuncia derecho de representación a favor de los descendientes del renunciante, de modo que se extinguen los derechos de la stirpe y la condición de legitimario no pasa a los descendientes del renunciante, no ha lugar a plantearse si éstos deben considerarse preteridos. De todos modos, decir que para los demás casos, en los que sí juega el derecho de representación (premorienza, incapacidad y desheredación), la respuesta contraria a la existencia de preterición aparece en el art. 814.3 del Código Civil, ya examinado antes: *«los descendientes de otro descendiente que no hubiera sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente y no se consideran preteridos»*.

DERECHO ARAGONÉS

No resulta nada sencillo determinar qué derechos tienen en el ámbito legitimario los descendientes ulteriores del descendiente renunciante. Las dificultades se derivan del carácter colectivo de la legítima aragonesa, que incide de modo muy particular en la resolución de los problemas que aquí se suscitan, y de los defectos técnicos que presenta en general la regulación aragonesa sobre las legítimas. Sobre esta problemática hay que determinar la posible aplicación a este campo del art. 141, que, por cierto, menciona al *«legitimario»* al lado del heredero como sujeto susceptible de ser sustituido; precisamente en última instancia será preciso ver cuál puede ser el significado que hay que dar a esa referencia que el art. 141 hace al *«legitimario»*.

Vamos a intentar seguir el mismo esquema que anteriormente y por tanto a plantearnos la solución a las dos cuestiones que hemos planteado.

A) La sustitución en la legítima por los descendientes

Se trata, pues, de determinar si la condición de legitimario pasa a los descendientes del legitimario de primer grado que renuncia. Responder a esta pregunta en Aragón es bastante más complicado de lo que puede parecer a primera vista, porque el concepto de legitimario no es unitario, ya que mientras algunos de los derechos que comprende la condición de tal corresponden a determinados descendientes y otros se atribuyen a otros. Y, particularmente, hay que distinguir dos planos: las relaciones de los legitimarios entre sí y las de éstos con terceros que lesionen la legítima colectiva.

1. Relaciones de los legitimarios entre sí

Aquí nos encontramos con que todos los descendientes son legitimarios, no sólo los de primer grado, ya que todos ellos pueden ser beneficiarios de la

legítima colectiva. Por ello, todo descendiente, del grado que sea, que recibe una atribución gratuita del causante, cualquiera que sea la vía por la que la recibe, está inmune frente a una reclamación por parte de otro descendiente basada en la protección de la legítima. Desde este punto de vista, el art. 141 influye en el ámbito legitimario pero por una vía indirecta: en la medida en que como consecuencia de la renuncia del descendiente de primer grado sea éste sustituido por sus propios descendientes en los derechos sucesorios que a aquél le correspondían en la herencia del causante, éstos, como descendientes que también lo serán del causante, participarán en el reparto de la legítima. Como se ve, la relación es sólo indirecta, y al mismo resultado se llegaría si la sustitución se produce por haberlo previsto expresamente el testador en vez de por efecto de la norma del art. 141. Desde este punto de vista, la referencia de dicho artículo al «legitimario» no tiene virtualidad práctica.

2. Relaciones de los legitimarios con terceros que lesionen la legítima colectiva (el complemento de legítima)

A diferencia de lo que sucede en el primer aspecto, resulta que ya no son iguales todos los descendientes, puesto que el derecho a reclamar la parte de legítima que se encuentre en posesión de dichos terceros no corresponde a todos ellos. Este tema de qué derechos tienen los descendientes en relación a la legítima colectiva cuando parte de ella está en poder de terceros como consecuencia de liberalidades del causante que resulten inoficiosas es capital para acabar de perfilar el sistema legitimario aragonés, y lo cierto es que me parece que la regulación contenida en el art. 124 de la Compilación, no tiene la suficiente coherencia.

Es preciso detenerse aquí un poco y examinar la cuestión. Y sobre el particular creo conveniente hacer las siguientes consideraciones:

En mi opinión, lo más coherente con el sistema legitimario diseñado por la Compilación sería entender que aunque la legítima aragonesa sea colectiva para el causante, una vez que éste ha distribuido su herencia entre los legitimarios, debe considerarse que ya ha distribuido también la legítima entre éstos, precisamente en la misma proporción en que haya repartido aquélla; y es en esa proporción en la que deberían los legitimarios poder reclamar el complemento de legítima mediante la reducción en su favor de las liberalidades inoficiosas, con independencia del título por el que el causante les haya atribuido la legítima, puesto que cualquier título es hábil para el pago de ésta.

Ahora bien, el art. 124 de la Compilación, al regular la «*lesión de la legítima colectiva*», no atiende a ese criterio sino que se basa en el título por el que resulten beneficiados los legitimarios. En efecto, dicho precepto dispone:

«Artículo 124. No alcanzando los beneficios percibidos por el conjunto de legitimarios a la cuantía de la legítima colectiva, cualquiera de ellos designado heredero, donatario universal o, en otro caso, cualquiera descendiente sin mediación de persona capaz de heredar, podrá pedir, en cuanto le perjudiquen, la reducción de las liberalidades hechas en favor de no descendientes».

Explica LACRUZ BERDEJO que en este punto *«la Comisión compiladora aragonesa y antes el Seminario que preparó sus trabajos trataron aquí de adecuar la atribución del resto de legítima global no señalado ni satisfecho por el causante a su presumible voluntad, y por ello la reducción de las liberalidades la concede la ley al heredero o donatario universal, en quien se concentra la legítima global, entendiéndose que los demás legitimarios sólo tienen derecho a la cosa o cantidad concretas señaladas por el causante»*. Ahora bien, él mismo reconoce a continuación que *«alguna vez, como ocurre siempre con las reglas abstractas, el resultado será contradictorio con la voluntad del causante, como si éste ha hecho importantes donaciones en vida a hijos suyos, y otras a extraños, hasta el punto de no quedarle prácticamente nada al fallecer, e instituye entonces heredero universal a un hijo a quien nada donó, con ánimo de darle alguna cosa, si algo queda pagadas las deudas, pero no de igualarle o preferirle en relación a sus hermanos; puede suceder que, mediante el ejercicio de la acción de reducción, consiga mayor suma de bienes que todos los demás juntos»*. Ya he manifestado mi opinión contraria a este criterio; precisamente con la solución que he dicho que me parece más adecuada —atribuir el derecho al complemento en la misma proporción que el testador haya beneficiado a los legitimarios, con independencia del título de la atribución— no se daría el problema al que se refiere LACRUZ.

En cualquier caso, son muchas las dudas que plantea este importante precepto, empezando por si el testador puede establecer un régimen diferente sobre el particular. No es posible analizar aquí toda la problemática que suscita, y únicamente vamos a centrarnos en los aspectos que interesan más directamente a la cuestión que estamos estudiando.

En este sentido, el precepto establece dos grupos de legitimarios a los efectos del posible ejercicio de la acción que regula.

- a. En primer término, quien puede reclamar el complemento de legítima, exigiendo la reducción de las liberalidades que perjudican la legítima colectiva, es *«cualquiera»* legitimario *«designado heredero o donatario universal»*. Son 2 los datos que perfilan este primer grupo:

- De una parte, se utiliza la expresión *«cualquiera»*, lo cual quiere decir que están aquí incluidos todos los descendientes del causante, no sólo los de primer grado.
- De otra, es preciso que el legitimario en cuestión haya sido *«designado heredero o donatario universal»*. Éste viene a convertirse en el dato esencial. Ya hemos dicho cuál parece ser que la intención del legislador, de lo que parece deducirse con claridad que el *«heredero»* del que habla es el sucesor a título universal, no cualquier sucesor.

Si hay varios legitimarios que reúnan estos requisitos, lo que podrá obtener cada uno por esta vía será una fracción de esa parte de legítima en poder de no legitimarios proporcional a la cuota en que sean herederos, sin tener en cuenta las atribuciones singulares que a cada uno pudo hacer el testador.

- b. En segundo término, se dice «*en otro caso*», el derecho de reclamar el complemento de legítima podrá ejercitarlo «*cualquiera descendiente sin mediación de persona capaz de heredar*». Dejamos para otro lugar la interpretación de la expresión «*en otro caso*» y partamos de que quiere decir en defecto de los legitimarios indicados anteriormente. Lo que nos interesa destacar es que aquí ya no basta con ser descendiente sin más, sino que hace falta ser un «*descendiente sin mediación de persona capaz de heredar*»; es decir, que no tenga un ascendiente que sea también descendiente del causante y capaz de heredar. Es el mismo concepto que determina la susceptibilidad de ser preterido (art. 120) y de reclamar alimentos de los sucesores del causante (art. 121) y su determinación concreta es lo que deberemos plantearnos. Por lo demás, no aclara tampoco el precepto qué es lo que estos descendientes del segundo grado podrán obtener a través del ejercicio de la acción de lesión de la legítima, aunque suele entenderse que habrá que estar a las proporciones en que les correspondería heredar abintestato, sin tener en cuenta las atribuciones singulares, donaciones o legados (LACRUZ BERDEJO); por mi parte, ya he dicho que me parecía más adecuado que este derecho a obtener el complemento de legítima pudiera ejercitarse en proporción a lo que el testador hubiera dejado a cada uno de esos descendientes.

Pues bien, lo que aquí tenemos que plantearnos es si hay **sustitución en el derecho a reclamar el complemento**. Es decir, qué sucederá si renuncia uno de los descendientes que en principio según este precepto tiene derecho a pedir el complemento de la legítima (por estar en el primer grupo o, en defecto de los de éste, por estar en el segundo), si ese derecho al complemento pasará a sus descendientes. Y creo que la respuesta acertada es la negativa, de modo que tales descendientes no adquirirán el derecho al complemento de la legítima, ni siquiera aunque recibieran la parte del renunciante por sustitución vulgar expresa o por la sustitución del art. 141.

Es cierto que la solución contraria, favorable a darles este derecho, podría basarse en la mención al «*legitimario*» que hace el art. 141 y en la expresión «*cualquiera descendiente*» del art. 124. Pero como hemos dicho, es un principio general en todos los Derechos españoles que la renuncia extingue los derechos legitimarios de la stirpe y no creo que haya razones de suficiente peso para considerar que en Aragón la solución es diferente.

El art. 141 no resulta aplicable. Por un lado, para los descendientes del primer grupo, que sean herederos o donatarios universales, no es el art. 141 sino la adquisición de tal condición de heredero o donatario universal lo que determina la posible existencia del complemento. Como pasaba antes, la relación con este artículo es sólo indirecta, porque al mismo resultado se llegaría si la sustitución se produce por haberlo previsto expresamente el testador en

vez de por efecto del art. Por tanto, la utilización de la expresión «*legitimario*» del art. 141 no resulta tampoco útil aquí. Y por otro, para los del segundo grupo, para la determinación de los descendientes con derecho al complemento vuelve a ser inútil el art. 141, ya que la solución nos la da directamente la forma que utiliza la Compilación de determinar quiénes son los legitimarios que entran en este segundo grupo: «*cualquiera descendiente sin mediación de persona capaz de heredar*». O sea, que lo que habrá que hacer es determinar si los descendientes del renunciante entran dentro de este grupo, y ya he dado mi opinión negativa por las razones expresadas.

Y en cuanto al art. 124 creo que al no precisar exactamente cuáles son los descendientes ulteriores que adquieren el derecho al complemento nos debe llevar a la aplicación de las normas generales, que, como hemos dicho, determinan el agotamiento de los derechos legitimarios de la estirpe por la renuncia.

Es decir, los descendientes del legitimario renunciante no adquieren el derecho al complemento de legítima frente a terceros que correspondía a éste. Lo que nos lleva a plantearnos si entonces la renuncia produce un acrecimiento en cuanto a ese derecho al complemento a favor de los legitimarios. Ya dijimos que ésta es la solución que da el Código Civil. Ahora bien, no creo que ésta deba ser necesariamente la que se aplique al Derecho Aragonés. Es también posible entender extinguido el derecho al complemento en cuanto a la porción que correspondía al renunciante, de modo similar a como hemos visto que sucede en el Derecho Catalán; con lo cual esa parte de la herencia quedaría libre de las posibles acciones de complemento de legítima. Ciertamente no hay ninguna norma específica en la que basar esta solución, pero tampoco la hay que establezca claramente la contraria, y, además, de esa forma se refuerza más la libertad de testar, que se puede decir que constituye una tendencia histórica del Derecho Aragonés.

B) Preterición de los descendientes ulteriores

Quien defendiera que la referencia que el art. 141 hace al «*legitimario*» es suficiente para entender que la condición de tal pasa a los descendientes de renunciante, entonces podría llegar a concluir que si no han sido mencionados en el testamento y no llegan a recibir nada del causante podrían considerarse preteridos.

Ahora bien, en las líneas anteriores se ha llegado a la conclusión contraria, de que la condición de legitimario no pasa a los descendientes del renunciante. Por ello, lógicamente, no podrán éstos considerarse preteridos, con independencia de que hayan llegado a sustituir al renunciante en los derechos que le atribuyó el causante (ya por aplicación de la sustitución del art. 141, ya por sustitución vulgar expresa), o no, incluso aunque ello sea por ejercer el renunciante el derecho de excluir la sustitución legal.

VI. CONCLUSIONES

Aun arriesgándome a no acertar a sintetizar lo esencial de las complejas disquisiciones realizadas en este trabajo, creo que puede ser útil hacer un intento de extraer las principales ideas que se han expresado:

- 1ª. Los obstáculos para determinar con precisión cuál es el destino de la porción hereditaria renunciada en Aragón arrancan fundamentalmente de las dificultades interpretativas que suscita el art. 141 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón. Este precepto, a mi juicio, lo que viene a establecer es una sustitución vulgar tácita a favor de los descendientes del primeramente designado, sustitución que la ley presume implícita en la voluntad del testador que aunque olvidó preverla no la excluyó.
- 2ª. Esta sustitución, respecto de los mecanismos de finalidad similar existentes en otros Derechos españoles, presenta tres importantes particularidades:
 - Desde que la reforma de 1985 suprimió como presupuesto para que la sustitución pudiera operar que el sustituto fuera descendiente o hermano del testador, la sustitución puede actuar cualquiera que fuera el primeramente designado. Esta supresión, a mi juicio, no resulta correcta y debería volverse al texto anterior, puesto que esa voluntad del testador supuestamente favorable a la sustitución sólo cabe presumirla dentro del ámbito familiar próximo.
 - La sustitución rige en el caso de renuncia hereditaria, y no sólo en los de premoriencia e incapacidad sucesoria.
 - Ligado con esto último se encuentra la introducción también por la reforma de 1985 de la facultad del propio renunciante de excluir el juego de la sustitución a favor de sus descendientes, con la aclaración de que ello no suponía aceptar la herencia. Esta facultad, aun habiendo sido muy discutida al principio, ha dado gran libertad de actuación a los sucesores en Aragón y se encuentra asimilada, por lo que conviene mantenerla.
- 3ª. La supuesta pretensión de dar a través del art. 141 una solución unitaria y omnicomprendensiva para todos los supuestos de sucesión crea problemas, puesto que no resulta posible dar el mismo tratamiento a instituciones y mecanismos sucesorios distintos.
- 4ª. En la sucesión testada, se aplican los mecanismos generales del Derecho común, que, por este orden, son: sustitución vulgar, derecho de acrecer, refundición del legado renunciado en la masa hereditaria y apertura de la sucesión intestada; y además el mecanismo de la sustitución legal, que opera tras la sustitución vulgar y antes que los demás.

La preferencia que tiene la sustitución vulgar expresa frente al mecanismo del art. 141 plantea la dificultad de que cuando el testador haya previsto aquélla, no podrá acudir al mecanismo, más flexible y favorable, regulado en tal artículo. Por ello, tal vez cabría proponer una reforma de la Compilación en el sentido de que también cuando hubiera sustitución vulgar expresa, y salvo que el testador lo excluyera, existiera la facultad del renunciante de excluir la sustitución vulgar.

- 5ª. La renuncia a la sucesión intestada se rige en principio también por los mecanismos generales: no existencia del derecho de representación, acrecimiento entre coherederos y avance de grado, línea u orden.

Ahora bien, plantea serias dudas en cuanto a la posible aplicación del art. 141, sobre todo tras suprimirse en 1985 la limitación de parentesco, ya que al menos cuando se intenta aplicar en la línea ascendente se llega a resultados absurdos. No obstante, se aprecia una tendencia práctica favorable a su aplicación en los demás casos, con el fin de obtener los favorables efectos del mismo. Para evitar las dudas que suscita la actual regulación y obtener en la sucesión intestada los mismos efectos que prevé el art. 141, debería reformarse la regulación, actuando sobre el derecho de representación, que es el mecanismo propio de esta clase de sucesión.

- 6ª. La renuncia a la sucesión contractual también suscita el problema de si le es aplicable el art. 141, lo que resulta discutible ante la existencia de una norma en el art. 105 de la propia Compilación regulando un supuesto específico de sustitución del heredero contractual, con requisitos y mecanismos de actuación propios, más restrictivos. Por ello, si se quiere que no haya dudas sobre la aplicación a dicha sucesión de la sustitución legal, habría que regularlo expresamente modificando el art. 105.

- 7ª. En el ámbito legitimario, la determinación de si los derechos del legitimario que renuncia pasan a sus propios descendientes resulta una cuestión compleja de resolver y no puede ser resuelta por la aplicación del art. 141, debiendo acudir al art. 124, regulador de la acción de complemento de legítima. Concretamente:

- En las relaciones entre sí, los descendientes del renunciante nada podrán reclamar a los demás descendientes del testador que hayan sido favorecidos por éste, incluso aunque no lleguen a recibir nada del causante.
- En relación a los terceros que lesionen la legítima colectiva, los descendientes del renunciante carecen del derecho a reclamar frente a ellos el complemento de legítima que habría correspondido al renunciante, aun en el caso de que le sustituyan en la por-

ción hereditaria correspondiente a éste. Porque la referencia a los descendientes del art. 124, ante la ausencia de una norma específica aragonesa, debe entenderse en coherencia con los principios generales que en España rigen sobre la materia, que no admiten tal sustitución.

Aunque pueda en principio resultar más sencilla la solución de que la parte de legítima que correspondía al renunciante incrementa la de los demás colegitimarios (como pasa en el Derecho común), creo más ajustado al principio de libertad de testar que inspira el Derecho Aragonés entender que esa parte se extingue, reduciéndose por tanto el importe global de la legítima (como sucede en el Derecho Catalán).

VII. BIBLIOGRAFÍA

Aparte de la de carácter general, muy numerosa, sobre la cuestión específicamente aragonesa, pueden citarse los siguientes trabajos y obras:

LACRUZ BERDEJO, José-Luis: «Derecho de Sucesión por causa de muerte. De las legítimas», en el *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza*, número 26, 1 de julio de 1967.

LACRUZ BERDEJO, José-Luis: «Preterición e injusta desheredación en el Derecho aragonés vigente», *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre 1968.

BELLED HEREDIA, José-María: «La sucesión intestada en Aragón», en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 465, marzo-abril de 1968.

LACRUZ BERDEJO, José-Luis: «La defensa de la legítima material en la Compilación Aragonesa», en *Estudios de Derecho Civil en Honor del Profesor Castán*, 1969.

CAMÓN AZNAR, Leonardo: «Comentarios al art. 141 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón», en el *Homenaje a Francisco Palá*, 1974.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *La sucesión contractual aragonesa. Comentarios*, 1978.

LACRUZ BERDEJO, José-Luis: Prólogo a Vattier Fuenzalida, *El derecho de representación en la sucesión mortis causa*, 1986.

CORRAL MARTÍNEZ, Rafael y SANCHO GARGALLO, Ignacio: «Parque General y Normas Comunes a las diversas clases de sucesión», en *Estudios sobre Derecho Sucesorio Aragonés*, Trabajos del *Seminario de Derecho Foral* (Curso 1985-86). Departamento de Derecho Civil Universidad de Zaragoza.

MERINO HERNÁNDEZ, José-Luis: «Comentarios al Código Civil y Compilación Forales», comentarios a los artículos 105, 122, 123, 124 y 141 de la Compilación de Aragón, Tomo XXXIV, volúmenes 1º y 2º, 1988, Editorial *Revista de Derecho Privado*.

- GARCÍA AMIGO, Manuel: «Comentarios al Código Civil y Compilación Forales», comentario al artículo 120 de la Compilación de Aragón, Tomo XXXIV, volumen 2º, 1988, Editorial *Revista de Derecho Privado*.
- CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «La sustitución legal en Aragón», en el *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, número 120 de 1 de enero de 1991.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos: «Algunas consideraciones sobre la sustitución legal del artículo 141 de la Compilación Aragonesa», en *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Volumen I, 1992.
- NAVARRO VIÑUALES, José-María: «Algunos problemas prácticos en materia de sucesión paccionada en el Derecho Aragonés», Colaboración a la Ponencia «Sucesión paccionada y pacto al más viviente», *Actas de los Segundos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, noviembre-diciembre de 1992.
- Ponencia elaborada por Calatayud Sierra, Adolfo (ponente), Martínez Lasierra, Ignacio, y Gil Nogueras, Luis A. (componentes): «Las legítimas en Aragón», *Actas de los Terceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, noviembre-diciembre de 1993.
- Ponencia elaborada por Navarro Viñuales, José-María (ponente), Delgado Echevarría, Jesús, y Batalla Carilla, José-Luis (coponentes): «Instituciones forales aragonesas necesitadas de urgente reforma en materia sucesoria», *Actas de los Cuartos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, noviembre de 1994.

NOTAS Y CUESTIONES PRÁCTICAS*

* Esta sección está abierta a los distintos profesionales del Derecho (notarios, registradores, abogados, procuradores, letrados, asesores jurídicos, jueces y magistrados, secretarios judiciales, profesores, becarios, y cualesquiera otros) para que formulen, de forma breve y sin notas, los problemas, casos, cuestiones, etc., que se les presenten en su ejercicio profesional y guarden alguna relación con el Derecho civil aragonés.

EL TRATAMIENTO DE LA FIDUCIA SUCESORIA ARAGONESA EN EL IMPUESTO DE SUCESIONES

JOAQUÍN ORIA ALMUDÍ
Registrador de la Propiedad de Barbastro

Estas notas sobre el tratamiento fiscal de la fiducia aragonesa en el impuesto de Sucesiones, pretenden plantear brevemente y desde el punto de vista teórico una cuestión práctica muy frecuente, y que resulta difícil de explicar a los sujetos pasivos del Impuesto de Sucesiones, porque, como se intentará analizar, existe una divergencia entre el concepto y efectos civiles de la situación en la que quedan los posibles beneficiarios de la fiducia aragonesa, y el tratamiento que dichos hipotéticos beneficiarios reciben en el Impuesto de Sucesiones. Antes de entrar en el fondo del problema, parece necesario refrescar los conceptos y los antecedentes legislativos, por lo que estas notas se ordenan con arreglo al siguiente:

SUMARIO: I. LA FIDUCIA SUCESORIA. BREVE CONCEPTO. — II. REGULACIÓN FISCAL: 1. ANTECEDENTES. — 2. REGULACIÓN ACTUAL. CRÍTICA. — III. CONCLUSIÓN.

I. LA FIDUCIA SUCESORIA. BREVE CONCEPTO

Numerosas instituciones del Derecho Aragonés, demuestran la preocupación de los antiguos fueros en proteger el patrimonio familiar o «la casa», y la de que el cónyuge viudo ostente una posición dominante a pesar del fallecimiento de su consorte, así, la sociedad conyugal continuada, o el usufructo universal del cónyuge viudo, y, por supuesto la fiducia sucesoria sea a favor del cónyuge supérstite o a favor de los parientes.

La institución de la fiducia sucesoria ha sido y es una de las figuras jurídicas más características del derecho foral aragonés en general y del sucesorio

en particular, y es probablemente la institución sucesoria aragonesa más frecuente de las que necesitan un pacto expreso para su efectividad.

La razón de la vigencia de la fiducia en la sociedad actual, a pesar del paso de los siglos y de los radicales cambios sociales, reside en que la versatilidad de su uso, la hace válida para resolver necesidades sentidas tanto por la actual población residente en medios rurales, en el que ha sido tradicionalmente muy utilizada, como por la población residente en medios urbanos.

Tradicionalmente la fiducia se pactaba en capítulos matrimoniales prenupciales, en los que también comparecían los padres de los futuros contrayentes para instituirles herederos o dotarles, y su principal finalidad era y es, la de evitar la sucesión intestada, y la de mantener en una sóla propiedad el patrimonio agrícola familiar, eligiendo al descendiente más capacitado, o al que se ha mantenido en la casa. Hoy éste planteamiento sigue siendo válido en muchas zonas del Alto Aragón. Estos fines suponen que sea también muy frecuente el establecer una fiducia colectiva o de parientes, bien para ejercerla conjuntamente con el cónyuge sobreviviente, o bien para ser ejercitada supletoriamente sólo en el caso de que el sobreviviente fallezca sin haber hecho uso de sus facultades fiduciarias.

En los ámbitos urbanos actuales, cambian las formas y los fines, pero la fiducia siguen teniendo plena actualidad. No se pacta en capítulos matrimoniales —que sólo se usan para intentar escapar de algún apuro económico mediante un veloz cambio de régimen económico— sino que se establece al otorgar testamento mancomunado, y exclusivamente a favor del cónyuge sobreviviente, sin que sean llamados en ningún caso los parientes, y la finalidad ya no es la evitar el proindiviso resultante de la sucesión sino la de intentar que el cónyuge sobreviviente quede en la mejor de las situaciones posibles. Se trata normalmente de cónyuges de bastante edad, bien avenidos, y que ante la limitación de la legítima de los descendientes, optan por completar el usufructo universal legal, con la concesión de facultades fiduciarias.

No pretende éste trabajo realizar un estudio en profundidad sobre la regulación de la fiducia en nuestra Compilación, ni analizar cuál sea la verdadera naturaleza jurídica de la situación en que se encuentran el o los fiduciarios y los posibles beneficiarios de tal fiducia, pero sí es necesario exponer brevemente la regulación de la institución en el derecho aragonés, pues la normativa fiscal debe aplicarse « con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica...del hecho imponible» (Art.25 Ley General Tributaria), por lo que, sin profundizar en teorías civiles, sí que debemos conocer el contenido y el funcionamiento de la fiducia sucesoria.

Se encuentra regulada en los artículos 110 a 118 de la vigente Compilación, que dedica los cuatro primeros a disposiciones generales y el resto a la fiducia colectiva. Los problemas de la fiducia sucesoria en relación al impuesto de sucesiones, son idénticos en el caso de que sea el fiduciario el cónyuge viudo o en el de que lo sean los parientes, por lo que en lo sucesivo, aunque por comodidad o por su mayor utilización, nos refiramos al cónyuge como

fiduciario, en nada cambiaría el planteamiento si los fiduciarios son los parientes.

En general, la fiducia es una declaración realizada por una persona en testamento o en escritura pública a virtud de la cual concede a su cónyuge o a dos o más parientes la facultad de ordenar su sucesión entre sus descendientes y parientes consanguíneos hasta el cuarto grado.

En un primer momento, el futuro causante designa en vida al fiduciario para que, una vez acaecido su fallecimiento, éste ordene su sucesión. Este es un nombramiento teórico que no tendrá efectividad si por ejemplo el testador revoca la designación de fiduciario, o si el designado fiduciario premuere al testador o si la designación queda sin efecto por alguna de las causas legales de los puntos 2 y 3 del artículo 110. Si no tiene efectividad el nombramiento de fiduciario, ya no se plantean los problemas fiscales que aquí se tratan de abordar, por lo que dejamos a un lado tal hipótesis.

Una vez abierta la sucesión y en el supuesto de que el nombramiento de fiduciario no hubiera resultado ineficaz, las facultades del fiduciario son genéricamente las de ORDENAR LA SUCESIÓN del causante. Y ésta ordenación, puede realizarla o no realizarla —con la salvedad del artículo 118 para la fiducia colectiva—; y si la realiza debe hacerlo en testamento o en escritura pública, puede hacerla de forma revocable o irrevocable; y puede también ejercitarla de manera total o parcial y aun en tiempos distintos, a menos que el causante haya dispuesto otra cosa (Arts. 111 y 112).

Nos encontramos por tanto con un cónyuge viudo, con facultades fiduciarias, que puede ordenar la sucesión de su premuerto consorte entre los descendientes de éste, pero en la forma, tiempo y cuantía que bien le parezca. Este cónyuge no tiene un ius disponendi sobre los bienes de la herencia, sino una facultad de ordenar la sucesión. Los posibles beneficiarios del ejercicio de la fiducia —parece preferible denominarles así que fideicomisarios— no adquieren de momento nada por herencia de su ascendiente, pues hasta que el fiduciario ordene la sucesión no es posible saber quiénes van a ser los sucesores, ni en qué cuantía ni en qué momento. Es importante resaltar que independientemente de la naturaleza jurídica que se le de a esa situación de expectativa, o pendencia, en tanto en cuanto el fiduciario no ordene la sucesión, los beneficiarios no adquieren bienes o derechos de la masa hereditaria. Nos encontramos ante una herencia abierta y no deferida a favor de nadie en concreto, sino a favor de un colectivo de beneficiarios, entre los que dado el carácter meramente formal de nuestra legítima colectiva, es frecuente que alguno o algunos de ellos no lleguen a adquirir bienes de la herencia.

Si el cónyuge viudo con facultades fiduciarias las ejercita en testamento, ello no supone que los beneficiarios del ejercicio adquieran realmente lo asignado en dicho testamento, pues el fiduciario podrá revocarlo y realizar diferentes asignaciones fiduciarias. Sólo cuando el fiduciario ejercita sus facultades por acto inter vivos, o cuando debido a su fallecimiento es posible conocer su última y definitiva declaración de voluntad testamentaria, puede

decirse que hay una real delación de la herencia a favor de los beneficiarios de la fiducia, que pueden hacer efectiva mediante la aceptación de la misma.

Por tanto, y con independencia de los problemas y discusiones civiles que plantea la institución acerca de la naturaleza de las facultades del fiduciario y la de los derechos de los beneficiarios de la fiducia, lo cierto es que en tanto en cuanto el fiduciario no haga ejercicio total o parcial de sus facultades, los posibles beneficiarios no tienen más que una expectativa, que no se concreta en la adquisición de bienes hasta el momento del ejercicio.

II. REGULACIÓN FISCAL DE LA FIDUCIA EN EL IMPUESTO DE SUCESIONES

ANTECEDENTES

El Texto Refundido de los Impuestos de Sucesiones y Transmisiones Patrimoniales y Actos jurídicos Documentados, aprobado por Decreto 1.018/1.967, de 6 de Abril, regulaba en el punto 9 de su artículo 35 la liquidación de la fiducia en los siguientes términos:

«En la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se practique a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girará con carácter provisional por igual a todos los herederos cuando no hubiere disposición en contrario. Al formalizarse la institución por el comisario, se girarán las liquidaciones complementarias si hubiese lugar, pero si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fuesen de cuantía menor que las satisfechas provisoriamente, no habrá derecho a devolución alguna.»

El artículo diferenciaba por tanto dos momentos, antes y después de formalizarse la institución, es decir, antes y después de ejercitar las facultades fiduciarias.

En un primer momento, se giraba una liquidación a cargo del cónyuge viudo, no como fiduciario, sino como usufructuario legal universal, y ésta liquidación en nada se diferenciaba de la que se debía practicar al viudo usufructuario sin facultades fiduciarias. En cuanto al resto del caudal, se giraba una liquidación provisional por partes iguales a todos los herederos. El cumplimiento exacto de ésta norma era imposible, pues los posibles beneficiarios de la fiducia («hijos y descendientes») son los que existan en el momento del ejercicio de la fiducia, no en el momento del nacimiento de la misma, por lo que podría resultar ser heredero un hijo póstumo del cónyuge premuerto o un nieto nacido años después. En la práctica, la liquidación provisional, se practicaba por partes iguales a los hijos del causante, o a los descendientes sin persona interpuesta.

En un segundo momento, el del ejercicio de las facultades fiduciarias, se practicaban liquidaciones complementarias si uno o varios de los beneficiados, recibían más de su parte indivisa correspondiente. Si recibían lo mismo, no había lugar a nuevas liquidaciones, y si recibían menos o nada, no podían pedir la devolución de la satisfecho. Dejando a un lado lo absurdo de la imposibilidad de pedir la devolución, norma reiteradamente criticada por los civilistas aragoneses, el artículo no preveía los casos de ejercicios parciales, ni si el valor de los bienes recibidos se computaba el del tiempo del fallecimiento o el del momento de recibir los bienes por el ejercicio de la fiducia.

En definitiva, una herencia con cónyuge viudo fiduciario y cuatro hijos, se liquidaba de la siguiente manera: Al momento del fallecimiento, el cónyuge pagaba por el valor de su usufructo, según su edad, y la nuda propiedad se liquidaba por cuartas partes iguales. Cuando años después, el cónyuge ejercitaba totalmente la fiducia a favor, por ejemplo, de dos de esos cuatro hijos, estos debían satisfacer cada uno la cuota correspondiente a la mitad del valor actual de lo recibido por cada uno ($1/4$ del total cada uno) pues en cuanto a una cuarta parte ya pagaron impuesto. Los hijos no beneficiados, no sólo nada reciben por herencia, sino que además no se les devuelve el importe del impuesto inicialmente satisfecho.

REGULACIÓN ACTUAL. CRÍTICA

La Ley 29/1987 de 18 de Diciembre, del Impuesto de Sucesiones y Donaciones supone un cambio radical en la concepción, y en la forma de aplicar el impuesto, ya que, como es sabido, introduce unos mínimos exentos en las adquisiciones mortis causa, y establece un sistema de tarifa única con coeficientes según el parentesco, y el patrimonio preexistente.

Pero tal vez la reforma más importante, ha sido la de cambiar el concepto mismo de hecho imponible sujeto al Impuesto. En la legislación anterior éste era «La adquisición por herencia o legado de bienes, derechos o acciones» (art.18 T.R. 1967), mientras que en la nueva el impuesto grava «los incrementos de patrimonio obtenidos a título lucrativo por personas físicas» (art 1º ley 29/87).

El cambio de criterio se evidencia en múltiples aspectos de ambas legislaciones. Así, por ejemplo, en el T.R. del 67, las donaciones se regulaban en el Libro segundo, junto con las transmisiones patrimoniales y en el mismo capítulo que las onerosas, y aunque tributaban por la misma tarifa que la herencia, la donación era un hecho imponible del Impuesto de Transmisiones, no del de Sucesiones. En la nueva ley, el hecho imponible sujeto a impuesto es obtener un incremento patrimonial gratuito, no el mero hecho de heredar. La prueba es que si quien hereda es una persona jurídica, tal adquisición está NO SUJETA (que no es lo mismo que exenta) al impuesto de Sucesiones y Donaciones, que debería incluso haber cambiado su denominación, pues aunque los casos más frecuentes de recibir incrementos patrimoniales gratuitos sean la herencia y la donación, hay otras figuras que también producen

ese incremento gratuito, y que la propia Ley y el reglamento se ocupan de declarar sujetos al impuesto, como las condonaciones de deuda, renuncia de derechos, allanamiento en juicio, o incluso las cesiones de bienes a cambio de alimentos —que civilmente es un contrato oneroso— etc.

Podría por tanto denominarse el impuesto, algo así como «Impuesto sobre los incrementos patrimoniales recibidos por personas físicas a título gratuito», o «Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Gratuitas a favor de personas físicas» pues se pretenden sujetar al impuesto los casos de incrementos patrimoniales obtenidos gratuitamente, aunque no sea ni por herencia ni por donación.

Este cambio de hecho imponible, tiene su lógica consecuencia en la regulación del momento del devengo del Impuesto. Así, el artículo 24 de la Ley, da la norma general de que en lo adquirido por causa de muerte, el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante, y en las transmisiones lucrativas inter vivos el día en que se celebre el acto o contrato, y, una vez establecido esto, se apresura a ser consecuente con la definición del hecho imponible de su propio artículo 1º y, consciente de que aún abierta una sucesión el hecho imponible gravado es el incremento patrimonial, añade:

«Toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan.»

Recuerdo que el precepto legal, que el reglamento repite en su artículo 47.3. está en el artículo que delimita el momento mismo del devengo del impuesto, y es perfectamente lógico. Si el impuesto grava el incremento patrimonial obtenido, no se puede gravar a quien no ha recibido incremento alguno; y no se produce el hecho imponible sujeto a impuesto hasta que reciba realmente tal incremento.

Este principio general ya estaba recogido en el artículo 9 del T.R. del 67 tanto para las adquisiciones mortis causa como para las inter vivos onerosas y gratuitas, pues al ser impuestos que gravan los desplazamientos patrimoniales, no deben aplicarse cuando éstos no se producen. Así el artículo 2 del T.R. del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas vigente, también establece que la transmisión sujeta a condición suspensiva no se liquidará hasta que la condición se cumpla, y ello porque el desplazamiento patrimonial —hecho imponible gravado— no se produce hasta que la condición se cumple.

Pero ahora, con la modificación del hecho imponible del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, al ser éste el incremento patrimonial OBTENIDO a título lucrativo por personas físicas, el principio adquiere un significado especial, pues ya no se trata como antes de casos excepcionales sujetos a condición suspensiva, sino que regula y recoge lo que debe ser ahora la *norma general*, es decir, que no hay gravamen sobre un desplazamiento patrimonial ni oneroso ni lucrativo, hasta que el desplazamiento se realice.

En cuanto a la regulación de la fiducia aragonesa, parece que con la nueva regulación y concepto de hecho imponible tal como ha quedado explicado, la conclusión lógica sería la de que los posibles beneficiarios de la fiducia no deben tributar por el Impuesto de Sucesiones hasta OBTENER un incremento patrimonial a título gratuito, y hasta saber la cuantía del mismo. En tanto en cuanto el cónyuge sobreviviente no ejercite la fiducia, los posibles beneficiarios no reciben nada, pues el fiduciario tiene facultades para ordenar la sucesión del premuerto, y hasta que eso suceda, nada han incorporado a su patrimonio.

La ley 29/1.987 no reguló de forma específica la forma en que se debe liquidar la fiducia. Desde Enero de 1.987 hasta la entrada en vigor del Reglamento en Noviembre de 1.992 las liquidaciones del Impuesto en el momento del fallecimiento y con fiducia no ejercida, se practicaron, en un primer momento como disponía el T.Refundido de 1.967, pero a medida que se fue asumiendo el nuevo concepto del Impuesto, se liquidaron algunas aplazando la liquidación de los posibles beneficiarios de la fiducia al momento de su ejercicio, al amparo del artículo 24 de la Ley.

Fue el Reglamento aprobado por Real Decreto 1.629/1.991 de 8 de Noviembre, el que, a mi juicio de manera muy desacertada contempla la figura de la fiducia aragonesa, y desoyendo las críticas al anterior precepto, e incluso desconociendo el cambio de hecho imponible realizado por la Ley, dispone en su artículo 54.8 lo siguiente:

«En la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se gire a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girarán otras, con carácter provisional, a cargo de todos los herederos, con arreglo a sus condiciones de patrimonio y parentesco con el causante y sobre la base que resulta de dividir por partes iguales entre todos la masa hereditaria. Al formalizarse la institución por el comisario se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar, pero si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fueren de menor cuantía que las satisfechas provisionalmente, podrá solicitarse la devolución correspondiente. »

Puede observarse que el texto del nuevo Reglamento ha «fusilado» el texto del T.Refundido de 1.967, del que sólo se aparta para introducir las variables del patrimonio preexistente y del parentesco; y para permitir que el que satisfizo en el primer momento mayor importe de impuesto que el que definitivamente le corresponde, pueda pedir la devolución.

Este «plagio» hace que el nuevo texto adolezca de los mismos defectos que el anterior, pero además, al adoptar igual sistema que el de la vigencia de la anterior regulación del impuesto, convierte al artículo en incompatible con el nuevo concepto del mismo, ya que, si como ha quedado dicho, el impuesto grava el desplazamiento patrimonial obtenido por un persona física a título gratuito, resulta evidente que, hasta que el cónyuge viudo no ejercita la fiducia y designa herederos de su premuerto consorte, los posibles beneficiarios de la fiducia no reciben ningún bien, y, por tanto, ningún incremento patrimonial.

El criterio adoptado por el Reglamento resulta especialmente injusto si tenemos en cuenta que en nuestro derecho foral, la legítima de los descendientes es formal, de tal modo que los beneficiarios de la fiducia no sólo no han recibido aún nada sino que incluso es posible que no reciban nunca un incremento patrimonial gratuito proveniente de la herencia de su ascendiente fallecido. Sólo en el caso de que sólo exista un único legitimario, sería más o menos defendible que se le hiciera tributar por Impuesto de Sucesiones aunque la fiducia esté sin ejercitar, pues él o sus descendiente recibirán el incremento patrimonial tarde o temprano. Pero cuando hay más de un legitimario, el cónyuge fiduciario puede señalar legítimas formales que suponen que alguno o algunos de los legitimarios no reciban incrementos patrimoniales.

No podemos olvidar que tan incierto es para los posibles beneficiarios de la fiducia, si son varios, saber si van a obtener o no un incremento patrimonial derivado de la herencia de su ascendiente fallecido, como lo era antes del fallecimiento, y esto es así porque el ascendiente-causante ha dejado al sobreviviente la facultad de ordenar su sucesión, por lo que el fallecimiento aunque ha servido para delimitar la composición del patrimonio objeto de la herencia, no ha supuesto que sean ya conocidas las personas que van a recibir tal patrimonio, ni la cuantía a heredar por cada uno de ellos. A efectos de determinar quién va a obtener el incremento patrimonial por herencia y en qué cuantía, la situación es muy similar a la que existía antes del fallecimiento.

Pero es que además, la regulación dada por el Reglamento de Sucesiones a nuestros posibles beneficiarios de la fiducia, no sólo es defectuosa desde el punto de vista conceptual, sino que además es discriminatoria en relación a otros supuestos similares.

Cuando la adquisición hereditaria de algún heredero o legatario esté sujeta a término, no se le hará tributar por Impuesto de Sucesiones hasta que se cumpla el término establecido. (arts. 24 de la Ley y 47 del Rgto, ya citados) Sin embargo, en éste caso, el heredero o legatario sabe seguro que va a recibir un incremento patrimonial gratuito y sabe también cuándo va a obtenerlo. Los beneficiarios de la fiducia ni saben si van a recibir algo por la herencia, ni saben cuánto ni saben cuando, y sin embargo, tributan por impuesto de Sucesiones. ¿ Tiene lógica?

Otro caso sería el contemplado en el Art.54.4 del Reglamento para el caso de sustitución fideicomisaria de residuo, en la que el fiduciario puede disponer de los bienes. Establece que el fideicomisario satisfará el impuesto «al entrar en posesión de los bienes». Como el fiduciario puede disponer de los bienes, es lógico que al fideicomisario no se le haga tributar hasta que realmente reciba los bienes, y sólo en el caso de que los reciba. El cónyuge fiduciario no tiene la facultad de disponer de los bienes, pero sí tiene la de distribuirlos entre los hijos y descendientes, por lo que, la posición del cónyuge fiduciario no es igual a la del fiduciario en la sustitución de residuo, y por eso deben tributar de manera diferente; pero estamos analizando la posición de los beneficiarios de la fiducia, que resulta plenamente equiparable a la del

fideicomisario en la sustitución de residuo, pues no cabe duda de que tan incierto es para aquéllos si van o no a recibir bienes de la herencia, como lo es para éste, y, sin embargo, su tratamiento en el impuesto de Sucesiones es, desgraciadamente, muy diferente.

III. CONCLUSIÓN

La impresión que se obtiene de lo anterior es que el redactor del Reglamento del Impuesto de Sucesiones, con absoluto desconocimiento del significado de la fiducia, se limitó a copiar la regulación anterior sin reparar en que el nuevo concepto del hecho imponible que grava el impuesto, definido por la Ley, hacía incompatible el tratamiento fiscal de la fiducia en el T.R. del 67, con lo dispuesto en la propia Ley que trata de complementar.

El resultado es que el tratamiento recibido por los beneficiarios de la fiducia como sujetos pasivos del Impuesto de Sucesiones, es injusto por sí mismo —me atrevería a calificarlo de regulación contra-*legem*— y es discriminatorio en relación al tratamiento recibido por otros sujetos pasivos en circunstancias muy similares a las de nuestros beneficiarios. A lo anterior hay que añadir la consideración de la mucha influencia que tiene el tratamiento fiscal de las instituciones en su utilización práctica, de forma que a mayor coste fiscal, mayor riesgo de que las tradicionales instituciones forales, que forma parte de nuestra propia identidad, pudieran caer en desuso.

Por lo anterior entiendo que desde las instituciones aragonesas, Justicia de Aragón, Cortes Autonómicas y/o Gobierno Regional, debería instarse al Gobierno Central a reformar éste artículo del reglamento de Sucesiones proponiendo un texto alternativo, con la clara finalidad no de buscar un trato fiscal favorable para nuestra fiducia, sino para adecuar su tratamiento a los principios dimanados de la propia Ley del Impuesto, y para evitar la continuidad de la actual situación. Corregir una situación incorrecta y discriminatoria no significa mendigar una regulación privilegiada.

**COMENTARIOS
DE
JURISPRUDENCIA**

DERECHO DE VIUDEDAD DEL CÓNYUGE DEL BÍNUBO CON DESCENDENCIA DE ANTERIORES NUPCIAS. EL ART. 73 COMP. Y LA S. TSJA DE 11 JULIO 1994*

JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. — II. EL DERECHO TRANSITORIO DE LA VIUDEDAD LEGAL. — III. LA NORMA DEL ARTÍCULO 73 DE LA COMPILACIÓN DE 1967: 1. FINALIDAD DE LA NORMA. — 2. LEGITIMARIOS BENEFICIADOS Y LEGITIMARIOS NO BENEFICIADOS CON LA LIMITACIÓN. — 3. REQUISITOS DE EFICACIA DE LA NORMA. — 4. BIENES A LOS QUE AFECTA LA LIMITACIÓN Y CÁLCULO DE ÉSTA. — 5. IMPERATIVIDAD DE LA NORMA. — IV. LA LIMITACIÓN DEL ART. 73 Y LA DISPOSICIÓN DEL TERCIO LIBRE EN FAVOR DEL CÓNYUGE DEL BÍNUBO.

I. PLANTEAMIENTO

La causante, María, contrajo matrimonio en 1947 con Salvador, de cuyo matrimonio sobrevivió a dicha causante el hijo Joaquín, actor y recurrido en el presente recurso de casación; fallecido Salvador, María contrajo segundas nupcias con Enrique; María falleció en 1990, bajo testamento otorgado en 1982, sin dejar descendencia del segundo matrimonio; en dicho testamento, la testadora concedía en la disposición 2ª a su segundo esposo «el usufructo de viudedad universal, con relevación de inventario y fianza» y en la 3ª instituía heredero universal a su citado hijo Joaquín.

* RDCA, 1995, núm. 1, pp. 338-345 (marginal núm. 13).

La sentencia de primera instancia estima en parte la demanda del hijo y declara ineficaz la disposición testamentaria impugnada en la medida en que, una vez abierta la sucesión *mortis causa*, supone una vulneración del precepto contenido en el art. 73 de la Compilación aragonesa, debiendo ser aplicado este último. La sentencia de la Audiencia desestima el recurso de apelación y confirma la del Juzgado. Por último, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (TSJA) desestima el recurso de casación.

La sentencia del TSJA, después de desestimar los dos primeros motivos del recurso que denunciaban la infracción del principio de congruencia, aborda la cuestión central planteada por el supuesto de hecho: dilucidar si la disposición testamentaria que concede al esposo de la bínuba el usufructo de viudedad universal ha de prevalecer sobre la limitación del derecho de viudedad contenida en el art. 73 de la Compilación; o, lo que es lo mismo, dilucidar si la norma contenida en el art. 73 es imperativa o dispositiva. Para resolver esta cuestión el TSJA comienza recordando la naturaleza jurídica de la viudedad aragonesa, el sistema de fuentes por el que se rige y los principios y caracteres con que la configura la ley, para terminar resaltando que el principio de libertad de pacto e incluso de disposición unilateral rige también en el derecho de viudedad (arts. 3, 72 y 75 de la Compilación), pero que, sin embargo, no dejan de encontrarse en la propia Compilación, determinadas normas que, en concretas situaciones, establecen limitaciones o restricciones a esa libertad de disposición unilateral sobre el derecho de viudedad. Y, entre ellas, se halla la limitación del art. 73, cuyo carácter imperativo o de *ius cogens* le parece seguro. Por consiguiente, probado que el supuesto fáctico de la norma del art. 73 concurre en el pleito y que, sin embargo, la testadora concedió «el usufructo de viudedad universal» a su cónyuge en segundas nupcias, el TSJA confirma la ineficacia absoluta de dicha disposición testamentaria.

Hay que poner de manifiesto que tanto la argumentación de la sentencia como el fallo están contruidos sobre la interpretación de la voluntad testamentaria de la causante realizada por las sentencias de instancia: la disposición de la testadora cuando establece un «usufructo viudal universal» no puede entenderse como instauración de una manda o legado de usufructo sobre el *quantum* hereditario de libre disposición, porque —precisa el Alto Tribunal— ni tal legado se deduce de manera expresa o tácita de dicha cláusula, ni se ha invocado en el pleito, ni su existencia ha sido estimada por el tribunal de instancia. Por el contrario, nos dice el Tribunal Superior, que lo que existe en el caso de autos es un claro o directo desconocimiento o pretensión de burlar la limitación legal del art. 73.

Pese a todo, el Tribunal señala que está fuera de toda duda la licitud de un legado de tal clase, amparada en el principio «*standum est chartae*», al que podrían ser de aplicación las excepciones 3ª y 4ª del art. 125.

Prescindiré de las consideraciones de tipo general sobre la institución de la viudedad aragonesa que, casi siempre con acierto, contiene la sentencia, para centrar el comentario en la interpretación del art. 73, en la redacción originaria procedente de la Compilación de 1967, por ser la norma que sirve

de fundamento a la resolución de la cuestión debatida. A tal fin, teniendo en cuenta las aportaciones de la mejor doctrina y de alguna jurisprudencia, trataré de precisar la finalidad de la norma, los sujetos beneficiados con ella, los efectos que la limitación produce en la efectividad de los derechos sucesorios de los legitimarios protegidos y en el derecho de viudedad del cónyuge del bínubo, el funcionamiento de la limitación en la fase de derecho expectante y los bienes afectos a este derecho sobre los que incide la limitación, el concepto de «caudal hereditario», el carácter imperativo de la norma y las consecuencias de los pactos o disposiciones que no lo respetan.

Abordaré también la cuestión, ligeramente apuntada por la sentencia, de la posibilidad de compatibilizar lo dispuesto por el art. 73 respecto a la viudedad legal del cónyuge del bínubo con la libertad de disposición del tercio libre en favor del segundo cónyuge.

Pero quiero comenzar con una cuestión de derecho transitorio que creo plantea el supuesto de hecho y que no ha sido advertida por las sucesivas sentencias.

II. EL DERECHO TRANSITORIO DE LA VIUEDAD LEGAL

El art. 73 de la Compilación aragonesa en la redacción originaria decía así: «En el supuesto de matrimonio de viudo o viuda que tuviere descendencia de anteriores nupcias, el derecho de viudedad a favor del otro cónyuge no podrá extenderse a bienes, porción o cuota de ellos, cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario. Esta limitación quedará sin efecto si al fallecimiento del bínubo no sobrevivieren descendientes de aquella procedencia».

Este artículo, como nos dicen SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, carece de precedentes en el Derecho histórico y en el Apéndice: la limitación de la viudedad correspondiente al cónyuge del bínubo, teniendo éste descendientes de anterior matrimonio, fue una innovación de la Compilación procedente de la propuesta del Seminario y de los Anteproyectos provisionales y definitivo, adoptada por razones meramente prácticas y de experiencia¹.

Vigente el Apéndice aragonés de 1925-26, la viudedad legal no era universal como ahora, sino limitada a los inmuebles (art. 63), aunque se podía establecer, por capitulación matrimonial, estipulación en documento público o

¹ SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P.: «Comentario al art. 73», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, Vol. II, DGA, Zaragoza, 1993, p. 661. Allí pueden verse las referencias al Derecho histórico y a las redacciones del art. 73 en los sucesivos Anteproyectos de Compilación. Esta información procede del trabajo de SANCHO REBULLIDA «La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón», *ADC*, XX-4, octubre-diciembre de 1967; trabajo recogido en sus *Estudios de Derecho civil*, T. II, Euns, 1978 (de donde lo cito), pp. 581-583.

acto de última voluntad, la viudedad universal, comprensiva también de los bienes muebles aportados al matrimonio o adquiridos durante él (arts. 31.1º y 64). No había, en cambio, como se acaba de señalar, una norma que limitara la viudedad legal del cónyuge del bínubo con descendencia de anteriores nupcias, por lo que, también en este supuesto, regían las reglas generales del derecho de viudedad. El establecimiento de la viudedad legal universal y la introducción del art. 73 en la Compilación de 1967 representan, en consecuencia, un cambio sustancial en relación al Derecho anteriormente vigente puesto que altera, de manera notable, la extensión del derecho de viudedad de éstos segundos cónyuges e, indirectamente, la efectividad de los derechos sucesorios de los legitimarios de anteriores nupcias. Por ello, era preciso regular el derecho transitorio.

En relación a la universalidad de la viudedad legal, la disposición transitoria 4ª de la Compilación de 1967 estableció que «a los matrimonios ya contraídos y subsistentes al tiempo de entrar en vigor esta Compilación les serán aplicables sus preceptos sobre extensión del derecho de viudedad (arts. 72 y 76), pero no se regirán por sus normas los usufructos viuales anteriormente causados». En los hechos de la sentencia no consta la fecha del fallecimiento del primer marido, ni la fecha del segundo matrimonio; en cambio sí que sabemos que éste se disolvió por la muerte de la esposa acaecida en 1990. Por consiguiente, tanto si este segundo matrimonio se contrajo antes de la entrada en vigor de la Compilación como si fue celebrado con posterioridad, le son aplicables los preceptos sobre la extensión universal de la viudedad legal.

Por otra parte, dice la disposición transitoria 5ª de la Compilación de 1967 que «en el supuesto de matrimonio ya contraído de viudo o viuda que tuviera descendencia de anteriores nupcias (art. 73), no serán aplicables las normas de la Compilación sobre extensión del derecho de usufructo». Es decisivo, por tanto, saber si el segundo matrimonio de doña María fue contraído antes o después de la entrada en vigor de la Compilación de 1967. De haberlo sido con anterioridad, el viudo tendría el usufructo universal y no le afectaría la limitación del art. 73². Aunque en la sentencia de casación no consta la fecha de la boda, parece evidente que tuvo que tener lugar después de 1967 —pues en otro caso, no sería aplicable el art. 73— y antes de 1982, fecha en que doña María concede en testamento a su *segundo esposo* «el usufructo de viudedad universal, con relevación de inventario y fianza».

La Ley 3/1985, sobre la Compilación del Derecho civil de Aragón, reformó el art. 73 para eliminar la discriminación entre hijos de anteriores nupcias y los demás hijos anteriores al segundo matrimonio, sustituyéndola por la dis-

² La S. AP Zaragoza (Sección 4ª), de 15 enero 1990, dice en el considerando 9º que «respecto de la atribución del usufructo universal, según lo determinado en el art. 73 en relación con la disposición transitoria 5ª de la Compilación aragonesa de 1967, habiendo contraído matrimonio el difunto el 1 de diciembre de 1963, es patente que pudo dejar a su tercera esposa la viudedad universal sobre todos sus bienes, aunque tenía dos hijas de su primer matrimonio, las actoras».

tinción —que también parece discriminatoria— entre descendencia conocida con anterioridad al matrimonio y la no conocida en ese momento, añadiendo además un segundo párrafo para indicar los supuestos en que se presume que dicha descendencia es conocida. Estas modificaciones introducidas en el art. 73 por la Ley de 1985 no son aplicables al matrimonio ya contraído en esa fecha por persona que tuviera descendencia conocida con anterioridad (disposición transitoria 3ª de la Ley 3/1985). En consecuencia, aunque el tema no es objeto de análisis en la sentencia, todo parece indicar que la norma aplicable al supuesto de hecho es la contenida en el art. 73 en la redacción de 1967. Ciertamente, al tratarse de descendencia de matrimonio anterior, descendencia que el nuevo art. 73 presume —*iuris et de iure*— conocida con anterioridad, las consecuencias que se derivan tanto de la aplicación de la redacción original como de la reformada son las mismas. Pero, dado que en otros supuestos no lo serían, es preferible y mucho más correcto técnicamente no olvidarse de las normas de derecho transitorio y aplicar el art. 73 en su versión original. Cosa que no hace la sentencia objeto de comentario.

III. LA NORMA DEL ARTÍCULO 73 DE LA COMPILACIÓN DE 1967

1. FINALIDAD DE LA NORMA

Ya se ha dicho que el precepto carece de precedentes en el Derecho aragonés y que fueron razones meramente prácticas y de experiencia las que aconsejaron su formulación. En efecto, la experiencia enseña que no es lo mismo que usufructúe los bienes de la herencia el padre o madre viudo, teniendo los hijos comunes la nuda propiedad, a que lo haga el padrastro o madrastra, porque, frecuentemente, en estos casos, entre el cónyuge viudo y los hijos de sólo el premuerto no existirá la cohesión familiar que la viudedad trata de mantener, de manera que la universalidad de la viudedad representa para tales hijos un sacrificio desproporcionado y carente de justificación; sacrificio que, en caso de existir una apreciable diferencia de edad entre ambos cónyuges, puede suponer que no llegue nunca a consolidarse el dominio en los nudo-propietarios descendientes del premuerto³.

³ Estas son las razones que llevaron al Seminario y a la Comisión compiladora a establecer la reducción del derecho de viudedad del cónyuge del bínubo con descendencia de anteriores nupcias. Véase SANCHEZ REBULLIDA, «La viudedad en la Compilación del Derecho Civil de Aragón», en *Estudios de Derecho civil*, T. II, cit., p. 580. La limitación es considerada razonable por LACRUZ BERDEJO (*Derecho de Familia*, T. I, L. Bosch, Barcelona, 1974), ZAPATERO GONZÁLEZ («De la viudedad foral», en *Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés (Jaca, septiembre 1985)*, Cortes de Aragón, Zaragoza, 1986, p. 217) y SANCHEZ DE PABLO («Comentario al art. 73», cit., p. 662, nota

Por consiguiente, lo que pretende el art. 73 es hacer compatible, en cierta medida, el disfrute viudal del cónyuge supérstite con la efectividad actual de los derechos sucesorios de los legitimarios que, siéndolo del premuerto, no lo son del usufructuario; la *ratio* del precepto es, por tanto, salvaguardar los intereses económicos y hereditarios de los hijos del primer matrimonio, garantizándoles que, en caso de recibir bienes de la herencia del causante, puedan adquirirlos, hasta el límite que se deduce del propio artículo, en plena propiedad, es decir, sin la carga del usufructo viudal del padrastra o madrastra supérstite.

La *ratio* de la norma se deduce también del propio texto del art. 73 que al disponer, al final, que «esta limitación quedará sin efecto si al fallecimiento del bínubo no sobrevivieren descendientes de aquella procedencia» nos da a entender que ha de ser esta descendencia, y sólo ella, la beneficiada por la existencia de la limitación⁴ y demuestra cumplidamente el destino de los bienes liberados de usufructo, exclusivamente a este tipo de descendencia⁵.

2. LEGITIMARIOS BENEFICIADOS Y LEGITIMARIOS NO BENEFICIADOS CON LA LIMITACIÓN

De acuerdo con la finalidad de la limitación, parece seguro, como se acaba de decir, que los únicos destinatarios del beneficio que supone la reducción de la extensión del derecho de viudedad del otro cónyuge son los legitimarios de anteriores nupcias que podrán recibir, al menos, parte de los bienes del causante en plena propiedad. Pero, rápidamente hay que advertir que el art. 73 no es una norma de Derecho sucesorio, ni pretende alterar las reglas y principios del Derecho de sucesiones. Por tanto, según el art. 119, dos terceras partes del caudal «deben recaer forzosamente en descendientes y solamente en ellos. Esta legítima colectiva puede distribuirla el causante, igual o desigualmente, entre todos o varios descendientes, o bien atribuirla a uno solo»; a falta de voluntad del causante, los hijos heredan a los padres a partes iguales (arts. 128 Comp. y 932 Cc.). Recordemos tam-

3). Sin embargo, como recoge ZAPATERO GONZÁLEZ («De la viudedad foral», en *Actas ...*, cit. p. 217), ya en el Congreso de 1880 diversos intervinientes argumentaron en contra de la pretendida limitación, ya que con ella se colocaba a la mujer pobre aragonesa en peor situación que a la castellana, desnaturalizándose la institución. Las críticas se han sucedido hasta los tiempos presentes. En el I Congreso de la Abogacía Aragonesa del 1983, la Ponencia sobre Derecho foral de Aragón calificaba el art. 73 de «norma total y absolutamente injusta y discriminatoria para el cónyuge viudo». Una de las conclusiones aprobadas en dicho Congreso —la sexta de la Ponencia I— recogió estas críticas proponiendo la supresión de la limitación a la viudedad del artículo 73. Más recientemente, LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA («Comentario al art. 73», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXXIII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1990, p. 301) considera que el art. 73 «no tiene mucha razón de ser en tiempos en que se pueden proteger los derechos de los hijos de otras maneras».

⁴ SANCHO REBULLIDA, F. y DE PABLO CONTRERAS, P.: «Comentario al art. 73», cit., p. 679.

⁵ LACRUZ BERDEJO, *Derecho de Familia*, I, cit., p. 427.

bién que los legitimarios adquieren los bienes del causante gravados con el usufructo legal de viudedad.

En el supuesto del art. 73 rigen también estas normas del Derecho sucesorio⁶ y la única particularidad que presenta es que el usufructo viudal no es universal sino limitado, y limitado, precisamente, en beneficio exclusivo de los legitimarios de anteriores nupcias. Cuando los descendientes de anteriores nupcias son los únicos legitimarios, recibirán, como mínimo, los dos tercios del caudal (cuatro sextos) que constituyen la legítima colectiva y, de conformidad con el art. 73, la mitad del caudal (tres sextos) sin el gravamen de la viudedad; el sexto restante podrá estar afectado por el derecho de viudedad, lo mismo que el tercio de libre disposición si se ha hecho uso de él.

Estos son los máximos beneficios que la limitación del derecho de viudedad puede reportar a los legitimarios protegidos por el art. 73. Desde luego, esta norma no les reconoce el derecho a recibir siempre la mitad de la herencia, sino que se limita a establecer que, reciban lo que reciban del causante, el usufructo viudal sólo podrá afectarles si lo recibido por ellos sobrepasa la mitad del caudal hereditario.

Por tanto, cuando los legitimarios protegidos concurren con otros descendientes del causante se aplican las normas del Derecho de sucesiones, sin especialidad alguna: aquéllos podrán recibir todo, parte o nada de la herencia; ahora bien, el legislador desea que, en todo caso, los bienes efectivamente recibidos por ellos del causante los reciban en plena propiedad si no alcanzan la mitad del valor del caudal, de manera que sólo sobre los restantes pueda extenderse, en su caso, el usufructo del viudo.

Al ser estos descendientes los únicos protegidos por el art. 73, y precisamente en la medida vista, resulta que los bienes que reciban otros legitimarios, o parientes o extraños, no deben resultar favorecidos por la limitación del usufructo legal del viudo, ni siquiera en los casos en que los descendientes protegidos reciban menos de la mitad del caudal o nada reciban⁷. Respecto de las personas no favorecidas por el art. 73 no existe limitación del derecho de viudedad del cónyuge del viudo y, por tanto, reciben los bienes del causante afectos al usufructo viudal⁸.

⁶ Como exponen SANCHO y DE PABLO («Comentario al art. 73», *cit.*, p. 680), carecería de sentido estimar que el art. 73 «establece una limitación a la libertad de disposición *mortis causa* de quien contrajere nupcias teniendo descendientes anteriores, que se vería obligado a reservar a éstos la mitad del caudal, y una correlativa modificación imperativa de las reglas de la sucesión intestada».

⁷ En cambio, para CALATAYUD SIERRA («Las legítimas en Aragón», en *Actas de los III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, p. 77) «la solución más segura es entender que el usufructo en tal caso recae sobre la mitad de la herencia entendida globalmente, afectando a toda ella proporcionalmente».

⁸ Comparto, pues, plenamente, la opinión de SANCHO y DE PABLO («Comentario al art. 73», *cit.*, pp. 679-680) para quienes los otros descendientes legitimarios, distintos de los protegi-

La interpretación más razonable y acorde con la *ratio* de la norma es, pues, entender —con SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS— que «los indicados descendientes anteriores, caso de resultar beneficiados en la sucesión, tienen derecho a la plena propiedad sin gravamen de los bienes que el causante les hubiere dejado, en cuanto el valor de los mismos no exceda de la mitad del caudal hereditario; afectando el usufructo viudal del supérstite a todos los demás bienes del caudal, o incluso a todos ellos si, habiendo descendencia de anterior matrimonio, ésta no hubiera sido favorecida por el causante». Quienes añaden que «se trata, sin duda, de una interpretación correctora del precepto, en cuanto supone extender, en ciertos casos y contra su tenor literal, el derecho de viudedad del supérstite más allá de la mitad del caudal hereditario; pero la misma, no sólo no quebranta los límites de tal género de interpretación, situados en la no vulneración de la *ratio* de la norma, sino que, además, es la única que se adecúa realmente a dicha *ratio*⁹.

3. REQUISITOS DE EFICACIA DE LA NORMA

Estamos viendo que la limitación del derecho de viudedad establecida en el art. 73 está pensada preferentemente, de acuerdo con los términos empleados en su formulación, para el supuesto en que los descendientes de anteriores nupcias reciben del causante bienes por importe igual o superior a la mitad del caudal hereditario. En tal caso, podemos decir que la eficacia de la norma es plena, tanto desde el punto de vista de los legitimarios protegidos como desde el del cónyuge viudo: aquéllos tienen derecho a recibir la mitad de la herencia en plena propiedad y el usufructo viudal del cónyuge del bínubo no puede extenderse a bienes de la herencia cuyo valor exceda de la mitad del caudal.

Pero de la norma, en relación con el Derecho de sucesiones, cabe deducir otros supuestos en los que la eficacia de la limitación es distinta de la fijada en el art. 73: es menor para los descendientes protegidos cuando éstos reciben bienes de la herencia en cuantía inferior a la mitad; y, en estos mismos casos, es mayor para el cónyuge viudo porque puede tener viudedad en bienes cuyo valor excede de la mitad de la herencia. En la medida en que los bienes recibidos en plena propiedad por los legitimarios protegidos no alcanzan la mitad del caudal hereditario, en esa misma medida aumentan los bienes de ese caudal que puede usufructuar el cónyuge del bínubo. El límite máximo de la viudedad del cónyuge del bínubo crece en la misma proporción en que disminuyen, por debajo de la mitad del caudal hereditario, los bienes que reciben en plena propiedad los descendientes de anteriores nupcias.

dos por el art. 73, no pueden resultar beneficiados por la limitación del derecho de viudedad del cónyuge del bínubo, «disfrutando en plena propiedad y sin gravamen de unos bienes que, de no ser por la existencia de aquella descendencia anterior, les corresponderían tan sólo como nudo propietarios y sin menoscabo alguno del usufructo viudal universal».

⁹ «Comentario al art. 73», *cit.*, p. 680.

Por lo demás, la norma necesita para ser eficaz, en mayor o menor medida, que exista descendencia de anteriores nupcias y que sobreviva al bínubo algún descendiente de aquella procedencia. Según lo dicho, se precisa también que, al menos, uno de estos descendientes protegidos haya recibido bienes del causante. Aunque la norma habla exclusivamente de «caudal hereditario», hay que recordar que, de acuerdo con el Derecho sucesorio, los legitimarios han podido recibir donaciones del causante que se tienen en cuenta para el cálculo de la legítima. Creo que, en definitiva, la eficacia de la norma depende del hecho de que los legitimarios protegidos hayan recibido bienes del causante a título lucrativo, tanto *inter vivos* como *mortis causa*: la norma les garantiza que, si el valor de tales bienes no supera la mitad del caudal hereditario, el viudo no podrá usufructuarlos.

Por otra parte, como para el cálculo de la limitación del derecho de viudedad se toma como referencia el caudal hereditario, parece necesario, para que pueda operar la limitación, que exista caudal hereditario, por pequeño que sea. En el hipotético supuesto de que el bínubo, respetando la legítima, hubiera dispuesto de todos sus bienes por actos «inter vivos», nada quedaría para ser recibido a título de herencia, y, por tanto, no existiría caudal hereditario ni valor sobre el que calcular la limitación del art. 73. La eficacia de la limitación será mayor cuanto mayor sea el valor del caudal hereditario en el conjunto de bienes integrantes del caudal computable para determinar la legítima. Y, en todo caso, la plena eficacia de la norma del art. 73 exige que los legitimarios protegidos reciban del cónyuge bínubo bienes afectos al derecho expectante por valor igual o superior al de la mitad del caudal hereditario.

Conviene hacer notar que pueden formar tres conjuntos de bienes distintos, al menos parcialmente, los bienes recibidos por los legitimarios que se hallaban afectos al derecho expectante, los bienes que éstos han recibido del causante a título gratuito y, en tercer lugar, los bienes del caudal hereditario. La norma del art. 73 está pensada para el supuesto más sencillo y tal vez más frecuente en que los tres conjuntos de bienes coinciden: los bienes afectos al derecho de viudedad (antes de que opere la limitación) son los bienes recibidos a título lucrativo y éstos son bienes del caudal hereditario. En este caso, el empleo del término «caudal hereditario» no crea dificultades pero sí en los demás en que los conjuntos patrimoniales a relacionar son de distinta extensión. Hubiera sido preferible limitar el derecho de viudedad del cónyuge del bínubo, sobre los bienes recibidos por los descendientes de anteriores nupcias a título gratuito del otro cónyuge, a la mitad de tales bienes.

4. BIENES A LOS QUE AFECTA LA LIMITACIÓN Y CÁLCULO DE ÉSTA

Hasta ahora hemos ido analizando la finalidad de la limitación, las personas a quienes la ley trata de beneficiar con ella, los efectos que en la efectividad de los derechos sucesorios de las personas protegidas provoca la norma al reducir el derecho de viudedad del cónyuge del bínubo, pero no hemos explicado aún el funcionamiento de la limitación en relación al derecho expectante de viudedad, ni qué bienes de los afectos inicialmente al expec-

tante son tomados en cuenta por el legislador para materializar la limitación y concretar, por un lado, los bienes que se reciben en plena propiedad y, por otro, los bienes que puede usufructuar el viudo.

El artículo 73 se halla colocado entre las disposiciones generales aplicables al derecho de viudedad, sin distinguir entre derecho expectante y usufructo; el propio texto del art. 73 refiere la limitación «al derecho de viudedad»; y, por último, si el precepto se ve en la precisión de señalar que la limitación queda sin efecto al fallecimiento del bínubo, si no le sobreviven descendientes de las primeras nupcias, es porque la limitación existía desde la celebración del segundo matrimonio, afectando desde entonces al derecho de viudedad de su consorte, que nació como limitado¹⁰. Todo parece indicar, pues, que la limitación afecta tanto al derecho expectante como al derecho de usufructo del cónyuge del bínubo¹¹. No podría ser de otra manera, dado que la viudedad es una institución unitaria y tiene la misma extensión —universal o limitada— tanto en la fase de derecho expectante como en la de usufructo: no es concebible que el derecho expectante exista relativamente a bienes sobre los que nunca podrá recaer el usufructo. Otra cosa es que, naturalmente —y en ello nada difiere lo que sucede en este caso de lo que ocurre en el ordinario de viudedad universal—, esa viudedad se concrete y especifique, aquí como limitada, al tiempo de manifestarse como usufructo viudal¹².

Lo que sucede es que desde la celebración del matrimonio se sabe que, si se dan las condiciones de eficacia de la limitación, la viudedad no afectará a todos los bienes del bínubo de la misma manera que si la viudedad fuera universal, pero se desconoce, en cambio, qué bienes concretos (que acaso no estén aún en el patrimonio del bínubo) son los no afectados. En este caso, el derecho expectante tiene las mismas características que en un supuesto normal pero, al hallarse limitado para el cónyuge del bínubo y no para éste, la potencial extensión objetiva no es la misma para uno y otro cónyuge; se trata, como siempre, de un derecho eventual que depende para materializarse en derecho de usufructo de la supervivencia del cónyuge titular y, en este caso, además, su extensión —y la del usufructo— depende de que existan descendientes de anteriores nupcias del bínubo y de la medida en que reciban de éste bienes a título lucrativo. No sólo su transformación en usufructo está condicionada, también lo está su posible extensión limitada, y la medida de la limitación no puede concretarse hasta el momento de la liquidación de la herencia del cónyuge bínubo. Hasta ese momento, el derecho expectante,

¹⁰ Cfr. SANCHEZ y DE PABLO, «Comentario al art. 73», *cit.*, p. 675.

¹¹ Sin embargo, una nota discordante introducen las disposiciones transitorias 5ª de 1967 y 3ª de 1985 que refieren la limitación del art. 73 a la «extensión del derecho de usufructo». En la doctrina, ZAPATERO GONZÁLEZ («De la viudedad foral», en *Actas ...*, *cit.* p. 218) interpreta que el artículo 73 «se está refiriendo al derecho de usufructo, pues la norma tiene eficacia precisamente con ocasión del fallecimiento del bínubo, momento en el que se liquida el caudal hereditario».

¹² SANCHEZ y DE PABLO, «Comentario al art. 73», *cit.*, p.675.

doblemente condicionado e indeterminado en su extensión, funciona como cualquier derecho expectante: sólo al liquidar la herencia del bínubo podremos concretar a qué bienes afecta la limitación y, por tanto, determinar los bienes que no están afectos al expectante ni al usufructo.

Pues bien, en principio y como cualquier otro cónyuge, el del bínubo tiene derecho expectante sobre todos los bienes que, en su día, integren el caudal relicto del bínubo y sobre todos los inmuebles y muebles por sitios del núm. 1 del art. 39 que éste enajene en vida sin renuncia al expectante. Pero, dentro de ese conjunto de bienes, formado de acuerdo con las reglas del derecho de viudedad, opera, en el momento de la muerte del bínubo, la limitación del art. 73 que impide al viudo tener derecho de viudedad universal y garantiza a los descendientes protegidos la posibilidad de que los bienes recibidos del causante a título gratuito no estén gravados con el usufructo viudal si no sobrepasan la mitad del caudal «hereditario». Obsérvese que para calcular la extensión de la limitación no se atiende al valor de los bienes afectos al derecho universal de viudedad, para luego reducirlo a la mitad si se dan los presupuestos del art. 73, sino que se toma como referencia para practicar la limitación otro valor: el valor del caudal «hereditario»¹³. Parece que el término «caudal hereditario» de que habla el art. 73 hay que entenderlo en sentido amplio como equivalente a caudal relicto. Este caudal, pues, no es estrictamente hereditario porque incluye también los legados¹⁴. Ya hemos

¹³ Explican SANCHO y DE PABLO («Comentario al art. 73», *cit.*, p. 675) que, literalmente, la limitación objetiva se predica del derecho del cónyuge, pero no circunscribiendo éste a determinados bienes (como hace el art. 72.2º), sino por referencia a un valor cuya medida la da el del total del caudal hereditario. La norma mezcla así dos cosas heterogéneas: limita la viudedad, que naturalmente no recae sólo sobre los bienes que forman parte del caudal, sino, más ampliamente, sobre todos los bienes afectos al derecho expectante (cfr. art. 79), incluidos los inmuebles enajenados por el cónyuge titular sin renuncia expresa al expectante (cfr. art. 76.2º); pero, a la vez, establece la medida de esa limitación —de la viudedad, no se olvide— refiriéndola, no a los bienes que naturalmente son objeto de la institución cuya extensión se limita, o a su valor, sino al valor del caudal hereditario, esto es, al valor de un conjunto patrimonial que es distinto de aquél (aunque los bienes comprendidos en el caudal relicto, siendo como son propiedad del cónyuge premuerto en el momento de su fallecimiento, siempre estarán incluidos en el objeto de la viudedad, ésta comprenderá también, además, los inmuebles por naturaleza y los muebles como sitios del núm. 1 del art. 39 que perteneciendo a aquél hayan sido enajenados constante matrimonio sin mediar renuncia expresa de su consorte al derecho expectante).

¹⁴ SANCHO y DE PABLO (p. 678, nota 40), piensan que la expresión «caudal hereditario», en el art. 73, se utiliza para hacer referencia al conjunto de bienes y derechos transmisibles *mortis causa* de que es titular el causante en el momento de su fallecimiento, comprendiendo, por tanto, también los legados. Pero, aunque sostienen que las «donaciones colacionables» del 818.2 Cc. no se tienen en cuenta para fijar el valor del «caudal hereditario» al que alude el art. 73 de la Compilación, se ven forzados a admitir más adelante (p. 681) que «si los descendientes de sólo el cónyuge premuerto recibieron por donación y en plena propiedad bienes cuyo valor sea equivalente al de la mitad del caudal hereditario, no hay razón para que el viudo no usufructúe la totalidad de los bienes de dicho caudal. Y, por idéntico motivo, si las donaciones imputadas a la legítima con que fue favorecida en vida del causante su «descendencia conocida con anterioridad» tienen un valor que no alcanza al de la mitad del caudal hereditario, tendrá aquélla derecho a la

manifestado la creencia de que el empleo del concepto «caudal hereditario» no es acertado y hubiera sido preferible prescindir de él y limitar directamente el derecho de viudedad del cónyuge del bínubo, sobre los bienes recibidos a título gratuito por los descendientes de anteriores nupcias, a la mitad de tales bienes.

Los descendientes de anterior matrimonio tienen garantizado por el art. 73 que si, de acuerdo con las normas del Derecho de sucesiones, tienen derecho a recibir, o han recibido ya en vida del causante, la mitad o más del valor del caudal hereditario, hasta la mitad del valor de este caudal lo reciben en plena propiedad, tanto si lo reciben a título de legítima como si se imputa en el tercio libre. Y, a la inversa, el resto del caudal hereditario, tanto si lo reciben también los descendientes de anterior matrimonio, como si va a parar a otros legitimarios, a parientes o a extraños, lo recibirán gravado con el derecho de viudedad.

La mitad del caudal hereditario es la medida adoptada por el legislador para limitar el derecho de viudedad del cónyuge del bínubo y, a contrario, para garantizar que los legitimarios protegidos puedan recibir en plena propiedad bienes hasta alcanzar la mitad de ese valor. Pero esa limitación parece que ha de operar exclusivamente sobre los bienes recibidos por los legitimarios a título lucrativo del causante, tanto *inter vivos* como *mortis causa*. Por ello, parece que no hay que tomar en consideración los bienes inmuebles o muebles como sitios del núm. 1 del art. 39 enajenados por el causante a título oneroso. Sobre estos bienes no opera la limitación del art. 73 y sobre ellos, por tanto, podrá tener el viudo usufructo, salvo si renunció al derecho expectante¹⁵. Es el derecho de viudedad sobre los bienes recibidos por los legitimarios protegidos, integrantes del *donatum* o del caudal relicto, el que resulta limitado por la norma del art. 73. Por tanto, ni el derecho de viudedad sobre los bienes enajenados a título oneroso, ni el derecho de viudedad sobre los recibidos a título lucrativo (donación o herencia) por personas distintas de las favorecidas por la norma del art. 73 resultan afectados por la limitación.

plena propiedad sin gravamen de los bienes de dicho caudal de que el causante hubiera dispuesto en su favor hasta alcanzar, sumando al de los que percibieron por donación, la mitad del valor correspondiente a aquél; pero el resto del caudal hereditario lo usufructuará el viudo, aunque su valor exceda de dicha mitad».

¹⁵ No tendría sentido, como ponen de manifiesto SANCHEZ y DE PABLO («Comentario al art. 73», *cit.*, pp. 676-677), entender que el art. 73 «sólo concede al viudo de persona que tuviera descendencia conocida con anterioridad el usufructo viudal de la mitad de los bienes del caudal hereditario, careciendo, en este caso, de derecho expectante; así, el cónyuge sobreviviente no podría usufructuar los inmuebles por naturaleza, establecimientos mercantiles, etc., enajenados a terceros sin renuncia al expectante, resolviéndose los problemas con una equitativa distribución por mitad de los bienes del caudal (al viudo en usufructo y a los legitimarios en plena propiedad). Esta interpretación, sin embargo, no sólo es discriminatoria e injusta y contradice de forma evidente el tenor del art. 73, sino que, además, se opone frontalmente a la misma naturaleza institucional de la viudedad aragonesa (que comprende siempre el derecho expectante)».

Constante matrimonio, el expectante funciona con normalidad, como si no estuviera limitado (que puede no estarlo), siéndole de aplicación el régimen de los arts. 76 a 78 de la Compilación. Si el cónyuge bínubo dispone, a título oneroso o gratuito, en favor de extraños o de legitimarios, y el otro cónyuge renuncia al expectante, ya no podrá tener usufructo sobre esos bienes; si, por el contrario, no renuncia, y la enajenación es a título oneroso, el gravamen se mantiene como en los supuestos normales; si no renuncia y se trata de una donación a personas distintas de las favorecidas por la norma del art. 73, el gravamen se mantiene y funciona con normalidad. En cambio, cuando se trata de donaciones a los legitimarios protegidos, y no se renuncia al derecho expectante, éste se mantiene pero sujeto a una doble condición de eficacia: que premuera el bínubo y que tales bienes excedan de la parte de bienes que corresponda en plena propiedad a los legitimarios protegidos (mitad del caudal hereditario).

Por lo tanto, el derecho expectante funciona con normalidad en las enajenaciones a título oneroso; también en las enajenaciones a título gratuito en favor de personas no favorecidas por la limitación del art. 73. En cambio, en relación a las donaciones en favor de legitimarios protegidos por el art. 73, como los legitimarios favorecidos pueden recibir del causante, *inter vivos* o *mortis causa*, hasta la mitad del valor del caudal hereditario en plena propiedad, es incierto si, finalmente, tales bienes donados sin renuncia podrán ser usufructuados por el viudo.

En el momento de la liquidación de la herencia del bínubo, habrá que determinar si los bienes del causante recibidos a título lucrativo por los descendientes de anteriores nupcias superan o no la mitad del valor del caudal hereditario: si no lo superan, los reciben en plena propiedad, no existiendo sobre ellos derecho de viudedad; si lo superan, y en la medida en que lo superen, podrá existir derecho de viudedad sobre el exceso si tales bienes no recibidos en plena propiedad se hallaban afectos al expectante.

Los bienes integrantes del caudal relicto se hallan afectos al derecho expectante siempre, pero de estos bienes, los que reciban los legitimarios protegidos están sujetos a la limitación del art. 73, de manera que, hasta que no se haga la liquidación, es incierto si el expectante podrá materializarse en usufructo sobre todos o algunos de los bienes recibidos por los beneficiarios de la limitación; y lo mismo sucede con los bienes del *donatum* recibidos por los descendientes de anteriores nupcias sin renuncia del expectante. Por tanto, para concretar los efectos de la limitación hay que individualizar y separar los bienes que los legitimarios protegidos tienen derecho a recibir en plena propiedad (hasta la mitad del valor del caudal hereditario, como máximo): pueden ser tanto bienes del *relictum* como del *donatum*. Sobre estos bienes no existe derecho de viudedad por aplicación de la limitación del art. 73. Realizada esta operación, el cónyuge viudo tendrá viudedad en todos los restantes bienes del causante que se hallen afectos al derecho expectante: todos los del *relictum* que no reciban en plena propiedad los descendientes protegidos y todos los del *donatum* que, no correspondiendo en plena propiedad a los legi-

timarios de anteriores nupcias, hubiesen sido donados sin renuncia del derecho expectante. También tendrá viudedad sobre los bienes enajenados a título oneroso sin renuncia del derecho expectante.

5. IMPERATIVIDAD DE LA NORMA

La norma del art. 73 es, sin duda, de *ius cogens* o imperativa. Así resulta de los términos empleados por el legislador y de la finalidad de la limitación legal, y así lo entiende unánimemente la doctrina¹⁶ y también la sentencia del TSJ¹⁷. No cabe, por tanto, pacto o disposición unilateral que pretenda ampliar la viudedad legal limitada del cónyuge del bínubo. Aunque el derecho de viudedad se rige, en orden de prelación, en primer lugar, por el pacto (arts. 75.1 y 72.1), ha de tratarse de pactos que no sean contrarios a norma imperativa aplicable en Aragón (art. 3º). Lo mismo cabe decir para la disposición unilateral (art. 3º). Por pacto o disposición mancomunada podrá limitarse todavía más el derecho de viudedad del cónyuge del bínubo, hasta llegar a eliminarlo (art. 72.1); igualmente el cónyuge del bínubo podrá renunciarlo total o parcialmente (art. 74.1); en cambio, no parece que por voluntad del bínubo pueda reducirse todavía más el derecho de viudedad del otro cónyuge, dado que el art. 73 lo ha situado ya en el límite a que, conforme al art. 72.2, puede reducir el derecho de viudedad la voluntad de uno de los cónyuges.

El supuesto de hecho de la sentencia es el más sencillo de los posibles y, precisamente, aquél para el que está pensada preferentemente la norma del art. 73. Existe un solo descendiente de las primeras nupcias y éste sobrevive a

¹⁶ LACRUZ BERDEJO (*Derecho de Familia*, I, *cit.*, p. 427, nota 7) dice que «el precepto prohíbe extender voluntariamente el usufructo viudal a porción superior a la mitad»; También LATORRE MARTINEZ DE BAROJA («Comentario al art. 73», *cit.*, p. 296) y CALATAYUD SIERRA («Las Legítimas», en *Actas...*, *cit.*, p. 77) reconocen que la limitación tiene carácter imperativo.

¹⁷ La sentencia de primera instancia (JPI de Fraga de 26 de febrero de 1991) indica en el fundamento de derecho cuarto que la imperatividad de la limitación del usufructo viudal contenida en el art. 73 «se desprende de los siguientes argumentos: a) la propia naturaleza del precepto de índole familiar-sucesorio (y con prevalencia del carácter familiar sobre el sucesorio, según reconoce la Exposición de Motivos de la Compilación y resulta del encuadramiento de la institución de la viudedad en el libro I, dedicado al Derecho de la persona y de la familia, y no en el libro II sobre la Sucesión «mortis causa»), normas éstas que por referirse principalmente a cuestiones de orden público y la especial trascendencia de los intereses tutelados son, por definición, de corte imperativo, no entrando en juego la autonomía de la voluntad más que en aquellos supuestos en que la ley lo prevea expresamente, no siendo el caso del precepto que nos ocupa que no hace ninguna salvedad ni deja la regulación de la cuestión a la libre decisión de los interesados; b) que de no atribuírsele carácter imperativo a la norma del art. 73 de la Compilación será fácilmente burlable su finalidad o propósito, que no es otro que el de proteger la posición jurídica de los hijos ya habidos antes de la celebración del ulterior matrimonio o del primero si se trata de filiación extramatrimonial [...]; c) también cabe deducir la imperatividad del citado artículo, de los categóricos términos en que se expresa, que no dejan lugar a dudas, así como su condición de norma prohibitiva frente a aquellas otras normas que no consagran una prohibición sino que son de carácter permisivo» (ver *Informe del Justicia de Aragón 1991*).

su progenitor bínubo, heredándole a título de heredero universal; no existen otros descendientes; tampoco consta que el bínubo hubiera realizado donaciones o enajenado bienes afectos al expectante como gravamen real sin renuncia del otro cónyuge, ni que haya dispuesto de bienes muebles en fraude de tal derecho. Por consiguiente, de acuerdo con lo preceptuado por el art. 73 y los correspondientes preceptos del Derecho de sucesiones, el hijo es heredero de todo el caudal hereditario del cónyuge bínubo, si bien una mitad del caudal la recibe en plena propiedad y la otra gravada con el usufructo de viudedad legal (art. 125.4º).

Las cosas se complican algo, tampoco mucho, porque en el testamento de la bínuba, doña María, además de instituir heredero universal a su hijo, concede a su esposo en segundas nupcias «el usufructo de viudedad universal». Dando por probado, como hace la sentencia, que la voluntad de la causante es extender la viudedad legal por encima del límite marcado en el art. 73, la consecuencia no puede ser otra que la primacía del art. 73 sobre la voluntad unilateral de la causante: ningún efecto distinto del previsto por la ley puede producir dicha disposición testamentaria. La viudedad, en este supuesto, está limitada imperativamente por la ley y, por tanto, no puede eliminarse o reducirse la limitación legal por pacto o disposición unilateral de los cónyuges. Posiblemente, si que podría alegarse, probándola, la existencia de costumbre contra ley.

Este tipo de pactos o disposiciones habría que considerarlos, en principio, por contrarios a norma imperativa, nulos de pleno derecho. Pero, si se tiene en cuenta que la eficacia de la limitación legal depende de la sobrevivencia de los hijos de anterior matrimonio, de que reciban bienes del causante y de la cuantía en que los reciban, el pacto o disposición que concede la viudedad universal es válido y puede llegar a producir las mismas consecuencias que la ley determina cuando la limitación legal decae totalmente; en cuyo caso, el pacto es innecesario puesto que tales efectos derivan ya de la propia ley. Por ello, cuando la condición legal se cumple y la limitación produce sus efectos, el pacto o disposición deviene ineficaz en cuanto contradice la ley, o, si se quiere, se tiene por no puesto al suponer un gravamen sobre la legítima no dejado a salvo por el art. 125¹⁸.

¹⁸ La sentencia de primera instancia, en el fundamento de derecho tercero, aporta una serie de argumentos para considerar que la cláusula testamentaria relativa a la concesión de la viudedad universal es perfectamente válida; argumentos que, expuestos resumidamente, son los siguientes: a) La compatibilidad entre el nombramiento de heredero universal a favor del hijo y la atribución del usufructo de viudedad universal a favor del cónyuge supérstite, gravamen sobre la legítima material expresamente previsto por la Compilación (art. 125.4º); b) Tras la entrada en vigor de la Compilación carece de significado específico el término «universal» añadido a la expresión «viudedad o usufructo de viudedad», ya que ahora la viudedad es por contenido natural universal, esto es, salvo pacto o disposición ya mancomunada o unilateral en contrario (art. 72); c) Aunque la norma del art. 73 es imperativa, dicha norma, en el momento de otorgarse el testamento y, consecuentemente en el momento de concederse la viudedad universal, todavía no es de aplicación, pues el disponente pese a su voluntad de favorecer al hijo, presumiendo su supervivencia después de ocurrido el óbito (como lo prueba el hecho de instituirle heredero de

IV. LA LIMITACIÓN DEL ART. 73 Y LA DISPOSICIÓN DEL TERCIO LIBRE EN FAVOR DEL CÓNYUGE DEL BÍNUBO

Interesa plantear aquí otro supuesto, aludido marginalmente en la sentencia, que tal vez estaba en la mente de doña María y no alcanzó a formular debidamente en su testamento. La causante podía pretender que, respetando lo imperativamente dispuesto por el art. 73, su segundo marido recibiera a título sucesorio lo máximo que el Derecho hereditario permite dejar a un extraño: es decir, el tercio de libre disposición.

Pero conviene no olvidar que en el supuesto del art. 73 estamos ante un caso de viudedad legal, no universal, pero legal. Y por tanto, cualquiera que sea su extensión, disfruta de las mismas características que se predicán de la viudedad legal universal: es una ventaja matrimonial que se recibe a título oneroso lo cual conlleva que el derecho que el viudo tiene sobre los bienes del otro cónyuge es superior al de los acreedores y preferente al de los legatarios, no depende de la voluntad del causante, y precede al derecho de los legitimarios que, por tanto, reciben los bienes del causante con el gravamen del derecho de viudedad¹⁹. Pero, por otra parte, ya se ha explicado que el legislador ha querido favorecer con la limitación de la extensión del derecho de viudedad del cónyuge del bínubo exclusivamente a los legitimarios de anteriores nupcias, lo que supone el reconocimiento del derecho de éstos a recibir en plena propiedad, sin gravamen, hasta un máximo de la mitad del caudal hereditario, y esto, correlativamente, obliga a localizar el derecho de viudedad sobre los bienes no recibidos en plena propiedad por los legitimarios protegidos.

Pues bien, si por hipótesis partimos de que nos hallamos en un supuesto de hecho al que es aplicable la limitación del art. 73 porque existen legítima-

todos sus bienes), no sabe si efectivamente dicha descendencia le sobrevivirá o no a su fallecimiento, y de este modo, no sabe si el mandato legal contenido en el art. 73 (que impide la concesión del usufructo para tal supuesto) se hará o no efectivo, por lo que habrá que esperar al fallecimiento del bínubo para determinar si el usufructo universal debe o no ser reducido a la mitad. No hay conculcación de norma imperativa sino mera posibilidad o expectativa de contravención, ajena totalmente a la esfera de actuación del testador, que no es suficiente para fundar una sanción tan grave como es la nulidad de pleno derecho; d) La expresión «viudedad universal» no ha de inducir a error, pues hoy la viudedad, si no se dice nada en contrario, es siempre universal (salvo el supuesto especial del art. 73), y lo que en realidad está queriendo decir la testadora con dicha expresión es la concesión del usufructo de viudedad con arreglo a los preceptos legales, incluyéndose por consiguiente la limitación establecida en el art. 73 para el caso de que se produzca el supuesto de hecho que la norma regula; e) En cambio, no cabe sostener la licitud de la concesión de viudedad universal en la existencia de un usufructo universal concedido voluntariamente por la testadora a favor de su segundo esposo, porque ello supondría una vulneración de la legítima colectiva del art. 119 (ver *Informe del Justicia* 1991).

¹⁹ Cfr. LACRUZ BERDEJO, «Sobre algunos caracteres del derecho de viudedad», ADA, 1946, pp. 353-354.

rios de anteriores nupcias del bínubo, en tal caso las posibilidades de favorecer al cónyuge del bínubo han de ser necesariamente con cargo al tercio de libre disposición. En la medida que el causante usa el tercio de libre disposición en favor de extraños va reduciendo los bienes que reciben los legitimarios pudiendo llegar a concretarlos en los 2/3 de legítima colectiva. Además, acabamos de decir, que los legitimarios protegidos pueden recibir hasta la mitad del caudal hereditario en plena propiedad. Respetando esa mitad sin gravar, todos los demás bienes, tanto si los reciben extraños o legitimarios, y tanto si los reciben éstos como legítima o como tercio libre, están afectos al usufructo legal si lo estaban al expectante. Si parte del tercio libre también la reciben los legitimarios, la mitad no gravada con el usufructo puede afectar tanto a bienes recibidos como legítima como a los recibidos como tercio libre. Pero, siempre, los recibidos por extraños con cargo al tercio libre serán parte de la otra mitad y, por tanto, gravados con el usufructo.

Del mismo modo que sucede cuando la viudedad legal es universal, los extraños pueden recibir bienes imputables en el tercio libre, pero, siempre, gravados con el usufructo viudal si se hallaban afectos al expectante. Lo recibido por extraños, siempre habrá que imputarlo en el tercio libre y formará parte de los bienes sobre los que el viudo puede tener usufructo, ya que la limitación sólo opera sobre los bienes recibidos a título gratuito por los descendientes protegidos. No hay, por tanto, ninguna diferencia.

De acuerdo con lo afirmado, no tiene sentido dejar el usufructo voluntario del tercio libre al cónyuge: ya lo tiene por Ley. No obstante, puede hacerse para conseguir el mismo resultado preordenado por el legislador. Tampoco hay inconveniente en dejar al cónyuge del bínubo el tercio de libre disposición en nuda propiedad o en plena propiedad: a la nuda propiedad dejada por el causante habrá que sumar el usufructo de viudedad legal que, como se ha dicho, afecta siempre al tercio de libre disposición cuando se ha empleado en favor de extraños; si el bínubo ha dejado a su cónyuge la plena propiedad del tercio de libre disposición, no por ello puede conseguir el desplazamiento del usufructo legal de viudedad de los bienes del tercio libre a los bienes recibidos por los legitimarios porque, en tal caso, éstos no podrían recibir la mitad del caudal en plena propiedad como quiere el art. 73; por ello, en este supuesto, el viudo disfrutará de los bienes del tercio de libre disposición (dos sextos) en plena propiedad porque, por un lado, la ley le concede el usufructo y, por otro, porque el causante le ha favorecido con la propiedad de estos bienes que recibiría gravados con el usufructo legal si éste correspondiera a otra persona, pero como el titular del gravamen es él resulta que ha recibido por dos vías lo mismo²⁰. Por lo demás, lógicamente, el viu-

²⁰ No comparte esta interpretación BATALLA GONZÁLEZ («La viudedad en la Compilación aragonesa», RCDI, núm. 465, marzo-abril 1968, pp. 452-453) pues defiende que si se lega al cónyuge del bínubo, en plena propiedad, el tercio de libre disposición, o sea dos sextas partes del caudal, quedan cuatro sextas partes de las que habrá que adjudicar tres, o mitad del caudal, en usufructo a la viuda y en nuda propiedad a los descendientes, a los cuales, por consiguiente, sólo

do tendrá viudedad legal sobre un sexto más del caudal, de manera que los otros tres sextos deben ser recibidos en plena propiedad por los legitimarios protegidos.

Aunque, ciertamente, la ley no dice esto expresamente, parece la única interpretación coherente con su finalidad. El Derecho sucesorio, pues, no resulta afectado directamente, pero sí de una manera refleja al deducirse con claridad del art. 73 que los legitimarios protegidos en dicha norma pueden recibir bienes en plena propiedad hasta la mitad del caudal «hereditario»²¹.

BATALLA GONZÁLEZ expone que conoce una opinión, que no comparte, según la cual «el derecho de viudedad no puede extenderse a más de la mitad del caudal hereditario, lo que equivale, se dice, a que la mitad de ese caudal ha de transmitirse a los legitimarios sin el gravamen del usufructo de viudedad, que habrá de limitarse a la otra mitad, y así tenemos: una mitad o tres sextas partes sin viudedad y otra mitad o tres sextas partes con viudedad. De estas últimas tres sextas partes habrá de tomarse una sexta parte para completar la legítima —dos tercios igual a cuatro sextas partes—, quedando otras dos sextas partes, o sea, un tercio, que el causante puede legar a su esposa como de libre disposición, resultando que corresponden a los descendientes tres sextas partes en pleno dominio y otra sexta en nuda propiedad, y a la viuda esta sexta en usufructo y dos sextas en pleno dominio»²².

En opinión de LACRUZ, «el art. 73 se halla destinado a introducir una excepción en el sistema de beneficios viuales que alcanza a la prelación entre viudedad y legítima. Por de pronto, si el precepto prohíbe extender voluntariamente el usufructo viual a porción superior a la mitad, lo hace con intención de salvaguardar la legítima, y ello carecería de efectividad si pudiera asignarse al segundo cónyuge, además, el tercio libre: de hecho, resultarían efectivamente disfrutados por tal segundo cónyuge los cinco sextos del caudal. Y, por otra parte, es muy discutible que el casado en segundas nupcias pueda legar al extraño el tercio libre en plena propiedad, y, al contrario, precisamente la reflexión sobre ese supuesto nos persuade del destino de los bienes libres a los legitimarios. En efecto: el bínubo, cuando estaba casado en primeras nupcias, si sus bienes eran inmuebles, no podía hacer tal legado —impedido por el usufructo de su cónyuge—; y la circunstancia de estar casado en segundas no es apta para conferirle mayor poder de disposición sobre

queda en plena propiedad la sexta parte que resta. «Y —añade— no pueden adjudicársele en pago del tercio libre bienes que ya están gravados con usufructo no de Derecho sucesorio, sino derivado de la propia celebración del matrimonio y preferente, incluso, a los derechos legitimarios [...]. El art. 73 limita exclusivamente el derecho de viudedad, pero no dice que los descendientes han de adquirir necesariamente en plena propiedad la mitad, como parte a integrar la legítima. En todo caso, una disposición en tal o parecido sentido sería propia del Libro II, cuya rúbrica es «Derecho de sucesión por causa de muerte».

²¹ Algo parecido sucede en el supuesto contemplado por el art. 837.2 del Cc.

²² «La viudedad en la Compilación aragonesa», RCDI, núm. 465, marzo-abril 1968, p. 452.

sus bienes entre extraños. Obsérvese, además, cómo la limitación del eventual usufructo de su cónyuge a la mitad desaparece —pese a la binubía— si no sobreviven hijos, lo cual demuestra cumplidamente el destino de los bienes liberados de usufructo, exclusivamente a ellos». Por todo ello, LACRUZ no comparte la opinión defendida por BATALLA GONZÁLEZ (transcrita en nota) y le parece más segura la otra interpretación, también expuesta por BATALLA, aunque sin compartirla, si bien, matizando, con toda razón, que cabrían «otras intermedias, de reparto igual o proporcional de la parte gravada, entre legítima y parte libre»²³.

Niegan también la posibilidad de acumular el usufructo legal sobre la mitad del caudal y el tercio libre SANCHO Y DE PABLO²⁴, CALATAYUD²⁵ y la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección segunda) de 7 de marzo de 1994 (ponente: Ilmo. Sr. don José Enrique Mora Mateo)²⁶. En cambio, la tesis defendida por BATALLA GONZÁLEZ es seguida por LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA²⁷.

²³ *Derecho de Familia*, I, 1974, p. 427, n. 7.

²⁴ Dicen estos autores que «habiendo dispuesto el causante del tercio de libre disposición en favor de un extraño, tanto a título de heredero cuanto de legatario, el viudo usufructúa los dos sextos del caudal cuya nuda propiedad corresponde a aquél y un sexto más, éste de los bienes que corresponden a los legitimarios; quedando para éstos, en plena propiedad sin gravamen, la otra mitad del caudal. Y si el causante hubiera atribuido a su cónyuge dicho tercio de libre disposición, sea a título de heredero o de legatario, sólo tendrá, además, el usufructo viudal de un sexto de los bienes del caudal, correspondiente a la porción de los legitimarios: obsérvese que esto es precisamente lo que resulta de la literalidad del art. 73, que no dice que el derecho de viudedad del cónyuge supérstite haya de comprender necesariamente la mitad del caudal relicto, sino que ese derecho no puede extenderse más allá de esa mitad, lo cual es bien distinto» («Comentario al art. 73», *cit.*, p. 678, nota 39).

²⁵ «Lo que pretende el legislador es separar al máximo los intereses de los hijos anteriores y el cónyuge viudo, por lo que el usufructo debería recaer lo mínimo posible sobre la legítima, y en consecuencia tendría que gravar todo el tercio de libre disposición, mientras que la legítima sólo en lo que excediera hasta completar la mitad de la herencia». Y luego añade que no cree posible «dejar al testador la facultad de determinar la parte afectada por el derecho de viudedad, ya que el espíritu que emana de la norma es el de la imperatividad» («Las Legítimas», en *Actas...*, *cit.*, p. 77).

²⁶ En el fundamento de derecho tercero dice lo siguiente: «El art. 73 introduce una norma de excepción en la relación viudedad-legítima; para proteger la última, por lo que, el legado del tercio libre a la esposa comprende la parte correspondiente del usufructo de la mitad del caudal; por tanto, el usufructo a que tiene derecho la viuda alcanza a los bienes que se integren en el tercio libre legado, más una sexta parte del total (un cuarto de los dos tercios de legítima). No procede acumular el usufructo de la mitad con el legado del tercio libre, pues el art. 73 dispone la entrega a la hija de una mitad del caudal sin el gravamen del usufructo, y, si se acumularan, la viuda disfrutaría de cinco sextos de la herencia. Por todo ello, la atribución testamentaria del usufructo viudal sobre los dos tercios de legítima infringe el art. 73 de la Compilación, pues ese usufructo sólo puede alcanzar a una cuarta parte de los dos tercios de legítima en los que su hija demandante fue instituida heredera» (vid. *Informe del Justicia de Aragón* 1994).

²⁷ «Comentario al art. 73», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXXIII, vol. 2, Edersa, 1990, p. 298.

Hay que plantear también otras posibilidades, más dudosas, de favorecer al cónyuge del bínubo con cargo al tercio de libre disposición. En primer lugar vamos a analizar si es posible, en Aragón, dejar al cónyuge del bínubo, con cargo al tercio de libre disposición, el usufructo voluntario sobre la mitad del caudal no afecta al usufructo legal, de manera que, sumados ambos usufructos, el viudo usufructuara todo el caudal del causante (viudedad universal). La cuestión es la siguiente: ¿Cabe, en Aragón, una disposición del siguiente tenor?: Lego a mi segunda esposa el usufructo vitalicio de la mitad del caudal no afecto al derecho de viudedad, con cargo al tercio de libre disposición, siempre que el valor de tal usufructo voluntario no exceda al del tercio del caudal hereditario²⁸.

BATALLA GONZÁLEZ cree que ninguna limitación puede oponerse legalmente a la libérrima disposición del tercio libre y que, en la mayoría de los casos, si nos atenemos a valor, habría de resultar más beneficioso para los legitimarios el usufructo de la mitad del caudal a favor del viudo que el tercio en pleno dominio. El problema está en determinar el valor del legado de usufructo para ver si cabe o no dentro del tercio de libre disposición. Sin embargo, no oculta ciertas dudas de que tal disposición pueda prosperar por parecer opuesta al espíritu del art. 73²⁹.

Efectivamente, hemos visto que la norma del art. 73 tiene por finalidad garantizar que los legitimarios protegidos puedan recibir bienes del causante hasta el valor de la mitad del caudal hereditario sin el gravamen de la viudedad legal; pues bien, cuando el caudal hereditario está formado por dos tercios de legítima y uno de libre disposición por no existir donaciones «colacionables», si se emplea el tercio de libre disposición en favor de extraños (como el cónyuge del bínubo), resulta que la mitad del caudal hereditario a recibir por los herederos protegidos sin gravamen de viudedad coincide necesariamente con tres cuartas partes de la legítima; si en lugar de disponer del tercio de libre disposición en nudapropiedad se dispone que su valor sea recibido en usufructo por extraños es evidente que éste usufructo afecta a las tres cuartas partes de legítima no gravada con la viudedad legal, Cosa no querida por el legislador al formular la limitación del art. 73 y que, al afectar a la legítima no gravada legalmente hay que resolver acudiendo a las normas de defensa de la legítima³⁰.

²⁸ Cfr. BATALLA GONZÁLEZ, «La viudedad en la Compilación aragonesa», RCDI, 1968, p. 453.

²⁹ «La viudedad en la Compilación aragonesa», RCDI, 1968, pp. 453-454. LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA («Comentario al art. 73», Edersa, *cit.*, p. 298) se suma a la opinión defendida por BATALLA GONZÁLEZ, pero señala al final: «No obstante, entiendo que, dada la finalidad de la institución de cambiar el derecho de alimentos en una cuota de bienes en pleno dominio para independizar el patrimonio de los hijos anteriores a este matrimonio, por miedo del legislador a los matrimonios con diferencia de edad, y si bien no se puede entender que dicha posibilidad sea un fraude a la ley, por lo menos hay que entender que va en contra del espíritu de la institución».

³⁰ Pero no se olvide que, como se ha puesto de manifiesto a lo largo del trabajo, junto al caudal hereditario (que estamos identificando con el *relictum*) puede existir el *donatum*, y

Esta cuestión tenía una solución distinta en el Apéndice. En él la viudedad legal era limitada, tanto si había descendencia de anterior matrimonio como si no, pero, en cualquier caso, se permitía establecer voluntariamente la viudedad universal que se antepone, también en cualquier caso, a los derechos de los legitimarios. El art. 31.1º del Apéndice configuraba la viudedad universal voluntariamente establecida como superior a la legítima de los hijos, de manera que concediendo la viudedad universal un bínubo, perjudicaba, si su consorte llegaba a ejercer el usufructo, los derechos de los hijos del primer matrimonio³¹.

En cambio, vigente la Compilación, sólo la viudedad legal, universal o limitada, se antepone a los derechos de los legitimarios (art. 125. 4º). La concesión de viudedad universal en testamento al cónyuge del bínubo, en cuanto no coincida con la viudedad legal, es un negocio jurídico *mortis causa* y lucrativo³². Por ello, la viudedad voluntariamente establecida, a diferencia de la viudedad legal, no debe prevalecer sobre los derechos de los legitimarios, como tampoco sobre el crédito de terceros por deudas privativas postmatrimoniales; anteposición, una y otra, que puede establecer la ley sin que, en cambio, sea disponible en el ámbito de la autonomía privada³³.

El art. 125 considera no puestos los gravámenes sobre la legítima (es decir, teniendo en cuenta el art. 119, sobre los dos tercios del caudal computable: no sobre todos los bienes relictos asignados a los legitimarios); de donde resulta la exigencia de que los cuerpos hereditarios destinados a los legitimarios e imputables en la legítima lo sean sin limitación alguna impuesta en el acto *mortis causa*. Se exceptúan los gravámenes previstos por la Compilación (entre ellos hay que contar la viudedad legal, universal o limitada) y otros enumerados por el art. 125 que no parecen de aplicación al caso. Por tanto, a salvo la limitada incidencia de la viudedad legal del art. 73 sobre un cuarto de la legítima, los otros tres cuartos han de entregarse sin carga, condición u otra limitación que disminuya el valor o la plenitud de la titularidad que ostentaba el causante. Cuando el causante contraviene la regla de intangibilidad del art. 125 no hay redistribución del caudal, ni, por tanto, asignación de

entonces el caudal hereditario puede ser todo él tercio libre, o todo él legítima, o parte de legítima y parte de tercio libre pero en la proporción que nos marque la existencia y consistencia del *donatum*.

³¹ Cfr. LACRUZ BERDEJO, «Sobre algunos caracteres del derecho de viudedad», ADA, III, 1943, p. 356. Añade Lacruz que «solo interpretando que el art. 31.1º Ap. se refiere exclusivamente a la concesión en perjuicio de hijos comunes (lo cual no encuentra apoyo en el texto, aunque acaso sí en el apartado 2º), pueden salvarse de la ampliación los bienes correspondientes a los dos tercios de legítima de los hijos del primer matrimonio —si no hay hijos del segundo— o la legítima discrecional de que habla el art. 30— si los hay».

³² La STS de 10 abril 1990, aludida por la sentencia del TSJ, indica que no hay que confundir el usufructo llamado viudedad foral aragonesa con el usufructo constituido en testamento. Puede verse mi comentario a dicha sentencia en CCJC, núm. 24, septiembre-diciembre 1990, pp. 813-830 (comentario núm. 622).

³³ Cfr. SANCHO y DE PABLO, «Comentario al art. 73», *cit.*, p. 637, nota 43.

bienes distintos al legitimario reclamante: a su vez éste tampoco puede optar por la repudiación de la herencia gravada y subsiguiente petición de la legítima, y ha de conformarse con tener los gravámenes por no puestos³⁴.

Es cierto que, en la hipótesis que estamos planteando, los legitimarios reciben todo el caudal computable (contenido exclusivamente en el caudal hereditario) y que no hay inconveniente en considerar que los bienes de los legitimarios imputables en el tercio libre pueden hallarse gravados por el causante; pero, en nuestro caso, como se trata de usufructo, viene a coincidir, en parte, con el usufructo legal que recae sobre el tercio libre y un cuarto de la legítima; y, en cambio, el usufructo voluntario no puede recaer sobre la otra mitad del caudal hereditario porque la ley se lo reserva en plena propiedad a los legitimarios protegidos. Luego, en lo que afecta a la parte de legítima no gravada con la viudedad legal, el usufructo voluntario se tiene por no puesto³⁵. Y, nótese, que entonces lo único que recibe el cónyuge del bínubo es el usufructo de viudedad legal limitado; mientras que los legitimarios reciben una mitad del caudal computable en plena propiedad y la otra mitad en nuda propiedad. Reciben, en definitiva, más de lo que les corresponde por legítima; en cambio, el viudo recibe menos de lo que podría haber recibido si el bínubo hubiera dispuesto en su favor del tercio de libre disposición en nuda propiedad.

En el ámbito del Cc., el art. 820.3º, interpretado en armonía con el 813.2, no permite al testador imponer sobre la legítima gravamen, condición ni sustitución de ninguna clase, salvo lo dispuesto por la ley en cuanto al usufructo del viudo y salvo que el gravamen consista en un legado de usufructo o renta vitalicia cuyo valor no sea superior al de la parte libre. Si el valor del usufructo supera el del tercio libre, los legitimarios están obligados, en principio, a entregar al viudo el usufructo universal de toda la herencia, que es lo legado por el testador, pero la ley les faculta para liberarse del usufructo del viudo entregándole el tercio libre en propiedad³⁶. Pero, como dice Lacruz, «el art. 820.3º Cc. tiene pocas posibilidades de aplicación en Aragón, ya por ser inoperante en Aragón la función que principalmente juega en el Código, innece-

³⁴ Ideas sobre la intangibilidad cualitativa de la legítima que tomo de LACRUZ BERDEJO, «La defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa», en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, II, Eunsa, Pamplona, 1969, pp. 288-294.

³⁵ La sentencia de segunda instancia (S. AP de Huesca de 16 de julio de 1991), en el fundamento de derecho tercero, señala que «al tener por no puesto el gravamen se trata de un gravamen inexistente, esto es, un gravamen que no nace a la vida del derecho, en definitiva, un gravamen nulo de pleno derecho, quedando referido lo hasta el momento expuesto, al derecho legitimario de los descendientes, en tanto que en materia de viudedad universal hay que estar a lo dispuesto en el art. 73» (ver *Informe del Justicia* 1991).

³⁶ Esta es la interpretación defendida con sólidos argumentos por Alicia REAL PÉREZ en su monografía sobre *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil* (Ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1988). Hay que advertir, sin embargo, que la interpretación del 820.3º Cc. dista mucho de ser pacífica.

saría dada la viudedad universal [aunque podría ser operativo en relación a la viudedad limitada del art. 73, añadido yo]; ya por contemplar un supuesto de intangibilidad cualitativa resuelto por el art. 125 de la Compilación en el sentido de tener por no puesto el gravamen sobre los dos tercios de legítima: conforme a este último precepto los legitimarios, recibiendo su parte en plena titularidad por lo que respecta a los dos tercios del caudal computable [a salvo el gravamen de la viudedad legal, añadido yo], nada tienen que entregar al legatario extraño en compensación de la supresión del gravamen, y este legatario, por su parte, se limitará a usufructuar la porción de finca que cabe en la porción disponible, o percibirá la renta con arreglo al valor de ella»³⁷.

Una disposición testamentaria de ésta clase corre el riesgo de provocar las consecuencias señaladas (que el viudo sólo reciba en usufructo lo predeterminado por la Ley en el art. 73) y seguramente no queridas por el testador. Ahora bien, creo que, el hecho de que la disposición testamentaria pueda tenerse por no puesta por los legitimarios, no impide a éstos aceptarla libremente si creen que resultan favorecidos con ella. Lo que no puede defenderse es que tal disposición vincule a los legitimarios a su cumplimiento; pero si éstos pueden renunciar la legítima también parece que deben poder aceptarla con gravamen (quien puede lo más puede lo menos), renunciando, por tanto, al derecho a recibirla sin gravamen distinto de la viudedad legal. De manera que, el hecho de que la legítima no se pueda gravar no supone una nulidad *ipso iure* del gravamen (cfr. STS de 2 de abril de 1949).

Parece que, por todo lo dicho, hay que afirmar que el bínubo no puede establecer en testamento el usufructo universal en favor de su segundo cónyuge, con carácter vinculante para los legitimarios protegidos. Pero, por otra parte, parece que esto ha de entenderse sin perjuicio de las llamadas «cautelas de opción compensatoria de la legítima», y en especial de la conocida como «cautela Socini en sentido estricto»³⁸.

Son cautelas que intentan compaginar la voluntad del testador con lo prescrito por el legislador. Desde hace siglos, y en el ámbito de múltiples Ordenamientos, se utiliza profusamente la llamada cautela Socini para asegurar al cónyuge viudo, de forma «legal», el usufructo universal que el esposo premuerto deseó dejarle y que la intangibilidad cualitativa de la legítima no permite.

³⁷ «La defensa de la legítima material en la Compilación aragonesa», *cit.*, p. 293.

La sentencia de segunda instancia (S. AP de Huesca de 16 de julio de 1991), en el fundamento de derecho tercero, con los mismos argumentos empleados por Lacruz, rechaza la posibilidad de aplicar en Aragón el art. 820.3º del Cc.

³⁸ Así lo entiende la sentencia de primera instancia (JPI Fraga de 26 de febrero de 1991) en el fundamento de derecho tercero, al final. También CALATAYUD SIERRA la cree admisible en Aragón si se compensa el gravamen de la legítima con el tercio de libre disposición («Las Legítimas», en *Actas...*, *cit.*, pp. 77-78).

Nos dice Real Pérez que, en el ámbito del Código civil, «puede hablarse de 'cautela de opción compensatoria de la legítima' (en terminología acuñada por Vallet de Goytisolo) como de una prevención puesta por el testador en su testamento, a través de la cual persigue alcanzar una «distribución» de la herencia no del todo acorde con lo dispuesto por la ley, concediendo a sus legitimarios una ventaja que les anime a aceptar un gravamen sobre sus legítimas y advirtiéndoles que, de no soportarlo, tendrán que conformarse con su legítima estricta, y no podrán disfrutar de la ventaja. Es decir, que el testador concede a los legitimarios un mayor *quantum* del que por ley les corresponde, que disfrutarán si admiten una lesión en el *quale*, estableciendo también el testador lo necesario para evitar que aquéllos reciban el exceso sobre el *quantum* legalmente exigido y, a la vez, reclamen la integridad del *quale* que la ley les concede. En definitiva, los legitimarios han de optar —de ahí 'cauteladas de opción...'— entre la disyuntiva que el testador les plantea, pues les ofrece elegir entre dos llamamientos, suponiendo una de esas alternativas una compensación jugosa por soportar su legítima gravada —'compensatoria de la legítima'—»³⁹.

La cautela Socini es una de ellas; pero puede concebirse en sentido amplio: «el testador deja al legítimo una parte hereditaria de valor mayor que lo que a éste le corresponde por legítima, gravando lo así dejado con usufructos, pensiones, fideicomisos, condiciones u otra clase de gravámenes o limitaciones, pero con la prevención de que si el legítimo no acepta íntegramente dichos gravámenes o limitaciones, perderá lo que se le ha dejado por encima del importe de la legítima, debiendo entonces contentarse en adquirir lo que por legítima estricta le corresponde»⁴⁰; o en sentido estricto: «el testador llama a sus legitimarios a la totalidad de la herencia por partes iguales y deja a su cónyuge viudo el usufructo universal previniendo que, de no aceptar los legitimarios el gravamen, se les entregue únicamente su legítima estricta, acreciendo su porción en la mejora a los conformes». Suele añadirse, para mayor prevención, que, en caso de no aceptar la cláusula alguno o ninguno de los legitimarios, se asigne al cónyuge viudo su cuota legal en usufructo y, además, la porción libre en pleno dominio»⁴¹.

En Aragón creo que este tipo de cláusulas pueden ser válidas y aplicables al supuesto del art. 73, entre otros. Pero, hay que precisar que, por una parte, en Aragón la legítima es colectiva, no existiendo legítima estricta ni tercio de mejora y que, por otra parte, en el supuesto del art. 73, los únicos legitimarios que pueden resultar afectados por el gravamen —usufructo voluntario— son los legitimarios protegidos por la norma: los otros ya reciben su legítima gravada con el usufructo legal.

³⁹ *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil, cit.*, p. 178.

⁴⁰ ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, II, Madrid, 1948, p. 174.

⁴¹ REAL PÉREZ, *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil, cit.*, pp. 189-190.

A quienes hay que compensar por el gravamen es exclusivamente a los legitimatarios protegidos y aun esto sólo en el caso de que no concurren con legitimarios no protegidos. Como el causante es libre de distribuir la legítima entre los descendientes como quiera, puede no dejar nada a los legitimarios protegidos, puede dejarles algo o puede dejarles todo, con o sin gravamen. El gravamen, ciertamente afectaría a la legítima, pero el causante puede obligarles a aceptarlo estableciendo que, en otro caso, nada les deja a ellos. El causante puede situar a los legitimarios protegidos en la situación de tener que optar entre no recibir nada (la ley se lo permite) o recibir algo o todo pero gravado (lo que depende exclusivamente de la voluntad de los legitimarios protegidos). De no aceptar la legítima con el gravamen, los otros legitimarios recibirán toda la legítima y el tercio libre en nuda propiedad, y el viudo tendrá el usufructo universal legal. Caben, lógicamente múltiples variantes. En todo caso, concurriendo con legitimarios no protegidos, no veo dificultad para admitir que el causante pueda gravar lo dejado a los legitimarios protegidos con el usufructo voluntario estableciendo que, en otro caso, no les deja nada o les deja menos.

Cuando no concurren otros legitimarios, tampoco parecen existir problemas para la admisibilidad de la cautela Socini. Si no hay más que un legitimario de anteriores nupcias, el causante puede forzarle a optar entre recibir toda la herencia en nuda propiedad y, por tanto, en parte gravada con el usufructo voluntario del viudo y en parte con la viudedad legal, o recibir sólo la legítima gravada con la viudedad legal limitada del art. 73, en cuyo caso al viudo correspondería el tercio libre en propiedad y un sexto del caudal computable en usufructo viudal.

Siendo varios los legitimarios protegidos y no existiendo otros, como la legítima es colectiva y ninguno tiene derecho a una legítima individual predeeterminada por la ley, el causante es libre de distribuir entre ellos la legítima colectiva como quiera. Y si puede no dejar nada a uno, también ha de poderle dejar algo aunque esté gravado, que siempre será más que nada. Pensemos que son dos los legitimarios protegidos y que les deja a ambos, a partes iguales, la nuda propiedad de toda la herencia y al viudo el usufructo universal, advirtiéndoles de que quien no acepte el gravamen nada recibirá: será el otro, pues, en tal caso, el que recibirá toda la herencia en nuda propiedad gravada con el usufructo universal del viudo. Pero, el bínubo ha de prevenir también que, si ambos rechazan el gravamen, deja el tercio de libre disposición en propiedad (o nudapropiedad, da lo mismo) a su cónyuge quien tendrá, además, la viudedad legal limitada.

**LA REVOCACIÓN DE LOS PACTOS SUCESORIOS
POR INCUMPLIMIENTO DE CARGAS
(A PROPÓSITO DE LA S.TSJA
DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1991)**

DRA. MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ

Prof. Titular de Derecho civil

Zaragoza

SUMARIO: I. LA SENTENCIA DEL TSJA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1991: 1. RESUMEN DE LOS HECHOS. — 2. CUESTIONES SUGERENTES PARA COMENTAR LA HILO DE ESTA SENTENCIA. — II. LAS CAUSAS DE REVOCACIÓN DE LOS PACTOS SUCESORIOS: 1. DERECHO APLICABLE. — 2. LA CASA ARAGONESA Y EL PACTO SUCESORIO. — 3. EL ABANDONO DE LA CASA COMO CAUSA DE REVOCACIÓN DEL PACTO SUCESORIO: UN SUPUESTO DE REVOCACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE CARGAS: A. PLANTEAMIENTO. — B. EL INCUMPLIMIENTO GRAVE Y CULPABLE POR PARTE DEL INSTITUIDO: LA INTERVENCIÓN DE LA JUNTA DE PARIENTES: a) *El abandono de la Casa: incumplimiento grave y culpable.* — b) *La intervención de la Junta de Parientes. Problemas que plantea.* — C. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA INTERPONER LA ACCIÓN: TRANSMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN. — a) *Transmisibilidad de la acción.* a'.-Planteamiento. b'.- El art. 653.1º C.c. en relación con el art. 647 C.c. La destrucción de la presunción de querer revocar y no poder. c'.- La prueba de que sí se quiso revocar. D.- PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN. E.- LA APLICACIÓN DEL ART. 1.124 C.C. AL CASO, PRETENSión INSTADA TAMBIÉN POR LA RECURRENTe. III.- LA FORMA PÚBLICA COMO ELEMENTO SUSTANCIAL DEL PACTO SUCESORIO. 1.- PLANTEAMIENTO. 2.- LA FORMA PÚBLICA EN EL PACTO SUCESORIO. 3.- LA CONEXIÓN ENTRE EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE 1941 Y EL PACTO SUCESORIO. CONSECUENCIAS Y EFECTOS.

I. LA SENTENCIA DEL TSJA DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1991¹

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

La parte recurrente en esta instancia, Josefa Soteras María, actúa como pretensión principal que se declare resuelto el pacto sucesorio por el que su hermano (Fernando Soteras María) es nombrado heredero y continuador de la Casa Garcés de Berdún. Para ello se apoya principalmente en los arts. 647 y 1.124 del C.c. en relación con los arts. 103 y 107 de la Comp, fundando el recurso de casación en interpretación errónea de estos preceptos por la Sala de Apelación.

Junto a ello, solicita también que se la declare propietaria de los bienes muebles que hay en la Casa Garcés, como heredera testamentaria que es de su padre y que, a su vez, se case la sentencia y se anule la de apelación en lo concerniente a la liquidación de frutos obtenidos en las fincas que forman el patrimonio casal en los años agrícolas 1982 a 1985.

La sentencia de casación admite en parte el recurso interpuesto, reconociendo en favor de la recurrente su derecho a permanecer en la Casa Garcés (derecho que ya fue reconocido a su favor en S. ATZ de 7 de mayo de 1980), así como su posesión sobre los bienes muebles de dicha casa, desestimando el resto de las peticiones.

Pues bien, señalado lo anterior, nos parece importante narrar los antecedentes que dan lugar a este recuso de casación, para también señalar, las cuestiones más sugerentes objeto de comentario.

Los antecedentes, si bien remotos, tienen su origen en tres documentos, así como una serie de pleitos entre los hermanos Soteras María, en relación con la titularidad del patrimonio casal y la liquidación de frutos del mismo. Pero comencemos por el principio.

A. LA CAPITULACIÓN MATRIMONIAL DE 5 DE MARZO DE 1914, CONSIDERADA POR LA SALA SENTENCIADORA COMO «CARTA INSTITUCIONAL DE LA CASA GARCÉS DE BERDÚN» (FJ. 9º).

El 5 de marzo de 1914, ante el notario de Jaca, comparecen, por un lado, Dña. Paula Avellana López, viuda; Dña. Fernanda Garcés Avellana, viuda y Dña. Isabel María y Poblador, soltera y sobrina de las anteriores. Por la otra parte, comparecen, Dña. María Lacadena Soteras, viuda y D. Mariano Soteras Lacadena, soltero e hijo de la anterior.

¹ El texto íntegro de la Sentencia puede consultarse en RDCA-1995-I-nº 1, marginal (4). Ponente de esta sentencia fue el Excmo. Sr. D. José Ramón San Román Moreno.

Las partes contratantes, en atención del matrimonio que se va a celebrar entre Isabel María y Mariano Soterías, establecen en el instrumento capitular referido los pactos y condiciones típicos de un heredamiento altoaragonés de futuro: reserva del señorío mayor para las instituyentes, necesidad de codisposición de los instituyentes e instituidos para la enajenación de inmuebles, y obligación de nombrar heredero a uno de los hijos que nazcan del matrimonio y para el caso de que no los haya se acuerda el pacto al más viviente entre los esposos.

Así, resulta ser instituida heredera de la Casa Garcés, Isabel María aportando su futuro cónyuge, Mariano Soterías, la dote que le da su madre; ambos (Isabel y Mariano) se obligan a convivir en la Casa y asistir a las instituyentes (Paula Avellana y Fernanda Garcés); e, igualmente, los futuros cónyuges se obligan a nombrar heredero —ambos de común acuerdo o el sobreviviente de ellos— a uno de los hijos del matrimonio como continuador de la casa, manteniendo a los demás hijos no herederos en la casa, y dotarlos la haber y poder de la misma.

B. ESCRITURA DE COMPRAVENTA DE LAS FINCAS QUE INTEGRAN EL PATRIMONIO CASAL EN FAVOR DE FERNANDO SOTERIAS MARÍA

Del matrimonio contraído entre Isabel María y Mariano Soterías nacieron tres hijos: Fernando, Josefa y Antonio.

El 24 de febrero de 1941 se otorga un contrato de compraventa en el que interviene los siguiente sujetos: los cónyuges Isabel y Mariano; el hijo de éstos Fernando Soterías María y la tía de todos ellos, Fernanda Garcés Avellana. Esta última vende a Fernando Soterías María, la nuda propiedad de 37 fincas (que parecen integrar el patrimonio de la Casa Garcés), que le pertenecen por haberlas heredado de sus difuntos padres en capitulación matrimonial y otras (sólo 3 del total), por haberlas adquirido constante matrimonio, y ser ella heredera de su difunto marido. El usufructo de las mismas se enajena en favor de los cónyuges Isabel y Mariano, estableciéndose que el mismo se consolidará en la nuda propiedad al fallecimiento del último de ellos.

En consecuencia, y en virtud de este documento, Fernando Soterías María resulta ser el titular de la nuda propiedad de la Casa Garcés de Berdún (adquiere las fincas rústicas y la casa en la que está el domicilio familiar).

C. EL DOCUMENTO PRIVADO EN EL QUE SE INSTITUYE HEREDERO A FERNANDO SOTERIAS MARÍA (FJ 9º Y S. ATZ DE 7-5-1980)

El mismo día en que se otorga la escritura de compraventa, 24 de febrero de 1941, Isabel y Mariano, junto con su hijo Fernando, otorgan documento privado en el que se establece que su hijo Fernando «Como continuador que ha de ser de la Casa y bienes llamada Garcés de Berdún, se compromete a tener en su casa y compañía a sus hermanos de doble vínculo, llamados Josefa

y Antonio, asistiéndoles en todas sus necesidades, bien se hallen sanos o enfermos mientras se encuentren en estado de soltería y cuando contraigan matrimonio, o aun sin contraerlo, quisieran salir de modo definitivo de la casa, como si fuera para casar, pero una vez muertos los padres de los tres, se les entregará a cada uno las ropas y ajuar según la costumbre de la casa y pueblo y además la cantidad de 10.000 pts. en dinero, trabajando ellos, en cambio, mientras estén en la casa, en beneficio de la misma y siendo obedientes tanto a Fernando, como a sus padres, D. Mariano y Dña. Isabel».

Interesa saber que este documento privado está firmado por los padres, Isabel y Mariano, y por el su hijo Fernando, así como también por Antonio y Josefa, que manifiestan su aceptación.

D. OTROS DATOS DE INTERÉS

En el año 1951, Fernando Soteras María, abandona Berdún y se instala en Zaragoza como comerciante.

En el año 1973, D. Mariano Soteras Lacadena, padre de Fernando, interpone acción declarativa contra éste, solicitando del Juzgado la nulidad del contrato de compraventa celebrado en 1941. Este pleito termina por sentencia de la ATZ de fecha 7 de noviembre de 1975, (fecha en la que ya ha fallecido el actor, D. Mariano), por la que declara válido dicho contrato.

Desde la fecha de 1978, y hasta la formulación de este recurso de casación, los hermanos Soteras María, (Fernando y Josefa), interponen entre sí una serie de pleitos por los que uno (Fernando), reclama sus derechos como heredero, pretendiendo que su hermana abandone la Casa, y la otra (Josefa) solicita su mantenimiento en la Casa y su derecho a los muebles de la misma como heredera de sus padres, así como la resolución del pacto sucesorio. (Vid. FJ 5º de la sentencia).

Finalmente, es oportuno saber que la madre de los pleiteantes (Dña. Isabel María y Poblador), falleció sin testamento el 10 de enero de 1970 y que el padre de ambos, D. Mariano Soteras Lacadena, falleció bajo testamento, el 5 de marzo de 1973. En dicho testamento, por sí y como fiduciario de su difunta esposa, deja como legítima paterna y materna y demás derechos de la casa, a sus hijos Antonio y Fernando la cantidad de mil pesetas a cada uno e instituye heredera universal a su hija Josefina.

2. CUESTIONES SUGERENTES PARA COMENTAR AL HILO DE ESTA SENTENCIA

En primer lugar, por qué causas procede la revocación del pacto sucesorio, quién esta legitimado para ello y cuál es el plazo para el ejercicio de la acción. Junto a ello, determinar también si los beneficiados indirectamente por un heredamiento (los tiones, principalmente) pueden ejercitar frente al heredero la resolución del pacto sucesorio *ex art.* 1.124 del C.c.

En segundo lugar, si bien la cuestión no se plantea en esta instancia —y directamente tampoco en ninguna de las anteriores— merece la pena discutir si la forma privada en la que se instituye heredero a Fernando Soteras María afecta a la validez del pacto. Junto a ello, es necesario también examinar si tal pacto establecido en documento privado se puede considerar como un contrato conexo al de compraventa (como así parece haber sido considerado en la S. ATZ de 7 de mayo de 1980 —considerando 3º— y hace suyo el TSJA en el FJ. 9º), celebrado ese mismo día, y por consiguiente, atacar también la validez de dicha venta.

II. LAS CAUSAS DE REVOCACIÓN DE LOS PACTOS SUCESORIOS

La revocación del pacto sucesorio se regula de forma expresa en la vigente Compilación del Derecho civil de Aragón en su art. 103.

En concreto, y en lo que atañe a la revocación del pacto sucesorio por incumplimiento de cargas, es el párrafo 3º de dicho precepto el que contiene la facultad de revocación del pacto sucesorio por voluntad unilateral del instituyente, siempre que, a juicio de la Junta de Parientes, sea grave el incumplimiento.

Textualmente, en el art. 103.3º Comp. se establece que: «Podrá también el disponente revocar sus disposiciones con arreglo a las normas del Código civil sobre donaciones; pero el incumplimiento de condiciones o cargas habrá de ser grave según el parecer de la Junta de Parientes».

La revocación unilateral del pacto sucesorio se contempla por el legislador aragonés como un supuesto excepcional al principio de irrevocabilidad del mismo, debido precisamente al carácter contractual de esta disposición *mortis causa*.

Ahora bien, una vez establecida por el legislador la posibilidad de revocar el pacto sucesorio por incumplimiento de cargas, tendremos que determinar qué cargas son las que dan lugar a la revocación del pacto, y en concreto si el abandono de la Casa es una de ellas.

Con todo, y antes de abordar el meollo del comentario (la causa de revocación, quién está legitimado y en qué plazo para interponer la acción) me ha parecido oportuno exponer dos cuestiones previas, que tienen que ver con el posterior comentario de la sentencia.

La primera de ellas es determinar cuál es el Derecho aplicable a este supuesto de hecho (¿el Apéndice de 1925, momento en que otorga el pacto o bien la Compilación de 1967, Derecho aplicable en el momento de plantearse la litis?, y ello principalmente porque en el Apéndice no se regularon expresamente los pactos sucesorios).

La segunda hace referencia a las relaciones que impone el pacto sucesorio otorgado en el marco institucional de la Casa aragonesa, esto es, a la necesidad de convivencia entre instituido e instituyente, obligación que cabe deducir —salvo pacto expreso en contrario— de la costumbre, al ser esta la fuente que ha de determinar el alcance de tales pactos (art. 99.2 CA y art. 60 Apéndice foral de 1925), supuesto también importante, pues obsérvese que el documento privado de 1941 no contiene de forma expresa obligación de convivencia a cargo del instituido.

1. EL DERECHO APLICABLE

Las distintas instancias que han conocido de este asunto consideran que el documento privado de institución de heredero y la compraventa del nudo dominio del patrimonio celebrados en 1941 —circunstancia ésta que, como veremos, goza de una especial relevancia jurídica— «forman un todo característico y diferencial de «heredamiento de Casa aragonesa»» (así se afirmó en la S. ATZ de 7 de mayo de 1980 en el considerando 3^a, y acoge plenamente esta sentencia de Casación en el FJ. 9^o).

Ambos contratos, y en especial, para lo que aquí nos interesa, el documento privado en el que se instituye heredero a Fernando Soteras, se otorgan y pactan vigente el Apéndice foral.

En este punto, el TSJA aplica la Compilación de 1967, si bien advirtiendo que tiene en cuenta los arts. 49 y 60 del Apéndice, así como las disposiciones transitorias de una y otra ley (FJ 8^o).

Sin embargo, y aun compartiendo por mi parte el criterio de la Sala, no esta de más que fundemos, de acuerdo a Derecho, esta posición.

Durante la vigencia del Apéndice, el pacto sucesorio no tuvo una regulación específica: el Apéndice no contuvo un título, epígrafe o artículo en el que se estableciese el régimen jurídico de tal pacto (requisitos de validez, causas de revocación, etc).

Con todo, doctrina y jurisprudencia coincidieron al afirmar que la posibilidad y validez de los pactos sucesorios, venía amparada no sólo en función del principio *Standum est Chartae* (art. 59 Apen.) y de la costumbre arraigada en Aragón de otorgarlos (art. 60 Apen.), sino que del propio texto del Apéndice cabía deducir su posibilidad, y ello a tenor de los arts. 34 y 58 del mismo².

2 El art. 58 del Apéndice reguló el otorgamiento y modificación de los capítulos matrimoniales, y justamente en el párrafo primero de dicho precepto, la unanimidad de la doctrina aragonesa coincidió en reconocer la posibilidad y validez de los pactos sucesorios durante la época del Apéndice otorgados en capítulos matrimoniales.

El párrafo 1 del art. 58 disponía: «El régimen de los bienes en la sociedad conyugal, y también la sucesión de los cónyuges y su descendencia, pueden ser ordenados por pactos y capitulaciones, que se otorguen o se hagan constar en escritura pública».

Ante esta falta de regulación fue la costumbre la que vino estableciendo qué causas daban lugar a la revocación pacto sucesorio, y entre ellas estaba, desde luego, el abandono de la Casa. Pero el problema no estaba en determinar la causa, sino en establecer si era o no posible revocar el contrato sucesorio cuando ésta no estuviera incluida como tal en el documento. Y en este punto, la doctrina no fue pacífica y tuvo importantes dudas al respecto.

CRISTÓBAL MONTES consideró que durante la vigencia del Apéndice foral no era posible revocar los pactos sucesorios, a no ser que constasen de forma paccionada las causas que producen la facultad de revocar en el instituyente, pues mientras tanto se ha de aplicar la regla de que los pactos sucesorio son irrevocables.³

En consecuencia, y según este autor, el pacto sucesorio no podrá ser revocado si las causas de revocación no se documentan expresamente en el pacto.

Con todo, autores como COSTA y SAPENA, no fueron tan estrictos como el anterior, entendiendo que el incumplimiento de cargas sustanciales que se imponen al instituido —convivencia, trabajo para la casa y asistencia a los instituyentes—, aun no estando establecidas expresamente en el contrato, podrían dar lugar a la revocación del pacto sucesorio —de la institución de heredero—, recurriendo a la aplicación del Código civil: principalmente en punto a la revocación de donaciones por ingratitud o por incumplimiento de cargas, amen de los supuestos de indignidad para suceder y desheredación, que también se consideraron como supuestos revocatorios.

El siguiente texto legal que apoyaba la validez de los pactos sucesorios durante la vigencia del Apéndice fue también el art. 34 del mismo, defendiendo la doctrina con acierto, y con la única excepción de PELAYO HORE, que en este precepto no sólo se consagraba la validez de los pactos sucesorios otorgados en capítulos matrimoniales (pues ello ya lo permite el art. 58), sino la de los pactos sucesorios otorgados fuera de capítulos.

El art. 34 del Apéndice disponía: «Para que tenga lugar la sucesión legítima, además de lo estatuido al efecto en el Código, se necesita que la sucesión del causante *no esté ordenada tampoco por contrato y señaladamente por capitulación matrimonial*».

En relación con estas afirmaciones puede consultarse, entre otros, SAPENA, *El pacto sucesorio en el alto Aragón*, en RDP, 1954, pp. 736; CRISTÓBAL MONTES, *La sucesión contractual aragonesa*, Pórtico, Zaragoza, 1978, pp. 20 a 22; RIERA AISA, *Los capítulos matrimoniales en el Derecho aragonés (Alrededor de los arts. 56, 57 y 58 del Apéndice)*, en «Universidad», Zaragoza, 1934, pp. 945 y ss. PELAYO HORE, *Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón*, en ADC, T. XX, 1967, p. 849.

En relación con la jurisprudencia, Vid. SS. ATZ de 9 de abril y 30 junio de 1954 y 2 de abril de 1958, en Foro aragonés, y sentencias citadas también por LACRUZ, en *Comentario al art. 3 del la Compilación aragonesa*, en «Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón», T. I, DGA, Zaragoza, 1988, p. 294.

³ El referido autor tomaba como punto de referencia la siguiente premisa: el pacto sucesorio es una disposición *mortis causa* de carácter contractual, lo que, en principio, implica que su modificación o revocación no puede quedar al arbitrio de una sola de las partes, por aplicación del principio *pacta sunt servanda*.

Sin embargo, ambos autores, consideraron que para que no hubiese ninguna duda al respecto —y a falta de una regulación específica que sancionará sus razonamientos— era preferible que se hiciera constar en el documento la causa de revocación, aconsejando máxima precaución en este punto a los instituyentes.⁴

Todo lo anterior, es buena prueba de que durante la vigencia del Apéndice, existía al menos una importante duda, acerca de si procedía o no la revocación del pacto sucesorio cuando las causas para que ésta proceda no constaban en el documento.

Por el contrario, aplicando al caso la Compilación de 1967, no hay ninguna duda de que es posible la revocación del pacto por incumplimiento de cargas, aun en el caso de que no se hagan constar en el documento las causas que dan lugar a la misma (art. 103 Comp.).

Pues bien, veamos las razones que justifican la aplicación de la Compilación del 67.

En primer lugar, cabría discurrir a través de las disposiciones transitorias de la Compilación de 1967.

En efecto, el pacto sucesorio se otorga en 1941, momento en el que no hay una regulación específica sobre el mismo. Ahora bien, los problemas y pleitos entre los sujetos integrantes en la familia Soterías María tienen lugar vigente la Compilación de 1967, que sí establece regulación al efecto.

Pues bien, de acuerdo con la D.T. 12ª CA. de 1967, los problemas de Derecho intertemporal deben resolverse según el espíritu que informa a las Disposiciones transitorias del Código civil, que con carácter general, garantizan el principio de la irretroactividad en todo lo que suponga un perjuicio para los derechos ya adquiridos por las partes.

Ahora bien, junto a ello, la D.T. 2ª señala que los actos y contratos celebrados bajo la legislación anterior surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas; señalando al efecto, que la revocación o modificación de los mismos se efectuará de acuerdo a la legislación vigente a la entrada de la nueva ley.

En consecuencia, y según entiendo, cabe aplicar directamente al caso concreto la regulación del pacto sucesorio contenida en la Compilación⁵.

La consecuencia de lo anterior es que, a falta de un régimen jurídico que establezca las causas por las que unilateralmente el pacto sucesorio puede ser revocado, resultará que únicamente procederá tal revocación si estas causas constan de forma expresa en dicho pacto. Cfr. CRISTÓBAL MONTES, *La sucesión paccionada* ..., Zaragoza, 1978, p. 98.

⁴ Vid. COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, T. II, en «Obras de Joaquín Costa», edit. Guara, Zaragoza, 1981, pp. 140 a 148; SAPENA, *El pacto sucesorio* ..., en RDP, 1954, pp. 754 a 756.

⁵ En el fondo, este planteamiento es acorde con la permisibilidad de la llamada retroactividad en grado mínimo. En efecto, se ha de tener en cuenta que la Compilación de 1967 no se

En segundo lugar, y a mayor abundamiento, cabe recurrir también al espíritu compilador. Me explicaré.

Compilar el Derecho civil de Aragón supone, como dijo SANCHO REBULLIDA⁶, descubrir nuestro Derecho histórico, esto es, incorporar al texto legal la regulación de las instituciones aragonesas de acuerdo con su espíritu y regulación tradicional, si acaso adaptadas a la realidad actual.

La anterior afirmación implica que la regulación del pacto sucesorio en la Compilación responde a la ya observada por el pueblo aragonés, de manera que podemos servirnos de sus normas para colmar la laguna que quedaba abierta en el Apéndice, ante la falta de regulación de la sucesión paccionada.

En el fondo, téngase en cuenta que la doctrina mayoritaria defendía la posibilidad de revocar unilateralmente los pactos sucesorios, aun cuando la causa de revocación no constase en el documento.

2. LA CASA ARAGONESA Y EL PACTO SUCESORIO

La sentencia de casación que estamos comentado dedica tres fundamentos jurídicos (del 9º al 11º) para referirse a la naturaleza y caracteres de la Casa aragonesa, y a la importancia que en la transmisión de la misma juega el contrato sucesorio.

La Casa alto aragonesa es una institución de origen consuetudinario en la que se desarrollan todas las relaciones familiares y sucesorias de un determinado grupo doméstico. Sin embargo, la Casa aragonesa no tiene en nuestro ordenamiento personalidad jurídica, de ahí que su titularidad y patrimonio pertenezcan únicamente a una persona física⁷.

Ahora bien, como la característica principal de esta institución es precisamente el permanecer indivisa para ser transmitida de generación en gene-

aplica a los efectos de regular y resolver una situación creada antes de su vigencia, sino que se aplica porque es la ley vigente que regula las consecuencias que «a posteriori» han nacido de una situación creada con anterioridad. (Vid. en este sentido, COCA PAYERA, *Comentario al art. 2 C.c.*, en «Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales», T. I, vol. 1º, Edersa, 1992, pp. 510 a 514; Vid. también, en relación a la doctrina del *efecto inmediato*, SALVADOR CODERCH, *Comentario al art. 2 C.c.*, en «Comentario del Código civil», T. I, edit. Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 16 a 19.

⁶ Vid. SANCHO REBULLIDA, *Significado de la Compilación del Derecho civil de Aragón*, ADA, XIII, pp. 288 y ss.

⁷ En relación con la Casa aragonesa, pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos, MARTÍN BALLESTERO Y COSTEA, *La casa en el Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944; ARGUDO PÉRIZ, *La casa en el proceso de cambio de la sociedad rural aragonesa*, en «Acciones e investigaciones sociales», nº 0, Zaragoza, 1990; PALÁ MEDIANO, *El régimen familiar paccionado en la comarca de Jaca*, en ADA, vol. X, 1959-60, pp. 253 a 353 y BAYOD LÓPEZ, *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1995.

ración, sirviendo mientras tanto de patrimonio de subsistencia para los miembros de la familia que la habitan, se han de articular los mecanismos idóneos que permitan, precisamente, atender a esta finalidad: la conservación de la casa (en cuanto patrimonio) y la subsistencia y cuidado de los miembros que habitan la misma (señores mayores, jóvenes, hijos y hermanos solteros).

Para conseguir esta doble finalidad el mecanismo utilizado en Aragón ha sido el pacto sucesorio: disposición contractual *mortis causa* de carácter irrevocable, que permitía conseguir tal fin, respondiendo además al interés de las partes contratantes: El interés del instituyente, que conserva la titularidad del patrimonio (heredamiento de futuro) o al menos su gobierno (heredamiento de presente con reserva, desde luego, del *señorio mayor*); y el interés del heredero, que aun cuando lo sea de futuro, sabe que su nombramiento es irrevocable.

Ahora bien, el pacto sucesorio también ha de garantizar la subsistencia y unidad del grupo doméstico que la Casa integra, de ahí que se le imponga al heredero la carga de permanecer en la Casa, para asistir tanto a los instituyentes como a los miembros solteros que permanecen en la misma, trabajando éstos a cambio, para la Casa.

Todo ello daba lugar a la formación de una sociedad familiar regida por el documento en el que se acuerdan estos pactos y por la costumbre que informa su adopción e interpretación.

De ello se deduce que el pacto sucesorio celebrado al amparo de la Casa aragonesa, exige, de acuerdo con la Costumbre como fuente que ha de determinar el alcance de estos pactos, la necesidad de convivencia en la Casa por parte del heredero, para así poder cumplir la carga de asistir y alimentar a los miembros que integran la familia, trabajando éstos y el instituyente en beneficio de la misma, pues faltando la convivencia, difícilmente podría el heredero cumplir el resto de las cargas a él impuestas (tal afirmación, acertadamente, la hace también el TSJA, FJ 11^º)⁸.

⁸ La doctrina aragonesa viene afirmando que el heredamiento de Casa aragonesa genera una comunidad familiar a la que todos tiene la obligación de aportar sus ingresos y su trabajo, su amor y su afán por la Casa y sus componentes (en este sentido, y por todos, SAPENA, *El pacto sucesorio* ..., RDP, 1954, p. 742, afirmación que es mantenida por la SATZ de 3 de julio de 1961, y anteriormente por las SS. ATZ de 22 de noviembre de 1947 y 19 de febrero de 1951, así como igualmente se afirma en la Exposición de motivos de la Compilación, y también esta sentencia que comentamos en su FJ. 11^º).

Afirmación la anterior, que permite defender la necesidad de convivencia en la Casa por parte del instituido a pesar de no constar esta obligación de forma expresa pues, en todo caso, será la no necesidad de convivencia la que debería de documentarse para destruir la costumbre imperante.

3. EL ABANDONO DE LA CASA COMO CAUSA DE REVOCACIÓN DEL PACTO SUCESORIO: UN SUPUESTO DE REVOCACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE CARGAS

A. PLANTEAMIENTO

En la actualidad, y desde 1967, la Compilación aragonesa regula en su art. 103 las causas por las que es posible modificar o revocar el pacto sucesorio.

En el párrafo 1º de dicho precepto, se regula lo que a juicio de la doctrina aragonesa supone la modificación o extinción del pacto acordada entre las partes⁹; recogiendo los párrafos 2º y 3º los supuestos de revocación unilateral del mismo.

Así, el pacto sucesorio será susceptible de ser revocado si el instituido incurre en causa de desheredación o indignidad; y también podrá revocarse dicho pacto, por las mismas causas que el Código civil señala para la revocación de donaciones.

Con esta regulación, y fundamentalmente en lo que se refiere a los párrafos 2º y 3º, se recoge la opinión de la doctrina dominante que ya defendía la posibilidad de revocar los pactos sucesorios por estas causas, aun cuando las mismas no estuvieran pactadas en el contrato sucesorio¹⁰.

Ahora bien, centrándonos en el supuesto del abandono de la Casa aragonesa, cabe decir que tal actitud por parte del heredero es subsumible en lo dispuesto en el párrafo 3º del art. 103 de la Compilación, por cuanto la convivencia supone un elemento accesorio del contrato: la institución de heredero, que acaece desde luego, se modaliza con la exigencia de la convivencia —modo o carga impuesta— que no suspende los efectos del contrato¹¹.

Observamos que el abandono de la Casa supone la posibilidad de revocar el pacto sucesorio por incumplimiento de cargas, siendo, en consecuencia, aplicable el régimen jurídico de la revocación de donaciones por incumplimiento de aquéllas, contenido principalmente en el art. 647 C.c., en relación con los arts. 653.1º y 652 del mismo Cuerpo legal.

⁹ Véanse en este sentido, CRISTOBAL MONTES, *La sucesión paccionada ...*, Zaragoza, 1978, p. 95 y MERINO HERNÁNDEZ, *Comentario al art. 103 de la Compilación*, en «Comentarios al Código civil y a las Compilaciones ...», T. XXXIV, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1987, p. 207, que sigue en este punto al anterior.

¹⁰ Así lo defendieron, COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, T. II, en «Obras de Joaquín Costa», edit. Guara, Zaragoza, 1981, pp. 140 a 148 y SAPENA, *El pacto sucesorio ...*, en RDP, 1954, pp. 754 a 756.

¹¹ En relación al modo como elemento accesorio del contrato puede consultarse con carácter general, DE LOS MOZOS, *El modo como elemento accesorio de la voluntad negocial*, en RDP, 1978, pp. 223 a 234; igualmente, si bien en el ámbito de las capitulaciones matrimoniales, puede verse también mi monografía *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales*, Zaragoza, 1995, pp. 74 a 93; así como PALÁ MEDIANO, *El régimen familiar paccionado ...*, ADA, vol. X, 1959-60, pp. 272 a 275.

Dicho lo anterior, conuguemos el art. 103. 3º de la Comp. y el art. 647, y veamos si los hechos son subsumibles en la norma; seguidamente nos quedará por analizar si estos artículos son la norma que justifica la revocación del pacto sucesorio: ¿Puede pedir Josefa frente a Fernando la revocación del pacto sucesorio *ex* art. 103 de la Comp. en relación con el art. 647 y concordantes del C.c.?

B. EL INCUMPLIMIENTO GRAVE Y CULPABLE POR PARTE DEL INSTITUIDO:

LA INTERVENCIÓN DE LA JUNTA DE PARIENTES

a) El abandono de la casa: incumplimiento grave y culpable

Según defiende la mayoría de la doctrina en torno al art. 647 C.c., el incumplimiento del donatario (instituido en nuestro caso), ha de ser grave y culpable¹².

En el caso de la sentencia que estamos comentando, el abandono de la Casa aragonesa, supone, a juicio de la doctrina foral¹³, el incumplimiento más grave que puede llevar a cabo el heredero, y además, en este caso también es culpable (voluntad rebelde al cumplimiento), pues ninguna causa hay que le impida al instituido su permanencia en la Casa Garcés (en este sentido los FJ 17ª a 19ª).

La circunstancia de que en el documento privado de 1941 no se contenga de forma expresa tal carga, no es obstáculo a la obligación de convivencia que cabe imponer al heredero instituido al amparo de la Casa aragonesa, como ya hemos expuesto en el *supra* II. 2.

En consecuencia, el abandono de la Casa sí es un supuesto en virtud del cual puede operar la revocación.

¹² Por todos, vid. LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 2, 1994, p. 198; ALBALADEJO, *Comentario al art. 647 del C.c.*, en «Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales», T. VII, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1986, p. 411. Sin embargo, para DOMÍNGUEZ RODRIGO, basta con que se deje de cumplir, sin necesidad de un incumplimiento culpable, Cfr. en *La revocación de la donación modal*, en ADC, 1983, p. 105.

¹³ En efecto, SAPENA configuraba las causas de revocación de la institución de heredero, en los supuestos más graves e incoercibles, aquellos que no se podían exigir e imponer forzosamente sin contar con la voluntad del heredero. El incumplimiento grave que en todo caso facultaba a los instituyentes para llevar a cabo la revocación era precisamente el abandono de la casa, pues con ello decaían, además, el resto de las cargas impuestas al heredero (trabajo para la casa, cuidado y alimentos a los instituyentes, etc). Junto a esta causa, aún señalaba otras dos que posibilitaban la revocación: el dejar de trabajar para la casa y el dejar de asistir a los instituyentes. El resto de las cargas que pudiera incumplir el heredero no daban lugar a la facultad de revocar, pues en todo caso eran susceptibles de ejecución o imposición forzosa o bien el acto contraventor sería ineficaz (así, por ejemplo, el pago de la dote a los hermanos, no elegir a su sucesor, no disponer). Cfr. *El pacto sucesorio* ..., RDP, 1954, p. 755.

b) La intervención de la Junta de parientes. Problemas que plantea

El art. 103. 3º de la Compilación establece en primer lugar que el disponente podrá revocar sus disposiciones con arreglo a las normas del Código civil sobre donaciones, lo que, en principio, supone que se ha de aplicar a la revocación del pacto sucesorio el régimen jurídico contenido en el Código civil sobre revocación de donaciones (causas, plazo, legitimación para el ejercicio de la acción, efectos, etc.).

Sin embargo, a continuación, y respecto de la revocación por incumplimiento de cargas, el legislador aragonés requiere algo más, no previsto en la legislación del Código civil: «el incumplimiento de la carga o condición habrá de ser grave según el parecer de la Junta de parientes».

La introducción de la Junta de parientes en la valoración de la gravedad de la causa provoca serias dificultades de coordinación entre el régimen jurídico previsto en el Código civil y lo preceptuado en la Compilación.

En efecto, doctrina y jurisprudencia configuran la revocación por incumplimiento de cargas como una acción de ejercicio judicial: el incumplimiento de la carga origina una acción en favor del donante para pedir la revocación judicial¹⁴.

En atención a este planteamiento que lleva a cabo el legislador aragonés podríamos pensar dos cosas distintas, precisamente por esta intervención de la Junta de parientes: la primera, que necesariamente se ha de coordinar el régimen jurídico de la revocación de donaciones del Código civil con la intervención de la Junta de parientes. Y, si esto es así, tendremos que responder a las siguientes preguntas: ¿qué papel tiene en este punto la Junta de Parientes y hasta dónde llega su competencia? Y, en todo caso, ¿el instituyente, para instar la revocación, deberá acompañar necesariamente junto con el escrito de demanda el acuerdo de la Junta de parientes en el que se acuerda la gravedad?, ¿vinculará el acuerdo de la Junta al Juez? y si no hay acuerdo por no haberse constituido la Junta, ¿se ha de rechazar a *limine litis* el escrito de demanda?, ¿habrá de ser llamada al proceso la Junta de parientes para que emita su opinión sobre la gravedad de la causa?

En segundo lugar, podríamos pensar que el legislador aragonés no ha pretendido que se traslade el régimen jurídico de la revocación de donaciones a nuestro Derecho, sino simplemente que se acogan en nuestro sistema jurídico las causas que permiten revocar aquéllas. Defender esta postura no es fácil, pues el tenor literal del art. 103 exige que la revocación se haga con arreglo a las normas del Código civil, lo que parece implicar el acogimiento por parte del legislador aragonés de éste régimen jurídico (legitimación, plazo, etc).

¹⁴ Vid. en este sentido, ALBALADEJO GARCÍA, *Comentario al art. 647 C.c.*, en «Comentarios...», Edersa, Madrid, 1986, pp. 376-377, y también la S. 11 de marzo de 1988, FD. 1, en el que declara que aunque esta causa de revocación contemplada en el art. 647 del c.c. «provoca un juego semejante al del artículo mil ciento veinticuatro del Código civil, si bien con la notable diferencia de que los efectos no se producen *ipso iure*, facultándose por el contrario al donante para pedirlo judicialmente».

Sin embargo, respecto de la revocación del pacto sucesorio por incumplimiento de cargas, al hacer intervenir a la Junta en la determinación de la gravedad de la causa, tal vez podría pensarse que respecto de esta causa de revocación, la competencia se atribuye a la Junta y no sólo para acordar la gravedad, sino también la revocación en sí misma.

Ahora bien, aun afirmado esto, no podemos dejar de hacernos las siguientes preguntas: ¿hasta dónde llega la competencia de la Junta? ¿Supone esta intervención que, acordada la gravedad de la causa, pueda el instituyente revocar directamente el pacto sucesorio, y entonces sin ejercicio judicial de la acción? Si admitimos esto, ¿será suficiente con manifestar la voluntad revocatoria y el acuerdo de la junta en un documento notarial para inscribirlo en el Registro? ¿Sólo se instará el proceso judicial si el heredero se opone a la revocación, o siendo el heredamiento de presente no retransmite el patrimonio casal?

Ahora bien, para defender esta posición tendríamos que concluir que la Junta de parientes tiene naturaleza arbitral, lo que no encaja con el arbitraje regulado en la Ley¹⁵. Luego, según creo la Junta de parientes no tiene competencia para llevar a cabo la revocación del heredamiento, pues no hemos de olvidar que la acción de revocación ha de ejercitarse ante los tribunales, y son estos, en todo caso, los que deciden la revocación¹⁶.

Veamos en atención a este planteamiento las opiniones de la doctrina aragonesa en relación con la intervención de la Junta en el art. 103. 3º CA.

En primer lugar, y en lo que hace la competencia de la Junta de parientes, la doctrina aragonesa considera que la competencia de la Junta para determinar la gravedad del incumplimiento de la carga por parte del heredero es exclusiva, en el sentido de que a la misma le corresponde tal valoración. Así, lo afirma SAPENA, y en este punto es seguido por el resto de la doctrina¹⁷.

¹⁵ En relación con esto vid. BONET, *La Junta de parientes: supuestos actuales de intervención. Su posible extensión a otros*. (coponentes, Pastor Oliver y Latorre Martínez de Baroja), sesión celebrada el 21 de noviembre de 1995 en el «Foro de Derecho aragonés». Estas ponencias y el debate surgido en relación a ellas, se publicará en Quintos encuentros de Foro aragonés.

¹⁶ Con todo, podría pensarse que las partes, instituyente y heredero, decidieran voluntariamente acogerse a la decisión de la Junta y que sea ella la que determine la revocación. Este acuerdo vincularía a las partes como acuerdo contractual entre ellas, y aun en ese caso, sería posible acudir a los tribunales si alguna de las partes no quisiera someterse a la decisión. Pero en todo caso, y a lo que creo, esta facultad privada de atribución de competencia a la junta, creo que excede lo regulado en el art. 103. 3º CA, al remitirse al régimen jurídico del Código civil para la revocación de donaciones. Todavía podría pensarse qué sucede en el caso de que la Junta de Parientes no acuerde la gravedad del incumplimiento. A lo que entiendo, el acuerdo de la junta en este sentido no puede privar al instituyente de acudir al juez, aportando el acuerdo de la junta en tal sentido y solicitando la revocación del pacto. (art. 24CE)

¹⁷ SAPENA, *Comentario al art. 20 de la Compilación aragonesa*, en «Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón», T. I, DGA, dirigidos por LACRUZ BERDEJO, Zaragoza, 1988, p. 579, opinión que mantiene también en *Actas de los segundos encuentros de Derecho aragonés*, edit. Justicia de Aragón, Zaragoza, 1993, p. 27. Igualmente MERINO HERNÁNDEZ, *Comentario al art. 103 de la compilación*, en «Comentarios al Código ...», T. XXXIV, vol. 2º, Edersa, 1987, p.221 y BONET NAVA-

Ahora bien, mientras que para SAPENA, la decisión de la Junta parece ser exclusiva y excluyente en este punto¹⁸, BONET, con mejor criterio, a lo que creo, considera que a pesar de ello cabría acudir a los Tribunales —será exclusiva pero no excluyente—¹⁹.

Por su parte, MERINO HERNÁNDEZ considera que la Junta no sólo tiene competencia exclusiva y excluyente para conocer la gravedad de la causas de revocación, sino también para decidir sobre la revocación misma. Junto a ello, añade, que en el caso de intervenir la Junta, se cierra el paso a la intervención de los Tribunales, no pudiéndose ni tan siquiera someter a discusión lo acordado por aquélla²⁰.

A lo que creo, es cierto que la Junta de parientes tiene competencia exclusiva, si bien teniendo en cuenta lo dicho por BONET, para determinar la gravedad del incumplimiento, pero no así para determinar la revocación del pacto sucesorio, pues el art. 103. 3º remite a las causas previstas en el Código civil trasladando, a lo que creo, su régimen jurídico. Y, en todo caso, cabe la posibilidad de acudir a los tribunales, art. 24 CE.

Ahora bien, esto nos lleva a preguntarnos, procesalmente entonces, si el acuerdo de la Junta afirmando la gravedad del incumplimiento es necesario para interponer la demanda, pues en todo caso, parece que es uno de los requisitos que exige la Ley aragonesa para la revocación.

En relación con lo anterior señala MERINO²¹ que no será necesario el acuerdo cuando la Junta no pueda o no quiera constituirse —esto último creo que es más dudoso, pues pudiendo debe constituirse—, permitiéndose, entonces, acudir directamente al Juez solicitando la revocación y que sea él quien valore la gravedad de la causa.

Con todo, aun podemos preguntarnos, si en este caso no sería exigible justificar la imposibilidad de constitución de la Junta, para salvar el requisito legal del art. 103 Comp.

De cualquier manera, y siguiendo en esto a BONET²², en opinión que comparto, el acuerdo de la Junta señalando la gravedad de la causa puede consi-

RRO, *Hacia una Ley procesal civil aragonesa*, en «Jornadas de Derecho aragonés», celebradas en Jaca los días 28, 29 y 30 de septiembre de 1990, p. 29 de su ponencia. Con todo, estos dos autores, como veremos introducen algunas matizaciones.

¹⁸ La anterior afirmación, creo que puede deducirse de lo afirmado por este autor en el debate que tuvo lugar en los segundos encuentros de Foro aragonés, vid. p. 27 y 28 de las actas antes referidas.

¹⁹ BONET NAVARRO, *Hacia una Ley procesal civil aragonesa*, en «Jornadas de Derecho aragonés», celebradas en Jaca los días 28, 29 y 30 de septiembre de 1990, p. 29 de su ponencia.

²⁰ MERINO HERNÁNDEZ, *Comentario al art. 103 de la compilación*, en op. cit., p.221.

²¹ Op. cit. p. 221.

²² BONET, *La Junta de parientes: supuestos actuales de intervención. Su posible extensión a otros*. (coponentes, Pastor Oliver y Latorre Martínez de Baroja), sesión celebrada el 21 de noviembre

derarse como un requisito material de la acción, de manera que junto a la interposición de la demanda por parte del instituyente se ha de acompañar el el acuerdo de la Junta.

De cualquier manera, en la sentencia que estamos analizando, ni las partes ni la Sala se refieren ni por un momento a la intervención de la Junta de parientes.

Acaso, podría pensarse que el incumplimiento que se achaca a Fernando es precisamente el que tradicionalmente se considera grave y que da lugar a solicitar la revocación de la institución. Pero si esto es así, hubiera sido más sencillo que nuestro legislador hubiera hecho las cosas al igual que el legislador navarro.

En efecto, la Compilación Navarra, en la ley 115.7ª establece directamente el abandono de la Casa como un supuesto de revocación de la donación (a nuestro efectos institución), sin ni tan siquiera acudir a los tribunales, dejando el resto de supuestos al arbitrio de los Parientes Mayores.

No digo que el legislador aragonés deba llegar a tanto: que la revocación por este tipo de incumplimiento se produzca mediante la manifestación de tal voluntad revocatoria en un acta notarial. Pero sí que esta causa, tradicionalmente admitida como grave, podría estar al margen del requisito de la intervención de la Junta de Parientes.

De cualquier manera, en este punto, como en otros, la última palabra la tiene el legislador.

C. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA INTERPONER LA ACCIÓN: TRANSMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN

El art. 103. 3º Comp. legitima activamente para interponer la acción de revocación del pacto por incumplimiento de cargas al instituyente, en este caso, desde luego está legitimado Mariano Soteras, padre del instituido, fiduciario, además, de su esposa, según se desprende de la capitulación de 1914²³.

Pues bien, habiendo fallecido el instituyente, nos queda por determinar si esta acción es transmisible a sus herederos. En concreto, si Josefa Soteras, como heredera que sería de su padre si se revoca el pacto sucesorio, está legitimada activamente para interponer la acción de revocación.

de 1995 en el «Foro de Derecho aragonés». Estas ponencias y el debate surgido en relación a ellas, se publicará en Quintos encuentros de Foro aragonés.

²³ Sobre la legitimación en favor del cónyuge del donatario en la legislación del Código vid. DOMÍNGUEZ RODRIGO,, *La revocación de la donación modal*, en ADC, 1983, pp. 93 y 93.

a) La transmisibilidad de la acción de revocación

a'. Planteamiento

La respuesta acerca de si la acción de revocación por esta causa es o no transmisible a los herederos no se encuentra en el Código, que guarda el más absoluto silencio al respecto²⁴. Ha sido la doctrina y la jurisprudencia las que han configurado y respondido a esta cuestión, no siendo pacífica la solución mantenida en este punto, al menos en lo que hace a la extensión de la transmisibilidad, pues cabe decir que la acción, al menos limitadamente, se considera, en principio, transmisible.

En concreto, se entiende con carácter más o menos general que la acción es transmisible si el donante quiso revocar y no pudo hacerlo, mediando todavía plazo para interponer la acción por parte de los herederos. De esta manera, se considera aplicable a la revocación de donaciones por incumplimiento de cargas el art. 653. 1º, que regula el supuesto de la revocación de donaciones por ingratitud²⁵.

Dicho lo anterior debemos ver si en el caso que nos ocupa tuvo o no lugar la transmisión de la acción y, para ello, tendremos que analizar si el instituyente quiso y no pudo revocar, y desde luego si la hija legitimada por transmisión todavía estaba en plazo para interponer la acción.

En cuanto al primer punto, el TSJA considera que no se produce en favor de la recurrente la transmisión de la acción, postura que no comparto. Sin embargo, la Sala de casación no entra a analizar el plazo para el ejercicio de la acción por la recurrente²⁶ que, a lo que creo, es el que no concurre en el caso, y por ello, carece de legitimación la recurrente.

De cualquier manera el fallo, en lo que hace a los efectos prácticos, es correcto al decidir que Josefa Soterias no está legitimada para el ejercicio de la acción, *ex art. 647 C.c.*, pero, como digo, por otra razón distinta de la fundamentada por el TSJA.

b'. El art. 653. 1º C.c. en relación con el art. 647 C.c. La destrucción de la presunción de querer revocar y no poder

El TS viene admitiendo la transmisibilidad de la acción por incumplimiento de cargas a los herederos siempre que éstos demuestren dos extremos: que

²⁴ Evidentemente, nuestra Compilación nada específica o regula sobre la transmisibilidad de la acción al remitirse al Código civil. Sin embargo, el Fuero Nuevo de Navarra sí toma partido, estatuyendo que la facultad de revocación es intransmisible, y sólo podrán continuar acción las personas llamadas a la sucesión, si los donantes ya hubieran interpuesto la acción. Cfr. ley 162 que se remite a la ley 118.

²⁵ Por todos, vid. ALBALADEJO, *Comentario al art. 647 C.c.*, en op. cit., pp. 379 a 398, donde expone y analiza ampliamente doctrina y jurisprudencia.

²⁶ El TSJA no entra a valorar el plazo para el ejercicio de la acción simplemente porque ya ha resuelto que la acción de revocación no es transmisible a la recurrente y, por lo tanto, no tiene necesidad de resolver en este punto (Vi. FJ 22º).

el causante quiso revocar y que no pudo, pues no revocando, pudiendo, se presume que no quiso revocar²⁷.

Ahora bien, siguiendo en este punto a ALBALADEJO²⁸, esta doble exigencia impuesta por el TS (demostrar que se quiso revocar y además que no se pudo) no parece del todo correcta.

En efecto, como señala dicho autor se ha de poner en relación la regulación del art. 647 C.c. con su antecedente en el Derecho histórico (Fuero Real 3, 12, 1, en el que, además se regulaban conjuntamente la revocación por ingratitud y por incumplimiento de cargas) y relacionarlo, a su vez, con el art. 653.1º. C.c.

En el Derecho histórico la acción de revocación se consideraba transmisible a los herederos, siendo intransmisible la voluntad de revocar o no revocar, que se consideraba personalísima del donante²⁹.

Teniendo en cuenta lo anterior ALBALADEJO, en opinión que comparto, considera que el Código encierra el mismo espíritu que el contenido en el Fuero Real, de manera que la acción únicamente no se transmite si el donante no quiso revocar. Y el Código, a la vista de que, por regla general, no habrá una declaración expresa de que el donante no quiere revocar introduce una presunción en el art. 653. 1º C.c..

En consecuencia, para que la acción sea transmisible bastará con destruir dicha presunción, y para ello basta con una de estas dos pruebas: bien demostrar que sí se quiso revocar, y con ello se destruye directamente la presunción; bien demostrar que el donante no pudo revocar, prueba que destruye la presunción de que no quiso revocar. Por lo tanto siguiendo este criterio, que me parece correcto, no es necesario demostrar ambos extremos, como así lo exige la jurisprudencia³⁰.

Sabiendo entonces el camino para destruir la presunción veamos si esta se ha producido en el supuesto de hecho que comentamos.

c'. La prueba de que el instituyente sí quiso revocar

El TSJA considera en esta sentencia que no concurren las pruebas necesarias que justifican la voluntad revocatoria por parte del instituyente, así como que queriendo, no pudiera hacerlo, por cuanto, a juicio de la Sala, desde el año 1951 en que el instituido deja la Casa, Mariano Soterias (el instituyente) podría haber instando la revocación, considerando, además, que las actuaciones que en vida

²⁷ En este punto vid. principalmente las STS de 16 de mayo de 1957 y de 10 de diciembre de 1975.

²⁸ ALBALADEJO, *Comentario al art. 647 C.c.*, en op. cit., pp. 379-381.

²⁹ ALBALADEJO, *Comentario al art. 647 C.c.*, en op. cit., p. 385.

³⁰ En este sentido, ALBALADEJO, *Comentario al art. 647 C.c.*, en op. cit., pp. 396 a 398.

lleva a cabo el instituyente no reflejan una voluntad revocatoria, al no haberlo hecho constar así en el testamento que otorgó en 1972. (vid. FJ. 20^o y 21^o).

En este punto no comparto el criterio mantenido por el TSJA, por cuanto ni la doctrina ni la jurisprudencia exigen que de forma expresa conste la voluntad revocatoria, ni tampoco es achacable al instituyente su tardanza en interponer la acción cuando el incumplimiento es duradero.

Distinto es, como creo que sucede en el caso, que la acción haya caducado y no sea transmisible por esta causa.

No es necesario que la voluntad revocatoria del instituyente sea expresa y que tal voluntad haya de constar en testamento, como así parece exigir la Sala, al afirmar que no manifiesta —el instituyente— en esa disposición testamentaria «su voluntad revocatoria de la institución de una manera expresa» (FJ 20^a).

Frente a este criterio se ha de tener en cuenta que basta cualquier medio de prueba de esta voluntad, siendo bastante con que de un modo razonable se deduzca de los actos llevados a cabo por el instituyente su voluntad revocatoria³¹.

A mi juicio, esta voluntad de querer revocar es patente en el caso que contemplamos, pues el instituyente realiza, a lo que creo, actos lo bastante significativos para que de un modo razonable se deduzca que sí quiso revocar, sin perjuicio de que con ellos no consiga la revocación.

En efecto, en 1972 otorga testamento instituyendo heredera universal, por sí y como fiduciario de su esposa, a su hija; institución en todo punto incompatible con la designación de Fernando en el pacto sucesorio. Y, al margen de que este testamento no tenga fuerza revocatoria del pacto anterior, considero que sí demuestra la voluntad de revocar, precisamente por la incompatibilidad entre ambas instituciones.

Es más, al año siguiente, el instituyente ataca la compraventa de 1941 para anular el nudo dominio del instituido contractualmente sobre el patrimonio casal, y que éste pueda pasar a manos de la heredera en testamento (de ser esto posible, lo que es muy dudoso, si no se ataca el pacto sucesorio), si bien, a la fecha de la sentencia, el instituyente ya ha fallecido (1975).

En consecuencia, y a lo que creo, el instituyente sí tuvo voluntad de revocar, y demostrando esto, bastaría para que operase la transmisión de la acción al haber destruido la presunción del art. 653. 1^o C.c.

E. EL PLAZO PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN

El art. 647 del C.c., tampoco establece cuál sea el plazo para el ejercicio de la acción, y en este punto la doctrina no es pacífica, no existiendo tampoco jurisprudencia constante al respecto.

31 En este sentido, ALBALADEJO, *Comentario al art. 647 C.c.*, en op. cit., pp. 399 a 401.

Las posibilidades de los plazo aplicables al caso serían las siguientes:

Los 15 años previstos en el art. 1964, siendo entonces el plazo de prescripción y no de caducidad. Este plazo viene justificado, precisamente, por no disponer el legislador un plazo expreso para el ejercicio de la acción de revocación. Esta parece ser la opinión de LACRUZ, pues al menos no la desecha³².

Que el plazo sea de 4 años, por aplicación analógica de los dispuesto en el art. 1299 C.c.. Este es el sentir de la doctrina mayoritaria, y parece que es el que hubiera sido acogido por el TS en la S. de 30 de diciembre de 1961, aunque no llegó a resolver definitivamente sobre ello³³.

Por último, nos queda por pensar que el plazo para la interposición de la acción sea de 1 año —plazo de caducidad—, por aplicación de lo previsto en el art. 652, que regula el plazo para el ejercicio de la acción de revocación de donaciones por ingratitud. Esta es la opinión de ALBALADEJO³⁴, que comparto plenamente, y que ha sido acogida por el TS en sentencia de 11 de marzo de 1988³⁵.

Ahora bien, una vez determinado el plazo para el ejercicio de la acción, es necesario establecer el *dies a quo* para su cómputo.

En este punto la doctrina es unánime al considerar aplicable el art. 652, que dispone: «desde que el donante tuvo conocimiento del hecho y posibilidad de ejercitar la acción».

Pues bien, establecido lo anterior, la pregunta que debemos hacernos es desde qué momento pudo y debió el instituyente ejercitar la acción: ¿desde 1951, fecha en la que el instituido abandona la Casa? Esta solución parece ser la que ha adoptado el TSJA (FJ 20º).

Sin embargo, a mi juicio, la fecha de abandono de la Casa no es la que determina el *dies a quo*, puesto que en los supuestos en los que el incumplimiento es duradero, y mientras el incumplimiento dura, se va renovando el

³² LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 3º, Bosch, 1986, p. 148.

³³ Por todos vid. DOMÍNGUEZ RODRIGO., *op. cit.*, p. 100.

³⁴ Las razones que da el profesor ALBALADEJO me parecen lo suficientemente convincentes e integradoras en este sistema. Entre ellas cabe destacar, las siguientes: por un lado el argumento histórico, las causas de revocación de donaciones por ingratitud e incumplimiento de cargas se sometieron a un mismo régimen jurídico; por otro, la identidad de razón en ambas causas en el Código civil; además, aplicamos para la transmisibilidad de la acción el art. 653. 1º, que está dictado en sede de revocación por ingratitud, e incluso el art. 652 para computar a partir de cuándo corre el plazo en la revocación incumplimiento de cargas, cuando éste precepto ha sido dictado para la revocación por ingratitud. En consecuencia, ¿por qué no aplicar toda la previsión de la art. 652? De cualquier manera, vid. ALBALADEJO, *Comentario al art. 647 C.c.*, en *op. cit.*, p. 407 y 408.

³⁵ En el Fundamento de Derecho segundo, la mencionada sentencia utiliza los argumentos del profesor ALBALADEJO para inclinarse por el plazo de 1 año. en concreto señala: «Este criterio mayoritario de los cuatro años, está razonablemente superado por la doctrina más progresista que lo reduce a sólo un año, con base en argumentos más armónicos dentro d la propia regulación que el Código hace del instituto de las donaciones». (RJ, 1988, marginal 1960).

comienzo de tiempo para el ejercicio de la acción, que no se agota por el transcurso del plazo a partir de que el incumplimiento se inició³⁶.

Entonces, ¿a partir de qué momento se inicia el plazo en el supuesto de hecho que contemplamos?

A lo que creo, en el supuesto de incumplimiento duradero, el tenor del art. 652 hay que ponerlo en relación con el momento en el que el instituyente lleva a cabo la determinación de revocar.

En efecto, mientras el incumplimiento dura, el instituyente puede considerar durante todo ese tiempo que el que un día abandonó la Casa volverá, y esta convicción es la que posibilita que el plazo no empiece a correr, puesto que el instituyente todavía no tiene «conocimiento» consciente de que el incumplimiento sea definitivo.

Por ello, en el momento en el que toma la decisión de revocar es cuando se hace consciente de que ya no va haber cumplimiento, y es a partir de ese momento cuando ha de comenzar a correr el plazo para el ejercicio de la acción³⁷.

Así, y en el supuesto de hecho que comentamos, el *dies a quo* se computará a partir de 1972 —fecha en otorga testamento a favor de su hija—, siendo congruentes con lo indicado en el *supra* anterior.

En consecuencia, el plazo caduca en 1973. Y es por este motivo por el que la acción de revocación no es transmisible a la recurrente, puesto que la misma ya había caducado en vida del instituyente, y por lo tanto ha perdido su derecho a revocar. No teniendo derecho a la revocación el instituyente, mal puede transmitir a otros lo que no tiene³⁸.

E. LA APLICACIÓN DEL ART. 1.124 AL SUPUESTO DE HECHO, PRETENSIÓN INSTADA TAMBIÉN POR LA RECURRENTE

El TSJA, aun cuando la recurrente solicita como motivo de casación que el pacto sucesorio sea resuelto por aplicación del art. 1.124 del C.c. en relación

³⁶ En este sentido, ALBALADEJO señala que el incumplimiento no es duradero cuando se ha incumplido algo y *se sigue sin cumplir* (como el que no pagó la suma que debía y continua sin pagarla), sino cuando se continúa incumpliendo, porque el cumplimiento exige una conducta permanente, que da lugar, si no se observa, a estar incumpliendo continuamente (como si la carga consistió en atender a una persona permanentemente, y se la tiene permanentemente desatendida) Cfr. ALBALADEJO, op. cit., p. 408, nota al pie 40.

³⁷ En este sentido, y por todos, vid. ALBALADEJO, op. cit., p. 277 y DOMÍNGUEZ op. cit., p. 100.

³⁸ Obsérvese, que en el supuesto que comentamos, tampoco hubiera tenido éxito la recurrente, aun tomando como plazo para el ejercicio de la acción el de cuatro años.

En efecto, en este caso, fallecido el instituyente, el plazo todavía no ha caducado, pero su término llegará en 1976, dándose la circunstancia de que hasta 1978 no se producen los pleitos entre los hermanos Soterías María.

con el art. 107 Comp., entiende que el análisis de este supuesto ha de reconducirse a la aplicación del art. 103, ya analizado, por ser ley especial frente a la ley general³⁹ (FJ. 19^a), y resuelve el supuesto de hecho únicamente en relación a este caso, pues también la parte recurrente alega como motivo de casación la interpretación errónea del art. 103 Comp. en relación con el art. 647 c.c.

Con todo, sí que nos parece necesario considerar si el art. 1.124 del C.c., puede ser utilizado como norma de pretensión por las partes que pueden recibir alguna ventaja del heredamiento, principalmente por los tiones, que han de recibir alimentos y ser asistidos en la Casa.

En este punto, la doctrina es unánime al considerar que estos sujetos que han de recibir alguna prestación del instituido contractualmente, que no son parte del mismo, no pueden imponer la resolución del pacto sucesorio y ello, sobre todo, porque aun teniendo que cumplir los beneficiados (los que están en la Casa y han de ser asistidos por el heredero) alguna obligación frente a uno de los contratantes (los tiones para ser asistidos en la Casa han de trabajar en beneficio de ella), sus obligaciones no son recíprocas frente a las del heredero⁴⁰, lo que impide la aplicación del art. 1.124 del C.c.

Lo único que pueden hacer estos sujetos es exigir el cumplimiento de aquello a lo que tiene Derecho en virtud del contrato⁴¹.

III. LA FORMA PÚBLICA COMO ELEMENTO SUSTANCIAL DEL PACTO SUCESORIO

1. PLANTEAMIENTO

Ni en esta instancia —la casación— ni tampoco en ninguna otra anterior entre los muchos pleitos habidos entre los hermanos Soteras, se plantea el

³⁹ Así, lo entiende también la doctrina, vid. ALBALADEJO, op. cit., pp. 374 a 376 y DOMÍNGUEZ, op. cit., p. 106, que considera que el art. 647 es una especificación del art. 1.124. Vid. MONTES PENADES, *Comentario al art. 1.124 C.c.* en «Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales», T. XV, vol. 1^o, Edersa, 1989, pp. 1.71 y ss. y DELGADO ECHEVERRÍA, en Lacruz, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1^o, Bosch, 1994, p.p. 197 y ss.

⁴⁰ Obsérvese, como así lo señala SAPENA, que la obligación del heredero está frente a sus instituyentes, con los que contrata, y por ello, los terceros beneficiados por el heredamiento —los tiones—, sólo pueden exigir el cumplimiento de lo pactado en el contrato a su favor. (Cfr. SAPENA, *El pacto sucesorio* ..., RDP, 1954, p.p. 745 a 747).

⁴¹ En este sentido, vid. DOMÍNGUEZ, op. cit., p. 94 y SAPENA, *El pacto sucesorio* ..., RDP, 1954, p.p. 745 a 747. Igualmente, DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit., p. 553-554, que considera que a los beneficiarios hay que negarle la acción resolutoria.

supuesto de si acaso el pacto sucesorio puede ser nulo de pleno Derecho al faltarle la forma pública de su otorgamiento.

Obsérvese, además, que si lo que se insta es una acción de nulidad, ésta no está sometida a plazo para su ejercicio —pues es imprescriptible—, así como que legitimado para el mismo lo está cualquier interesado, y desde luego, la recurrente en esta instancia, Josefa, que ostenta, en todo caso, un interés directo: pues ella sería la heredera de la Casa Garcés⁴².

Ahora bien, es evidente que aun consiguiendo atacar la validez del pacto privado celebrado en 1941, todavía queda viva y plenamente válida (así se declaró en la SATZ de 7 de noviembre de 1975)⁴³ la compraventa celebrada en igual fecha —tan solo unas pocas horas antes— por la que Fernando Soterías, adquiere el nudo dominio del patrimonio integrante de la Casa Garcés de Berdún.

Por ello, junto a lo anterior —la nulidad del pacto sucesorio— cabe plantear si la compraventa y el documento privado otorgados sucesivamente entre las partes —con la excepción no relevante, como veremos, de Fernanda Garcés— pueden ser considerados como contratos conexos.

De ser esto así, como lo creo, resultaría que siendo nulo el pacto sucesorio, los efectos de su invalidez se trasladan a la compraventa celebrada ese mismo día, al carecer ésta de causa de la atribución. Resultando, en consecuencia, heredera del patrimonio casar, Josefa Soterías, por estar así instituida en testamento, plenamente eficaz al decaer el pacto sucesorio.

2. LA FORMA PÚBLICA COMO REQUISITO ESENCIAL EN EL PACTO SUCESORIO

En la vigente Compilación del Derecho civil de Aragón, y ya desde su redacción en 1967, se impone como requisito de validez de los pactos sucesorios su otorgamiento en escritura pública (art. 99 Comp.)

Ahora bien, en el caso que comentamos se da la circunstancia de que dicho pacto se celebra en 1941, vigente el Apéndice foral, que, como dijimos, no reguló los pactos sucesorios de manera directa.

⁴² En relación a esta causa de invalidez, la nulidad, vid. DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit., pp. 561 y ss.

⁴³ En el pleito que resuelve esta sentencia —siendo, en consecuencia la validez de la compraventa cosa juzgada—, intervino como actor el instituyente solicitando la nulidad absoluta de la compraventa celebrada en 1941, alegando que la vendedora, Fernanda Garcés Avellana, no era propietaria del patrimonio que vende, pues este había sido transmitido a la esposa del demandante, y a él mismo, en la capitulación matrimonial de 1914. A lo que la Sala (considerando 7º y 8º) responde, con razón, que dicho patrimonio no había sido transmitido a la instituida heredera en capítulos, pues el pacto sucesorio era de futuro. Por último, en el considerando noveno entra a valorar si podrá tratarse de un caso de nulidad relativa (que la compraventa encubra el pacto sucesorio), si bien considera que no hay simulación pues tampoco se demuestra en el pleito que falte el precio, elemento esencial de la compraventa. Por lo tanto, declara que el contrato de compraventa es válido y eficaz. Por ello, y a lo que creo, la vía para conseguir la invalidez de la compraventa se podría haber actuado mediante la declaración de nulidad del pacto sucesorio conexas a dicha venta.

Por esta razón, habrá que considerar si, vigente el Apéndice, la forma pública era también requisito de validez del pacto sucesorio, pues en caso de no serlo, no resultará aplicable a este efecto, la Compilación de 1967, por las mismas causas, pero aplicadas a *sensu contrario*, que expusimos en el *supra* II. 1⁴⁴.

Según opinión unánime de la doctrina aragonesa, los pactos sucesorios se han de otorgar en documento público, pues así lo ha exigido desde siempre la tradición aragonesa⁴⁵.

De forma especial cabe citar en este punto a CRISTÓBAL MONTES, pues afirma que la necesidad de forma pública se exige directamente en el Apéndice de 1925, puesto que en el art. 58 expresamente dispone que «los pactos (...) que se otorguen —en orden a la sucesión— han de constar en escritura pública»⁴⁶.

En consecuencia, la forma pública es un requisito de validez, y por consiguiente, al faltar ésta en el pacto de institución de heredero de 1941, el mismo resulta ser nulo de pleno Derecho.

2. LA CONEXIÓN ENTRE LA COMPRAVENTA DE 1941 Y EL DOCUMENTO PRIVADO DE IGUAL FECHA. CONSECUENCIAS Y EFECTOS

En general se considera que hay conexión contractual cuando varios sujetos celebran dos o más contratos que presentan una estrecha vinculación funcional entre sí por razón de su propia naturaleza o de la finalidad global que los informa, vinculación que es o puede ser jurídicamente relevante, sin que sea necesario que todas las partes intervinientes en uno de los contratos intervengan también en el otro⁴⁷.

Siguiendo esta definición, se exige para que haya conexión contractual una pluralidad de contratos, sin que sea necesario que todos ellos se otor-

⁴⁴ En efecto, obsérvese que la D.T. 12ª de la CA 1967, señala que se ha de seguir el espíritu que informa a las disposiciones transitorias del Código civil, y estas proclaman la irretroactividad frente a los Derecho ya adquiridos durante la vigencia de otra ordenación legal. Luego si vigente el Apéndice del 25, no se exigió la forma pública como requisito de validez, dicho pacto habrá de considerarse válido vigente la Compilación del 67, que en este punto no resultaría aplicable. A estos efectos, vid. la DT. 2ª del C.c. que exige la validez de los actos y contratos celebrados de acuerdo a la legislación entonces vigente, para que éstos produzcan sus efectos.

⁴⁵ LACRUZ, en *Comentario al art. 3 del la Compilación aragonesa*, en «Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón», T. I, DGA, Zaragoza, 1988, p. 263; *Derecho de sucesiones, I, Parte General, sucesión intestada*, 1971, p. 727; SAPENA, *El pacto sucesorio ...*, RDP, 1954, p. 736; GARCÍA ARANGO, *Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho del Alto Aragón*, en RCDI, 1967, p. 1.312.

⁴⁶ CRISTÓBAL MONTES, op. cit., pp. 21 y 22.

⁴⁷ Vid. en este sentido, y en general para el estudio de la conexión contractual, LOPEZ FRIAS, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, Bosch, 1994, pp. 271 y 273.

guen entre las mismas personas⁴⁸, y que entre ellos exista un nexo funcional. Dicho nexo funcional existe cuando celebrados varios convenios deba entenderse que no pueden ser considerados desde un punto de vista jurídico absolutamente independientes, bien porque su naturaleza o estructura así lo determina, o *bien porque quedarían sin sentido, el uno sin el otro*, desde la perspectiva de la operación económica que a través de ellos quiere articularse⁴⁹.

Pues bien, en cuanto a lo primero, nos encontramos con dos contratos (compraventa y pacto sucesorio) concluidos de forma sucesiva: el mismo día y uno tras otro.

En cuanto a lo segundo, creo que cabe considerar la existencia de un nexo funcional jurídicamente relevante, por cuanto con el otorgamiento de ambos contratos se pretende constituir un heredamiento típico aragonés, en el sentido —y no en la forma de hacerlo, que es bien atípica— de que, celebrada la compraventa con transmisión del nudo dominio, y con la que se consigue la transmisión del patrimonio casal en una sola mano, se concluye también el pacto sucesorio, que juega como causa de esta transmisión: se vende porque el adquirente será el continuador de la Casa Garcés, asumiendo todas las cargas que conlleva el ser heredero de Casa aragonesa.

Este mímico planteamiento, a lo que creo, es el que se afirma, pero a otros efectos, en la SATZ de 5 de mayo de 1980, al declarar en el considerando tercero que compraventa y pacto «forman un todo característico y diferencial de un «heredamiento de casa aragonesa», institución de mucho raigambre en el Alto Aragón en especial, y que se configura «instituyendo contractual o testamentariamente a uno de los hijos en el haber y poseer de la casa, con las obligaciones de mantener y tener a los demás, sanos o enfermos, en la propia casa y mientras permanezcan en ella y de dotarlos cuando la abandonen, principalmente por razón de matrimonio, siempre que pudiendo trabajen en aquélla», si bien, al presente y por tratarse de un sobrino carnal, y no de un hijo sobre el que recaía el heredamiento, no se realiza en un solo documento, presumiblemente para dar una sensación de compraventa que de auténtica sucesión contractual, a los efectos del antiguo Impuesto de Derechos reales y Transmisión de bienes». Fundamentación, que acoge el TSJA en el FJ 9º.

En consecuencia, si se cumplen los requisitos que nos permiten hablar de conexión contractual: ¿qué efectos produce la nulidad del pacto sucesorio sobre la compraventa anterior?

Uno de los efectos, aunque no cabe afirmarlo con carácter general, es la posibilidad de que la ineficacia de uno de los contratos se propague al otro. Para ello, habrá que analizar el vínculo que los une.

⁴⁸ LÓPEZ FRÍAS, op. cit., pp. 276 a 281, y en especial la p. 283.

⁴⁹ LÓPEZ FRÍAS, op. cit., pp. 282 y ss.

Si los contratos esta unidos en conexión unilateral, o sea, hay un contrato principal y otro subordinado, decaído el principal, el que dependía de él perderá su objeto o su causa y deberá declararse nulo⁵⁰.

Ahora bien cuando los contratos están vinculados sin que pueda apreciarse una dependencia unilateral, no hay regla fija. Desde luego, cabe pensar que se transmiten los efectos de la ineficacia de uno de los contratos, si declarado invalido uno de ellos, el otro ya no tiene razón de ser⁵¹.

Creo que esta última consideración es aplicable al caso que nos ocupa, pues parece un hecho cierto que la compraventa no tiene razón de ser (es como si le faltará la causa) declarando inválido al pacto sucesorio, pues sólo en atención a que Fernando Soteras será el continuador de la Casa, es por lo que se le hace transmisión del patrimonio casal, sin que oste a tal afirmación el hecho de que el pacto sucesorio se celebre en segundo lugar.

En consecuencia, y a lo que creo, si se hubiera instado directamente la nulidad del pacto sucesorio, podría haberse obtenido también la de la compraventa. De esta manera, Josefa Soteras, como heredara testamentaria de sus padres, podría llegar a conseguir el patrimonio casal en base a este título, pues no se olvide que los terceros que instan la acción de nulidad no pueden reclamar la restitución de las prestaciones, ni en su favor ni en favor de las partes contratantes⁵².

Para finalizar este comentario, simplemente queremos atender a una pequeña cuestión, en relación con al apreciación de oficio por parte de los Tribunales de la nulidad de pleno Derecho.

En este punto cabría pensar si los Tribunales, en las distintas instancias que se han conocido de los pleitos entre los hermanos Soteras, tendrían que haber entrado a valorar la nulidad del pacto sucesorio.

En este punto considero que la actuación de los Tribunales ha sido en todo punto correcta, puesto que no siendo alegada dicha causa por las partes, los principios de justicia rogada y congruencia que presiden el proceso civil impedirían tal apreciación. Unicamente cabe apreciar de oficio la nulidad, y ello como excepción, en los supuestos en que ante el silencio de las partes en proponerla, el no ser tenida en cuenta por el Tribunal suponga un atentado flagrante al orden jurídico⁵³, y el caso que estamos analizando, evidentemente, no es de este tipo.

⁵⁰ LÓPEZ FRÍAS, op. cit., pp. 298 y ss.

⁵¹ Vid en este sentido la STS de 10 de noviembre de 1964 y LÓPEZ FRÍAS, op. cit., pp. 296 y ss.

⁵² En este punto vid. DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit., p. 583.

⁵³ Vid en este sentido, DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit., pp. 583 y 584.

MATERIALES*

* En esta sección se pretende publicar y, por tanto, difundir, textos legales, borradores, textos en tramitación, sentencias del Tribunal Constitucional y otros documentos que sean de interés para los profesionales y estudiosos del Derecho civil aragonés.

A) DOS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPECIALMENTE RELEVANTES PARA EL FUTURO DE LOS DERECHOS CIVILES FORALES O ESPECIALES

1. STC 88/1993, DE 12 DE MARZO (PLENO)

Recurso de inconstitucionalidad núm. 1.392/1988

Ponente: Magistrado don Álvaro Rodríguez Bereijo

(BOE de 15 de abril de 1993)

El pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente, y don Luis López Guerra, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Álvaro Rodríguez Bereijo, don José Vicente Gimeno Sendra, don José Gabaldón López, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Pedro Cruz Villalón y don Carles Viver y Pi-Sunyer, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad número 1.392/1988, promovido por la abogacía del Estado, en representación del Presidente del Gobierno, contra la Ley 3/1988, de las Cortes de Aragón, sobre equiparación de los hijos adoptivos («Boletín Oficial de Aragón» núm. 44, de 29 de abril). Han comparecido las Cortes y la Diputación General de Aragón. Ha sido Ponente el Magistrado don Álvaro Rodríguez Bereijo, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 29 de julio de 1988, la Abogacía del Estado presentó ante este Tribunal, en la representación que les es propia, recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 3/1988, de 25 de abril, de las Cortes

de Aragón, sobre equiparación de los hijos adoptivos, publicada en el «Boletín Oficial de Aragón» número 44, de 29 de abril. Se hizo expresa invocación de lo dispuesto en el artículo 161.2 de la Constitución:

a) Comenzó sus alegaciones el Abogado del Estado con la cita de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva sobre la legislación civil «sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales allí donde existan». Resulta así claro que la Constitución ha limitado el reconocimiento de la potestad normativa de las Comunidades Autónomas al condicionarla al dato histórico de la existencia efectiva de tales derechos forales o especiales al promulgarse la Norma fundamental. El Derecho foral podrá ser modificado y desarrollado, pero siempre a costa de sus propios preceptos y nunca a costa del Derecho común, porque ahí, precisamente, se encuentra el límite de otra competencia atribuida explícita y exclusivamente al Estado. El Derecho civil foral no queda, con ella, condenado irremisiblemente a quedar anquilosado en fórmulas de Derecho no escrito, pero sí se afirma que la vigencia efectiva de las instituciones forales marca la pauta de las propias competencias autonómicas.

b) La Ley impugnada, sobre filiación adoptiva, no reconoce en la institución regulada una institución propia. Más aún, la *ratio legis*, confesada en la exposición de motivos, no se sitúa en una medida de conservación, modificación o desarrollo de los derechos forales, sino en la duda sobre la aplicabilidad del Código Civil. Precisamente, por participar el Legislador autonómico de un criterio favorable a la aplicación de las normas y criterios del Código Civil, se dicta —paradójicamente— un precepto foral.

Lo que importa subrayar es la ausencia de toda norma sobre la adopción en los textos legales sobre Derecho foral aragonés. Ni la Compilación de 1925, ni la Ley 15/1967, de 8 de abril, ni la Ley 3/1985, de 21 de mayo, contienen disposición alguna para la adopción. La misma colocación de la norma en el artículo 19 de la Compilación, que se refería al consejo de familia y que quedó sin contenido, es buena muestra de que, desde la perspectiva del Derecho foral aragonés, nos hallamos en presencia de una institución nueva e inédita, y que se ha producido, por consiguiente, un desbordamiento de los límites competenciales previstos en el artículo 35.1.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón, así como una lesión de la competencia estatal instituida en el artículo 149.1.8 de la Compilación Española. Las alusiones a la legislación histórica aragonesa que se contienen en la exposición de motivos no revelan la existencia de ninguna particularidad legislativa y, desde luego, de ninguna particularidad vigente. En efecto, la concreción de los derechos familiares y sucesorios a los llamados hijos legítimos representaba una regla de vigencia general en casi todos los derechos históricos y tampoco puede decirse que la exclusión o participación limitada de los hijos adoptivos en aquellos derechos tuvie-

ra su sede concreta en una norma foral aragonesa. La situación de los hijos adoptivos ha venido siendo invariablemente definida por las normas del Derecho común, siendo ésta una de las materias más propensas a reformas legislativas y, por tanto, con una más clara vocación para ser disciplinadas por el Derecho escrito. Prueba de ello es el gran número de reformas sufridas por la redacción de los procesos del Código Civil (1939, 1958, 1970 y posteriores), lo que muestra que la regulación de la adopción es materia normativa de origen esencialmente legal, inadaptada a las posibilidades del Derecho consuetudinario.

Por lo demás, es precisamente en la materia «adopción» donde se incardinan los preceptos impugnados. No se trata de que la Ley autonómica haya limitado su regulación a los aspectos sucesorios de la adopción, adaptándolos a las particularidades forales de su propia legislación, sino que lo que se aborda, con carácter general, es la regulación íntegra de los derechos y obligaciones de los hijos adoptivos, invadiendo de esta forma una institución propia del Derecho civil común.

c) Se pasa, a continuación, a examinar los preceptos impugnados. El artículo 1 de la Ley 3/1988 da nueva redacción al artículo 19.1 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, disponiendo que «los hijos adoptivos tendrán en Aragón los mismos derechos y obligaciones que los hijos por naturaleza». Según el número 2 de este artículo, «siempre que la legislación civil aragonesa utilice expresiones como “hijos y descendientes” o similares, en ellas se entenderán comprendidos los hijos adoptivos y sus descendientes». Nace este precepto de la preocupación —expresada en el preámbulo de la Ley— por las «fundadas dudas acerca de si los hijos adoptivos tienen o no en este ordenamiento jurídico iguales derechos y obligaciones que los hijos biológicos». Pero, por legítima que pueda aparecer la intención del Legislador autonómico en la solución de tales dudas, no cabe admitir que las mismas puedan ser resueltas por un Legislador incompetente, incorporando una nueva institución al ámbito del Derecho foral y sustrayéndola de su ubicación en el marco del Derecho común. Ni la proximidad de esta regulación a la contenida en el Código Civil ni la supuesta exigencia constitucional de equiparar hijos adoptivos y biológicos legitiman constitucionalmente los preceptos impugnados. En cuanto a lo primero, que la orientación de la Ley impugnada sea la misma que la que muestra la última regulación de la adopción en el Código Civil (Ley de 11 de noviembre de 1987) no puede actuar como elemento que atenúe el significado de la invasión competencial (la competencia lleva implícita la posibilidad de una regulación divergente y la diferencia de textos —incluso de contenido coincidente— puede tener el efecto de crear diversidad en su práctica interpretativa y aplicativa). Tampoco, de otro lado, la equiparación de los hijos adoptivos es consecuencia directa y necesaria del artículo 14 CE, pues la Constitución ni impide ni impone tal equiparación, pudiéndose dar varias soluciones a la posición de los hijos adoptivos (STC 33/1983).

d) El segundo de los preceptos impugnados es el artículo 2 de la Ley, del tenor siguiente: «En tanto las Cortes de Aragón no aprueben una legislación propia sobre adopción, en la Comunidad Autónoma será de aplicación la normativa del Código Civil y demás leyes generales del Estado en la materia». El precepto, al prever esa «legislación propia», hace, pues, una afirmación explícita de competencia. La norma, aunque sin un auténtico contenido normativo de presente, representa una clara invasión competencial y sirve, además, para aclarar el sentido general de toda ley, que no es tanto el de procurar una solución normativa idéntica a la del Código Civil, cuanto el de establecer una «fórmula propia» en la que si puede haber coincidencia en cuanto a la finalidad de unos y otros preceptos, ello no pasa de ser una pura circunstancia casual. El Legislador autonómico formula una inequívoca afirmación de competencia y con base a esta afirmación dicta una regulación provisional en espera de una «legislación propia».

Se concluyó, por todo ello, con la súplica de que se dictara Sentencia en la que se declarase la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los preceptos impugnados. Se solicitó la suspensión *ex* artículo 161.2 CE.

2. Mediante providencia de 12 de agosto de 1988, la Sección de Vacaciones del Pleno acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad y dar traslado de la demanda y documentos presentados al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus Presidentes, así como a las Cortes y a la Diputación General de Aragón, al objeto de que, en el plazo de quince días, pudieran personarse en el procedimiento y formular las alegaciones que estimaren convenientes. Se acordó, asimismo, comunicar a las Cortes y a la Diputación General de Aragón la suspensión de la vigencia y aplicación de la Ley 3/1988, desde la fecha de su impugnación, y publicar la formalización del recurso y la suspensión acordada en el «Boletín Oficial del Estado» y en el «Boletín Oficial de Aragón».

3. Mediante escrito, que tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 25 de agosto, el Presidente del Senado rogó se tuviera por personada a dicha Cámara en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 LOTC.

4. Mediante escrito registrado en el Tribunal el día 12 de septiembre, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó que, aún cuando dicha Cámara no se personaría en el procedimiento ni formularía alegaciones, ponía a disposición del Tribunal las propias actuaciones que pudiera precisar, remitiendo a la Dirección de Estudios y Documentación.

5. Por escrito que tuvo entrada en el Registro el día 16 de septiembre, el Presidente de las Cortes de Aragón se personó, en la representación que le es propia ante el Tribunal y formuló las alegaciones siguientes.

a) Se comenzó por afirmar que el Abogado del Estado plantea una impugnación total de la Ley y que si bien distingue los dos artículos de la misma, utilizó en su argumentación un único criterio interpretativo que no es otro sino una interpretación unilateral y restrictiva del artículo 149.1.8 CE. A continuación, y tras resumir lo expuesto en el recurso, se anticipan las líneas de la argumentación que se van a seguir: 1) Radical disconformidad con la interpretación restrictiva y sin matices del artículo 149.1.8 que muestra el recurso, precepto que es uno de los más complejos de la Constitución. 2) Rechazo de que la adopción sea un instituto radicalmente ausente del Derecho foral aragonés, pues ello supondría olvidar viejos fueros, así como la importancia del Derecho de familia y sucesiones en las Compilaciones forales (Navarra y Cataluña recientemente modificadas en sentido similar a la Ley recurrida). 3) Es necesario separar el estudio de los dos artículos de la Ley, siendo, en todo caso, difícil poder deducir de ellos —como hace el recurrente— que en tales preceptos se aborde la regulación íntegra de los derechos y obligaciones de los hijos adoptivos. Cuestión distinta es si la Comunidad Autónoma tiene competencia para legislar en el futuro sobre la materia; ello constituye la clave de arco de este recurso.

b) Se cita, a continuación, lo dispuesto en el artículo 35.1.4 del Estatuto de Autonomía de conformidad con el cual la Comunidad Autónoma tiene competencia exclusiva en orden a la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado, así como del procesal civil derivado de las peculiaridades de su Derecho sustantivo». Se cita, asimismo lo dispuesto en la Disposición adicional primera de la Constitución, en orden a los derechos históricos de los territorios forales y a la actualización general de dicho régimen foral, así como la Disposición adicional quinta del Estatuto de Autonomía de Aragón: «La aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica la renuncia del pueblo aragonés a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, los que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establece la Disposición adicional primera de la Constitución». Se trae a colación, junto a ello, lo establecido en el artículo 13 del Código Civil y en el artículo 1 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón (modificado por ley 3/1985): «Constituyen el Derecho Civil de Aragón como expresión de su régimen peculiar, las disposiciones de esta Compilación integradas con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico». Por lo demás uno de los fundamentos de la reforma de la Compilación, según su preámbulo, fue la previsión de su adecuación a los principios constitucionales en Derecho de familia.

c) Delimitado el anterior marco normativo, se observa la existencia de un «plus axiológico» clave para la interpretación: Los Derechos forales preexistentes a la Constitución son reconocidos y potenciados por el constituyente. La existencia del Derecho foral actúa como condición de atribución de competencias sobre la legislación civil. Este es el signi-

ficado que se ha de atribuir a la expresión «allí donde existan», sin que tal inciso deba ponerse en conexión con instituciones forales concretas: La existencia viene referida al Derecho foral preconstitucional en bloque. Se insiste, junto a ello, en la necesaria consideración del Derecho foral como hecho social, expresivo de un particular sentimiento jurídico de la comunidad, así como en la necesidad de conjugar la historicidad de los territorios forales a la hora de la delimitación de sus competencias (STC 11/1984). Así, vigencia social e historicidad encuentran su reflejo en la Constitución (art. 149.1.8 y Disposición adicional primera) y correspondencia en el Estatuto de Autonomía (art. 35.1.4 y Disposición adicional quinta).

d) A partir de estas notas, se ha de entender lo previsto, en orden a la legislación civil, por el artículo 149.1.8 CE. Se inicia, a continuación, una exposición sobre la doctrina científica que ha interpretado el sentido de la expresión constitucional «conservación, modificación y desarrollo», interpretación de la que se concluye afirmando: 1. Que los ordenamientos jurídicos autonómicos constituyen auténticos sistemas jurídicos con propios principios y capacidad de autointegración. 2. Que el desarrollo de los Derechos civiles, forales y especiales podrá exceder de las materias contenidas actualmente en las compilaciones, idea esta última a la que llevarían las excepciones realizadas en el párrafo 2º del artículo 149.1.8 CE, y que se veía reforzada por la propia diferenciación entre «modificación» y «desarrollo», así como por el propio y sustancial concepto de legislar. 3. En todo caso, las Comunidades Autónomas con Derecho foral podrán regular instituciones que, conexas con las ya reguladas, necesiten de una actualización global. 4. Materia tan compleja ha de ser interpretada a la luz del «principio de historicidad» (Disposición adicional primera de la Constitución y Disposición adicional quinta del Estatuto de Autonomía), íntimamente ligado a la cuestión foral.

e) Según el recurso, hay una desvinculación absoluta entre el instituto de la adopción y el Derecho foral (en general, y en particular, el aragonés). Frente a esta rotunda afirmación, es preciso puntualizar lo siguiente: 1) En primer lugar, existe una relación entre adopción y Derecho de familia y sucesiones, rama ésta del ordenamiento que está vinculada con los Derechos forales; tras subrayar el enclave sistemático de la adopción en los textos legales, se señala, así que la adopción no es, en modo alguno, una institución ajena al Derecho foral, citándose las regulaciones forales en materia de Derecho de familia y sucesiones y lo regulado en los Libros I («Derecho de la persona y de la familia») y II («Del derecho de sucesión por causa de muerte») de la Compilación de Aragón. Se observa, en relación con ello, que los derechos sucesorios de los hijos adoptivos son regulados como parte del Derecho sucesorio (Compilaciones de Cataluña, Baleares y Navarra). 2) Se destaca, en segundo lugar, lo dispuesto en el artículo 6 de la Compilación de Cataluña: «Los derechos sucesorios derivados de la adopción se regi-

rán, en todo caso, por Ley del Parlamento de Cataluña y por lo que establezca esta Compilación», y en la Disposición transitoria de la misma Compilación según la cual, en tanto el Parlamento catalán no legisle en materia de adopción, y excepto en lo que hace referencia a los derechos sucesorios derivados de ella, se aplicarán las disposiciones del Código Civil. Se citan, asimismo, los artículos 6 de la Ley 11/1987 y 21 de la Ley 12/1987 del Parlamento de Cataluña (el último de los preceptos citados dice así: «El hijo adoptado de manera plena y sus descendientes ocupan, en la sucesión del adoptante y de sus ascendientes la misma posición que los otros descendientes por naturaleza»). La adopción no es, pues, una institución extraña al Derecho foral. 3) Aunque en la Compilación aragonesa no se encuentra referencia textual al instituto de la adopción, ello no significa que el mismo sea ajeno al Derecho aragonés, a propósito de lo cual se citan el Fuero de Jaca y la Compilación de Huesca, la regulación de Derecho sucesorio que recoge la Compilación y los artículos 13 y 14 de la Ley de Ordenación de la Acción Social, de 23 de marzo de 1987, relativos a los cometidos de la Diputación General de Aragón en orden a acogida y atención de menores abandonados o en situación análoga y a la prestación de un servicio de adopción de carácter regional. 4) Por otra parte, entre las materias reservadas al Estado en el artículo 149.1.8 CE no figura la adopción y sí, por el contrario, una alusión explícita a una de las instituciones paradigmáticas del Derecho de familia («relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio»). Como se ha dicho por la doctrina, la reserva última en favor del Estado ha de significar, entre otras cosas, el desarrollo de las compilaciones a instituciones conexas o colindantes con las actualmente reguladas en ellas. Se observa, por último, que las Compilaciones son la expresión más visible del Derecho civil especial o foral, pero que éste no se agota en aquéllas.

f) Se formulan, por último, las puntualizaciones siguientes: 1) En ningún caso duda el Legislador de la aplicación supletoria del Código Civil; tan sólo expresa las dudas y problemas planteados en la aplicación del Derecho civil aragonés. 2) La proximidad a la regulación del Código Civil es cierto que no puede considerarse argumento de constitucionalidad, pero tampoco de inconstitucionalidad. 3) La jurisprudencia constitucional citada en el recurso se refiere no a la distinción entre fijación por naturaleza y fijación por adopción, sino a la distinción entre adopción plena y simple, figura ésta desaparecida tras la Ley 21/1987. De este modo, se encuentra uniformemente reconocida la igualdad de los hijos ante la Ley, con independencia de su filiación, en correspondencia con el artículo 39.2 CE. Si uno de los efectos tradicionales de la filiación es el régimen sucesorio y si éste se encuentra regulado por el Derecho civil foral aragonés, nada más adecuado que explicitar el referido principio constitucional de igualdad en dicho ordenamiento. 4) La regulación, así, del régimen sucesorio de los hijos adoptados es materia no ya conexas, sino nuclear, del Derecho aragonés. 5) Cuestión distinta es si cabe una futura regulación de la adopción por la Comuni-

dad Autónoma de Aragón. Pues bien, rechazada la equiparación entre Compilación y Derecho civil foral aragonés, hay que afirmar que la adopción no puede considerarse institución extraña a este Derecho, pero que, aunque sí lo fuera, el artículo 149.1.8 no la incluye entre las materias que se reserva el Estado. Además, la remisión establecida por el artículo 2 no supone regulación material alguna, que podría tener múltiple alcance: regulación uniforme de sus aspectos organizativos, procedimentales o sucesorios, entre otros. En virtud de todo ello, se estima que la Comunidad Autónoma de Aragón es competente para regular la adopción, aunque en modo alguno la presente Ley aborda, con carácter general «La regulación íntegra de los derechos y obligaciones de los hijos adoptivos».

Se concluyó con la súplica de que se dictara Sentencia desestimatoria de lo pedido en el recurso de inconstitucionalidad.

6. Mediante escrito registrado el día 17 de septiembre de 1988, el Director general de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma de Aragón presentó, en representación de la Diputación General de Aragón, las alegaciones siguientes:

a) Se comenzó citando lo dispuesto en los artículos 149.1.8 CE y 35.1.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón, competencia, esta última, en virtud de la cual se dictó la Ley 3/1985, de las Cortes de Aragón, que, bajo el título Compilación de Derecho civil de Aragón adoptó e integró en el ordenamiento jurídico aragonés el texto normativo de la Ley 15/1967. Ninguna tacha de inconstitucionalidad se imputó a tal Ley autonómica.

b) Ya en oposición a los argumentos expuestos por la abogacía del Estado, se consideró, en primer lugar, el sentido de la expresión constitucional «allí donde existan», fórmula que, cualquiera que sea su interpretación, se utiliza únicamente por la Constitución como criterio determinativo territorial o geográfico de las Comunidades Autónomas que puedan asumir competencias en materia de Derecho civil. Así, frente al criterio de la Constitución de 1931, se ha restringido la legislación autonómica civil dentro de los límites de su conservación, modificación y desarrollo, de modo que la preexistencia del Derecho foral cumple una única función constitucional; la determinación de las Comunidades Autónomas que pueden asumir en sus Estatutos competencias sobre la materia, sin que ello tenga carácter excluyente en cuanto al posible ámbito material de desarrollo del Derecho civil foral o especial. Una cosa es que el dato histórico de la existencia de un Derecho foral o especial en el momento de promulgarse la constitución condicione la posibilidad de la competencia autonómica y otra muy distinta, y en absoluto dispuesta por la norma fundamental, es que el Derecho foral pueda ser modificado o desarrollado «pero siempre a costa de sus propios preceptos y nunca a costa del Derecho común», como dice la demanda. Tampoco puede admitirse que sea la vigencia

efectiva de las instituciones forales la que marque la pauta de las competencias autonómicas, ya que el artículo 149.1.8 CE permite el desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales, y no simplemente de las instituciones, y allí donde existan precisamente esos Derechos civiles sin especificar que deba tratarse de instituciones forales concretas. El concepto histórico del Derecho foral es mucho más amplio y excede de unas instituciones concretas que, en un momento dado de su evolución, hayan pasado a integrar parte del contenido de las Compilaciones de Derecho foral.

Parece claro que la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma en materia de Derecho civil no puede quedar circunscrita a los límites de la vigente Compilación, tal como la demanda pretende. La expresión Derecho foral es fundamentalmente histórica y debe interpretarse en un sentido muy amplio, que puede ir mucho más allá de los concretos preceptos actualmente vigentes en las Compilaciones. Esto es así por lo siguiente: 1) Las vigentes Compilaciones son la expresión actual más visible, aunque reducida, del correspondiente Derecho civil foral o especial, pero éstos no se agotan en el texto escrito compilado. Cada Derecho civil foral o especial es un conjunto de normas e instituciones dotado de propia sistematización y conexión interna, informado por principios y valoración peculiares que le proporcionan posibilidades de autointegración. No forman un sistema complejo y autosuficiente, pero ello no les ha de privar de la correspondiente pretensión de complitud, dentro del ámbito de las competencias autonómicas. 2) La potestad legislativa autonómica no queda confinada al estado actual de los Derechos civiles forales, lo que supondría negar la esencia de la potestad legislativa, esto es, el cambio y la innovación. 3) La actual expresión constitucional «Derechos civiles, forales o especiales», fue introducida mediante enmienda para sustituir la anterior formulación «Derechos forales» más restrictiva, y a fin de que no pareciera que tal legislación habría de reducirse al desarrollo de las actuales legislaciones forales. 4) Del propio artículo 149.1.8 CE derivan otros dos argumentos a favor de una legislación autonómica que vaya más allá del Derecho contenido en las vigentes Compilaciones: uno de orden gramatical (el término «desarrollo» significa expansión) y otro de carácter sistemático (la enumeración de una serie de temas que «en todo caso» son de la exclusiva competencia del Estado viene a suponer que en los demás son competentes para legislar las Comunidades Autónomas). 5) En el caso específico de Aragón a diferencia de otras Compilaciones, se establece una integración de la costumbre y de los principios generales en su ordenamiento, lo que constituye un argumento adicional a favor de la existencia de un Derecho foral o especial extracompilado, fundamentalmente consuetudinario, al que se extiende la competencia legislativa autonómica. Se cita, a este respecto, lo establecido en el artículo 1 de la Compilación aprobada por Ley de 8 de abril de 1967 («constituyen el Derecho civil de Aragón, como expresión de su régimen espe-

cial, las disposiciones de esta Compilación integradas con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico») y lo dispuesto en los mismos términos (sustituyendo «especial» por «peculiar») en el texto de la Compilación aprobado por Ley autonómica de 21 de mayo de 1985. Del precepto citado no cabe deducir que el objeto de la posible legislación autonómica se identifique con los supuestos institucionales compilados. 6) La Disposición adicional quinta del Estatuto de Autonomía de Aragón dispone que «la aceptación del régimen de autonomía que se establece en el presente Estatuto no implica la renuncia del pueblo aragonés a los derechos que como tal le hubieran podido corresponder en virtud de su historia, los que podrán ser actualizados de acuerdo con lo que establece la Disposición adicional primera de la Constitución».

c) Se examina a continuación la Ley 3/1988. La simple lectura del artículo 1 de la misma hace evidente que no se trata de regular la institución de la adopción, ni se invade una constitución propia del «Derecho civil común», en expresión de la demanda, pues la equiparación de derechos y obligaciones se encuentra formulada en el propio texto normativo de la Compilación (dando contenido a su artículo 19), por lo que va de suyo que dicha regla se aplica exclusivamente en, y en relación con, el ordenamiento jurídico civil aragonés. El artículo 19.1 dispone dicha equiparación «en Aragón», pero teniendo en cuenta su incardinación en la Compilación no ofrece ninguna duda que la regla despliega su eficacia en relación exclusiva con la misma y a los solos efectos de los derechos y obligaciones, fundamentalmente de tipo familiar y sucesorio, que la misma prescribe. Así resulta explícitamente de la exposición de motivos, en la que se alude a las dudas si los hijos adoptivos tienen o no en Aragón iguales derechos y obligaciones que los biológicos. Resulta así aclarada la motivación de la nueva Ley: la equiparación juega sólo dentro del ordenamiento jurídico aragonés y afecta a derechos y obligaciones que son objeto de regulación exclusiva por el Derecho civil aragonés. La Ley impugnada no regula la adopción. Tampoco regula —pese a lo sostenido en la demanda— el esquema general de derechos y obligaciones de los hijos adoptivos. Simplemente, pone en relación la adopción con el contenido peculiar, propio y específico, del Derecho civil de Aragón, como ocurre con otras instituciones. Pero es más: no sólo no se han invadido competencias estatales, sino que precisamente el Legislador aragonés es el único constitucionalmente legitimado para aprobar esta norma, pues al Legislador estatal le está vedado aprobar una norma disponiendo precisamente que la equiparación de que se trata juega en el campo del Derecho foral aragonés o el catalán, etcétera. La extensión, por ejemplo, del régimen sucesorio aragonés a los hijos adoptivos, dispuesta por el Estado, ocuparía un ámbito competencial que es propio del Legislador autonómico.

Tampoco puede ser objeción frente a la Ley el que su exposición de motivos se refiera a las dudas antes citadas. Precisamente porque exis-

ten éstas, el Legislador aragonés ha dictado, para resolverlas, la Ley, desarrollando así un aspecto del Derecho civil propio. Por lo demás, la propia exposición de motivos se refiere a dudas existentes pese a la general aplicación supletoria del Código Civil (art. 149.3 CE).

Poco importan, a estos efectos, tanto la proximidad de la regulación impugnada a la contenida en el Código Civil como la supuesta exigencia constitucional de equiparación de todos los hijos. El primer aspecto es irrelevante en la discusión competencial entablada, cualquiera que sea la coincidencia de resultados. En cuanto al segundo, no es cierto que la Ley se presente como consecuencia necesaria y directa del artículo 14 CE, precepto al que se alude en la exposición de motivos en relación, tan sólo con el marco de posibilidades que abre.

d) El argumento fundamental del recurso es la ausencia de toda norma sobre la adopción en los textos legales sobre Derecho foral aragonés (apéndice de 1925, Ley de 8 de abril de 1967 y Ley de 21 de mayo de 1985). Pero ni el apéndice ni la Compilación agotan todo el contenido posible del Derecho civil aragonés. La adopción no es, además una institución ajena al Derecho foral aragonés. En el Derecho sucesorio aragonés de tiempos remotos apareció un fenómeno propio y bien diferenciado, sin que sea posible desconocer la relación entre la filiación y el derecho de expectativa hereditaria. Ello viene conformado por el Fuero de Jaca, que trata del *afillament* en su número 44 y por la Compilación de Huesca. Lo característico de la adopción en esta época es su sentido sucesorio, pero sin perder su entronque familiar, sistema éste de los Fueros aragoneses tan claro respecto a la adopción —al menos en cuanto a su posibilidad, habiendo hijos— que no encuentra paralelo en Fueros afines, con lo que coincide solamente en el sentido económico sucesorio. El Fuero único *De adoptionibus* no sólo no cayó en desuso, sino que vino a ser ratificado y confirmado posteriormente. Existen también datos en el siglo XIX que hacen pensar en el renacimiento espontáneo de la tradición popular, con lo que la doctrina que se cita estima vigentes las normas aragonesas sobre el «prohijamiento». La regla no se integró en el apéndice de 1925 (lo que vino condicionado por las conclusiones negativas del Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1981 ante la cuestión de si podía el padre «que tiene hijos legítimos adoptar a extraños») ni, por tanto, en la Compilación, pero no puede haber duda alguna sobre su profundo entronque con el Derecho histórico escrito y consuetudinario.

Hecha esta aclaración histórica, es pertinente realizar una comparación con la Compilación catalana, cuyo artículo 6 se dedica a la adopción: «además de las personas a que se refiere el Código Civil, podrán adoptar quienes tengan hijos legítimos, legitimados o naturales y reconocidos; pero esta adopción no perjudicará los derechos legitimarios de éstos. Las disposiciones del mencionado Código serán de aplicación a esta materia, salvo en lo referente a los pactos y derechos sucesorios,

que se regirán por lo dispuesto en esta Compilación». Una vez promulgada la ley catalana de 20 de marzo de 1984 se dio nueva redacción a este precepto: «con respecto a la adopción se aplicarán las disposiciones del Código Civil, salvo en lo referente a los derechos sucesorios de la adopción plena que se regirán por lo dispuesto en esta Compilación. Con posterioridad, por Ley de 25 de mayo de 1987 el Parlamento catalán reformó de nuevo el artículo 6, que quedó así redactado: «los derechos sucesorios derivados de la adopción se regirán, en cualquier caso, por la Ley del Parlamento de Cataluña y por lo establecido en la presente Compilación», añadiendo la Disposición transitoria de la Ley de reforma que, en tanto que el Parlamento de Cataluña no haya legislado en materia de adopción, excepto en lo referente a los derechos sucesorios derivados de ésta, se aplicarán las disposiciones del Código Civil.

A la vista de la regulación catalana, se impone una conclusión afirmativa de la competencia aragonesa para aprobar la Ley impugnada, al existir en su Derecho histórico elementos suficientes de apoyo sobre los que asentar la nueva norma, que está conectada, por lo demás, con las instituciones familiares y sucesorias peculiares del Derecho aragonés. Las sucesivas modificaciones de la Compilación catalana permiten comprobar que la Ley aquí impugnada no es inconstitucional, por no haberse dictado con invasión de la competencia estatal, sino dentro del ámbito propio del Derecho civil aragonés.

e) Toda la argumentación expuesta debe aplicarse también en defensa de la constitucionalidad del artículo 2 de la Ley 3/1988, precepto del que tampoco deriva invasión competencial alguna, por más que no sea exacto que carezca —como se dice en la demanda— de todo contenido normativo de presente. Lo que la regla dice es que en defecto de normas propias aragonesas sobre o en relación con la adopción será de aplicación la normativa estatal sobre la materia. El precepto no es inconstitucional y, si acaso, podría calificarse de superfluo o innecesario, aunque la técnica legislativa escapa de la consideración de este Tribunal. Se dice esto porque el artículo 2 es trasunto reiterado de lo dispuesto por el apartado 2 del artículo 1 de la Compilación, ya en su redacción originaria de 1967, a cuyo tenor, en defecto de normas de Derecho civil de Aragón, regirán el Código Civil y las demás disposiciones constitutivas del Derecho general español. Se trata, en definitiva, de plasmar una aplicación concreta del principio de supletoriedad del Derecho estatal (arts. 149.3 CE y 42.2 del Estatuto de Autonomía). El término «legislación propia» del artículo 2 debe interpretarse en el sentido de disposiciones propias con rango legal, sin prejuzgar para nada su contenido. La expresión utilizada no contiene, por ello, una previsión contraria al orden constitucional de competencias, debiendo interpretarse que el objeto de dicha legislación propia será el constitucionalmente posible, o sea, el que encaje en el bloque de constitucionalidad. Las consideraciones que sobre el particular formula la demanda no dejan de ser recelos o suspicacias preventivas, carentes de cualquier

apoyo jurídico real. Cuando hipotéticamente se dicten esas norma legales será el momento de enjuiciar si constituyen elementos de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, nunca antes.

Se concluyó con la súplica de que se dictara sentencia en que se declarase la inexistencia de la inconstitucionalidad pretendida por el Gobierno.

7. Mediante providencia de 30 de noviembre de 1988, la Sección Tercera del Pleno acordó oír las partes en orden al mantenimiento o levantamiento de la suspensión de la Ley impugnada. Deducidas alegaciones por todas las partes, el Pleno, mediante Auto de 17 de enero de 1989, acordó levantar la suspensión de la vigencia y aplicación de la Ley impugnada.

8. Por providencia de 9 de marzo de 1993, se señaló para deliberación y fallo del recurso el día 11 del mismo mes y año quedando terminado en el día de la fecha.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Antes de entrar en el examen de las impugnaciones deducidas en el recurso es preciso exponer algunas consideraciones previas, relativas tanto al carácter de la Ley impugnada como a los títulos competenciales invocados para negar y defender, respectivamente, su constitucionalidad.

a) La Ley 3/1988, de las Cortes de Aragón, por la que se da contenido al artículo 19.1 de la Compilación del Derecho civil aragonés en orden a la equiparación de los hijos adoptivos a los hijos por naturaleza, no pretende establecer, claro está, un régimen jurídico completo del instituto de la adopción ni ordenar, en particular, su modo de constitución, limitándose, más bien, a disciplinar un aspecto, bien que general, del contenido o de los efectos de la adopción, consistente en el establecimiento de la referida equiparación. Ciertamente que en el artículo 2 de esta Ley se viene a anunciar o, mejor, a prever la hipótesis de «una legislación propia sobre la adopción» dictada por las Cortes de Aragón, pero esta consideración de futuro no puede empañar la evidencia de que el contenido normativo del texto legal que aquí hemos de enjuiciar tiene, en su artículo 1, el alcance estricto que queda dicho, con independencia de que la propia Ley incorpore también una regla sobre la aplicación del Derecho (art. 2, último inciso) cuya constitucionalidad, sin embargo, no ha sido específicamente controvertida.

Otra constatación es aún preciso haber en este punto. La Abogacía del Estado ha subrayado que en la vigente Compilación del Derecho civil de Aragón (en su día aprobada por la Ley 15/1967 y después adoptada e integrada con modificaciones, en el ordenamiento jurídico aragonés por la Ley 3/1985, de las Cortes de la Comunidad Autónoma)

no se contiene regla alguna sobre la adopción ni sobre el *status familiae* de los hijos adoptivos, advertencia ésta a la que en el recurso se liga —según quedó expuesto en los Antecedentes— la primera y principal tacha de inconstitucionalidad contra la Ley, que así habría venido a ordenar *ex novo*, más allá de la propia competencia autonómica, un instituto del todo ajeno al Derecho civil especial de Aragón. Si esta última valoración puede o no ser compartida es algo que consideramos después, aunque desde ahora se ha de confirmar aquella constatación de la Abogacía del Estado, pues, la referida Compilación no contenía antes de su modificación por esta Ley precepto alguno atinente, de modo expreso y directo, a la adopción y a sus efectos, si se exceptúa la mención a los hijos adoptivos que a propósito de la sucesión paccionada recoge su artículo 99.1. Veremos después si el que esto haya sido así ha de influir, y en qué medida, en la valoración constitucional de la Ley sometida a nuestro enjuiciamiento.

b) El recurso se promueve con invocación de la exclusiva competencia estatal en orden a la «legislación civil», según dispone el artículo 149.1.8 CE. Esta es la norma que, a decir de la Abogacía del Estado, habría resultado contrariada por la Ley que se impugna, cuya regulación no sería reconocible como válido ejercicio de la correlativa competencia autonómica que, con fundamento también en el artículo 149.1.8, atribuye el Estatuto de Autonomía de Aragón (EAA, en adelante) para la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés» (art. 35.1.4). Unas y otras reglas, constitucionales y estatutarias, son las que aquí han de ser canon de validez de las impugnadas, sin que a tales efectos resulte pertinente —en contra de lo argüido por la Diputación General de Aragón— la consideración de lo que establece la Disposición adicional primera de la Constitución en orden al amparo y respeto de los «derechos históricos de los territorios forales» y a la actualización general de tal régimen, en su caso, «en el marco de la Constitución y de los Estatutos de Autonomía». Ni esta previsión, ni la que se contiene en la Disposición adicional quinta del EAA, han de ser tomadas ahora en consideración, no ya sólo porque los derechos históricos de las Comunidades y Territorios forales no pueden considerarse como un título autónomo del que puedan deducirse específicas competencias no incorporadas a los Estatutos (SSTC 123/1984, fundamento jurídico 3º; 94/1985, fundamento jurídico 6º y 76/1988, fundamento jurídico 4º) sino, sobre todo y en primer lugar, porque el sentido de la disposición adicional primera CE no es el de garantizar u ordenar el régimen constitucional de la foralidad civil (contemplado, exclusivamente, en el art. 149.1.8 y en la Disposición adicional segunda CE), sino el de permitir la integración y actualización en el ordenamiento posconstitucional, con los límites que dicha Disposición marca, de algunas de las peculiaridades jurídico-públicas que en el pasado singularizaron a determinadas partes del territorio de la Nación.

Ya en el ámbito de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE es aún necesario realizar otra puntualización a propósito de determinado argumento expuesto por las representaciones de la Comunidad Autónoma, según el cual la reserva «en todo caso» al Estado, por aquel precepto, de determinadas regulaciones vendría a suponer, *a contrario*, la permisión para las Comunidades Autónomas de desplegar sus competencias estatutarias para el «desarrollo» del Derecho civil, foral o especial, en todo el campo no cubierto por aquellas específicas reservas, por ajena que fuera la legislación a introducir al ámbito regulado, cuando entró en vigor la Constitución, por el respectivo Derecho civil. Esta interpretación de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 no puede ser, sin embargo, compartida por el Tribunal.

El citado precepto constitucional, tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre la «legislación civil», introduce una garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política, garantía que no se cifra pues, en la intangibilidad o suprallegalidad de los derechos civiles especiales o forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su «conservación, modificación y desarrollo». Son éstos los conceptos que dan positivamente la medida y el límite primero de las competencias así atribuibles y ejercitables y con arreglo a los que habrá que apreciar —como después haremos— la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas en tal ámbito dictadas por el Legislador autonómico. La ulterior reserva al Estado, por el mismo artículo 149.1.8 de determinadas regulaciones «en todo caso» sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponden al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas, pues a aquél —vale reiterar— la Constitución le atribuye ya la «legislación civil», sin más posible excepción que la «conservación, modificación y desarrollo» autonómico del Derecho civil especial o foral. En sentido de esta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del Legislador estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible, por tanto, de conservación, modificación o desarrollo, Derecho civil especial o foral alguno, ello sin perjuicio, claro está, de lo que en el último inciso del artículo 149.1.8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho.

2. Es ya posible, a partir de lo dicho, entrar a examinar el problema central que el recurso plantea, el de la constitucionalidad de una ordenación, siquiera parcial, por la Comunidad Autónoma, de un instituto —el de la adopción— que no aparecía regulado en la Compilación preconstitucional de su peculiar Derecho civil ni en el texto de la Compilación preconstitucional de su adoptada e integrada en el ordenamiento jurídico aragonés por la Ley 3/1985, de 21 de mayo, del Parlamento de

Aragón. Abordaremos esta cuestión primordial y consideramos después, a la luz de la respuesta que la misma merezca, cada una de las concretas impugnaciones formuladas contra la Ley 3/1988.

Importa reiterar, a tales efectos, que este juicio de constitucionalidad lo hemos de realizar, estrictamente, a partir de lo dispuesto en los artículos 149.1.8 CE y 35.1.4 EAA, lo que supone dejar de lado *ab initio* otras perspectivas de examen aludidas en las alegaciones, como son, en primer lugar, la relativa a si la equiparación de los hijos adoptivos a los hijos por naturaleza es o no un imperativo constitucional (art. 39.2 CE) y la atinente, de otra parte, a la coincidencia o no de la regulación establecida por la Ley de Aragón con la que se contenía, a estos efectos, en el Código Civil (art. 108, párrafo segundo, y art. 3 de la Ley 21/1987, que modificó dicho Código y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores). El Tribunal no debe pronunciarse ahora sobre lo primero, pues es claro que la aducida exigencia constitucional de igualar hijos adoptivos e hijos por naturaleza nada diría sobre cuál fuera el Legislador competente para llevar a cabo tal equiparación y tampoco puede extraer consecuencia alguna de aquella invocada coincidencia, porque la misma ni haría buena una extralimitación competencial de la Comunidad Autónoma (AATC 10/1982, 35/1982, 38/1982 y 149/1985, entre otras) ni pondría en cuestión, claro está, la validez de la Ley autonómica adoptada con respecto al propio ámbito competencial. El problema es sólo pues, si la Ley hoy enjuiciada puede considerarse o no resultado de un correcto ejercicio de la competencia autonómica para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil de Aragón.

Que no estamos ante un supuesto de «conservación» de aquel derecho es cosa bien patente. El concepto constitucional de «conservación... de los derechos civiles, forales o especiales» permite, por lo que ahora importa, la asunción o integración en el ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento y puede hacer también viable, junto a ello, la formalización legislativa de costumbres efectivamente vigentes en el propio ámbito territorial (STC 121/1992, fundamento jurídico 1º), pero ninguna de estas operaciones normativas es aquí reconocible. La integración de la Compilación del Derecho civil de Aragón en el ordenamiento de la Comunidad Autónoma la llevó ya a cabo la Ley de las Cortes aragonesas 3/1985, antes citada, y en cuanto a la conversión en Ley de un hipotético derecho consuetudinario no cabe sino constatar que la Ley 3/1988 ni pretende, en su Exposición de Motivos, justificarse así ni ha sido defendida con esos argumentos, pues no cabe tener por tales, desde luego, las referencias que en las alegaciones se han hecho, con estas u otras palabras, al «Derecho... aragonés de tiempos remotos». Lo que la Constitución permite es la «conservación», esto es el mantenimiento del Derecho civil propio, de modo que la mera invocación a los precedentes históricos por expresivos que sean de viejas

tradiciones no puede resultar decisiva por sí sola a efectos de lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE.

Tampoco la Ley impugnada puede considerarse como «modificadora» del Derecho especial aragonés preexistente, visto que en el mismo no se contenía regla alguna, directa y expresa, sobre la adopción y sus efectos, y ello pese a que la propia Ley se presente, en su título, como norma que «modifica el artículo 19.1 de la Compilación», precepto éste, sin embargo, vacío de contenido hasta la adopción del presente texto legal. Un mayor pormenor exige, sin embargo, la determinación de si esta Ley puede ser considerada como «desarrollo» de aquel derecho propio.

3. El concepto constitucional (art. 149.1.8) y estatutario (art. 35.1.4 EAA) de «desarrollo» del propio Derecho civil, especial o foral, debe ser identificado a partir de la *ratio* de la garantía autonómica de la foralidad civil que establece —según indicamos en el fundamento jurídico 1º— aquel precepto de la Norma fundamental. La Constitución permite, así, que los derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de «conservación» y «modificación», sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico y reconoce, de este modo, no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro, de tales ordenamientos preconstitucionales. Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (art. 137 CE) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios. El término «allí donde existan» a que se refiere el artículo 149.1.8 CE, al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por su referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas.

Sin duda que la noción constitucional de «desarrollo» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de «modificación». El «desarrollo» de los derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rigidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral.

Lo que no significa, claro está, en consonancia con lo anteriormente expuesto, una competencia legislativa civil ilimitada *ratione materiae*

dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas, que pugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar.

El criterio expuesto permite ya una valoración de conjunto — esto es, sin perjuicio del posterior examen de cada precepto impugnado— de la Ley 3/1988, de las Cortes de Aragón. Esta Ley —hemos de reiterar— no disciplina la constitución de la adopción, sino un aspecto general de sus efectos, y en cuanto tal, aunque se proyecte sobre un instituto ajeno, hasta su incorporación, al vigente Derecho civil aragonés, no puede calificarse, sólo por ello, de inconstitucional. Existe una relación entre la adopción y el Derecho propio de Aragón que legitima constitucionalmente la regulación que se contiene en la Ley impugnada, que no puede considerarse ajena o desvinculada del Derecho civil foral, sino más bien como una norma que se incardina en el Derecho familiar y sucesorio de Aragón. Para demostrarlo basta, en efecto, con advertir que la actual Compilación aragonesa ordena relaciones e institutos jurídicos respecto de los cuales el *status familiae* del adoptado aparece en indiscutible conexión. Así ocurre, significadamente, con la regulación tanto «de las relaciones entre ascendientes y descendientes» (Título II del Libro Primero), como «de las relaciones parentales y tutelares» (Título III del mismo Libro) y lo mismo cabe predicar de la disciplina del «derecho de sucesión por causa de muerte» (Libro II), regulaciones, unas y otras, en las que la Compilación se refiere, expresa y tácitamente, a la posición jurídica (derechos y obligaciones) de los «hijos y descendientes», normativa ésta, por tanto, que bien puede decirse complementada o integrada (esto es, desarrollada) por la que introduce la Ley que hoy enjuiciamos, Ley, por consiguiente, que no puede tacharse de inconexa respecto del ordenamiento que viene así a innovar parcialmente.

No basta lo anterior, con todo, para poner término a este proceso, pues lo que ahora hemos de ver es si el sentido así genéricamente acomodado a la Constitución y al Estatuto de la Ley impugnada se ha articulado en cada uno de sus dos preceptos también de modo compatible con las normas del bloque de la constitucionalidad que venimos tomando en consideración.

4. El artículo 1 de la Ley 3/1988 da nueva redacción al Capítulo II del Título III del Libro primero de la Compilación del Derecho civil de Aragón, introduciendo en su artículo 19 (vacío hasta entonces de contenido) las dos siguientes determinaciones:

«1. Los hijos adoptivos tendrán en Aragón los mismos derechos y obligaciones que los hijos por naturaleza.

2. Siempre que la legislación civil aragonesa utilice expresiones como “hijos y descendientes” o similares, en ellas se entenderán comprendidos los hijos adoptivos y sus descendientes».

Ninguna duda cabe ya, visto lo expuesto, sobre la constitucionalidad del número 2 de este artículo 1 que constituye, en rigor, una norma sobre la interpretación de reglas ya contenidas en la Compilación, interpretación que, al venir dada por el Legislador que asumió dicha Compilación (Ley 3/1985), bien puede calificarse de «auténtica». En todo caso, este número responde cabalmente al sentido, ya examinado, de que puede reconocerse como «desarrollo» del propio Derecho civil, tanto si la interpretación que impone sirve como aclaratoria de las «fundadas dudas» a las que la Exposición de Motivos se refiere en orden a la previa equiparación de hijos adoptivos e hijos por naturaleza como si se concibe en términos de una compilación legislativa del ámbito personal de aplicación de anteriores preceptos, complementaria, por tanto, de la regla igualadora que contiene el número 1 del mismo artículo 19.

Este último precepto (art. 19.1) puede entenderse naturalmente y sin esfuerzo de un modo acorde con la Constitución y el Estatuto. La norma equiparadora que contiene no merece tacha alguna de inconstitucionalidad, pues la igualación «en Aragón» de los derechos y obligaciones de hijos adoptivos e hijos por naturaleza se entiende ceñida a las relaciones e instituciones jurídicas ordenadas en el Derecho civil aragonés propio, como reconoce, por demás, en sus alegaciones la Diputación General de Aragón.

5. El artículo 2, y último, de la Ley 3/1988, dice así: «En tanto las Cortes de Aragón no aprueben una legislación propia sobre adopción, en la Comunidad Autónoma será de aplicación la normativa del Código Civil y demás leyes generales del Estado en la materia». En el recurso se constata que este precepto, «aunque sin un auténtico contenido normativo de presente», realiza «una afirmación explícita de competencia sobre la institución jurídica de la adopción», apreciación que lleva al Abogado del Estado, con fundamento en sus alegatos anteriores, a instar también su declaración de inconstitucionalidad. Nada se dice en contra del último inciso de este artículo 2, cuya valoración constitucional depende, como es claro, de la que merezca la hipótesis a la que tal determinación se liga.

No puede compartirse el reproche de inconstitucionalidad que así se formula. En su primer inciso, el artículo 2 se limita, en efecto, a considerar la hipótesis de una futura normación autonómica sobre la adopción y es claro que en el recurso de inconstitucionalidad no cabe enjuiciar simples manifestaciones de intenciones o de propósitos (STC 137/1986, fundamento jurídico 1º), que sólo cuando se hayan llegado a materializar podrán ser, si así se estimase procedente, controvertidas ante el Tribunal. La solución contraria conduciría, como bien se comprende, a un enjuiciamiento conjetural, desligado de toda concreción normativa y, en cuanto tal, estéril y perturbador, desnaturalizándose, también en definitiva, este proceso constitucional, que no existe para controlar *a priori* la legitimidad constitucional de normas meramente

proyectadas, por más que a ellas se haga referencia en preceptos concretos, sino para enjuiciar la validez de las determinaciones jurídicas adoptadas por el Legislador. Es cierto que la estructura típica de todo precepto jurídico contiene siempre un supuesto enunciado en términos hipotéticos cuya sola mención puede llegar a ser objeto de control de constitucionalidad, pero si tal supuesto consiste, precisamente, en la adopción futura de una norma y si el contenido de la misma queda, como aquí ocurre, indefinido, no cabe pronunciamiento alguno al respecto por parte de este Tribunal. Distinta solución cabría dar, desde luego, si el propio objeto, no ya el contenido, de la norma anunciada fuera inequívoca y radicalmente ajeno a las competencias, aquí consideradas, de la Comunidad Autónoma, pero no es así. Acabamos de razonar, en efecto, que el Legislador aragonés puede, en conexión con el contenido de su Derecho civil propio, ordenar determinados aspectos del *status* de los hijos adoptivos. Basta con constatarlo así, sin aventurar ahora juicios prematuros, para descartar esta impugnación.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Desestimar el recurso de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial de Estado».

Dada en Madrid a 12 de marzo de 1993.—Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—Luis López Guerra.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Eugenio Díaz Eimil.—Álvaro Rodríguez Bereijo.—José Vicente Gimeno Sendra.—José Gabaldón López.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Pedro Cruz Villalón.—Carles Viver i Pi-Sunyer.—Firmados y rubricados.

Voto particular que formula el Magistrado don Carles Viver i Pi-Sunyer en la Sentencia de 12 de marzo de 1993, recaída en el recurso de inconstitucionalidad número 1.392/1988

Coincido con el fallo desestimatorio del recurso, no así con una parte de la fundamentación que le sirve de base. Concretamente, discrepo del ámbito material que la Sentencia atribuye a la competencia que el artículo 35.1.4 del EAA reserva a la Comunidad Autónoma sobre el Derecho civil aragonés. La Sentencia parte de la premisa de que las facultades de conservación, modificación y desarrollo de ese derecho deben referirse a «instituciones conexas con las ya reguladas» en el mismo. En definitiva, según esta tesis, la competencia autonómica no tiene su límite material únicamente en las materias que de forma explícita

reserva el segundo párrafo del artículo 149.1.8 de la Constitución al Estado, sino que ese Derecho civil foral o especial, preexistente constituye el punto de partida y el límite de la referida competencia.

Ciertamente, debe reconocerse que la Sentencia adopta esta premisa de forma amplia. Así, por ejemplo, el derecho que las Comunidades Autónomas con competencias en la materia pueden conservar, modificar o desarrollar no es solamente el compilado, ni tan siquiera éste y las normas consuetudinarias —de extraordinario relieve en el Derecho civil aragonés—, sino que se refiere más ampliamente a «la Compilación y otras normas derivadas de las fuentes propuestas de su ordenamiento». Tampoco se exige explícitamente que todas esas normas susceptibles de conservación, modificación y desarrollo, estuvieran vigentes en el momento de entrar en vigor la Constitución; ni se propugna que ese desarrollo debe producirse siempre a expensas del propio Derecho, es decir, sin entrar a regular cuestiones que al aprobarse la Constitución estaban reguladas por el Derecho civil estatal. Es más, el criterio delimitador de la función de desarrollo que se acoge en la Sentencia es un criterio extensivo que tiene en cuenta «los principios informadores peculiares del Derecho foral».

Con todo, la concepción de la que parte la mayoría que sustenta la Sentencia continúa perpetuando la configuración del Derecho civil del Estado como derecho común o general y los derechos civiles de las Comunidades Autónomas como derechos especiales, formados por normas e institutos aislados y asistemáticos. A mi juicio esta concepción tiene menores apoyos en los textos constitucional y estatutario que la que defendí en el Pleno y que de forma muy sintética puede resumirse así: la competencia autonómica sobre el Derecho civil aragonés se extiende a toda la materia del Derecho civil, con excepción de los ámbitos materiales que el artículo 149.1.8 CE reserva al Estado de forma explícita. El «Derecho civil aragonés» al que alude el Estatuto de Autonomía no puede ser concebido como una serie más o menos residual de normas e instituciones aisladas y asistemáticas, sino como un sistema normativo dotado de la sistematización y conexión interna y de la complitud propias de un ordenamiento que tiene además constitucionalmente reconocida la posibilidad de determinar sus específicas fuentes de producción normativa.

Frente a los argumentos literales y sistemáticos que se utilizan en la Sentencia para rechazar la referida configuración competencial y para afirmar de contrario que el inciso encabezado por la locución «en todo caso» del artículo 149.1.8 CE no establece el límite de la competencia estatal sobre Derecho civil en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio, pueden oponerse, a mi entender, no sólo argumentos literales y sistemáticos, sino también otros de mayor calado todavía.

Así, si nos ceñimos en primer lugar al tenor literal de los preceptos, debe advertirse que la Constitución utiliza la expresión «Derecho civil»

—foral o especial— para referirse al ámbito material de la Competencia autonómica, no habla de «instituciones». Este hecho se reafirma de forma muy especial en el EAA que se refiere textualmente al «Derecho civil aragonés, sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado». Ciertamente los Estatutos de Autonomía deben interpretarse conjuntamente con la Constitución e incluso a la luz de la misma, pero cuando la Constitución permite la interpretación realizada por un Estatuto, es decir, cuando el legislador estatutario ha establecido un entendimiento de la Constitución no contrario al texto constitucional, esa interpretación debe ser cuando menos tenida en cuenta al realizar el juicio de constitucionalidad.

También desde la perspectiva lógico-sistemática existen numerosos argumentos a favor de la tesis que aquí defiendo. Por ejemplo, si se parte como hace la Sentencia de la premisa de que las competencias de conservación, modificación y desarrollo de las Comunidades Autónomas se limitan a las normas de Derecho civil propio preexistentes al aprobarse la constitución, mal puede entenderse el hecho de que algunas de las materias que el artículo 149.1.8 CE reserva «en todo caso» al Estado nunca han formado parte de ninguno de los derechos forales o especiales de ninguna Comunidad Autónoma (v. gr., la regulación de las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio). Es contrario al principio interpretativo del legislador económico, interpretar el precepto constitucional en el sentido de que en él se reservan al Estado instituciones que ya le correspondían porque no figuraban en los derechos civiles, forales o especiales a los que presuntamente se refiere la Constitución.

Ya en otro orden de consideraciones, el hecho de limitar la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil autonómico al preexistente al entrar en vigor la Constitución, supone hacer depender el alcance de ese derecho de datos perfectamente aleatorios, difícilmente justificables a la luz de los principios constitucionales, ligados a los avatares por los que pasaron esos derechos durante el régimen político preconstitucional. Por ejemplo, como es sabido, la mayor o menor extensión de las Compilaciones dependió del momento en el que estas disposiciones fueron aprobadas. Así las de principios de los años sesenta tienen un alcance mucho menos que las aprobadas en los años setenta en las que se recoge la casi totalidad de las instituciones de Derecho civil. En algunos casos Institutos de Derecho civil propio no se incorporaron a las compilaciones «para no reproducir» preceptos del Código civil e incluso la extensión de ese derecho dependió de las vicisitudes que experimentaron esos derechos ante los órganos judiciales que anularon o inaplicaron algunos de sus preceptos, empleando para ello razonamientos que hoy resultarían más que discutibles.

No obstante, el argumento más de fondo radica en el hecho de que la concepción del Derecho civil aragonés que se desprende de la sentencia se compadece poco con los principios de los que a mi juicio par-

te la Constitución al delimitar esta materia competencial, sobre todo si se sitúa el texto constitucional en el seno de la compleja evolución histórica de la diversidad legislativa española en materia de Derecho civil. En efecto, la Sentencia concibe el artículo 149.1.8 como simple «garantía de la foralidad a través de la autonomía política», es decir, como garantía de la capacidad de conservación, modificación y desarrollo únicamente del Derecho preexistente, que queda así configurado, como ya he apuntado más arriba, como un Derecho especial, más o menos residual, más o menos sistematizado, pero en todo caso enmarcado dentro de un Derecho común o general. Esta concepción encaja mal con una Constitución que rompe abiertamente con la tendencia seguida durante los dos últimos siglos —con la excepción del período republicano— según la cual el reconocimiento de los Derechos forales era provisional, ya que el objetivo último era la nulidad del Derecho civil, para consagrar solemnemente el pluralismo legislativo en esta materia, fruto de la autonomía política y del hecho difícilmente controvertible de que el Derecho civil constituye sin duda una de las ramas del Derecho más condicionada por las características específicas de los diversos pueblos.

En definitiva, a tenor de estos argumentos, estimo que cuando el artículo 149.1.8 reserva al Estado «la legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existían», debe entenderse que esta última frase —allí donde existan— no es un criterio que limita la materia de la competencia autonómica a ese derecho preexistente, sino que todo el inciso sirve para determinar cuáles con las Comunidades Autónomas que pueden asumir competencias en la materia de Derecho civil —son todas las que posean un Derecho civil propio—. Al Estado le corresponde todo el Derecho civil en las Comunidades que no tengan ese derecho —o teniéndolo, no asuman esa competencia— y las materias que explícitamente le reserva este precepto constitucional en su segundo apartado. Así entendido, cobra pleno significado la competencia exclusiva sobre «Derecho civil aragonés» que reserva a la Comunidad Autónoma el artículo 35.1.4 de su Estatuto «sin perjuicio de las competencias exclusivas del Estado».

Madrid a 15 de marzo de 1993.

Voto particular que formula el Magistrado don Julio Diego González Campos a la Sentencia de 12 de marzo de 1993 recaída en el recurso de inconstitucionalidad número 1.392/1988.

1. Aun coincidiendo con el fallo desestimatorio del recurso y con los fundamentos civiles específicos referidos a los artículos 1 y 2 de la Ley 3/1988, de 25 de abril, de las Cortes de Aragón, mi discrepancia versa sobre ciertos elementos de la interpretación del artículo 149.1.8 CE en relación con el artículo 35.1.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón, que se contienen en los fundamentos jurídicos 1º a 3º. En concreto, los

que se refieren a la competencia sobre el desarrollo» del Derecho civil de Aragón por obra del legislador autonómico.

2. La Sentencia —acertadamente a mi entender— afirma, de un lado, que el artículo 149.1.8 CE permite «la asunción o integración en el ordenamiento autonómico de las Compilaciones y otras normas derivadas de las fuentes propias de su ordenamiento. Y de otro, admite también el «desarrollo» del Derecho civil propio, innovado o actualizando su contenido «según los principios informadores peculiares del Derecho foral». Lo que es relevante en términos generales y, específicamente, en el caso del Derecho civil de Aragón al que se refiere el presente proceso constitucional.

En efecto, el artículo 1.1 de la Compilación del Derecho civil, tras la adopción e integración en el ordenamiento jurídico aragonés verificada por la Ley 3/1985, de 21 de mayo, de las Cortes de Aragón, dispone que el Derecho civil de esta Comunidad Autónoma lo constituyen «las disposiciones de esta Compilación integradas con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico». Relevancia tradicional de la costumbre en el Derecho de Aragón que evidencia el artículo 1.1 de la citada Compilación, al igual que el artículo 3 respecto al principio *standum est chartae*, cuyo alcance puede apreciarse en la expresión «pactos rompen fueros». Existe, pues, una amplia posibilidad de «desarrollo» del Derecho civil de Aragón, pues el legislador autonómico, para innovar en esta materia, puede partir no sólo de la ordenación de concretas instituciones civiles reguladas en todo o en parte en la Compilación, sino también de la costumbre —cuyo desarrollo histórico ha sido una de las características del Derecho aragonés— y, además, del contenido normativo que encierran los principios informadores de su ordenamiento.

3. Ahora bien, la Sentencia encierra dos conclusiones sobre el «desarrollo» de los derechos civiles, forales o especiales, que me parecen menos acertadas. En primer lugar, si bien el posible «desarrollo» del Derecho civil propio constituye una competencia autonómica que «no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento» —lo que comparto—, no estimo justificado constitucionalmente que se exija, como hace la Sentencia, una conexión necesaria entre el contenido de las nuevas normas que adopte el legislador autonómico y el ya existente en el ordenamiento civil. Esto es, que las normas del legislador autonómico «regulen instituciones conexas con las ya reguladas».

Este criterio de proximidad en los contenidos entre el nuevo Derecho civil y el ya existente no va acompañado de otras precisiones y, por tanto, aun poseyendo una evidente flexibilidad, deja abiertos no pocos interrogantes. Entre ellos, si la proximidad de la materia regulada con la legislación de desarrollo del Derecho civil debe ser inmediata o también puede ser mucho más remota. Pues si nos situamos, por ejemplo,

ante el Libro III de la vigente Compilación de Derecho civil de Aragón (relativo al «Derecho de bienes»), es indudable que al regularse allí únicamente las «relaciones de vecindad» y «las servidumbres» el legislador autonómico podría innovar en uno y otro ámbito; pero cabe preguntarse si, por proximidad con lo regulado, puede innovar y desarrollar otras instituciones del «Derecho de bienes» *uti singuli*, aunque éstas hoy no se hallen reguladas en la Compilación, bajo la cobertura de esa rúbrica del Libro III.

De otra parte es de observar que las referencias al dato histórico para establecer el contenido del Derecho civil no son acogidas en el fundamento jurídico 2º de la Sentencia, pese a que el tema merecía un más detenido análisis, por las raíces históricas de los Derechos civiles coexistentes en España y su evolución desde la Modernidad y, en particular, a lo largo del siglo XIX. Pero en atención a estos datos precisamente cabe preguntarse si la conexión o proximidad sólo puede establecerse respecto al Derecho civil, foral o especial, existente en el momento de entrar en vigor la Constitución o también en relación con el contenido de su Derecho histórico. Lo que no es irrelevante aquí, si se tiene en cuenta que la adopción o «prohijamiento» a fines sucesorios ya figuraba en la ordenación de los *Fueros de Aragón* conocida como *Compilación o Código de Huesca*, acordada por las Cortes de Aragón en 1247; a lo que se agrega, con independencia de la posible continuidad de esta institución como derecho consuetudinario, que en 1888 los juristas aragoneses consideraban que los Fueros, las Observancias y Costumbres y las Consultas de Justicia, junto a la costumbre alegada y encomendada a la investigación del juzgador constituían, en aquel momento, el Derecho propio es la más significativa de las señas de identidad de Aragón y esta identidad, innegablemente, hunde sus raíces en la historia.

4. La irrelevancia del dato histórico genera, de otra parte, una contradicción interna cuando se establece la segunda de las proposiciones que se contienen en la Sentencia de la que discrepo. En efecto, en el fundamento jurídico 1º. se afirma que el artículo 149.1.8 CE entraña una «garantía de la foralidad civil a través de la autonomía política», garantía que se cifra en la previsión de que los Estatutos de las Comunidades Autónomas en las que «rigieran a la entrada en vigor de la Constitución» los derechos civiles especiales o forales «pueden atribuir a dichas Comunidades competencia para su «conservación, modificación y desarrollo». Y de este presupuesto se extrae la segunda conclusión, expuesta en el fundamento jurídico 3º. Que la competencia legislativa en materia civil de la Comunidad Autónoma no es «ilimitada *ratione materiae*», pues ello «impugnaría con lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE, por lo mismo que no podría reconocer su fundamento en la singularidad civil que la Constitución ha querido, por vía competencial, garantizar».

Aun admitiendo que el precepto contenga una garantía constitucional respecto a la continuidad de los derechos civiles, forales o especiales, coexistentes en España, y, correlativamente, que ello entrañe el

definitivo abandono de la idea de un único derecho civil, como ha puesto de relieve la doctrina, es obvio que tal garantía, en todo caso, sólo sería indirecta y, a mi parecer, externa al precepto. De manera que sería aplicable aquí lo dicho en la STC 75/1984, respecto a «la debilidad de una interpretación teleológica en la que el telos es extrínseco a la norma». Pues debe tenerse en cuenta que la provisionalidad con que concibió la continuidad de los derechos civiles particulares en el momento de redactarse el Código civil ya fue superada por la Constitución de 1931 y también, posteriormente, al admitirse «el pleno respeto» a estos ordenamientos civiles en la redacción dada al artículo 13 del Código Civil por el Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo. De manera que la idea de garantía foral, en atención a estos antecedentes, ni puede elevarse a última *ratio* del precepto ni servir adecuadamente para establecer el contenido y la finalidad del artículo 149.1.8 CE.

En realidad, basta tener en cuenta el encuadernamiento del precepto en la Constitución para concluir que éste lleva a cabo la delimitación de las competencias que, en materia de «legislación civil» corresponden, respectivamente, al Estado y cada una de aquellas Comunidades Autónomas donde exista un ordenamiento civil, foral o especial. Y la delimitación se establece atribuyendo al Estado tanto una competencia genérica en materia de «legislación civil» como mediante la reserva competencial que se contiene en el inciso «En todo caso...». Pues en este punto, el precepto no se ha apartado de su antecedente inmediato, el artículo 15.1 de la Constitución de 1931. Mientras que en lo que respecta a las Comunidades Autónomas donde exista Derecho civil, foral o especial, la atribución competencial comprende la «conservación, modificación y desarrollo» del propio Derecho civil y, asimismo, por la reserva del inciso final del artículo 149.1.8 CE («con respeto») la determinación de las fuentes de dicho funcionamiento.

De este modo, es innegable que el ámbito de la competencia del Estado sobre la «legislación civil» no posee ninguna limitación por razón de la materia. Y ello con independencia de cual sea posteriormente su ámbito de aplicación en el espacio dentro del territorio español, en atención a la coexistencia en el mismo de otros ordenamientos civiles. Pero también es obligado admitir, en contrapartida, que el ámbito del Derecho civil, foral o especial, existente en una Comunidad Autónoma tampoco se halla limitado materialmente por la Constitución más allá de la reserva competencial en favor del Estado del inciso «En todo caso...»; ámbito material que comprende (también «en todo caso» cabría decir, pues la reserva competencial opera aquí en favor de las Comunidades Autónomas), aquellas normas que constituyen las fuentes del ordenamiento civil, foral o especial.

5. En suma, la competencia de la Comunidad Autónoma respecto a su Derecho civil propio viene definida en la Constitución precisamente por la posibilidad de su «desarrollo». Y si ninguna otra limitación de

este ámbito material de los Derechos civiles, forales o especiales, se desprende expresamente del tenor del artículo 149.1.8 CE o de los Estatutos de Autonomía, no parece justificado, a mi parecer, ampararse en la idea de una «garantía de la singularidad civil» para reducir el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas en esta materia.

Madrid a 15 de marzo de 1993.

2. STC 226/1993, DE 8 DE JULIO (PLENO)

Recurso de inconstitucionalidad núm. 148/1991

Ponente: Magistrado don Luis López Guerra

(B. O. E. de 2 de agosto de 1993)

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Presidente, y don Luis López Guerra, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Carlos de la Vega Benayas, don Eugenio Díaz Eimil, don Álvaro Rodríguez Bereijo, don José Vicente Gimeno Sendra, don José Gabaldón López, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Pedro Cruz Villalón y don Carles Viver i Pi-Sunyer, Magistrado, ha pronunciado.

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad número 148/1991, interpuesto por la Diputación General de Aragón contra determinados incisos de los artículos 14 y 16 el Código Civil, según redacción dada a los mismos por la Ley 11/1990, de 15 de octubre. Ha comparecido y formulado alegaciones el Gobierno de la Nación, representado por la Abogacía del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Luis López Guerra, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. El día 18 de enero de 1991 se registró en este Tribunal un escrito mediante el cual la representación procesal de la Diputación General de Aragón interpuso recurso de inconstitucionalidad contra el inciso final del párrafo primero del apartado 3 del artículo 14 del Código Civil y contra el inciso final del párrafo primero del apartado 3 del artículo 16 del mismo cuerpo legal, según la redacción dada a ambos preceptos por el artículo 2.º de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Lo expuesto en la demanda puede resumirse como sigue:

a) Comienza la representación actora por argumentar sobre su propia legitimación para interponer este recurso citado al efecto del principio *pro actione*, así como la jurisprudencia constitucional que estima aplicable. Observa, a este respecto, que no se discute la competencia de las Cortes Generales para abordar la regulación legal impugnada, sino el significado y alcance concreto de una parte de dicha regulación, en cuanto afecta negativamente al Derecho civil de Aragón, para cuya conservación, modificación y desarrollo tiene competencia exclusiva la Comunidad Autónoma (art. 35.1.4 de su Estatuto de Autonomía).

b) Se examina, a continuación, la articulación de competencias en orden al Derecho civil. La competencia de cada Comunidad Autónoma con Derecho civil propio abarca la conservación, modificación y desarrollo del ordenamiento en cuestión (art. 149.1.8 de la Constitución). Fuera de este ámbito objetivo la competencia del Estado es total, pero en el ámbito del Derecho foral la regla es la inversa: la Comunidad Autónoma puede monopolizar de forma exclusiva la potestad normativa. Así lo habría consagrado el citado artículo 35.1.4 del Estatuto de Autonomía de Aragón. No se trata sólo, en definitiva, del mantenimiento de los Derechos forales a través de una petrificación de la situación en que se encontraban, sino del reconocimiento explícito de unos ordenamientos civiles privativos, abiertos y susceptibles de expansión en torno a un conjunto de principios que los definen y vertebran, dotados de sus sistemas propios de fuentes y capaces de autoingresarse en base a sus propios elementos normativos y principios inspiradores.

En cuanto a las materias que el artículo 149.1.8 reserva «en todo caso» al Estado figuran las «normas para resolver los conflictos de leyes», rúbrica que comprende tanto los problemas de Derecho internacional privado como los del Derecho interregional, que han de resolverse en base a las normas emanadas por el Estado. Cita al respecto la representación actora lo dispuesto en el apartado primero del artículo 16 del Código Civil, del que deriva la identidad de normas conflictuales para resolver los conflictos de leyes internacionales e interregionales, si bien en este último ámbito de ley personal no se determina a través del punto de conexión «nacionalidad», sino, lógicamente, a través de la «vecindad civil». Los apartados 1 y 2 del artículo 16 no han sufrido modificación en la redacción que les diera el Decreto 1.836/1974, pues la Ley 11/1990, en parte aquí impugnada, reproduce exactamente aquella redacción, limitándose a introducir la novedad de un apartado 3 (cuyo inciso final del primer párrafo se impugna). En todo caso, se admite pacíficamente que la vecindad civil (técnicamente, el punto de conexión) se regule de modo exclusivo por el legislador estatal, pues de nada serviría utilizarla como criterio de solución del conflicto si la misma fuera susceptible de regulaciones diversas y posiblemente encontradas por parte de las distintas Comunidades Autónomas (se

cita, junto a ello, el Derecho histórico aragonés y, en concreto, el fuero *Actus Curiae super filiis Regnicolarum extra Regnum natis et super filiis nom Regnicolarum intra Regnum natis*, de 1641).

Ahora bien, una cosa es regular la vecindad civil, determinando los medios o modos de adquisición, conservación y pérdida de la misma, y ello a través de ciertos puntos de conexión, y otra muy distinta es que, aunque sea en último término, se atribuya *ope legis* la vecindad de Derecho común, excluyendo la de Derecho civil foral.

c) La vecindad civil es, así, la circunstancia personal de quienes tienen nacionalidad española, que determina la aplicabilidad, en cuanto ley personal, del Derecho del Código Civil o de uno de los restantes Derechos civiles españoles. Se halla regulada en los artículos 14 y 15 del Código, el primero de los cuales se modificó por la Ley 11/1990 y el segundo por la Ley 18/1990 (en materia de nacionalidad). Su antecedente en la versión de 1889 era el artículo 15 del Código.

Pues bien, el legislador estatal ha abordado la reforma parcial de la regulación de la vecindad civil (art. 14) con la única finalidad de eliminar las normas discriminatorias por razón de sexo ya que la redacción ahora derogada del artículo 14.4 establecía que «la mujer casada seguirá la condición del marido, y los hijos no emancipados la de su padre y, en defecto de éste, la de su madre». La nueva regulación introducida por la Ley 11/1990 sienta el principio general de que «el matrimonio no altera la vecindad civil», conservando cada cónyuge su vecindad anterior al matrimonio. Ello implica que la vecindad civil de cada cónyuge durante el matrimonio puede ser distinta, debiéndose determinar tanto la vecindad de los hijos comunes como la ley aplicable a los efectos del matrimonio. Según la regulación vigente, en principio la adquisición de la vecindad civil va ligada a la sangre, es decir, depende de la de los padres. Si sólo existe un padre legalmente conocido o si, pese a haberse determinado la filiación respecto de ambos progenitores, la determinación no ha sido simultánea, el único padre legalmente conocido o el primero que haya reconocido al hijo le transmite su vecindad civil. En el supuesto —más frecuente— de que la paternidad de ambos padres haya sido determinada simultáneamente, el hijo tendrá la vecindad civil de sus padres cuando éstos tengan la misma. Pero si, en este último caso, los padres tienen distinta vecindad civil, el factor decisivo se desplaza al lugar de nacimiento (*ius soli*) y, en último término, si en tal lugar no existe vecindad civil (por tratarse de un lugar extranjero), se acude a un criterio residual: se atribuye al hijo la vecindad que el Código llama «de Derecho común». Este es el régimen dispuesto en el primer párrafo del apartado 3 del artículo 13, según la redacción dada por el artículo 2.º de la Ley 11/1990. Al margen de otros aspectos, este recurso se centra en el inciso final del párrafo primero del artículo 14.3, en cuanto atribuye *ex lege*, de modo

supletorio, la vecindad de Derecho común (denominación incorrecta —se observa—, pues los Derechos civiles forales aparecen hoy, frente a concepciones superadas, como «Derecho común» en sus propios territorios).

Pues bien, la regla impugnada es claramente discriminatoria para las restantes vecindades civiles españolas y, por tanto, para los Derechos forales «allí donde existan»: la reforma del artículo 14 del Código Civil ha eliminado la discriminación existente por razón de sexo, pero ha introducido otras discriminaciones entre los Derechos civiles españoles, igualmente injustificadas y contrarias a la Constitución y a los Estatutos de Autonomía con Derecho civil propio, al primar el denominado Derecho común.

En la tramitación del proyecto de esta Ley en el Senado, la discriminación aducida fue ya denunciada mediante una enmienda del Grupo Parlamentario Vasco. Se observa, a este respecto, que, si el nacimiento hubiera sido fuera de España, habría que entender por «lugar del mismo» el de la última residencia habitual en España, común de los padres, o, en su caso, del progenitor o adoptante; y, si no hubiera existido esta residencia habitual en España, o no se pudiera determinar el lugar de nacimiento, se habría de tener en cuenta —según la enmienda citada— «la vecindad civil correspondiente al territorio con que se mantengan los lazos más estrechos».

d) El recurso invoca, como fundamento de la impugnación, la existencia de un principio de igualdad y reciprocidad entre las distintas vecindades españolas y entre los distintos Derechos civiles, todos ellos con vocación de aplicación plena, en las mismas condiciones, sin que exista prevalencia de ninguno de ellos. No se discute la competencia estatal en materia de Derecho interregional y para dictar las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas (artículo 149.1.8), pero esa competencia no es ilimitada ni arbitraria, sino que debe ejercerse en el marco de los principios básicos estructurales del Estado de las Autonomías (principios de unidad y de autonomía: artículos 2.º y 137). Desde otra perspectiva, ha de indicarse que la Constitución no ha supuesto la derogación del principio de reciprocidad y de igualdad entre los Derechos civiles coexistentes en el territorio nacional, sino que, por el contrario, los ha constitucionalizado, alcanzando su máximo rango de garantía. Se cita, al respecto, el artículo 15 en la segunda edición del Código Civil y la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar de 17 de marzo de 1973, cuya base 7.2 estableció que «la sujeción, tanto al Derecho civil común como a uno especial o foral, se determinará por la vecindad civil, especificando las normas reguladoras de la adquisición, conservación y pérdida de aquélla, en régimen — se subraya en la demanda— de igualdad y sin introducir más alteraciones en la actual normativa que las que aconseje una mayor técnica sistemática». El Decreto de 31 de mayo de 1974, aprobatorio del texto articula-

do del Título Preliminar, afirmó que a propósito de la vecindad civil «son tratados con recíproca equivalencia los diversos regímenes jurídicos coexistentes». Después de la Constitución, no cabe duda de la posición jurídica de igualdad de los distintos ordenamientos jurídicos, pues el Derecho civil español está formado por una pluralidad de subestructuras de ámbito territorial limitado, regida cada una por principios propios, a la vez que interconexiónada con todas las demás, y un Derecho general español, vigente en todo el territorio nacional, contenido parte en el Código Civil, parte en otras leyes civiles. Pero los distintos ordenamientos civiles funcionan bajo un principio de separación competencial, son independientes y autónomos entre sí. De otra parte, no son de aplicación al supuesto que nos ocupa ni el principio de prevalencia ni el de prelación del Derecho estatal. En cuanto al principio, porque no se da el supuesto de hecho de existencia de normas que recaigan sobre un mismo objeto y territorio; en cuanto al segundo, porque tampoco existe el presupuesto de aplicación, ya que no hay un defecto de regulación por parte del Derecho autonómico.

Ejercitando su competencia para dictar normas conflictuales, el Estado ha aprobado una serie de criterios objetivos para resolver los conflictos, utilizando diversos puntos de conexión, pero, en último término, abandona dicha técnica y efectúa, sin más, una discriminatoria indicación de la vecindad civil, decidiendo que sea la de Derecho común, con lo que infringe el principio de igualdad de los diversos ordenamientos jurídicos civiles. Se cita, en apoyo de la propia tesis, la ponencia sobre «vecindad civil» del Congreso de jurisconsultos sobre los Derechos civiles territoriales en la Constitución (Zaragoza, 1981), así como la Ley 18/1990, de reforma del Código en materia de nacionalidad, cuyo preámbulo se refirió a la supresión de «la preferencia injustificada hasta ahora otorgada a la vecindad civil común».

El principio de reciprocidad está expresamente recogido en el Derecho navarro y sería igualmente discriminatorio que sólo rigiera en esa Comunidad Autónoma (Ley II del Fuero Nuevo y artículo 5.3 del Amejoramiento). Dicho principio es una exigencia constitucional derivada de la posición de plena y absoluta igualdad entre el Derecho civil del Estado y los Derechos civiles forales, por lo que rige, en general, respecto a todos los Derechos civiles coexistentes en España.

El artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón dispone que «las normas que integran el Derecho civil de Aragón tendrán eficacia personal y serán de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia». Por ello, la legislación civil que emane de la Comunidad Autónoma sólo será aplicable a quien ostente dicha vecindad, de modo que la regulación de ésta es factor determinante del número de personas sujetas a uno de los Derechos civiles coexistentes en España, por lo que resulta imprescindible que la regulación en cuestión se inspire en los principios de

igualdad y reciprocidad entre todos los derechos civiles españoles vigentes. Debe, pues, proscribirse el trato favorable que se ha dispensado a la vecindad de Derecho común, perjudicando a las Comunidades Autónomas de Derecho civil propio.

e) El otro precepto objeto del recurso es el inciso final del párrafo primero del apartado 3 del artículo 16 del Código Civil, en la nueva redacción que le ha dado el citado artículo 2º de la Ley 11/1990. Dispone tal precepto que «los efectos del matrimonio se regularán por la Ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9º y, en su defecto, por el Código Civil». Los nuevos criterios del artículo 9º son razones y no presentan dificultades de interpretación ni de falta de respeto a los Derechos civiles coexistentes en España, pero el artículo 16.3, al introducir un último criterio de cierre para solucionar todos los hipotéticos conflictos, contiene una injustificada discriminación en favor del Código Civil y en perjuicio de todos los demás Derechos civiles españoles: cuando los criterios del artículo 9º sean insuficientes, el legislador estatal ha decidido que la ley aplicable será en todo caso el Código Civil, aunque esta ley no fuera siquiera una de las del conflicto. No se trata de la aplicación supletoria del Código Civil, en cuanto que es a la vez Derecho del Estado, respecto de los Derechos autonómicos (Derechos civiles forales) que no han desarrollado de manera completa sus potenciales, sino de una materia de competencia exclusiva del Estado (conflictos de leyes), que dicta una norma conflictual que carece de un punto de conexión en sentido técnico, optando por la aplicación del Código Civil, faltando al respecto de la coexistencia de Derechos civiles garantizada por la Constitución, coexistencia que debe entenderse en un plazo de igualdad y que, estando amparada por la Constitución, no puede tolerar la preferencia o primacía de uno de los Derechos civiles españoles sobre los demás. La igualdad ha sido violada por la discriminación injustificada introducida por el artículo 16.3 del Código Civil. Concluye en cuanto a este extremo la representación actora remitiéndose a lo ya expuesto respecto a la impugnación del artículo 14.3.

Se concluyó con la súplica de que se dictara Sentencia que declarara la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados y su consiguiente nulidad.

2. Mediante providencia del día 7 de febrero de 1991, acordó la Sección Segunda tener por interpuesto el recurso de inconstitucionalidad y requerir al promovente para que, en el plazo de diez días, concretara los fundamentos constitucionales de su pretensión, precisando el precepto constitucional que estima infringida (artículo 33 de la LOTC).

3. Por escrito registrado el día 22 de febrero, la representación de la Diputación General de Aragón alegó, en respuesta al requerimiento anterior, que el fundamento constitucional de su recurso se concreta en el entendimiento de que los preceptos a los que achaca inconstitu-

cionalidad conculcan la situación jurídica de igualdad que ostenta el Derecho civil aragonés en relación con los demás Derechos civiles forales y con el denominado Derecho común. Si la vecindad civil es el mecanismo técnico a través del cual se determina la aplicabilidad, en cuanto ley personal, de uno de los Derechos civiles vigentes en España, la consecuencia es que de su regulación dependerá el mayor o menor alcance de dichos Derechos civiles. Por ello, la regulación de la vecindad civil no puede contener, ni siquiera para su aplicación a casos residuales o de un modo subsidiario, criterios que supongan desigualdad de trato entre los distintos Derechos civiles, como, sin embargo, ocurre con los preceptos impugnados.

La coexistencia de los Derechos civiles españoles (incluido, claro está, el que el Código Civil denomina Derecho común) se produce en términos jurídicos de igualdad de posición entre todos ellos. Ello es así por el principio de separación competencial ente el Estado y las Comunidades Autónomas y su fundamento normativo constitucional se residencia en el artículo 149.1.8.º, al consagrar la existencia de Derechos civiles autonómicos. Por otra parte, el Derecho civil propio de una Comunidad Autónoma —el de Aragón, en este caso— forma parte integrante del Derecho autonómico, lo que conduce, en definitiva, a un planteamiento de coexistencia del Derecho autonómico con el estatal. La separación entre ambos Derechos, el estatal y el autonómico, que no se relacionan con criterios de índole jerárquica ni de subordinación, es consecuencia inmediata del derecho constitucional a la autonomía. Habida cuenta de que la posición jurídica de las Comunidades Autónomas deriva de su reconocimiento por los artículos 2.º y 137 y de la Constitución, estos preceptos se constituyen en fundamento constitucional del recurso interpuesto. En conexión con tales preceptos, ha de traerse a colación —se añade— todo el diseño jurídico-constitucional de las Comunidades Autónomas (artículos 143 y siguientes, con incidencia especial en el artículo 149.1.8) y, en este caso, el Estatuto de Autonomía de Aragón que, al organizar jurídicamente dicho territorio como Comunidad Autónoma, dota de significación jurídica diferenciada a su Derecho propio, el Derecho autonómico aragonés, dentro del cual se integra el Derecho civil o foral aragonés (Ley 3/1985, de las Cortes de Aragón, sobre la Compilación de Derecho Civil de Aragón).

En síntesis, la situación de preferente aplicación injustificada de que se dota al Código Civil por la Ley 11/1990 al modificar los artículos 14 y 16, constituye un ataque a la situación jurídica de igual entre el Derecho estatal y el aragonés, que deriva necesariamente del reconocimiento del derecho a la autonomía (artículos 2.º y 137 de la Constitución), preceptos que, por esta razón, se erigen en fundamento jurídico del presente recurso, en cuanto que de dicho derecho a la autonomía y del ejercicio por las Comunidades Autónomas de competencias normativas propias (artículo 149.1.8) deriva la posición de igualdad de todos los

Derechos civiles coexistentes en España.

4. Por providencia del día 11 de marzo acordó la Sección Segunda tener por cumplido el requerimiento dispuesto por providencia del 7 de febrero y admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad. Se acordó, asimismo, dar traslado de la demanda y documentos presentados, así como del posterior escrito recibido, al Congreso de los Diputados, al Senado y al Gobierno al objeto de que, en el plazo común de quince días, pudieran personarse y formular alegaciones.

5. Mediante escrito registrado el día 25 de marzo, el Presidente del Congreso de los Diputados comunicó al Tribunal el Acuerdo de la Mesa de la Cámara según el cual la misma no se personaría en el procedimiento ni formularía alegaciones, poniendo a disposición del Tribunal las actuaciones que pudiera precisar.

6. Mediante escrito registrado el mismo día 25 de marzo, el Presidente del Senado rogó se tuviera por personada a dicha Cámara en el procedimiento y por ofrecida su colaboración a los efectos del artículo 88.1 de la LOTC.

7. Mediante escrito registrado el día 2 de abril de 1991, presentó sus alegaciones la Abogacía del Estado, en los términos que a continuación se resumen:

a) Conviene, ante todo, determinar qué se recurre y por qué. Se recurre, en primer lugar, el inciso del artículo 14.3 del Código Civil, según reforma por Ley 11/1990, de conformidad con el cual el último criterio para determinar la vecindad civil del hijo cuyos padres la tengan distinta es «la vecindad del Derecho común». El supuesto es el del hijo de nacionales españoles con distinta vecindad civil que nazca en el extranjero (pues, de nacer en España, su vecindad sería la del lugar de nacimiento), siempre que su filiación resulte determinada simultánea respecto a ambos padres (de no haber sido así, se le hubiera atribuido la vecindad civil del progenitor respecto al cual se hubiera determinado antes la filiación). Se trata de una atribución de vecindad civil meramente inicial, sujeta a posible cambio: en los seis meses siguientes al nacimiento o adopción, los padres pueden atribuir al hijo la vecindad civil de cualquiera de ellos (artículo 14.3.11) y, a su vez, el hijo —desde que cumpla catorce años hasta un año después de su emancipación— podrá optar, según le permite el artículo 14.3.IV, por la última vecindad civil de cualquiera de sus padres. En suma, la atribución «en último término» de la vecindad civil de Derecho común *ex* artículo 14.3.I, aquí impugnada, operará en un limitadísimo número de casos y, además, podrá ser modificada por la voluntad de los padres o por la voluntad del hijo.

Parecidas consideraciones caben respecto al artículo 16.3.I, del que se recurren las palabras «y, en su defecto, por el Código Civil». Como criterio supletorio final para regular los efectos del matrimonio entre

españoles, el Código se aplicará (en su caso con arreglo a lo prescrito en el párrafo segundo del artículo 16.3) cuando fallen los criterios del artículo 9 o, en otras palabras, cuando, no existiendo ley personal común (idéntica vecindad civil), los cónyuges no hayan elegido la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, ni sean tampoco de aplicación posible la vecindad civil de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio o la del lugar de su celebración. Así pues, el régimen matrimonial de Derecho común se aplicará cuando dos españoles con vecindad civil distinta celebren su matrimonio en el extranjero y residan habitualmente en él después de casarse y, además, no elijan en documento auténtico regirse por la ley personal o de residencia habitual de cualquiera de ellos. Puede verse así que el último inciso del artículo 16.3.I que ha sido recurrido se aplicará en hipótesis tan o más infrecuentes que el último inciso del artículo 14.3.

Un inciso y otro han sido recurridos, como consta en el Acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno aragonés, por «recomendación» del Justicia de Aragón [artículo 33.1.b) del Estatuto de Autonomía] y se colige del citado Acuerdo que el Justicia fundó su recomendación en que los incisos en cuestión vulneraban «el principio constitucional de igualdad y reciprocidad de todas las vecindades y Derechos civiles españoles», menoscaban «la conservación del Derecho civil aragonés» y suponían —lo que es grave crítica contra la representación del pueblo español (artículo 66.1 de la Constitución)— «utilizar deslealmente la competencia exclusiva estatal para determinar las normas de resolución de conflictos de leyes». Parece, pues, que el Justicia no creía que las Cortes Generales hubieran rebasado sus competencias constitucionales (pues claramente el artículo 149.1.8 reserva exclusivamente al Estado las «normas para resolver los conflictos de leyes»), pero sí que esa competencia estatal había sido ejercida de modo constitucionalmente incorrecto, tanto por «deslealtad» cuanto por menoscabar la competencia aragonesa relativa a la conservación de su Derecho civil (artículo 35.1.4 del Estatuto) e infringir el principio de «igualdad y reciprocidad de todas las vecindades y Derechos civiles españoles», al que se atribuye rango constitucional.

Los escritos a la parte recurrente ante este Tribunal no han seguido la triple línea de razonamiento del Justicia de Aragón. Se admite en ambos que los incisos impugnados han sido dictados dentro de la competencia constitucional del Estado (artículo 149.1.8: «normas para resolver los conflictos de leyes»), pero no reprochan a las Cortes «deslealtad» al ejercer esta competencia, y el menoscabo del Derecho civil aragonés lo afirman como simple consecuencia de la supuesta infracción del principio pretendidamente constitucional de no discriminación de las vecindades o Derechos civiles españoles o de reciprocidad entre aquellas vecindades y estos Derechos. Estas expresiones, y otras análogas, tienen en común una cierta personificación de los

ordenamientos jurídicos civiles o de las vecindades civiles, a los que se considera capaces de beneficiarse o ser perjudicados por discriminaciones y aun de ser titulares de «posiciones» o «situaciones jurídicas» de igualdad. Ahora bien, a la hora de determinar qué preceptos constitucionales habrían sido infringidos por los incisos impugnados, se remite a los artículos 2 y 137 de la Constitución y, en conexión con ellos, a «todo el diseño jurídico constitucional de las Comunidades Autónomas». Es patente, pues, que la parte no ha absuelto como debía la carga de fundamentar su recurso (SSTC 11/1981 y 28/1991). El escrito complementario de 22 de febrero no supera el déficit de fundamentación señalado en su día por el Tribunal, pues se limita a reiterar que entiende infringido un supuesto principio constitucional de igualdad de los Derechos o vecindades civiles y remite a todos —se subraya por el Abogado del Estado— los preceptos constitucionales relativos al régimen autonómico, con lo cual no remite a ninguno en particular.

Se señala lo anterior no para pedir del Tribunal un pronunciamiento denegatorio del examen de fondo, sino para justificar la contestación a la demanda, que obliga a reducirse a estos dos puntos: primero, y más general, si la llamada igualdad o reciprocidad de los Derechos o vecindades civiles españoles es un principio constitucional que vincula al legislador nacional; y segundo, si las Cortes Generales tienen prohibido optar por la vecindad civil común como criterio último o de «cierre» en los conflictos interregionales de leyes.

b) El único precepto de la Constitución que se refiere a los Derechos civiles forales o especiales es el artículo 149.1.8, norma de competencia, pero de la que cabe inferir un mandato constitucional de respetar el pluralismo jurídico civil español. Los Derechos civiles forales o especiales, «allí donde existan», pueden ser objeto de «conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas», lo que no puede ser impedido o perturbado por la legislación civil estatal. Por otro lado, el legislador estatal tiene también el límite constitucional de respetar las normas de Derecho foral o especial en materia de fuentes, de lo que deriva una modulación de la regla constitucional de supletoriedad del Derecho estatal (artículo 149.3): el Código civil es Derecho supletorio «en defecto del que lo sea en cada uno de aquéllos, según sus normas especiales» (artículo 13.2 del Código, perfectamente adecuado al artículo 149.1.8 de la Constitución). El artículo 149.1.8, al hablar de Derecho foral o «especial», postula la existencia de un Derecho civil «común». La justificación constitucional para que el Código civil pueda seguir siendo considerado Derecho civil común se encuentra, pues, en la cláusula general de supletoriedad (artículo 149.3) en relación con el artículo 149.1.8.

En consecuencia, el artículo 149.1.8 es compatible con varios sistemas o procedimientos para determinar la sujeción de los españoles al

Derecho civil común o a cada uno de los Derechos civiles forales o especiales, con tal de que el sistema o procedimiento elegido por el legislador estatal sea respetuoso con los límites indicados del citado precepto constitucional. El llamado principio de igualdad o reciprocidad de los Derechos civiles españoles o de las vecindades civiles sólo cabe considerarlo como un criterio constitucionalmente lícito o posible, no constitucionalmente necesario o vinculante para el legislador nacional, para delimitar las esferas personales de vigencia del Derecho civil común y de los Derechos civiles forales o especiales. Pueden existir otros principios, criterios o máximas constitucionalmente lícitos, si respetan los límites constitucionales ya expuestos (permitir la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles, forales o especiales allí donde existan y, en particular, respetar las normas sobre fuentes de estos Derechos forales o especiales). Por ello, el modo más correcto de plantear el recurso hubiera sido centrarlo en determinar si los incisos impugnados suponen una infracción de los límites *ex* artículo 149.1.8 de manera que menoscaben, como sostenía el Justicia de Aragón, la conservación del Derecho civil aragonés.

c) Los incisos recurridos no entrañan quebrantamiento de la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés o, si se prefiere, lesión de la competencia autonómica sobre esta materia. Semejante infracción sólo sería apreciable si las Cortes Generales hubieran ejercido la competencia para establecer normas de conflicto con la finalidad desviada de atribuirse competencias que el Estado no tienen (STC 49/1988) o reducir abusiva o artificiosamente la esfera personal de vigencia del Derecho civil aragonés, lo que habría de demostrarse demostrando, por comparación entre las situaciones anterior y posterior a la nueva norma estatal de conflicto, que se ha producido una sustracción al ordenamiento civil aragonés de un conjunto de relaciones jurídicas o casos típicos con suficiente importancia, cualitativa y cuantitativa. Nada de ello, como ya se vio, cabe reprochar a los incisos impugnados: tanto en el supuesto del artículo 14.3.I como en el del artículo 16.3.I, las personas o relaciones sujetas al Derecho civil común en virtud de ese criterio de «cierre» serán escasísimas, probablemente unos pocos casos cada decenio. Es más: en la hipótesis del artículo 14.3.I, la vecindad común es una vecindad «debilitada», ya que se perderá si se dan la circunstancias de los párrafos segundo o cuarto del propio artículo 14.3.

La utilización de la vecindad civil común como criterio de «cierre» se asienta en el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3), pues es un criterio que produce perfecta certeza en su aplicación. No cabe decir otro tanto del criterio de «cierre» propuesto, al parecer, en el debate parlamentario de la Ley 11/1990, al que alude el escrito de recurso, criterio (el de los «lazos más estrechos») que produciría, por su vaguedad, incertidumbre razonablemente insuperable sobre la previsibilidad de sus efectos (STC 150/1990).

d) Una última consideración enlaza con lo que se acaba de decir. El recurso pide que se declare la inconstitucionalidad «y consecuente nulidad» de los incisos recurridos. Pero el Tribunal Constitucional no podría, sin desbordar su jurisdicción, sustituir un criterio para atribuir la vecindad civil elegida por las Cortes Generales por otro más del gusto de la parte recurrente, de modo que lo que en realidad se viene a pedir en el recurso es que el Tribunal cree una laguna legal mediante la invalidación del criterio último o de «cierre» para atribuir vecindad civil, es decir, que se remedie una supuesta inconstitucionalidad mediante la creación cierta de otro estado de igual o mayor disconformidad con la Constitución, por cuanto se quebrantaría el principio de seguridad jurídica (art. 9.3). Esto es signo inequívoco de que el recurso ha sido mal planteado.

Se concluyó con la súplica de que se dictara Sentencia desestimando totalmente el recurso.

8. Mediante providencia de fecha 6 de julio de 1993, se señaló para deliberación y fallo el día 8 de julio siguiente.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Antes de dar inicio a la resolución del presente recurso es preciso identificar con claridad su objeto y determinar, también, cuáles sean las reglas constitucionales que han de ser medida para nuestro enjuiciamiento:

a) La Diputación General de Aragón impugna los incisos finales de los artículos 14.3 y 16.3, párrafo primero en ambos casos, del Código civil, según la redacción dada a tales preceptos por el artículo 2 de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo. Conviene reproducir aquí, para una mejor inteligencia del alcance de la impugnación, el texto íntegro de los párrafos en que se insertan los incisos objeto del recurso.

El artículo 14 del Código, tras prescribir en sus números 1 y 2 que «la sujeción al Derecho civil, común o al especial o foral se determina por la vecindad civil» y que «tienen vecindad civil en territorio de Derecho común, o en uno de los de Derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad», dispone en el párrafo primero de su número 3 lo siguiente:

«Si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tuvieran distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquel de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento y en último término, la vecindad de Derecho común.»

Esta regla final —que atribuye «en último término», la vecindad de Derecho común— es la primera de las impugnadas en el recurso.

De otra parte, el artículo 16.1 del Código dispone, en lo que ahora importa, que «los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el Capítulo Cuarto» («Normas de Derecho Internacional Privado») con la particularidad, en primer lugar, de que «será ley personal la determinada por la vecindad civil». El número 3 de este artículo establece lo siguiente:

«Los efectos del matrimonio entre españoles se regirán por la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9 y, en su defecto, por el Código civil.

En este último caso se aplicará el régimen de separación de bienes del Código civil si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación.»

El último inciso del transcrito párrafo primero (remisión, en defecto de los criterios *ex art.* 9, al Código civil) es la segunda de las reglas impugnadas en el presente recurso.

Aunque es patente el distinto objeto de una y otra de las normas impugnadas (la primera reguladora, en una hipótesis concreta, de atribución de la vecindad civil, la segunda introductora de una regla de conflicto ante un supuesto de tráfico interregional), ambas coinciden en incorporar una referencia, expresa y directa, al «Derecho común» (art. 14.3) o al «Código civil» (art. 16.3), remisiones, una y otra, que son tachadas por el recurrente —con una fundamentación básica unitaria— de inconstitucionales.

b) Se articula dicha fundamentación, como en los antecedentes se expuso, a partir de la invocación de diversas reglas constitucionales (o de partes enteras de la Constitución) y mediante la cita, también, de «principios» ordenadores de la relación entre Derechos civiles que —viene a decirse— estarían implícitos en la propia norma fundamental. Tales «principios serían» —a decir del recurrente— los de «igualdad» y «reciprocidad» entre los diferentes ordenamientos civiles. Las reglas constitucionales también citadas junto a ellos son, de otra parte, los artículos 2 y 137, así como «todo el diseño jurídico-constitucional de las Comunidades Autónomas», con especial referencia —se precisa en el recurso— a lo dispuesto en el artículo 149.1.8 de la Norma Fundamental (articulación de competencias en orden a la «legislación civil»).

2. Lo que así expone la demanda merece ahora alguna consideración. Tiene razón el Abogado del Estado al manifestar sus reservas ante la relativa indeterminación de la fundamentación aportada por el órgano actor, indeterminación patente tanto por la cita de títulos enteros de la Constitución (no de otro modo cabe entender la ya reseñada referencia a «todo el diseño jurídico-constitucional de las Comunidades Autónomas») o de preceptos de amplísimo enunciado (arts. 2

y 137) como por la invocación de «principios» supuestamente implícitos en la Constitución (los de «igualdad» y «reciprocidad» entre Derechos civiles).

Toda pretensión de inconstitucionalidad ha de basar su fundamento normativo directo y más próximo en atención al objeto del recurso, lo que exige al demandante un esfuerzo de delimitación y precisión aquí no consumado, ciertamente: ni la cita del Título VIII de la Constitución, o de sus artículos 2 y 137, aporta suficiente claridad a estos efectos ni la misma se alcanza, desde luego, mediante la invocación de «principios» constitucionales implícitos que, según la demanda, ordenarían la relación entre los varios ordenamientos civiles coexistentes en España. Baste con advertir, en cuanto a este último alegato, que la transposición a las relaciones entre ordenamientos de categorías jurídicas asentadas en la protección de derechos e intereses de las personas (así ocurre con la noción de «igualdad») es siempre fuente, cuando menos, de confusión, y que la Constitución —su art. 149.1.8, específicamente— viene sólo a posibilitar una posición de paridad, si así quiere decirse, entre los Derechos especiales o forales, y entre ellos y el Derecho civil general o común, por vía de la atribución en exclusiva al Estado de la competencia sobre las «normas para resolver los conflictos de leyes», competencia que en principio asegura —como hemos dicho en la reciente STC 156/1993— «un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles» (fundamento jurídico 3º). Tan sólo en estos términos, y con las reservas dichas y las salvedades que se harán, cabría hablar de paridad entre ordenamientos civiles, paridad resultante, en definitiva, de la uniformidad de régimen en materia de Derecho inter-regional privado que la Constitución inequívocamente dispuso.

3. Las imprecisiones de la demanda no han de impedir, con todo, nuestro enjuiciamiento, pues el núcleo del fundamento impugnatorio puede identificarse y aclararse. Lo que el órgano actor viene a afirmar no es, en rigor, otra cosa sino que las competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón para la «conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés» (art. 35.1.2º de su Estatuto de Autonomía) han sido ilegítimamente constreñidas o menoscabadas en virtud del incorrecto ejercicio por las Cortes Generales, al adoptar los preceptos parcialmente impugnados, de una competencia que no se discute, corresponde, en exclusiva, al Estado: la de dictar «normas para resolver los conflictos de leyes» (art. 149.1.8 de la Constitución). Lo que se sostiene es, en suma, que las remisiones de los artículos 14.3 y 16.3 del Código civil al «Derecho común» o al propio Código han venido a reducir, sin fundamento, el ámbito personal de aplicación de los «Derechos civiles, forales y especiales» garantizados por el mismo artículo 149.1.8, reducción que afectaría también, por tanto, al Derecho civil aragonés, impedido así de proyectarse sobre situaciones y relaciones jurídicas en las que pudiera haberse llegado a aplicar si las remisiones y conexiones del Código hubieran sido otras. Cualquiera que sea la

razón jurídica de este alegato, es indiscutible que su posible fundamento constitucional no puede ser otro que el que habría de derivar del artículo 149.1.8 de la Constitución, en tanto el mismo preserva la foralidad civil a través de la autonomía política (SSTC 88/1993, fundamento jurídico 1º, y 156/1993, fundamento jurídico 1º), esto es, en tanto tal precepto permite que los Estatutos de Autonomía atribuyan a las respectivas Comunidades Autónomas competencia para la «conservación, modificación y desarrollo... de los Derechos civiles, forales» y la estatutaria antes citada se presentan, así, como fundamento más específico y directo de la pretensión actora y constituyen, pues, los preceptos con arreglo a los cuales ha de ser resuelto este proceso.

4. Hemos de partir aquí, al igual que en la ya citada STC 156/1993, de la firme premisa de que la Constitución reserva a la exclusiva competencia del Estado la adopción de las «normas para resolver los conflictos de leyes» (art. 149.1.8 de la Constitución), competencia expresamente reconocida, por lo demás, en la demanda que ha dado inicio a este recurso. Como en aquella Sentencia dejamos dicho, la Constitución optó, inequívocamente, por un sistema estatal y, por tanto, uniforme de Derecho civil interregional (fundamento jurídico 3º), de modo que es a las Cortes Generales a quien corresponde el establecimiento de las normas de conflicto para la resolución de supuestos de tráfico interregional y, antes aún, la definición y regulación, en general, de los puntos de conexión conforme a los cuales han de articularse aquellas reglas. Debe, por consiguiente, el Estado regular el modo de adquisición y régimen jurídico de la vecindad civil (que es criterio para la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral y punto de conexión para la determinación de la ley personal: arts. 14.1 y 16.1.1ª del Código) y disponer, también, cuál sea la ley aplicable a las relaciones y actos jurídicos en que se intervengan sujetos con vecindad civil diversa. Es del todo claro, por ello, que las normas estatales de Derecho civil interregional delimitarán el ámbito de aplicación personal de los varios ordenamientos civiles que coexisten en España, delimitación para la cual no ofrece la Constitución, ciertamente, pauta o criterio positivo alguno. No es menos evidente, sin embargo, que la legislación estatal en este ámbito no podrá dar lugar a constricciones o manipulaciones arbitrarias de los respectivos ámbitos de aplicación de aquellos ordenamientos ni provocar, en concreto, un desplazamiento infundado de los Derechos civiles especiales o forales en favor del Derecho civil general o común por vía de la alteración de las reglas generales del sistema de Derecho interregional. No cuesta admitir que, si tal cosa se hiciera, se vendría a menoscabar, de modo indirecto, la competencia autonómica sobre el respectivo ordenamiento civil y a contrariar, por lo mismo, la regla contenida en el artículo 149.1.8 de la Constitución. Las Cortes Generales han de establecer, sólo ellas, las normas de Derecho civil interregional, pero no es ésta una labor libre de todo vínculo o límite constitucional, por lo mismo que a través de ella se define cuál sea la

proyección propia de cada ordenamiento civil y en última instancia, un elemento de capital importancia para la efectiva realización de las competencias autonómicas en este campo.

El primero y más importante de estos límites es consustancial, por así decir, a la identidad misma de todo sistema de resolución de conflictos de leyes que no parta —como no parte el nuestro— de la preeminencia incondicionada de uno u otro de los ordenamientos que pueden entrar en colisión: los puntos de conexión para determinar la sujeción personal a un Derecho u otro (la vecindad, en nuestro caso) han de fijarse, en principio y en tanto sea posible, según circunstancias abstractas o neutras y lo mismo cabe exigir, con igual salvedad, respecto a los criterios utilizados por las normas de conflicto del artículo 16 del Código civil. Se preserva de otro modo, en palabras, ya citadas, de la STC 156/1993 «un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles» que coexisten en España (fundamento jurídico 3º). Es razonable que un sistema de Derecho interregional no se base exclusivamente, sin embargo, en remisiones y conexiones abstractas y neutras, pues no es en modo alguno descartable que tales técnicas —aseguradoras de una aplicación indistinta de todos los ordenamientos civiles— no ofrezcan, en determinados supuestos, la solución clara y cierta que demanda, inexcusablemente, la seguridad del tráfico, hipótesis en la cual puede y debe el legislador (el legislador estatal, entre nosotros) designar directamente cuál sea la específica vecindad civil que corresponde al sujeto y cuál, también, el concreto Derecho aplicable en caso de conflicto. Una solución de este género no merece, en sí misma, tacha alguna de inconstitucionalidad, siempre que la misma se articule, claro está, como cláusula final o «de cierre», esto es, siempre que la norma estatal remita al ordenamiento civil común, o atribuya la vecindad también común, luego de haberse establecido, tanto en una hipótesis como en otra, conexiones y criterios abstractos y en previsión, por tanto, de que los mismos no aporten la solución segura aquí exigible. El legislador debe intentar apurar, hasta donde no padezca la seguridad jurídica, la técnica de las remisiones y conexiones abstractas y neutras, y el equilibrio entre una y otra exigencia —la de la propia seguridad y la de la aplicación indistinta de unos Derechos y otros— se ha de alcanzar, ante todo, mediante la ponderación que debe hacer precisamente la ley: a este Tribunal no le corresponde, en otras palabras, sustituir con su criterio el que haya mostrado el autor de la ley al resolver tal tensión, sino sólo apreciar —cuando así se le demande— si la solución fijada en la norma resulta arbitraria o manifiestamente infundada, lo que no ocurre en el presente caso. No argumentará en contra de la regla impugnada, si no ha lugar a tal reproche, la simple objeción de que resultan aún concebibles otros criterios y conexiones formales antes de acudir a la «cláusula de cierre», pues ni corresponde a la jurisdicción constitucional pronunciarse sobre la perfección técnica de las leyes [«el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa»:

STC 109/1987, fundamento jurídico 3º, c)] ni puede aceptarse que la Constitución imponga en este extremo, suprimiendo por entero la libertad de configuración del legislador, una solución única y exclusiva.

A partir de cuanto queda dicho debemos ya examinar la constitucionalidad de los dos preceptos impugnados, examen que, vista la común fundamentación opuesta frente a ambos, cabe realizar conjuntamente.

5. Ninguna de las partes ha dejado de advertir, no obstante sus contrarias posiciones, el preciso sentido de las modificaciones introducidas por la Ley 11/1990 en los artículos 14 y 16 del Código civil. Procuró dicha Ley, como proclama su título, suprimir la desigualdad por razón de sexo que resultaba de la anterior redacción del primero de aquellos preceptos y, en concreto, la atribución a la mujer casada de la vecindad civil de su marido; «La mujer casada —decía el art. 14.4— seguirá la condición jurídica del marido.» El precepto dispone ahora, en lo que aquí interesa, que «el matrimonio no altera la vecindad civil».

La remoción legal de aquella discriminación hizo nacer, sin embargo, dos problemas, resueltos, precisamente, por las reglas en las que se insertan los incisos impugnados. El primero de dichos problemas era el de la determinación de la vecindad civil del hijo de padres que la tengan distinta, supuesto en el cual resulta inaplicable la regla general del artículo 14.2, de conformidad con la cual «tienen vecindad civil en territorio de Derecho común, o en uno de los de Derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad». El artículo 14.3 dispone, ante tal hipótesis, dos remisiones abstractas —en el sentido expuesto en el fundamento anterior— y una regla residual o «de cierre»; se atribuye al hijo la vecindad del progenitor cuya paternidad se determinó antes, en defecto de este criterio la correspondiente al lugar del nacimiento y sólo en último término «la vecindad de Derecho común», remisión, esta última, que es la impugnada por la Diputación General de Aragón. En cuanto a los efectos del matrimonio entre españoles de distinta vecindad civil —tal es el segundo de los problemas que derivan de esta igualación entre sexos—, el artículo 16.3 remite a «la ley española que resulte aplicable según los criterios del artículo 9» y «en su defecto» al Código civil. Al margen, pues, la hipótesis de que ambos cónyuges tuvieran la misma ley personal al tiempo de contraer matrimonio, los criterios aquí sucesivamente aplicables antes de que llegue a entrar en juego el llamamiento al Código civil son los siguientes: 1) la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, elegida por ambos en documento otorgado antes de la celebración del matrimonio, y 2) a falta de tal elección, la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración (art. 9.2, párrafo primero). Resulta pues —como bien advierte el Abogado del Estado—, que la remisión final al Código civil sólo será operativa en la hipótesis de que, faltando la elección de los cónyuges en favor de la vecindad de cualquiera de ellos, el matrimonio se haya celebrado fuera

de España y cuando los cónyuges, además, tengan su residencia habitual también en el extranjero. Estima el órgano actor, con todo, que también esta última cláusula «de cierre» es contraria a la Constitución.

El Tribunal no puede compartir los reproches que el recurso formula contra los incisos impugnados. No se trata tanto —con no ser criterio desdeñable— de que estas determinaciones legales afecten, como destaca el Abogado del Estado, a supuestos que han de ser de verificación escasa, según criterios de experiencia y de común razón. Para descartar la tacha de inconstitucionalidad expuesta en la demanda basta con apreciar que el legislador estatal no ha incurrido, al dictar los incisos finales de los artículos 14.3 y 16.3, en una manipulación o tergiversación arbitraria —a fin de extender un Derecho a costa de otros— de los criterios para la atribución de la vecindad civil, en el primero de tales preceptos, y para la resolución, en el segundo, del supuesto de tráfico interregional allí previsto, sin que tampoco estemos ante una designación inmediata e inflexible —sino en último grado o «residual»— de la vecindad y del Derecho civil comunes. Que no existe asomo de arbitrariedad es cosa bien patente si se repara en que el legislador, en el primer caso, ha previsto que la vecindad civil así determinada puede ser ulteriormente alterada por voluntad de los padres o del propio hijo (párrafos segundo y tercero del mismo art. 14.2) y si se advierte, también, que el artículo 16.3 ha establecido la cautela o garantía, en su segundo párrafo, de que, caso de entrar en juego el llamamiento al Código civil, «se aplicará el régimen de separación de bienes» del propio Código «si conforme a una y otra ley personal de los contrayentes hubiera de regir un sistema de separación». Uno y otro llamamiento, al Código civil o a la vecindad de Derecho común, se presentan, de otra parte, como cláusulas «de cierre», esto es, tan sólo para el supuesto de que las remisiones y conexiones que la Ley dispone no lleven a una clara atribución de la vecindad civil o a una determinación, también precisa, del ordenamiento —cualquiera de los que coexisten en España— que deba regular los efectos del matrimonio. No cabe reprochar al legislador, en otras palabras, el reglamento, directo o indirecto, de toda posible solución formal y abstracta de las hipótesis reguladas por los artículos 14.3 y 16.3.

Son acaso concebibles otras posibles formulaciones de los preceptos parcialmente impugnados y, en concreto —como el recurso arguye—, criterios adicionales, y todavía previos, antes de concluir en la atribución de la vecindad de Derecho común o de remitir la regulación de los efectos del matrimonio a lo dispuesto en el Código civil. Pero el que así sea nada argumenta, como ya apuntamos, en contra de la constitucionalidad de estas reglas. El ámbito de aplicación personal de los distintos ordenamientos civiles es, con las limitaciones dichas, de definición legislativa, sin que sea discernible predeterminación alguna en este punto ni a partir del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran España ni en virtud de la norma que identifica

la razón de ser de dicha autonomía, por lo que aquí importa, en la gestión de los propios «intereses» de las Comunidades Autónomas (arts. 2 y 137 de la Constitución). Siendo esto así, es preciso recordar que el control jurisdiccional de la Ley nada tiene que ver con su depuración técnica ni puede dar lugar tampoco a la constricción absoluta, en supuestos como el presente, del ámbito de libre configuración del legislador. Le corresponde a éste —a las Cortes Generales aquí— la ponderación de la doble exigencia, antes expuesta, de garantizar una aplicación indistinta de los varios ordenamientos civiles coexistentes y de preservar también la certeza en el tráfico privado interregional, mediante el recurso cuando así se estime preciso, a cláusulas «de cierre» como las impugnadas en este recurso. Una ponderación de ese género es la que reflejen —cualquiera que sea su acierto técnico— las reglas impugnadas y basta con constatarlo así para rechazar el recurso de inconstitucionalidad.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido:

Desestimar el recurso de inconstitucionalidad.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid a 8 de julio de 1993.—Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.—Luis López Guerra.—Fernando García-Mon y González-Regueral.—Carlos de la Vega Benayas.—Eugenio Díaz Eimil.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—José Vicente Gimeno Sendra.—José Gabaldón López.—Rafael de Mendizábal Allende.—Julio Diego González Campos.—Pedro Cruz Villalón.—Carles Viver i Pi-Sunyer.—Firmados y rubricados.

Voto particular que formula el Magistrado don Julio Diego González Campos a la Sentencia de 8 de julio de 1993 recaída en el recurso de inconstitucionalidad número 148/1991

1. En la Sentencia de la que parcialmente discrepo se admite la existencia de ciertos límites constitucionales respecto a la exclusiva competencia del legislador estatal para adoptar las «normas para resolver los conflictos de leyes» según el artículo 149.1.18. Comparto este planteamiento, al igual que la identificación del límite relativo a la «aplicación distinta de los diversos ordenamientos civiles coexistentes en el territorio español» o, más precisamente, a la determinación de «un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles», según los términos de la STC 156/1993. No obstante dos precisiones me parecen necesarias:

a) El artículo 149.1.8 CE atribuye al legislador estatal una especial posición jurídica, pues no sólo está facultado para establecer la «legislación civil» —sin perjuicio, claro está, de la competencia de aquellas Comunidades Autónomas donde existan «Derechos civiles forales o especiales» para la conservación, modificación y desarrollo de estos ordenamientos— sino también para adoptar las «normas para resolver los conflictos de leyes» entre los ordenamientos civiles coexistentes en España. Labor esta última que ha de llevar a cabo, como se dice en la Sentencia, partiendo de un presupuesto general derivado del mencionado precepto constitucional: que no existe «una preeminencia incondicionada de uno u otro de los ordenamientos que pueden entrar en colisión»; por lo que debe asegurar «un igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles» (STC 156/1993). Lo determinante, pues, es la posición de paridad de los ordenamientos civiles coexistentes en España y, consiguientemente, ha de entenderse que este límite sólo opera respecto a la llamada dimensión interna del sistema español de Derecho internacional privado o, si se quiere, respecto a las normas para resolver los «conflictos internos» y no en la dimensión externa del sistema, relativa a los conflictos de leyes con otros ordenamientos extranjeros.

b) Aunque las disposiciones legales no constituyan canon de constitucionalidad, sí pueden servir para corroborar la interpretación de los preceptos de la Constitución. Por ello, a mi parecer, hubiera sido conveniente poner de relieve que desde 1889 hasta la fecha el legislador estatal, al dictar las normas para resolver los conflictos entre ordenamientos civiles coexistentes en España, ha excluido la preeminencia del llamado «Derecho civil común». Así se desprende, en efecto, de la referencia a la «recíproca aplicación» de lo dispuesto en el artículo 15 del Código civil tras la reforma 1889; también, de la hecha al «régimen de igualdad» en materia de vecindad civil en la Base 7.2 de la Ley de Bases para la modificación del Código civil de 17 de marzo de 1973; y de la contenida en la Exposición de motivos del Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil, al aludirse a que, con base en la vecindad civil «son tratados con recíproca equivalencia los diversos regímenes jurídicos coexistentes» en España. Y es igualmente significativo que el legislador posconstitucional en el Preámbulo de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre reforma del Código civil en materia de nacionalidad —esto es, pocos meses antes de dictar la Ley 11/1990, de 15 de octubre, impugnada por la Diputación General de Aragón— al modificar el contenido del artículo 15 de dicho cuerpo legal haya expresado que con dicha modificación se tiene en cuenta, en la medida de lo posible, la voluntad del interesado a adquirir la nacionalidad española, «suprimiéndose la preferencia injustificada hasta ahora otorgada a la vecindad civil común».

2. Mi discrepancia con la Sentencia versa sobre la existencia de un segundo límite constitucional para el legislador estatal, el de «preservar la certeza en el tráfico privado interregional» (fundamento jurídico 5º) al que se hace prevalecer sobre el primero. De manera que, en última instancia, la exigencia de un «igual ámbito de aplicación de todos los ordenamientos civiles» que coexisten en España, directamente derivada del artículo 149.1.8 CE, queda sacrificada en beneficio de la seguridad jurídica. Al respecto, es de observar lo siguiente:

a) Como se desprende claramente en los términos del artículo 9.3 CE, la garantía de seguridad jurídica —como suma de otros principios también consagrados en este precepto, según se dijo en la STC 27/1981, fundamento jurídico 10º— se proyecta con un alcance general dentro del ordenamiento español y, consiguientemente, es exigible respecto a las normas de cualquier sector de nuestro ordenamiento, incluido el Derecho internacional privado y, dentro del mismo, al Derecho interregional. De este modo, resulta difícil aceptar que, sin ulterior razonamiento —que la Sentencia de la que discrepo ciertamente no ofrece—, pueda constituir al mismo tiempo un límite específico para el legislador estatal derivado del artículo 149.1.8 CE.

b) Sentado lo anterior, no cabe olvidar que si el legislador estatal ha recurrido a la técnica de las normas de conflicto multilaterales para regular los «conflictos internos» entre ordenamientos civiles coexistentes en España, como se desprende del artículo 16.1 del Código civil, este dato no es irrelevante en el presente caso desde un punto de vista constitucional, a los fines de lo establecido en el artículo 149.1.8 CE. En efecto, ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, que es la única técnica de regulación de los conflictos de leyes que es susceptible de garantizar, mediante la utilización de puntos de conexión abstractos o «neutrales» en las normas de conflicto (o en la definición de las propias conexiones) un igual ámbito de aplicación de los ordenamientos civiles vigentes en nuestro territorio. En segundo término, desde el planteamiento del problema en la obra de F. C. de Savigny hasta nuestros días, se admite por la doctrina que la técnica de remisión a un ordenamiento, propia de la norma de conflicto multilateral, se basa en la idea de «localización» de los supuestos de tráfico jurídico externo en aquel sistema jurídico que presenta una mayor proximidad con dicho supuesto, atendida su naturaleza o —en la doctrina más reciente— las circunstancias del mismo. Por consiguiente, aunque al legislador estatal le corresponda apreciar dentro de su libre ámbito de configuración legal cuál es el criterio o criterios decisivos para «localizar» un supuesto de tráfico externo y, consiguientemente, determinar en la norma de conflicto el ordenamiento que ha de regirlo, lo que sí le está vedado, por ser manifiestamente arbitrario, es que se aparte de la idea de localización, propia de esta técnica de regulación y, en su lugar, establezca una norma de conflicto que exprese la preferencia por el propio ordenamiento.

c) Que esta solución de injustificada preferencia del propio Derecho únicamente se establezca para supuestos de tráfico externo excepcionales o poco frecuentes y que opere sólo como «cláusula de cierre», en defecto de otras soluciones establecidas en una norma de conflicto multilateral (caso del inciso impugnado del art. 16.3 del Código civil) o para determinar la vecindad civil como punto de conexión (caso del inciso impugnado del art. 14.3 del mismo Código) en nada afecta a la anterior conclusión. Ni cabe justificarla mediante la simple afirmación de que la búsqueda de otras soluciones por parte del legislador estatal podía entrañar un menoscabo de la seguridad jurídica. Tal afirmación, en principio, está carente de cualquier justificación, como hubiera sido necesario; y con independencia del acierto o desacierto de las soluciones propuestas en el curso del debate parlamentario —si bien no es ocioso señalar que algunas de esas soluciones hoy forman parte de nuestro sistema de Derecho internacional privado, y, por tanto, cabe presumir que en nada afectan a la seguridad jurídica— lo cierto es que otras soluciones eran posibles y, en todo caso, correspondía al legislador estatal el buscar las más apropiadas para que quedase garantizada la exigencia contenida en el artículo 149.1.8 CE de un igual ámbito de aplicación de los diferentes ordenamientos civiles coexistentes en España. Lo que me lleva a estimar que el legislador estatal no ha tenido en cuenta este límite constitucional y, consiguientemente, que era obligado declarar la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad de los preceptos de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, impugnados por la Diputación General de Aragón; suprimiendo así una injustificada preferencia en favor de la vecindad civil común, al igual que el propio legislador estatal hizo respecto a la primera en la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, como antes se ha dicho.

Madrid, 12 de julio de 1993.—Julio Diego González Campos.—
Rubricado.

**B) VALORACIÓN DEL IDIOMA
Y DEL DERECHO FORAL
Y PROPIO EN LOS CONCURSOS
PARA ÓRGANOS JURISDICCIONALES
EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

1. *ACUERDO de 23 de octubre de 1991, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el desarrollo reglamentario del artículo 341.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 286, de 29 noviembre 1991).*

El artículo 341.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, obliga a la determinación reglamentaria de los criterios de valoración sobre el conocimiento del idioma y del Derecho civil especial o foral de las Comunidades Autónomas, como mérito preferente en los concursos para órganos jurisdiccionales de su territorio.

No parece presentar grandes dudas la competencia del Consejo General del Poder Judicial para proceder a dicho desarrollo reglamentario, tanto por lo dispuesto en el artículo 110 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como por la doctrina derivada de la jurisprudencia constitucional sobre el tema, especialmente de la sentencia 108/1986, de 29 de julio.

Por otro lado, el actual desarrollo del Estado de las Autonomías parece exigir que los miembros integrantes del Poder Judicial, que acrediten el conocimientos de una lengua oficial propia, consecuencia lógica del principio constitucionalizado en el artículo 3 de nuestra norma fundamental, así como el conocimiento del Derecho civil foral o especial, o Derecho propio, tengan un determinado reconocimiento en orden a la resolución de los correspondientes concursos para la provisión de las vacantes producidas.

El presente Reglamento se ha realizado con arreglo al más escrupuloso respeto a las competencias de las Comunidades Autónomas. Buena prueba de ello es la reiterada remisión a los diferentes contenidos estatutarios en cuanto al conocimiento del Derecho civil especial o Derecho propio se refiere así como al tema de la oficialidad de la lengua propia.

Asimismo, se han tenido también en cuenta las competencias de las Universidades en orden, a tenor de lo establecido en el artículo 149.1.27 de la Constitución, a la emisión de la correspondiente titulación oficial, en cuanto al conocimiento del Derecho civil o foral, y Derecho propio, se refiere.

Finalmente, el Consejero General, consciente de la importancia de este desarrollo reglamentario, ha querido evitar cualquier posible factor de discrecionalidad, efectuando una regulación que respeta escrupulosamente el principio de seguridad jurídica, y que en modo alguno se opone al criterio de antigüedad regulado en los artículos 329 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En consecuencia con todo ello, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión del día 23 de octubre de 1991, oídas las Asociaciones Profesionales de Jueces y Magistrados y previo informe del Gabinete Técnico, ha dispuesto:

1. Se aprueba el siguiente Reglamento por el que se establecen los criterios de valoración del conocimiento del idioma y derecho propios de las Comunidades Autónomas en desarrollo del artículo 341.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

2. Para provisión de plazas de Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias en aquellas Comunidades Autónomas que gocen de Derecho civil especial o foral, así como de idioma oficial propio, se estará a lo dispuesto en el artículo 341.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

3. El presente Reglamento se aplicará a los concursos que se convoquen desde el día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 23 de octubre de 1991.—El Presidente del Consejo General del Poder Judicial,

SALA SÁNCHEZ

REGLAMENTO

Artículo 1.º En la resolución de los concursos para la provisión de vacantes correspondientes a los órganos jurisdiccionales del territorio de las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos de Autonomía reconocen la oficialidad de una lengua propia distinta del castellano y de las que poseen Derecho civil, especial o foral, o Derecho propio, se aplicarán los criterios de valoración que se establecen en los artículos siguientes.

Art. 2.º 1. Los miembros de la Carrera Judicial que deseen alegar como mérito preferente en los concursos de traslados el conocimiento oral y escrito de alguna de las lenguas propias de las Comunidades Autónomas solicitarán del Consejo General del Poder Judicial su reconocimiento a esos solos efectos y su anotación en el escalafón.

2. Con la solicitud aportarán un título o una certificación oficiales del conocimiento de la lengua expedido por el organismo competente.

3. La Comisión Permanente, tras examinar la autenticidad y suficiencia de la certificación presentada, acordará el reconocimiento o la denegación del mérito.

4. La resolución recaída se comunicará al interesado. Si fuere estimatoria se ordenará su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y su anotación en el escalafón.

Art. 3.º Al Juez o Magistrado que concurre a una plaza del territorio de una Comunidad Autónoma que tenga una lengua oficial propia, siempre que hubiere obtenido el reconocimiento del mérito correspondiente por haberlo solicitado con dos meses de anterioridad, como mínimo, a la fecha de convocatoria del concurso, se le asignará, a los solos efectos del concurso de traslado, el puesto escalafonal que le hubiese correspondido si se añadiesen seis años de antigüedad a la propia de su situación en el escalafón.

Art. 4.º 1. Los miembros de la Carrera Judicial que deseen alegar como mérito preferente en los concursos de traslados el conocimiento del Derecho civil, foral o especial de una Comunidad Autónoma, o el conocimiento del Derecho propio, reconocido estatutariamente, en las materias de competencia de una Comunidad Autónoma, solicitarán del Consejo General del Poder Judicial su reconocimiento a esos solos efectos y su anotación en el escalafón.

2. Con la solicitud aportarán un título oficial, expedido por la autoridad académica competente, que acredite dicho conocimiento.

3. En defecto del título a que se refiere el apartado anterior, podrán efectuar la solicitud acreditando la realización de cursos, seminarios, congresos y estudios jurídicos relevantes sobre la materia o la especialización derivada de la actividad judicial.

4. En el caso del apartado 2 de este artículo, la Comisión Permanente, valorando, a propuesta de la Comisión de Calificación la autenticidad y suficiencia del título presentado, reconocerá o denegará el mérito a efectos de concursos de traslados. Cuando reconozca la existencia del mérito, la Comisión Permanente precisará si se trata del Derecho civil, especial o foral, o del Derecho propio, reconocido estatutariamente, en las materias de la competencia de la Comunidad Autónoma.

5. En el caso del apartado 3 de este artículo, la Comisión de Calificación, valorando los cursos, seminarios, congresos y estudios jurídicos relevantes sobre la materia realizados, o la especialización derivada de la actividad judicial, propondrá al Pleno del Consejo General del Poder Judicial el reconocimiento o la denegación del mérito. Cuando reconozca la existencia del mérito, el Pleno precisará si se trata del Derecho civil, especial o foral, o del Derecho propio, reconocido estatutariamente, en las materias de la competencia de la Comunidad Autónoma.

6. Para decidir en el supuesto del apartado anterior el Consejo General del Poder Judicial podrá asesorarse con los informes de aquellos especialistas en la materia que estime conveniente.

7. La resolución recaída, en los casos de los apartados 4 y 5 de este artículo, se comunicará al interesado. Si fuere estimatoria, se ordenará su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y su anotación en el escalafón.

Art. 5.º Al Juez o Magistrado que concurre a una plaza del territorio de una Comunidad Autónoma a la que corresponda el reconocimiento del mérito preferente consistente en el conocimiento del Derecho civil foral o especial o del Derecho propio, siempre que obtuviere su reconocimiento por haberlo solicitado con dos meses de anterioridad, como mínimo, a la fecha de convocatoria del concurso, se le asignará, a los solos efectos del concurso de traslado, el puesto escalafonal que le hubiese correspondido si se añadiesen tres años de antigüedad a la propia de su situación en el escalafón.

Art. 6.º 1. El conocimiento del Derecho civil, foral o especial de la Comunidad Autónoma, se considerará como mérito preferente en relación con las siguientes plazas del territorio de la Comunidad:

- a) Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.
- b) Magistrados de Audiencia Provincial.
- c) Jueces de Primera Instancia.
- d) Jueces de Primera Instancia e Instrucción.

2. El conocimiento del Derecho propio en materias de la competencia de la Comunidad Autónoma se considerará como mérito preferente en relación con las siguientes plazas del territorio de la Comunidad:

- a) Presidente y Magistrados de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.
- b) Jueces de lo Contencioso-Administrativo.

Art. 7.º Cuando el Juez o Magistrado reuniere conjuntamente los méritos previstos en los artículos 3 y 5, el cómputo de años de antigüedad para la asignación de puesto escalafonal a efectos de la resolución del concurso será de nueve años.

2. *SENTENCIA de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1995 (Repertorio de Jurisprudencia ARANZADI 1995, núm. 3478).*

Interpuesto por diversos miembros de la Carrera Judicial recurso contencioso-administrativo, al amparo de la Ley 62/1978, contra Acuerdo del Pleno del Consejo del Poder Judicial de 23 de octubre de 1991, por el

que se aprobó el desarrollo reglamentario del artículo 341.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sobre valoración del conocimiento del idioma y derechos propios de las Comunidades Autónomas como preferentes en los concursos para Órganos Jurisdiccionales de su territorio, el TS lo estima, anulando el acuerdo impugnado, que lo declara no es conforme a Derecho.

Ponente: Excmo. Sr. don Mariano de Oro-Pulido y López.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Se impugna en este recurso el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 23 de octubre de 1991, por el se aprueba el desarrollo reglamentario del artículo 341.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio (RCL 1.985, 1.578, 2.635 y ApNDL 8.375), del Poder Judicial. Dicho precepto difiere a la determinación reglamentaria los criterios de valoración sobre el conocimiento del idioma y del Derecho civil especial y foral de las Comunidades Autónomas, como preferente en los concursos, para Órganos jurisdiccionales de su territorio.

Segundo: La impugnación se deduce por un grupo de miembros en activo de la Carrera Judicial, por entender que el referido desarrollo reglamentario vulnera el principio de legalidad, consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución (RCL 1.978, 2.836 y ApNDL 2.875), así como el de igualdad, reconocido en el artículo 14, en relación con el derecho de acceso a los cargos y funciones públicas en condiciones de igualdad, amparado, asimismo, en el artículo 23.2 del Texto Constitucional. Interesa ante todo precisar que el cauce procedimental utilizado por los recurrentes es el regulado en la Ley 62/1978, de 28 de diciembre (RCL 1.979, 21 y ApNDL 8.341), de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, por lo que la cuestión relativa a la supuesta extralimitación reglamentaria queda fuera del ámbito del presente proceso, reservado tan sólo a la defensa de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución. No existe, en cambio, dificultad alguna para proceder al examen del resto de las violaciones denunciadas, pues si, como sostienen los actores, los criterios de valoración recogidos en el Acuerdo recurrido fuesen irrazonables o desproporcionados, lesionarían el derecho a la igualdad del citado artículo 23.2, en cuanto supondría discriminación hacia quienes, pretendiendo acceder a un destino en la Comunidad Autónoma de que se trate, no pudieran alegar los méritos —conocimiento del idioma y del Derecho civil especial o foral— a que se refiere el citado artículo 341.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Criterio del que participa tanto el Ministerio Fiscal como el Abogado del Estado, aunque ambos entienden que en el presente caso no se produce la discriminación denunciada.

Tercero: El sistema establecido en el Acuerdo recurrido atribuye al Consejo General del Poder Judicial la facultad de reconocer, primero, como mérito, el conocimiento de la lengua o del Derecho civil propio, y

aplicarlo después a los concursos de traslado que se celebren, siempre, claro está, que se trate de la provisión de vacantes correspondientes a órganos jurisdiccionales del territorio de las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos reconozcan la oficialidad de una lengua propia distinta del castellano o de las que posean Derecho civil especial o foral. Para ello, los miembros de la Carrera Judicial que deseen alegar el referido «mérito preferente» deberán solicitar de aquel órgano de gobierno su reconocimiento, mediante la aportación, en el primer caso, del título o certificación oficial del conocimiento de la lengua «expedido por el organismo competente», y en el segundo, del título oficial «expedido por la autoridad académica competente» que acredite el conocimiento del Derecho civil foral o, en su defecto, acreditando la «realización de cursos, seminarios, congresos y estudios jurídicos relevantes sobre la materia o la especialización derivada de la actividad judicial» para lo que, en su caso, el Consejo podrá asesorarse «con los informes de aquellos especialistas en la materia que estime conveniente». Una vez reconocido el mérito, se asigna al interesado, a los dos solos efectos del concurso de traslado de que se trate, el puesto escalafonal que le hubiere correspondido si se añadiese seis años —en el primer caso— o tres —en el segundo— de antigüedad «a la propia de su situación en el escalafón».

Cuarto: Se critica, en primer lugar, por los demandantes la ausencia en el Acuerdo recurrido de criterios de valoración de los conocimientos aducibles como mérito preferente, así como el establecimiento, en su lugar, de una discrecionalidad absoluta, allí donde el legislador pretende establecer una valoración lo más reglada posible. En este sentido, interesa señalar que tanto el párrafo primero del artículo 340, relativo a la provisión de las plazas de Presidente de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias, como el segundo —objeto de desarrollo en el Acuerdo ahora impugnado— autorizan al Órgano de Gobierno de los Jueces a valorar como mérito, a efectos de los concursos de traslado, el conocimiento de la lengua o del Derecho civil foral en relación con los órganos jurisdiccionales establecidos en las Comunidades Autónomas que gocen de una lengua oficial propia o de un Derecho civil peculiar, pero no a valorar el grado de conocimiento que cada miembro del Poder Judicial tenga de dicha lengua o de dicha clase de Derecho civil, por exceder ello de las funciones y competencias atribuidas a dicho Órgano Constitucional e invadir las asignadas a otras Instituciones. En esta línea, obligado resulta señalar cómo el artículo 4º del Acuerdo recurrido atribuye al Consejo, a falta de «título oficial expedido por la autoridad académica competente», la facultad de sustituir a esta última en la expedición de dicho título, límite que no puede ser traspasado ni so pretexto de ausencia de aquella titulación. El certificado acreditativo del conocimiento de la lengua o del Derecho civil foral es, pues, ajeno al Consejo, a quien tan sólo corresponde la valoración, a efectos de los concursos de traslado, de dicho mérito, pero no la estimación de los conocimientos o aptitudes que cada Juez o Magistrado tenga en relación con dichas cuestiones, ya que, en otro caso, estaría invadiendo com-

petencias que no le corresponden. Ciertamente es que la no existencia de la necesaria titulación puede entorpecer la puesta en funcionamiento del sistema previsto en el indicado artículo 340.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, mas tal situación podrá determinar la adopción por parte del Consejo de medidas tendentes a su implantación, pero no atribuirse facultades extrañas a su específico cometido constitucional.

Quinto: Procede ya entrar en el análisis específico de los criterios de valoración adoptados por el Reglamento en cuestión, para determinar si se ha producido o no la discriminación denunciada. Ya hemos dicho que al Juez o Magistrado que concurre a una plaza del territorio de una Comunidad Autónoma que tenga una lengua oficial propia, siempre que hubiera obtenido previamente el reconocimiento del mérito correspondiente, se le asignará, a los solos efectos del concurso de traslado, «el puesto escalafonal que le hubiese correspondido si se añadiesen seis años de antigüedad a la propia de su situación en el escalafón». Se impone, pues, determinar si ese «plus» de antigüedad resulta o no desproporcionado tanto en sí mismo considerado como en relación con el otro mérito —conocimiento de Derecho civil especial o foral de la Comunidad Autónoma— que obtiene un reconocimiento menor —tres años—.

Sexto: No resulta fácil determinar cuál ha sido el criterio tenido en cuenta para otorgar seis años de antigüedad al conocimiento de la lengua propia de la Comunidad Autónoma, ya que tanto en los informes como en los borradores que precedieron el Acuerdo recurrido, según consta en el expediente administrativo, se reconoce tan sólo tres años, siendo en el momento de la adopción del acuerdo cuando se produjo dicha elevación. No obstante este silencio, el Abogado del Estado, en la contestación a la demanda, pretende vincular dicha decisión con lo establecido en el artículo 33.7 del Reglamento Orgánico del Cuerpo de Secretarios Judiciales, aprobado por Real Decreto 429/1988 de 29 de abril (RCL 1.988, 975), o en el artículo 51.6 del de Oficiales, Auxiliares y Agentes, aprobado por Real Decreto 2.003/1986, de 19 de septiembre (RCL 1.986, 2.996 y 3.158), que en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 471 de la LOPJ, prevén el reconocimiento de seis años complementarios de antigüedad en caso de que se acredite el conocimiento de la lengua propia de la Comunidad Autónoma correspondiente. Esta alegación, sin embargo, no parece suficiente por sí sola para justificar dicha equiparación, pues las distintas funciones o cometidos asignados a los Cuerpos al servicio de la Administración de Justicia y a los miembros de la Carrera Judicial se traducen, en lo que ahora importa, en una distinta vinculación con la utilización por parte de los administrados de su lengua propia. En todo caso, y retomando el tema que ahora nos ocupa, esto es, proporcionalidad o no del «plus» de antigüedad asignado por el conocimiento de la lengua y del Derecho civil especial o foral, interesa resaltar el distinto tratamiento que el Reglamento impugnado atribuye a uno y otro mérito, así, mientras al primero se le reconocen seis años, al segundo, tan sólo tres, y tal régimen no parece conforme con las funciones atribuidas a los destinatarios de la norma, ya que no se trata de la simple adjudicación de una plaza a un funcionario, sino

de la provisión de cargos judiciales, es decir, de nombramientos de Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, a quienes les está encomendada la interpretación de las normas en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, pese a lo cual se les asigna por un conocimiento extrajurídico —la lengua oficial de una Comunidad Autónoma— doble valoración que por uno estrictamente jurídico —Derecho civil propio de una Comunidad—.

Séptimo: No a otra conclusión se llega si se analiza aisladamente la valoración otorgada —seis años de antigüedad— al mérito de que se trata. en efecto, el régimen general de provisión de destinos judiciales, según lo dispuesto en los artículos 329.1 y 330.1 de la LOPJ, es el de antigüedad, contemplándose el conocimiento del idioma y del Derecho civil especial o foral en el artículo objeto de desarrollo en el Acuerdo recurrido como «mérito preferente». No se trata, pues, de una preferencia absoluta sino relativa, debiendo, en consecuencia, valorarse dicho mérito como un elemento complementario del criterio de antigüedad, pero no como un dato determinante para la adjudicación de la plaza de que se trate. Una simple ojeada al último escalafón de la Carrera Judicial revela la desproporción de la valoración ahora cuestionada, ya que no existiendo en la categoría de Juez ningún miembro con una antigüedad superior a seis años, la atribución, a los efectos de un concurso de traslado, de dicha antigüedad a quien reúna el citado mérito, supone en la práctica, cualquiera que fuere su situación en el escalafón, la consecución del puesto a que aspira, convirtiendo aquel simple mérito en una preferencia absoluta, no querida por la norma de cuyo desarrollo reglamentario ahora se trata. La valoración del conocimiento del idioma contenida en el Acuerdo recurrido no resulta, pues, razonable ni proporcionada en cuanto que impide el acceso a determinados cargos o destinos a los miembros de la Carrera Judicial que no reúnan tal mérito, vulnerándose con ello la igualdad reconocida por el artículo 23.2 de la Constitución.

Octavo: Procedente será por consecuencia la estimación del recurso; con imposición de costas a la Administración demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.3 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

3. *ACUERDO de 7 de junio de 1995, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se ordena la publicación de los Reglamentos de la Carrera Judicial, de la Escuela Judicial, de los Jueces de Paz, de los Órganos de Gobierno de Tribunales y de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, así como de la relación de ficheros de carácter personal existentes en el Consejo General del Poder Judicial* (BOE núm. 166, de 13 julio 1995).

Se transcriben a continuación exclusivamente los textos del ACUERDO y del ANEXO I (REGLAMENTO DE LA CARRERA JUDICIAL) que hacen referencia a la valoración de la lengua y del derecho propio de las Comunidades Autónomas.

ACUERDO

Artículo 1.

1. Se aprueban los siguientes Reglamentos, cuyo texto se incorpora como anexo al presente Acuerdo:

- a) Reglamento de la Carrera Judicial.
- b) Reglamento de la Escuela Judicial.
- c) Reglamento de los Jueces de Paz.
- d) Reglamento de los Órganos de Gobierno de Tribunales.
- e) Reglamento de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales.

2. No obstante lo dispuesto en el anterior apartado, el título III del Reglamento de la Carrera Judicial, relativo a la valoración de la lengua y del derecho propio de las Comunidades Autónomas queda sin contenido en virtud de lo dispuesto en la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1995, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 2524/1991.

[...]

Disposición adicional tercera. *Valoración de la lengua y del derecho propio de las Comunidades Autónomas.*

El título III del Reglamento 1/1995, de la Carrera Judicial, relativo a la valoración de la lengua y del derecho propio de las Comunidades Autónomas, queda sin contenido en virtud de la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1995, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 2524/1991.

[...]

ANEXO I

REGLAMENTO 1/1995, DE 7 DE JUNIO, DE LA CARRERA JUDICIAL

Exposición de motivos

IV

El artículo 341.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial obliga a la determinación reglamentaria de los criterios de valoración sobre el conocimiento del idioma y del Derecho civil especial o foral de las Comunidades Autónomas, como mérito preferente en los concursos para la cobertura de destinos judiciales dentro del territorio respectivo. El Consejo General del Poder Judicial, en su Acuerdo de 23 de octubre de 1991, aprobó el correspondiente desarrollo reglamentario del citado precepto, que fue posteriormente dejado en suspenso por un nuevo Acuerdo de 15 de enero de 1992. El presente desarrollo reglamentario es una trasposición literal del Acuerdo mencionado en primer lugar, estableciéndose mediante las correspondientes disposiciones de carácter adicional que la vigencia de los preceptos contenidos en el Título Tercero queda condicionada a la resolución que pueda recaer en los recursos contencioso-administrativos interpuestos ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

[...]

TÍTULO III

De la valoración del idioma y del Derecho foral y propio en los concursos para órganos jurisdiccionales en las Comunidades Autónomas

Los artículos 108 a 114, ambos inclusive, que conforman el presente título, quedan sin contenido en virtud de lo dispuesto en sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1995, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 1524/1991.

4. *BORRADOR DE REGLAMENTO de valoración de la lengua y el derecho foral y propio de las Comunidades Autónomas. Texto aprobado el 1 de marzo de 1995 por la Comisión de Estudios e Informes para iniciar el trámite de información.*

El capítulo I de este Borrador de Reglamento trata de «la valoración del idioma y del derecho foral y propio en los concursos para órganos jurisdiccionales en las Comunidades Autónomas» y su contenido, como dice el párrafo primero de la disposición adicional única, constituye una trasposición del acuerdo reglamentario de 23 de octubre de 1991 dictado en desarrollo del art. 341.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (ver documento 1). Aunque el Borrador es anterior a la Sentencia y al Acuerdo transcritos, publicamos para completar la información sobre el tema el contenido de sus capítulos II y siguientes.

CAPÍTULO II

DE LA VALORACIÓN DE LA LENGUA Y DEL DERECHO FORAL Y PROPIO EN LA PROVISIÓN DE PLAZAS DE PRESIDENTES DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA Y DE AUDIENCIAS

Artículo 8.1. Producida una vacante en las plazas de Presidente del Tribunal Superior de Justicia o de la Audiencia Provincial en las Comunidades Autónomas que, de conformidad con sus Estatutos, posean Derecho propio, el Consejo General del Poder Judicial valorará como mérito preferente para su cobertura por los Magistrados que reúnan los requisitos generales previstos en los artículos 336 y 337 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la especialización en los respectivos Derechos propios de aquellas, tanto civil especial o foral, como Derecho público producido en materias sobre las que hayan asumido competencias normativas.

2. Dicha valoración se efectuará de conformidad con los criterios y procedimientos establecidos en el Capítulo I del presente Reglamento.

Artículo 9.1. Del mismo modo, para cubrir las plazas de Presidente de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias de aquellas Comunidades Autónomas que tengan una lengua oficial propia, el conocimiento oral y escrito de ésta, debidamente acreditado por medio de certificación oficial, se valorará también, junto con el previsto en los artículos anteriores, como mérito preferente.

2. Dicha valoración se efectuará de conformidad con los criterios establecidos en el Capítulo I del presente Reglamento.

CAPÍTULO III

DE LA VALORACIÓN DE LA LENGUA Y DEL DERECHO FORAL Y PROPIO EN LAS MEDIDAS DE REFUERZO EN LA TITULARIDAD DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES

Artículo 10. De conformidad con lo establecido en el artículo 216 bis 3) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Sala de Gobierno valorará, de acuerdo con los criterios contenidos en el Capítulo I del presente Reglamento, el conocimiento del Derecho o de la lengua y el Derecho sustantivo propios de la Comunidad Autónoma en que vaya a tener lugar la comisión de servicio.

CAPÍTULO IV

DE LA VALORACIÓN DE LA LENGUA EN EL INGRESO EN LA CARRERA JUDICIAL

Artículo 11. La valoración del conocimiento de la lengua y derechos propios, a que se refiere el artículo 313.2 g) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se efectuará de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Ingreso a la Carrera Judicial.

CAPÍTULO V

DE LA VALORACIÓN DE LA LENGUA EN LA COBERTURA DE PLAZAS DE JUECES EN RÉGIMEN DE PROVISIÓN TEMPORAL

Artículo 12. La valoración de la lengua y derechos propios, a que se refiere el artículo 431.1 f) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se realizará de conformidad con lo establecido en el Reglamento de los Jueces de Provisión Temporal.

DISPOSICIÓN ADICIONAL ÚNICA

1. El contenido del Capítulo I del presente Reglamento constituye una trasposición del acuerdo reglamentario de 23 de octubre de 1991 dictado en desarrollo del artículo 341.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. La vigencia de los preceptos que contiene el presente Reglamento queda condicionada a la resolución que pueda recaer en torno a la suspensión acordada por el propio Consejo General del Poder Judicial, en su sesión de 15 de enero de 1992.

1 de marzo de 1995

C) CREACIÓN Y ESTATUTOS DE LA ACADEMIA ARAGONESA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

REAL DECRETO 2191/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación y se aprueban sus Estatutos («BOE» núm. 15, de 17 de enero de 1996).

Con objeto de propiciar, estimular y difundir estudios e investigaciones de carácter jurídico, un grupo de profesionales del Derecho, residentes en Aragón, ha interesado la creación de una entidad que desempeñe con carácter autonómico una función relevante en el indicado campo, manteniendo una estrecha colaboración con la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, iniciativa que esta Corporación ha valorado de forma positiva.

En su virtud, a propuesta del Ministro de Educación y Ciencia, con informe favorable del Instituto de España, y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 28 de diciembre de 1995,

DISPONGO:

Artículo único.

Se crea la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación, que se regirá por los Estatutos que se acompañan como anexo al presente Real Decreto.

Disposición final única.

El presente Real Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dado en Madrid a 28 de diciembre de 1995.

JUAN CARLOS R.

El Ministro de Educación y Ciencia,
JERÓNIMO SAAVEDRA ACEVEDO

ANEXO

Estatutos de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo 1.º

Con el nombre de Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación se crea en Aragón una entidad autónoma, con personalidad jurídica propia, que se regirá por la normativa general en la materia y, en cuanto a ella no se opongán, por los presentes Estatutos.

La Academia aprobará, además, un reglamento de régimen interno.

Artículo 2.º

La Academia tendrá ámbito autonómico, circunscrito al territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Su sede radicará en la ciudad de Zaragoza, sin perjuicio de que la Academia pueda celebrar sesiones en otras localidades del territorio aragonés.

Artículo 3.º

Son fines principales de la Academia el estudio, la investigación, promoción y difusión del Derecho, con especial dedicación al tradicional Derecho civil o foral aragonés.

Artículo 4.º

Para el cumplimiento de sus fines, la Academia podrá realizar cualesquiera actividades propias de la misma, y en particular:

- a) La celebración de sesiones académicas de estudio y debate en materias de su competencia.
- b) Actos públicos encaminados a la promoción y difusión del Derecho aragonés.
- c) Edición de libros, revistas, folletos y similares.
- d) Convocatoria de becas de estudio e investigación.
- e) Emisión de informes y dictámenes, siempre que los mismos tengan carácter gratuito y no se efectúen a favor de particulares.

Artículo 5.º

Para la realización de sus actividades, la Academia podrá celebrar ciertos temporales con cualquier entidad, pública o privada, que, por su propia naturaleza, no desmerezca de los propios fines de la Academia.

En particular, ésta buscará la más estrecha colaboración posible con la Universidad de Zaragoza y con los Colegios profesionales jurídicos con sede en la Comunidad Autónoma.

TÍTULO I

Los académicos

Artículo 6.º

La Academia estará constituida por 25 Académicos Numerarios, un máximo de 25 Académicos Correspondientes, un número indeterminado de Académicos Supernumerarios, y podrá nombrar además hasta tres Académicos de Honor.

Artículo 7.º

Para ser Académico Numerario, se requiere tener vecindad civil aragonesa, un mínimo de 15 años de ejercicio de una profesión jurídica en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, tener residencia efectiva en ésta al tiempo de ser designado y gozar de reconocida fama y prestigio en el desempeño de su actividad profesional.

Artículo 8.º

Los aragoneses que lleven más de 15 años de ejercicio de una profesión jurídica, y desenvuelvan su normal actividad fuera del territorio de Aragón, podrán ser elegidos Académicos Correspondientes.

Por el simple hecho de su traslado a la Comunidad Autónoma de Aragón, el Académico Correspondiente no adquirirá la cualidad de Numerario, aunque podrá mantener la anterior para la que fue elegido.

Artículo 9.º

La Academia podrá elegir hasta tres Académicos de Honor entre aquellas personas, de gran prestigio profesional, que se hayan destacado por su extraordinaria aportación al estudio, promoción y difusión del Derecho aragonés.

Artículo 10.

El cargo de Académico será vitalicio. No obstante, cuando a juicio de al menos dos terceras partes de los Académicos Numerarios, se den especiales circunstancias de salud, dedicación, prestigio o cualquiera otra que lo aconsejen, la Academia, en sesión plenaria y con votación secreta, podrá acordar el pase de cualquiera de ellos, Numerarios o Correspondientes, a la categoría de Supernumerario.

Artículo 11.

En caso de vacante de un cargo de Académico Numerario, la Academia cubrirá el sillón correspondiente en un plazo no superior a un año.

Artículo 12.

Para ingresar en la Academia se precisa que el candidato sea formalmente propuesto por al menos tres Académicos Numerarios, y que voten a su favor las dos terceras partes de todos los Académicos Numerarios.

El Académico electo no adquirirá la cualidad de Numerario, Correspondiente o de Honor, según los casos, mientras no pronuncie su correspondiente discurso de ingreso.

Artículo 13.

Los Académicos electos deberán leer su discurso de ingreso en el plazo máximo de seis meses desde que les sea notificada la elección. En caso contrario, y salvo supuesto de fuerza mayor apreciada por la mayoría de la Academia, decaerá el nombramiento, y el sillón correspondiente quedará vacante.

La Academia organizará los actos de lectura de los discursos de ingreso con la mayor solemnidad posible, dando a los mismos la máxima difusión y publicidad.

Artículo 14.

En ningún caso se podrá elegir simultáneamente a más de un Académico, y entre la elección de uno y otro deberá mediar, al menos, un plazo de tres meses.

Artículo 15.

De toda elección de Académicos que la Academia Aragonesa efectúe, dará cuenta inmediata a la Academia Nacional y al Instituto de España.

Artículo 16.

En su composición definitiva, la Academia mantendrá el máximo de equilibrio entre todos los sectores jurídicos de la Comunidad, eligiendo, en cuanto ello sea posible, similar número de Académicos Numerarios por cada uno de ellos.

Artículo 17.

Todo Académico Numerario que traslade su residencia fuera del territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, transcurridos dos años desde su salida de ésta, perderá la condición de Numerario, y pasará a tener la de Correspondiente, si existiere vacante en esta categoría, o cuando la misma se produzca; entre tanto, tendrá la condición de Supernumerario.

Su sillón en la Academia quedará vacante y procederá a cubrirse en la forma prevista en estos Estatutos para la elección de nuevos Académicos.

Artículo 18.

El cargo de Académico es honorífico y gratuito, sin perjuicio del régimen de dietas que el Pleno de la Academia pueda establecer.

Artículo 19.

Todo Académico Numerario tendrá derecho a ocupar un sillón en las reuniones de la Academia, el cual estará identificado por un signo que le singularizará del resto de los sillones.

Artículo 20.

Los tratamientos y títulos que hayan de ostentar los Académicos, así como la posibilidad de usar distintivos, insignias y medallas, serán acordados por el Pleno de la Academia para su posterior ratificación por el Instituto de España.

Artículo 21.

Todos los Académicos deberán cumplir cuantas obligaciones les impongan los presentes Estatutos, las normas y acuerdos de régimen interno que la Academia apruebe, y las que se deriven de la normativa general aplicable.

TÍTULO II

Órganos de gobierno

Artículo 22.

Son órganos de gobierno de la Academia:

a) El Pleno; y b) La Mesa.

Podrán, además, constituirse cuantas Ponencias y Comisiones se considere oportunas, las cuales actuarán por delegación del órgano de gobierno que las haya creado, y dentro de los límites y con las condiciones que el mismo establezca.

Artículo 23.

El Pleno de la Academia estará constituido por todos los Académicos Numerarios.

La Mesa, elegida por el Pleno, estará integrada por un Presidente, un Secretario, un Tesorero y un Censor.

Artículo 24.

El Pleno de la Academia se reunirá en sesión ordinaria de trabajo, por lo menos, una vez al mes. En sesión extraordinaria, cuando así lo acuerde la Mesa o lo solicite, al menos, la mitad más uno de los Académicos Numerarios.

Artículo 25.

Como mínimo dos veces al año, serán citados a Pleno, y podrán asistir a él con voz y sin voto, los Académicos de Honor, los Correspondientes y los Supernumerarios.

Artículo 26.

La convocatoria a Pleno la efectuará el Presidente con, al menos, tres días de antelación, por el procedimiento que internamente se haya acordado, y con expresión de lugar, día, hora y asuntos a tratar.

Artículo 27.

Quedará válidamente constituido el Pleno de la Academia cuando concurra a él, por lo menos, la mitad más uno de los Académicos Numerarios.

Artículo 28.

Presidirá las sesiones del Pleno el Presidente de la Mesa, y actuará de Secretario el que lo sea de ésta.

El Presidente moderará los debates, concederá, negará y retirará la palabra, y gozará de las más amplias facultades en orden a la dirección de las sesiones.

De toda reunión del Pleno se levantará Acta, la cual, una vez aprobada en la siguiente reunión, será firmada por el Secretario con el visto bueno del Presidente.

Artículo 29.

Los acuerdos que no tengan en estos Estatutos un «quorum» distinto de votación, serán aprobados cuando voten a su favor más de la mitad de los Académicos Numerarios asistentes a la sesión.

Cuando se trate de someter a votación diferentes propuestas alternativas, quedará aprobada aquélla que obtenga mayor número de votos a su favor.

Artículo 30.

Para la modificación de estos Estatutos, así como para acordar cualquier alteración sustancial de la Academia, o su disolución, se requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los Académicos Numerarios, convocados en sesión extraordinaria al efecto.

Artículo 31.

Los Académicos que voten en contra de un determinado asunto que haya sido aprobado por mayoría, podrán formular su reserva de voto, mediante escrito razonado, que habrán de hacer llegar a la Secretaría de la Mesa en los tres días siguientes a la celebración de la correspondiente sesión.

Los votos reservados quedarán incorporados al Acta de la reunión.

Artículo 32.

La Mesa de la Academia, bajo la dirección de su Presidente, se reunirá siempre que éste lo considere conveniente, cuando lo solicite la mayoría de sus componentes y en todo caso en que haya de convocarse sesión de Pleno.

Artículo 33.

La Mesa será el órgano ejecutivo de la Academia, actuará por delegación del Pleno y tendrá como misiones principales el cumplimiento y eje-

cución de los acuerdos adoptados por éste y la realización de las actividades ordinarias de gestión encaminadas al mejor funcionamiento de la Academia.

Artículo 34.

La Mesa quedará válidamente constituida y podrá adoptar acuerdos cuando esté presente la mayoría de sus miembros.

Los acuerdos se adoptarán por mayoría de los presentes. En caso de empate, el Presidente gozará de voto de calidad.

Artículo 35.

El Presidente de la Mesa lo es también de la Academia.

Ejerce las más altas funciones de representación de la misma, convoca las reuniones de la Mesa y del Pleno, y ordena y dirige sus debates.

Artículo 36.

El Secretario de la Mesa, que lo será también de la Academia, es el encargado de redactar y conservar bajo su custodia las Actas de la Mesa y del Pleno, y certificar de las mismas.

Sustituirá al Presidente en los supuestos de vacante, enfermedad, ausencia o imposibilidad, y siempre que el mismo le delegue.

Artículo 37.

El Tesorero es el encargado de llevar la contabilidad de la Academia, aprueba con su firma y la del Presidente los gastos e ingresos acordados, confecciona el presupuesto anual y tiene bajo su custodia los libros correspondientes.

Sustituirá al Secretario en los casos de vacante, enfermedad, ausencia o imposibilidad del mismo.

Artículo 38.

El Censor tiene como misión el control y vigilancia de la tesorería y contabilidad de la Academia, en los términos que se establezcan reglamentariamente.

Sustituye al Tesorero en los supuestos de vacante, enfermedad, ausencia o imposibilidad del mismo.

Artículo 39.

Los cargos de la Mesa serán elegidos en sesión plenaria, a la que podrán ser convocados, con voz y sin voto, los Académicos de Honor y los Correspondientes.

La renovación de cargos deberá efectuarse, por mitad, cada cuatro años. No obstante, todos los cargos podrán ser reelegidos indefinidamente.

TÍTULO III

Régimen económico

Artículo 40.

La Academia tendrá patrimonio propio, el cual se nutrirá de cuantos bienes y derechos adquiera legítimamente, por cualquier título, y en particular:

- a) Las subvenciones que se le concedan.
- b) Las donaciones, herencias y legados procedentes de entidades públicas o de particulares.
- c) Las rentas de sus propios bienes.
- d) El producto de sus ediciones y publicaciones.

Artículo 41.

El Pleno de la Academia aprobará anualmente un presupuesto, cuyo activo estará integrado por los ingresos que reciba, sin que entre ellos pueda preverse el cobro de cuotas a los Académicos, de las que éstos quedan exonerados.

Artículo 42.

Todas las actividades de la Academia tendrán carácter gratuito, sin que por ellas pueda percibirse remuneración alguna.

Artículo 43.

En caso de disolución de la Academia se dará a su patrimonio el destino que prevea la normativa general al respecto, y en su defecto, corresponderá su determinación a la Diputación General de Aragón.

Disposición transitoria primera.

Para la constitución y puesta en funcionamiento de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación se formará una Comisión Gestora, integrada inicialmente de cinco juristas aragoneses residentes en territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, pertenecientes a diferentes profesiones jurídicas.

De entre ellos se nombrará a un Presidente, un Secretario, un Tesorero y un Censor.

Disposición transitoria segunda.

Aprobada que sea la constitución de la Academia, los cargos electos de la Gestora pasarán a integrar la Mesa provisional de aquélla.

Disposición transitoria tercera.

Desde ese mismo momento, todos los miembros de la Comisión Gestora tendrán la condición de Académicos electos, no adquiriendo la de Numerarios mientras no pronuncien su discurso de ingreso.

Materiales

Disposición transitoria cuarta.

En el plazo máximo de un año desde su constitución, la Academia procederá a la elección, en Pleno, de su primera Mesa.

La Mesa así elegida renovará a los dos años los cargos de Secretario y Censor. El Presidente y el Tesorero serán renovados dos años después.

Disposición transitoria quinta.

Mientras la Academia no quede integrada por los 25 primeros Académicos Numerarios, el plazo previsto en el artículo 14 quedará reducido a un mes.

NOTICIAS*

* Sección pensada para informar de conferencias, seminarios, cursos, jornadas, encuentros, congresos, premios, becas y, en general, de las novedades o "noticias" que se vayan produciendo y tengan algún interés para los profesionales y estudiosos del Derecho civil aragonés. Los conocedores de alguna noticia de este tipo pueden remitir a la Revista la información oportuna.

A) QUINTOS ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS

Por quinto año consecutivo se han celebrado durante el pasado mes de noviembre de 1995 los Encuentros del Foro de Derecho Aragonés que han contado, como viene siendo habitual, con una nutrida asistencia de público, llegándose incluso a superar en alguna de las sesiones las 200 personas.

La primera sesión, celebrada el día 14 de noviembre, tuvo como objeto *El régimen de luces y vistas: relaciones de vecindad y servidumbres*, ponencia que corrió a cargo del Magistrado de la Audiencia Provincial de Huesca don Gonzalo Gutiérrez Celma, con el que colaboraron el Registrador de la Propiedad don Enrique Gonzalvo Bueno y el abogado don David Arbués Aísa.

El día 21 de noviembre tuvo lugar la segunda sesión en la que el Catedrático de Derecho Procesal don Ángel Bonet Navarro disertó sobre *La Junta de Parientes: Supuestos actuales de intervención. Su posible extensión a otros*, colaborando en esta ponencia el Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Zaragoza don Antonio-Luis Pastor Oliver y el Notario don Emilio Latorre Martínez de Baroja.

La última sesión, celebrada el día 28 de noviembre, contó con una ponencia a cargo del Notario don Adolfo Calatayud Sierra acerca de *La sustitución legal en Aragón (el artículo 141 de la Compilación)* en la que colaboraron el Catedrático de Derecho Civil don Carlos Martínez de Aguirre Aldaz y el Registrador de la Propiedad don José García Almazor.

Todas las sesiones se desarrollaron en el Salón de Actos del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, siendo seguidas de interesantes coloquios en los que fue muy destacable la participación del público asistente.

B) BECAS DEL JUSTICIA DE ARAGÓN PARA EL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARAGONÉS

1. 1994/1995

El pasado mes de diciembre concluyeron su colaboración con la Institución las becarias del Justicia de Aragón - 1994/1995.

Doña María Monzón Julve ha llevado a cabo un completo trabajo sobre «*La protección de menores: hacia un marco legislativo integral*», en el que se analiza la legislación estatal, la aragonesa y la del resto de Comunidades Autónomas, deteniéndose de un modo especial en la regulación aragonesa y en el examen de los aspectos procesales de la protección de menores, realizando interesantes propuestas legislativas.

Doña María Biesa Hernández ha centrado su actividad en la tradicional legítima foral o formularia. Su trabajo «*A propósito de la legítima foral*» examina el nacimiento y posibles causas originadoras de la legítima foral y la eventual pervivencia de la misma a la vista del modelo establecido en la Compilación de 1967. De modo singular realiza un exhaustivo análisis de la jurisprudencia sobre la materia desde 1854 hasta nuestros días.

2. 1995/1996

Como en años anteriores, el Justicia de Aragón convocó el pasado mes de septiembre dos becas para el estudio e investigación de nuestro Derecho propio, dirigidas a estudiantes de último curso de la carrera de Derecho.

Las becas, que se conceden siguiendo como único criterio de selección el expediente académico, pretenden ser un cauce de estímulo de los estudios sobre nuestro Derecho privativo y, a la vez, prestar reconocimiento público a los más destacados alumnos, al concluir su licenciatura.

Tras la valoración por el Tribunal de Selección de los expedientes académicos de los aspirantes, los seleccionados con máxima puntuación resultaron los siguientes:

— Don José Alberto Fortún Costea 42 puntos

— Don José Luis Calvo Miranda 40 puntos

La adjudicación de las becas se llevó a cabo por Resolución de 15 de noviembre de 1995, publicada en el Boletín Oficial de Aragón nº 139, de 22 de noviembre. Los becarios iniciaron su actividad en el mes de diciembre de 1995.

C) SEMINARIO DE JURISPRUDENCIA CIVIL

La Cátedra «Miguel del Molino» de la Institución «Fernando el Católico» ha celebrado varios Seminarios de jurisprudencia sobre temas de Derecho civil aragonés en el año 1995.

La primera sesión se celebró el 16 de mayo de 1995. La sentencia elegida fue la emitida por el TSJA de 11 de julio de 1994. Tomando como base esta

sentencia se abordó centralmente el tema de la viudedad y los límites imperativos a la misma impuestos en el art. 73 CA, así como el tipo de invalidez determinado en dicha norma.

Los ponentes para esta sesión fueron don Jesús Delgado Echeverría y don Adolfo Calatayud Sierra. En esta ocasión se contó con la presencia del ponente de la sentencia objeto de debate, el Excmo. Sr. San Román Moreno.

La segunda sesión tuvo lugar el 27 de junio de 1995, y la sentencia objeto de comentario fue la emitida por el TSJA en la fecha de 10 de abril de 1995. Los principales temas fueron el Derecho transitorio y la nulidad o anulabilidad de las enajenaciones de bienes comunes realizadas por un consorte sin la intervención del otro. Actuaron como ponentes don Jesús Delgado Echeverría y don José Luis Batalla Carilla.

La tercera y última sesión tuvo lugar el 25 de octubre de 1995, en torno, en esta ocasión, a la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1994, que trata sobre una cuestión de vecindad civil, y la posibilidad de que en el Derecho interregional se pueda apreciar el fraude de ley, y sobre todo las consecuencias que se derivan de su aplicación. Intervinieron como ponentes don Jesús Delgado Echeverría y don Honorio Romero Herrero.

En todas estas sesiones los participantes han conocido y estudiado de antemano la sentencia comentada, por lo que sus intervenciones han sido la parte más interesante del Seminario, que prosigue en sus reuniones durante 1996.

D) CURSO DE DERECHO ARAGONÉS Y ESTUDIOS DE TERCER CICLO SOBRE DERECHO ARAGONÉS

1. En el curso académico 1995-96 la «Cátedra Lacruz Berdejo», de la Diputación General de Aragón, en colaboración con la Escuela de Práctica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, ha vuelto a organizar el Curso de «Derecho Aragonés», que llega así a su sexta edición.

El curso, que abarca tanto el Derecho Público como el Privado, y está dirigido a Licenciados en Derecho (excepcionalmente, alumnos de quinto curso), tiene una duración de 250 horas y se desarrolla los martes y jueves de cada semana, desde noviembre a junio. El Director del Curso es el Prof. Embid Irujo, responsable asimismo del área de Derecho administrativo. De las demás áreas son responsables los Profesores Delgado Echeverría (Derecho civil), Cayón Galiardo (Derecho financiero) y Contreras Casado (Derecho constitucional), todos ellos catedráticos de la correspondiente asignatura.

2. El Departamento de Derecho Privado ofrece de nuevo para el curso 1995-96 en su Programa de Doctorado enseñanzas específicas sobre Derecho civil aragonés. Este años las asignaturas son dos, ambas a cargo del Prof. Delgado Echeverría, Catedrático de Derecho civil: «Las fuentes históricas del Derecho civil aragonés» (asignatura que se oferta también en los programas de los Departamentos de Historia medieval y de Historia moderna) y «Derecho civil aragonés: sucesiones, bienes, obligaciones». Esta última asignatura sustituye a la de «Instituciones del Derecho civil aragonés», que se venía impartiendo desde hace años, con la intención de impartir «Derecho de la persona y de la familia» en el curso 1996-97.

E) MODIFICACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA «COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL» Y NUEVA COMPOSICIÓN

1. DECRETO 10/1996, DE 20 DE FEBRERO, DE LA DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN, POR EL QUE SE REGULA LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL.. (BOA NÚM. 24 DE 28 DE FEBRERO).

La Comisión Aragonesa de Derecho Civil, creada por Decreto 162/1994, de 12 de julio, y heredera de la Comisión Asesora sobre Derecho Civil Aragonés, ha venido, desde su creación, desplegando una importante actividad en el estudio del Derecho Civil y especialmente, en el ámbito de su posible modificación y desarrollo. La composición de dicha Comisión, integrada por juristas de reconocido prestigio en el campo del Derecho Civil Aragonés, ha recogido las perspectivas de las diversas profesiones jurídicas que proyectan su actividad en este ámbito. Esta realidad de su plural composición parece exigir, sin embargo, un reflejo expreso en su normativa reguladora, al tiempo que se posibilita la intervención en la designación de sus miembros de aquellas instituciones o corporaciones representativas de intereses profesionales de cuyo seno han de surgir los vocales integrantes de la Comisión,

Por cuanto antecede, a propuesta del Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales, previa deliberación de la Diputación General en su reunión celebrada el día 20 de febrero de 1996.

DISPONGO:

Artículo primero.— La Comisión Aragonesa de Derecho Civil es un órgano consultivo adscrito orgánicamente al Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, que tiene por objeto asesorar a la Diputación General en el ejercicio de sus competencias de conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Aragonés.

Artículo segundo.—Son funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil:

a) Informar con carácter preceptivo los Anteproyectos de Ley de conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Aragonés, así como los del Derecho Procesal Civil derivado de las peculiaridades de aquél.

b) Elaborar los Anteproyectos de Ley sobre las citadas materias que el Gobierno de Aragón le encomiende.

c) Conocer y evaluar el grado de aplicación del Derecho Civil Aragonés y las nuevas demandas que se produzcan en su desarrollo, informando, en su caso, sobre la conveniencia de su modificación o desarrollo.

d) Proponer al Gobierno de Aragón la adopción de cuantas medidas estime convenientes para la conservación, modificación o desarrollo del Derecho Civil Aragonés.

f) En general, el asesoramiento, estudio y propuesta a la Diputación General en materia de Derecho Civil Aragonés y especialidades procesales derivadas de aquel Derecho sustantivo.

Artículo tercero.— 1. La Comisión estará compuesta por un mínimo de 5 y un máximo de 11 miembros, nombrados por Decreto del Presidente de la Diputación General de Aragón a propuesta del Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales, entre juristas de reconocido prestigio por su labor profesional o investigadora en el campo del Derecho Civil Aragonés, de acuerdo con el procedimiento previsto en el apartado siguiente.

2. Podrán proponer un vocal las siguientes Autoridades, Instituciones o Corporaciones, comunicándolo al Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales:

—El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

—Los Colegios de Abogados de Zaragoza, Huesca y Teruel, de común acuerdo, un vocal.

—El Colegio Notarial de Aragón.

—La Junta Territorial de Aragón del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

—La Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

El resto hasta completar el número máximo de vocales podrá ser propuesto libremente por el Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales.

3. La Comisión propondrá al Presidente de la Diputación General el nombramiento de un Presidente y un Secretario de entre sus miembros.

4. A las reuniones de la Comisión podrá asistir el Director General de Asuntos Jurídicos y Coordinación Normativa de la Diputación General de Aragón.

5. Los nombramientos de Presidente, Secretario y Vocales de la Comisión Asesora tendrán carácter honorífico.

Artículo cuarto.—La Comisión elaborará sus propias normas de funcionamiento, que someterá a la aprobación de la Diputación General en el plazo de un mes a partir de su constitución.

2. La Comisión elaborará cada año una memoria de lo actuado, que será elevada a la Diputación General a través del Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales.

DISPOSICIÓN TRANSITORIA

Los actuales miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil continuarán en el desempeño de sus funciones hasta tanto no se produzca el nombramiento de los nuevos vocales conforme al procedimiento previsto en el presente Decreto.

DISPOSICIÓN DEROGATIVA

Queda derogado el Decreto 162/1994, de 12 de julio, por el que se creaba la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, y cuantas Disposiciones se opongan a lo dispuesto en el presente Decreto.

DISPOSICIÓN FINAL

El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial de Aragón».

Dado en Zaragoza, a veinte de febrero de mil novecientos noventa y seis.

El Presidente de la Diputación General

SANTIAGO LANZUELA MARINA.

**El Consejero de Presidencia
y Relaciones Institucionales**

MANUEL GIMÉNEZ ABAD

2. DECRETO DE 19 DE ABRIL DE 1996, DE LA PRESIDENCIA DE LA DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN, POR EL QUE SE NOMBRAN VOCALES DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL. (BOA NÚM. 47, DE 24 DE ABRIL.).

Por Decreto 10/1996, de 20 de febrero, se regula la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, creada por Decreto 162/1994, de 12 de julio.

La Comisión estará compuesta, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 de esta norma, por un máximo de 11 miembros, designados entre juristas de reconocido prestigio por su labor profesional o investigadora en el campo del Derecho Civil Aragonés.

En ejercicio de la competencia que me atribuye el artículo 3.1. del citado Decreto, y a propuesta de las instituciones o corporaciones de intereses profesionales señalados en el apartado 2 de este artículo y del Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales, dispongo:

Primero.— Nombrar vocales de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, a los siguientes juristas de reconocido prestigio por su labor profesional o investigadora en el campo del Derecho Civil Aragonés, propuestos por las instituciones o corporaciones de intereses profesionales:

Don Joaquín Cereceda Marquínez, Magistrado Jubilado: a propuesta del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Don Ramón Torrente Giménez, Abogado: a propuesta de los Colegios de Abogados de Zaragoza, Huesca y Teruel.

Don Adolfo Calatayud Sierra, Notario: a propuesta del Colegio Notarial de Aragón.

Don José García Almazor, Registrador de la Propiedad: a propuesta de Junta Territorial de Aragón del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.

Don Jesús Delgado Echeverría, Catedrático de Derecho Civil: a propuesta de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

Segundo.— Nombrar vocales de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, a los siguientes juristas de reconocido prestigio por su labor profesional o investigadora en el campo del Derecho Civil Aragonés, a propuesta del Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales:

Don José Luis Batalla Carilla, Registrador de la Propiedad.

Don Fernando García Vicente, Fiscal-Jefe de la Audiencia Provincial de Huesca.

Don Jesús Martínez Cortés, Notario.

Don Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo, Abogado.

Don José Antonio Serrano García, Profesor Titular de Derecho Civil.

Zaragoza, a 19 de abril de 1996.

El Presidente de la Diputación General

SANTIAGO LANZUELA MARINA

Por Decreto de 13 de mayo de 1996, de la Presidencia de la Diputación General de Aragón (BOA núm. 55, de 15 de mayo), se nombra Presidente de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil a D. Jesús Delgado Echeverría, Catedrático de Derecho Civil. Y, por otro Decreto de la misma fecha y procedencia, se nombra Secretario a D. Adolfo Calatayud Sierra, Notario.

BIBLIOGRAFÍA

A) RECENSIONES

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen, *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1995, 353 páginas. Prologado por don Jesús DELGADO ECHEVERRÍA.

He presenciado desde la barrera el esfuerzo que ha venido desenvolviendo mi compañera, la Dra. M^a del Carmen BAYOD LÓPEZ, en la elaboración de esta obra. Constituye una parte de su tesis doctoral, realizada bajo la dirección del profesor DELGADO ECHEVERRÍA —autor del prólogo—, y brillantemente defendida ante una comisión de doctores que destacó su calidad, posteriormente confirmada por la obtención del premio extraordinario de doctorado de la Universidad de Zaragoza. Todas estas circunstancias me decidieron a leer la obra con el convencimiento de que me enriquecería, como efectivamente ha ocurrido.

Se trata de un estudio de Derecho civil aragonés, en el que se analiza el tema de los sujetos de las capitulaciones matrimoniales en cada una de las diferentes normas que históricamente han estado vigentes en Aragón. Este tratamiento permite al lector extraer, sin dificultad, una visión general de este ordenamiento —aparte, claro está, de los conocimientos específicos sobre el tema objeto de la obra—; y, a la autora, reencontrar la raíz histórica ausente en la formulación de determinadas normas de la vigente Compilación, así como efectuar propuestas *de lege ferenda* dirigidas al legislador autonómico.

Nada más hojear las páginas que contienen el índice de la obra se atisba el minucioso tratamiento del tema, así como la presencia de un hilo conductor en su desarrollo; apreciaciones ambas que se confirman al finalizar la lectura.

El libro se dispone sistemáticamente en tres partes bien diferenciadas. En la primera, la autora consigue estructurar la mente del lector a propósito del instituto que se analiza, introduciendo una serie de precisiones y distinciones que se tornan absolutamente necesarias en el seguimiento de discurso jurídico contenido en la obra.

La más preciada para el lector dedicado al estudio del Código civil es, sin duda, la diferente tipología de capitulaciones matrimoniales en función de las diversas realidades socioeconómicas en las que puede manifes-

tarse este instituto. Por una parte, la familia neolocal o urbana no precisa la pervivencia de los elementos patrimoniales de subsistencia a través de sucesivas generaciones, lo que determina un sistema sucesorio a partes iguales. Por contra, el mantenimiento intergeneracional de los bienes que sirven de medio de vida, se hace absolutamente imprescindible en la familia patrivirolocal o extensa; el sistema sucesorio tiende, consecuentemente, a ser unipersonal. A la primera realidad responde la concepción de los capítulos en el Código civil; la segunda, es más propia de los Derechos territoriales, entre ellos el aragonés.

Estas diferencias sociológicas trascienden a la estructura de las capitulaciones, que presentan un sustrato subjetivo distinto en cada uno de estos dos tipos. En el seno de la familia neolocal, suelen intervenir únicamente los cónyuges. Si concurren otros sujetos, es simplemente para aportar algún bien, limitando de alguna forma su posterior transmisión, es decir, para establecer los que la Dra. BAYOD denomina *régimen estático* de los bienes aportados al matrimonio.

En el ámbito de la familia patrivirolocal, las capitulaciones son un instrumento jurídico para la transmisión del patrimonio casal. Lo que determina la intervención de sujetos distintos a los cónyuges, con una relevancia mayor de la que puedan tener en el ámbito de la familia neolocal. No, por ello, carece de importancia la intervención de los cónyuges, pues deben aceptar las condiciones impuestas en virtud del heredamiento, y el dotado, por su parte, renunciar a los derechos patrimoniales que le corresponderían en el grupo familiar del que sale, por recibir en cambio la dote. Al formarse una sociedad familiar, de la que no sólo forman parte los cónyuges, los instituyentes o padres del nombrado heredero tienen posibilidad de intervenir *dinámicamente* en la construcción del régimen económico familiar, bordeando el régimen económico conyugal de los recién casados.

Esta diferenciación no impide a la autora afirmar un concepto general de capitulaciones matrimoniales, cuya caracterización realiza en esta primera parte. A este fin, distingue entre el plano formal o instrumento capitular, y el plano material o negocio capitular.

Frente a la opinión de otros autores, que califican las capitulaciones — en el plano formal— como contrato plurilateral y complejo, mantiene acertadamente la Dra. BAYOD, que es: por un lado, plurisubjetivo, porque no todos los sujetos que intervienen formalmente son parte del negocio capitular; y, por otro, que se trata, no de un contrato complejo, sino de un fenómeno de coligamento que consiste en una unión externa de contratos, que pueden presentar dependencia bilateral o unilateral.

En la caracterización que realiza desde el punto de vista material, asume los planteamientos doctrinales elaborados anteriormente al respecto —página 42—, introduciendo interesantes precisiones. En este sentido, considera que no siempre se trata de un negocio bilateral, sino que even-

tualmente puede ser plurilateral; lo que no es difícil de comprender si se pone en relación con la realidad de la familia extensa o patrivirolocal. Además, lo califica de contrato asociativo, tras comprobar que reúne efectivamente los requisitos del mismo: dos o más partes —a diferencia del plurilateral que requiere al menos tres—; comunidad de fines entre los contratantes; y, por último, el sentido paralelo y homogéneo de la prestaciones en relación a los sujetos implicados —a diferencia de los que ocurre con el contrato a cambio—.

La segunda parte —la más extensa— se centra en el estudio de la capacidad de los cónyuges para otorgar capitulaciones en el Derecho civil de Aragón. Empieza con el análisis de la capacidad de los menores.

En un primer momento, el fuero único *de contractibus minoris* establece la mayoría de edad en los 14 años, a partir de la cual se podrían otorgar capitulaciones matrimoniales.

El fuero *ut minor XX annorum* y el fuero único *de liberationibus*, ambos de 1348, establecen otra referencia en materia de capacidad: la edad de 20 años. Antes de alcanzarla no puede un individuo disponer de bienes inmuebles sin la asistencia de determinados sujetos. Lo que no supone un desplazamiento de la edad cronológica en que se alcanza la mayoría de edad; para la autora, sigue fijada en los catorce años. El silencio de ambos fueros a propósito de la capacidad para capitular no significa que los menores de 20 carezcan de ella. La autora considera que no se menciona expresamente porque dichos fueros se refieren estrictamente a negocios dispositivos, entre los cuales no se encuentran las capitulaciones.

Posteriormente, el fuero de 1564 *Que los menores de 20 años*, completado en 1585 por el fuero *de las obligaciones de los menores de 20 años*, prescriben la necesaria asistencia que determinados sujetos deben prestar al mayor de 14 años para todos los actos que realice. Se excepcionan expresamente de este régimen las capitulaciones matrimoniales, que puede efectuar válidamente por sí sólo. A diferencia de los fueros de 1348, en estos la mención expresa se hace necesaria porque se refieren a todo tipo de actos, dispositivos o no. De no mencionarse expresamente debían someterse a este régimen general siendo precisa esa asistencia.

Pese a no encontrar referencias expresas a la regla *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, y a los escasos asideros argumentales de que dispone, la autora afirma valientemente que los sujetos que, sin haber alcanzado la mayoría de edad fijada en los fueros, pudieron casarse, también pudieron capitular; aventurando, en contra de la opinión de los foralistas que se han ocupado del tema¹, que la capacidad para ese concreto negocio

¹ Vid. notas número 45, 46 y 47, en la página 116 de la obra recensionada.

se relaciona con la edad núbil de los sujetos y no con la edad de 14 años. Los argumentos que emplea son: primero, la posibilidad de alcanzar la mayor edad por matrimonio, de forma que si pueden capitular después de estar casados pese a no tener 14 años, es posible que pudieran hacerlo antes de celebrado el matrimonio; segundo, parece ser ésta la concepción que preside el tratamiento de este tema por los foristas, lo cual deduce de una interpretación de un texto de MOLINO —página 120—, que parecen seguir PORTOLÉS y LA RIPA.

A partir de 1707 se trunca la capacidad de producción normativa de las Cortes aragonesas y de 1711 —Decretos de Nueva Planta—, y como consecuencia de las influencias que determinadas leyes generales operan sobre el sistema propiamente aragonés, se va operando —debido a la dificultad de determinación del Derecho vigente en Aragón— una reinterpretación de los fueros que llegó a limitar la capacidad para capitular que detentaban los mayores de 14 años. Los menores de edad, por tanto, precisarían de la asistencia de sus padres; régimen que acabaría imponiéndose también a los mayores de 14 y menores de 20 años.

La promulgación del Código de 1889 afecta de lleno a la capacidad para capitular de los menores de edad —menores de 14 años— a los que se les aplicaría el entonces artículo 1.318, ya que no existía norma aragonesa que estableciera expresamente la capacidad de los menores para realizar el negocio referido.

El Apéndice aragonés de 1925 al Código civil², no contempló específicamente la capacidad de los menores para capitular. La autora —rebatiendo la tesis de SANCHEZ REBULLIDA para quien regiría el artículo 1.318 del Código civil y en consonancia con la doctrina aragonesa— considera aplicable al supuesto el artículo 13 del Apéndice en el que se regula la capacidad de los menores de edad comprendidos entre los 20 y los 14 años. De forma que los menores de 20 años pudieron capitular en la forma prevista en este precepto. Antes de esa edad, únicamente, podrían hacerlo, por sí solos, los individuos que, por matrimonio, hubieran alcanzado la mayor edad; no, así, los emancipados por vida independiente que precisarían de la asistencia prescrita en el artículo 13 del Apéndice.

La Compilación de 1967 contempló expresamente la capacidad de los menores de edad para capitular en su artículo 27: disponían de ella los que podían contraer matrimonio. Requerían la asistencia del padre, madre, o tutor, y, en su defecto, de la junta de parientes o de la autoridad

² El Apéndice de 1925 introduce un cambio en el sistema de capacidad aragonés: hasta ahora la regla general era la capacidad del mayor de 14 años, y la excepción que se tuviera que completar su capacidad para ciertos actos hasta los 20 años. A partir del Apéndice la regla general es la incapacidad hasta los 20 años, si bien excepcionalmente ciertos actos podrían realizarse con asistencia desde los 14 años.

judicial. Únicamente podrían prescindir de la misma los que no habiendo alcanzado la edad cronológica para ser mayores de edad, hubieran adquirido la mayoría por matrimonio. La autora se manifiesta, aquí, contraria a reconocer la posibilidad —afirmada por MERINO HERNÁNDEZ— de que se pudiera alcanzar la mayoría de edad por vida independiente del mayor de 14 años y por concesión expresa de quien ejerciera la autoridad.

El vigente artículo 27 de la Compilación de 1985 del Derecho civil de Aragón es el último hito legislativo que recorre la autora. Pese al tenor literal del precepto, afirma que únicamente se contempla la capacidad para capitular de los menores de edad —menores de 18 años—. Dispondrán de ella los que puedan contraer matrimonio, o sea, los emancipados —en Aragón es posible serlo a partir de los 14 años³—, o los que disponen de dispensa de edad para el matrimonio.

La asistencia para capitular es necesaria al margen de que el menor esté o no emancipado, ya que el artículo 27 la exige a todos los menores, por lo que no puede regir lo dispuesto, con carácter general, en el artículo 5.1 de la Compilación. En este sentido, a diferencia de lo que establece el artículo 1.329 del Código civil, es indiferente que el menor emancipado pacte un régimen legal u otro distinto; en cualquier caso precisa de esa asistencia.

Los sujetos que deben prestarla son los padres. En su defecto, no son competentes los que ejercen la autoridad familiar referidos en el artículo 10 de la Compilación, sino únicamente los expresamente previstos en el artículo 27.

La situación en la actualidad es la siguiente: pueden capitular con asistencia los menores no emancipados mayores de 14 años. En este sentido destaca la autora que los «asistentes» son distintos en materia de capítulos —artículo 5.1—. Por su parte, los menores de edad emancipados, podrían capitular sin asistencia de no existir el artículo 27, ya que lo permite el artículo 323 del Código civil; conforme a éste, los emancipados pueden capitular por sí solos cuando pactan regímenes legales —artículo 1.329—. La Dra. BAYOD, pone así de relieve —solicitando la atención del legislador autonómico— como el ordenamiento jurídico aragonés, ha pasado de ser el que más ampliamente regulaba la capacidad del menor para capitular, a ser, en la actualidad, el que más la restringe.

Después de este profuso e interesante estudio sobre la capacidad del menor aragonés para capitular en diferentes momentos históricos, recorre el mismo camino temporal en relación a los incapacitados por causas psíquicas. Materia que, en la actualidad, ha de entenderse regulada por el artículo 1.330 del Código civil. El cual se aplica en defecto de disposición

³ Sigue aquí los planteamientos de SANCHEZ REBULLIDA, vid. página 187 y siguientes.

específica en la sentencia de incapacitación. Siguiendo a DURÁN RIVACOBÁ, considera la autora que no se aplica este precepto a los individuos que se encuentren incursos en un procedimiento de incapacitación; si bien, podría nombrarse a un representante *ad hoc*, en virtud de lo dispuesto en el artículo 209 del Código civil.

Al final de la segunda parte se vuelve a recorrer el *iter* legislativo histórico analizando la capacidad para capitular de los pródigos y de los quebrados, a los que no es aplicable, según la autora, el artículo 1.330 del Código civil. En relación a los primeros, cabe destacar la opinión mantenida acerca de los sujetos legitimados activamente para incoar el proceso de prodigalidad. Para la autora, sólo ocupan tal posición los que tienen derecho a alimentos conforme al Derecho aragonés y se encuentran expresamente mencionados en el artículo 294 del Código civil. Los quebrados disponen —según la conclusión adoptada por la autora— de capacidad subjetiva, si bien tienen limitada la capacidad objetiva, de manera tal que no pueden disponer de los bienes afectos al pago de sus deudas. Ello le permite afirmar que pueden modificar válidamente el régimen económico matrimonial, teniendo en cuenta que los artículos 1.317 del Código civil y 26 de la Compilación impiden que se perjudiquen los derechos ya adquiridos por terceros.

En la última parte se aborda el complejo problema de la modificación de los capítulos matrimoniales.

El examen del Derecho histórico aragonés permite a la Dra. BAYOD demostrar que los cónyuges pudieron modificar el régimen económico matrimonial sin intervención parental. La cual, únicamente, se requiere cuando se afectan los bienes dotales o de axovar y no como consecuencia de la modificación, sino del régimen jurídico de estos bienes. En el seno de la familia extensa o patrivirolocal, se producen intervenciones de sujetos distintos a los cónyuges, en la medida en que los mismos hayan establecido normas dinámicas reguladoras de la sociedad familiar creada en las capitulaciones objeto de la modificación.

La modificación de capítulos fue contemplada por el artículo 58 del Apéndice de 1925. Este precepto no respeta los antecedentes históricos y plantea importantes problemas interpretativos. La autora da su personal exégesis del mismo: únicamente se requiere intervención de sujetos distintos a los cónyuges en la modificación de capítulos cuando en los mismos se han establecido pactos sucesorios; no, en el resto de supuestos.

El artículo 28 de la vigente compilación aragonesa atiende también a esta problemática. En principio este precepto parece resolver en el ámbito aragonés los dos grandes problemas que esta materia plantea en el Código civil, concretamente su artículo 1.331, y que también han sido analizados por la autora aunque no formen parte de esta publicación, centrada únicamente en el Derecho aragonés.

La autora nos desengaña de las apreciaciones apriorísticas que cabe extraer de una primera lectura del precepto, y pone de relieve los graves problemas interpretativos que suscita esta norma. La cual no sólo contradice la tradición histórica aragonesa, sino que desencaja notablemente en *un sistema, imbuido de libertad, como el aragonés* —pág. 300—.

Tras el estudio de los proyectos y anteproyectos de la referida norma, la autora —plenamente consciente de los problemas que ello conlleva— opta por la interpretación más respetuosa con la tradición histórico-jurídica aragonesa, y se pronuncia en el siguiente sentido:

«...deberíamos aplicar el artículo 28 de la vigente Compilación exclusivamente a los capítulos matrimoniales en los que, en virtud del heredamiento, se cree una sociedad familiar en la que tanto ascendientes como contrayentes participan en la estipulación del negocio capitular, estableciendo normas dinámicas de régimen que determinarán la naturaleza de las adquisiciones y la liquidación y derechos de los consortes en el patrimonio asal.»⁴.

De *lege ferenda*, se solicita la supresión de la referida norma; de manera que se permita a los cónyuges la libre modificación del régimen económico del matrimonio.

Para finalizar, únicamente, me queda destacar el estilo directo y claro, a la vez que preciso, del que hace gala la autora a lo largo de toda la obra, y que es, sin duda, la clave de la fácil comprensión de cuestiones tan complejas como las abordadas.

M.^a Teresa ALONSO PÉREZ.

MONASTERIO ASPIRI, Itziar: *Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaino*. Colección de Textos Forales, vol. IV. Diputación Foral de Vizcaya-Universidad de Deusto, Bilbao, 1994, 668 págs., Prólogo de Jesús DELGADO ECHEVERRÍA.

Las dificultades para el conocimiento y estudio de los pactos sucesorios o sucesión contractual, como categoría jurídica, incluso en los territorios donde se hallan permitidos y regulados —con mayor o menor extensión—, son mucho mayores que en relación a otras figuras o instituciones del Derecho de sucesiones. Se trata de una institución que desde sus orígenes ha tenido que convivir con la prohibición legal que sobre ella pesaba en el Derecho común, lo cual ha originado con frecuencia el empleo de formas jurídicas aparentes (donaciones), reconocidas por el sistema, como vehículo normal de expresión del pacto sucesorio; la prohibición del Derecho común es causa también de que el desarrollo

⁴ Vid. página 311 de la obra recensionada.

de la institución haya sido eminentemente consuetudinario, configurándose, en el tiempo y lugar, en respuesta a las necesidades de cada sociedad en concreto. Esta coyuntura tiene como corolario que la doctrina no suele ocuparse del tratamiento de los pactos sucesorios y que, cuando lo hace, es con notoria superficialidad, siendo muy pocos los que profundizan en su estudio y contemplan los variados problemas que tales pactos plantean.

Este marco general en el que la autora ha de iniciar su investigación tiene como dificultad añadida que en el Derecho vizcaíno, a diferencia de Derechos como el aragonés, el catalán o el navarro, no hubo doctrina de los autores hasta la época de la codificación y, entonces, condicionada ya por los conceptos y los prejuicios codificadores, sin que las obras de unos inexistentes «clásicos» pudieran servir de contrapeso.

En la primera parte de la obra, la profesora Monasterio trata de acreditar que las donaciones universales, reguladas en los textos forales históricos y comentadas por parte de la doctrina vizcaína, encierran una verdadera disposición sucesoria mediante pacto. Por ejemplo, la reserva de usufructo vitalicio a favor de los donantes o la reversión de los bienes donados, ambas de carácter legal, indican que esas donaciones no llegaban a consumarse en vida del donante, que no se trataba de unas donaciones «inter vivos» comunes, aunque así se denominaran. En la exposición del estado de la cuestión sobre las donaciones universales y la institución de sucesor en vida, tanto a la luz de los textos forales como de la doctrina, distingue tres grandes etapas históricas:

- a) El Derecho vizcaíno anterior a la Codificación: fueros particulares (Fuero de Ayala de 1373, Fuero de Durango del s. XIV y Fuero de Albedrío de las Encartaciones de 1503) y Derecho consuetudinario anterior a los fueros generales de Vizcaya, Fuero Viejo de Vizcaya de 1452, Fuero Nuevo de 1525 y opiniones de la doctrina de la época.
- b) El Derecho vizcaíno desde la codificación hasta la Compilación de Vizcaya y Alava de 1959: El Señorío de Vizcaya, las provincias de Guipúzcoa y Alava junto con Navarra llegaron al final del Antiguo Régimen con sus ordenamientos jurídicos completos. Tenían no sólo su propio Derecho civil (que a lo largo del s. XIX no fue expresamente derogado) sino todos sus órganos político-administrativos, tributarios y en algún caso, militares. Vizcaya mantuvo su capacidad legislativa, aunque su importancia y actividad fueron escasas. La Ley de Bases de 1888 y el Código civil resultante permitieron conservar — «por ahora», decía el art. 12 Cc.— el derecho foral escrito y consuetudinario y dispusieron la creación de unos Apéndices para contener las instituciones forales que conviniese conservar en cada una de las provincias o territorios forales. En Vizcaya no llegó a aprobarse el Apéndice foral. Se elaboraron dos Proyectos, uno por la Comisión especial de Codificación de Vizcaya, bajo la dirección de don Carlos de la Plaza y Salazar, en 1900, y el segundo, por el Ilustre Colegio de Abogados de Bilbao en 1928. Con la nueva orientación

surgida del Congreso Nacional de Derecho civil de Zaragoza (1946), la primera Compilación aprobada fue la de Vizcaya y Alava mediante Ley de las Cortes Españolas de 30 de julio de 1959. La Compilación incluye a la donación como un modo de institución de heredero o sucesor en los bienes (art. 11) y dedica a las donaciones los arts. 12, 20, 30, 38 y 39.

- c) Los pactos sucesorios en la Ley del Parlamento vasco de 1 de julio de 1992: los arts. 74 a 83 de esta Ley contienen una regulación pormenorizada de los pactos sucesorios, tras haber enunciado explícitamente, en el art. 27, que los pactos sucesorios son medio, fundamento o instrumento para la designación de sucesor en bienes, sean o no troncales.

La facultad de disposición en vida de los bienes de la herencia aparece reconocida en todos los textos forales hasta la Compilación, si bien no figura encuadrada como pacto sucesorio, ni recibe legalmente una regulación sustantiva suficiente. Históricamente se había instrumentalizado a través de las donaciones universales, de la dote y directamente mediante la institución sucesoria. En el texto vigente se da un paso más: se institucionaliza y se le reconoce como un modo propio de delación sucesoria. Al dar este paso la Comisión que elaboró el anteproyecto tuvo en cuenta el genuino derecho vizcaíno, el Derecho consuetudinario, que había conseguido recuperar la Profesora Monasterio a través del análisis de los documentos de aplicación del Derecho.

Efectivamente, la segunda parte del libro contiene el análisis de 501 escrituras de capitulaciones matrimoniales y de donaciones pertenecientes a la década 1823-1833. Se examinan la totalidad de las escrituras capitulares otorgadas en la Merindad de Durango en esas fechas y una muestra de escrituras de donación, seleccionada con la finalidad de contrastar su contenido con el de los contratos matrimoniales. No se trata simplemente de constatar la presencia en los documentos seleccionados de donaciones universales e institución de heredero, sino de interpretar esa presencia, a la luz de las leyes y la doctrina de la época, institucionalizarla y ubicarla dentro del sistema del pasado. Para ello la autora sigue el método expuesto por el Prof. Lacruz que comprende las siguientes fases: a) análisis naturalístico o funcionalista; b) Análisis dogmático; y c) Estudio de Derecho comparado. Siguiendo estas directrices metodológicas, la Profesora Monasterio lleva a cabo la construcción jurídico-dogmática de los pactos sucesorios en los documentos de aplicación del Derecho distinguiendo, entre otros, los siguientes apartados: otorgantes; clasificación de los títulos de disposición empleados (donación universal de los bienes, designación de sucesor tronquero en bienes vinculados, la institución de herederos en la universalidad de los bienes, etc.); la dote como cláusula compensatoria de la designación; la comunidad de vida entre instituyentes e instituidos; las reservas que establece el instituyente o donante; las cargas y obligaciones que se le imponen al instituido; la reversión de los bienes donados.

Para dar una idea más completa del contenido de esta segunda parte de análisis de documentos de aplicación del Derecho vizcaíno, veamos, por ejemplo, de forma muy resumida, qué dicen los documentos seleccionados sobre la comunidad de vida entre instituyentes e instituidos. La autora nos informa de que la constitución de una comunidad de vida y trabajo es un pacto que aparece en 165 escrituras (33 %) del total de escrituras examinadas; el estudio de tales documentos notariales, junto al conocimiento de los rasgos de la comunidad o asociación en los precedentes históricos romanos y medievales y de las comunidades familiares del Derecho comparado, permite a la Profesora Monasterio deducir las características que presenta esta sociedad, miembros que la componen, finalidades que desempeña, patrimonio social, derechos y obligaciones de los socios, ganancias y pérdidas de la comunidad, causas que pueden dar origen a su disolución y finalmente consecuencias jurídicas que de la disolución se derivan. Comparte con Vicario la opinión de que la asociación de padres e hijos sucesores es la cuarta institución del Derecho vizcaíno, necesaria para atender las finalidades que persiguen las otras tres: la troncalidad, la comunicación foral y la libertad de testar.

No podemos reflejar aquí con detalle la exposición que hace la autora de los distintos apartados del régimen de la asociación de los padres con los hijos contrayentes; baste, como muestra de su logrado trabajo la transcripción de las que cree son las características de esta comunidad o sociedad de vida y trabajo:

- «1. Nace de acuerdo entre el matrimonio de los otorgantes que disponen de los bienes y los contrayentes, comúnmente entre padres e hijos.
2. La forma jurídica que adopta es la de una sociedad, es común que se trate de una sociedad universal de ganancias. Esta sociedad tiene por objeto la vida en común, formando una sola familia, de ordinario bajo el mismo techo, excepcionalmente con independencia y separación de vivienda, tanto en salud como en enfermedad y del mismo modo se asocian para el trabajo, contribuyendo a la explotación del patrimonio familiar donado, contribuyendo cada uno en la medida de sus fuerzas, disfrutando de los bienes en proindiviso y trabajando todos en beneficio de la sociedad, manteniéndose y dando cumplimiento a las obligaciones con su ganancia, y atendiendo las deudas en la misma medida y asignándose a medias las ganancias sobrantes.
3. Fija un régimen jurídico que rige, a partir del otorgamiento de la escritura hasta el momento de la muerte de ambos donantes, la situación en la que quedan los bienes dispuestos y la atención a las obligaciones asumidas por el instituido.
4. Trata de atender las necesidades de ambas familias.
5. Trata de proporcionar la óptima explotación del bien, mediante aportaciones en dinero y trabajo.»

Trabajos como el de la Profesora Monasterio demuestran con toda claridad que el estudio de los documentos de aplicación del Derecho, y entre ellos, muy señaladamente, capitulaciones matrimoniales, es tarea imprescindible para el cabal conocimiento de cualquiera de los Derechos civiles forales españoles. Para el Derecho vizcaíno, según afirma el Prof. Delgado en el prólogo, «los archivos notariales —y, junto con ellos, los que conservan las sentencias de los Alcaldes del Fuero y las de la Sala de Vizcaya de la Chancillería de Valladolid— son la principal fuente, hasta hoy apenas explorada, para el conocimiento de lo que fue realmente el Derecho civil de Vizcaya en la época foral».

Terminado el análisis y calificación jurídica de los documentos seleccionados, bloque central del libro que ocupa unas trescientas páginas, la autora aborda, en la tercera parte de su obra, la calificación jurídica de la institución recuperada (los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno) y su encuadramiento en la categoría general de los pactos sucesorios. Primeramente trae a colación los datos más significativos de la regulación de la sucesión contractual o pacto sucesorio en el Derecho español (Código civil, Estatuto de la explotación familiar agraria y de los jóvenes agricultores y legislaciones forales), después refleja la caracterización general del contrato o pacto sucesorio siguiendo a la mejor doctrina, y, por último, dedica un sustancioso capítulo final al pacto sucesorio en el Derecho civil de Vizcaya. En este capítulo la autora condensa toda la información acumulada a lo largo de la obra (datos del Derecho histórico escrito y consuetudinario y de la doctrina que lo interpreta, así como de la regulación actualmente vigente —todo ello estudiado en la primera parte—; ejemplos de los documentos de aplicación de ese Derecho debidamente analizados y calificados jurídicamente por la propia autora —segunda parte—; el Derecho comparado y las mejores teorizaciones sobre los pactos sucesorios en general —comienzo de la parte tercera—) para exponer de forma sistemática (otorgamiento, contenido, efectos y causas de revocación y resolución del pacto) y con total autoridad lo que cree son los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno.

Estamos, por tanto, ante un trabajo científico bien realizado, de enorme mérito por las serias dificultades que la autora ha tenido que superar, y que ha alcanzado plenamente el objetivo propuesto: la recuperación de los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno.

La prueba del éxito de la investigación de la profesora Monasterio está, desde luego, en el libro publicado, de enorme interés para los juristas, en especial los de las Comunidades Autónomas con Derecho civil foral, y, en particular, los juristas vascos. Pero el éxito ha acompañado a esta investigación antes de ser publicada, puesto que ha servido al legislador vasco para formular la novedosa, y, a la vez, arraiga en la historia, regulación de los pactos sucesorios. La investigación de la profesora Monasterio, que participó en la Comisión encargada de la preparación del Proyecto de ley civil de Vizcaya cuando tenía muy avanzada su tesis doctoral, proporciona la clave para entender el sentido de la nueva regulación.

José Antonio SERRANO GARCÍA

B) REPERTORIO DE BIBLIOGRAFÍA

1: TEMAS COMUNES A TODOS LOS DERECHOS FORALES

1.2: *La cuestión foral hasta la Constitución de 1978*

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: «Comentario al art. 13 del Cc.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirs.: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. I, vol. 2º, arts. 8 a 16 del Cc. Segunda edición, Edersa, Madrid, 1995, pp. 1083-1201.

Completo comentario que permite a su autor analizar detalladamente el proceso histórico de coexistencia de las diversas legislaciones civiles actualmente vigentes en España y la situación actual. Es muy distinta la situación de los diversos regímenes jurídico-civiles coexistentes en España en el momento en que adquiere vigencia el art. 13 del Cc. (1974) y en el tiempo en el que, promulgada la Constitución, se crean las condiciones favorables para el proceso de renovación de los ordenamientos forales. Pero el art. 149.1.8ª de la Constitución, al delimitar la competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil, no ha venido a sustituir al art. 13 del Cc. Ni atenúa ni limita su vigencia y eficacia. El art. 13 se mantiene después de la Constitución con la misma virtualidad que antes tenía. Es más: los arts. 149.1.8ª y 149.3 de la Constitución han venido a reforzar en principio la vigencia de dicho artículo.

1.3: *Los Derechos forales en la Constitución y los Estatutos de Autonomía*

BADOSA I COLL, F.: «La recent jurisprudencia constitucional sobre les competències de les Comunitats Autònomes en Dret civil», en *IURIS. Cuaderns de política jurídica*, núm. 1, 1994, pp. 11-36.

El artículo analiza de forma crítica la reciente jurisprudencia constitucional en materia de competencia civil autonómica, poniendo de relieve las incoherencias de las SSTC, deudoras de la contingencia y la necesidad, y evidenciando que las propias soluciones se vuelven contra la pretendida competencia estatal, revertiendo en favor de las Comunidades Autónomas, en base a un análisis con fundamento en el principio de legalidad y en el derecho entendido como un sistema y lenguaje. La técnica de la conexión es un buen ejemplo de ello, pues es una auténtica «carta en blanco» en contra de lo que pretende el TC. Se trata, también, del concepto de Derecho civil desde la Constitución y el Estado autonómico que establece. Para el autor existe un ordenamiento jurídico civil de Cataluña relacionado con el del Cc. sólo por criterios materiales, sin atender a ningún criterio jerárquico o de excepcionalidad.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil», en *IURIS. Cuaderns de política jurídica*, núm. 1, 1994, pp. 77-110.

Analizando la última jurisprudencia constitucional sobre competencia civil autonómica, el autor concluye que ésta sólo viene delimitada por el art. 149.1.8 de la CE y en ningún caso por su D.A. 1ª. Además la lectura sistemática del referido artículo le lleva a considerar que la legislación civil autonómica no puede ir mucho más allá de lo que ya existe, y que la parte final del art. 149.1.8, el «en todo caso», ha de ser entendido como un freno a posibles extralimitaciones legislativas autonómicas, y que no se puede hacer de él una interpretación a contrario. Critica también la tendencia a duplicar legislación estatal en el ámbito autonómico, considerándola una técnica peligrosa, así como lo que se ha venido a llamar «legislar por legislar». Concluye que la aplicación que ha hecho el TC del art. 149.1.8 en los recursos planteados es demasiado permisiva en favor de las CC.AA.

GARRIDO MAYOL, Vicente: «Leyes estatales, leyes autonómicas, derecho supletorio. (A propósito de la primera Sentencia de casación en materia de Derecho civil valenciano)», *Revista General de Derecho*, marzo 1995, pp. 1567-1576.

El autor, profesor titular de Derecho constitucional, reflexiona, a propósito de la primera sentencia de casación en materia civil del TSJ de la Comunidad valenciana, sobre la competencia casacional, la naturaleza jurídica del arrendamiento histórico valenciano y la supletoriedad del Derecho del Estado en esta materia.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique: «Derecho civil común de España y Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas», I y II, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 1994, núms. 1727 y 1728, pp. 6152-6187 y 6326-6363, respectivamente.

Completo y documentado trabajo que viene a coincidir, sustancialmente (sin abordar los antecedentes y exégesis del art. 13 del Cc.), con el publicado después como comentario al art. 13 del Cc., y que se referencia a continuación.

— «Comentario al art. 13 del Cc.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirs.: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. I, vol. 2º, arts. 8 a 16 del Cc. Segunda edición, Edersa, Madrid, 1995, pp. 1083-1201.

Completo comentario que permite a su autor analizar detalladamente el proceso histórico de coexistencia de las diversas legislaciones civiles actualmente vigentes en España y la situación actual. Es muy distinta la situación de los diversos regímenes jurídico-civiles coexistentes en España en el momento en que adquiere vigencia el art. 13 del Cc. (1974) y en el tiempo en el que, promulgada la Constitución, se crean las condiciones favorables para el proceso de renovación de los ordenamientos forales. Pero el art. 149.1.8ª de la Constitución, al delimitar la competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil, no ha venido a sustituir al art. 13 del Cc. Ni atenúa ni limita su vigencia y

Bibliografía

eficacia. El art. 13 se mantiene después de la Constitución con la misma virtualidad que antes tenía. Es más: los arts. 149.1.8ª y 149.3 de la Constitución han venido a reforzar en principio la vigencia de dicho artículo.

NAVAS NAVARRO, Susana: «La competencia en materia civil de la Generalidad de Cataluña», *Revista de Derecho Privado*, octubre 1994, pp. 874-900.

Documentado trabajo que, teniendo en cuenta tanto la doctrina civilista como publicista, opina sobre muchas de las difíciles cuestiones que plantea la interpretación del art. 149.1.8 CE: la expresión «Derecho civil»; «materias de regulación mixta»; concepto de «competencia exclusiva»; la cláusula «sin perjuicio de...»; la identificación de los derechos civiles, forales o especiales; y, por último, los conceptos de «conservación, modificación y desarrollo». Se tiene en cuenta la STC 88/1993, de 12 de marzo.

1.5: La vecindad civil

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Comentario a los arts. 14 y 15 del Cc.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirs.: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. I, vol. 2º, arts. 8 a 16 del Cc. Segunda edición, Edersa, Madrid, 1995, pp. 1201-1259.

Magistral y detallado comentario a los vigentes arts. 14 y 15 del Código civil, reformados por las Leyes 11/1990 y 18/1990 respectivamente. El Prof. Bercovitz señala, como valoración general, que la reforma de la vecindad civil no ha respondido a una voluntad unitaria y renovadora de la institución, sino a dos preocupaciones concretas y dispares de nuestro legislador con respecto a aquélla: establecer un tratamiento igualitario para ambos sexos (art. 14), así como para todas las vecindades civiles con respecto al extranjero que adquiere la nacionalidad española (art. 15). Los cambios introducidos, aunque importantes, carecen de la conexión deseable y, en ocasiones, producen contradicciones con respecto a la adquisición de la vecindad civil por residencia y con respecto a la prueba de la vecindad civil. Tampoco es afortunada —ni en cuanto a su claridad ni en cuanto al deseable respeto de la Constitución— la solución que se da a las situaciones previamente existentes derivadas de la anterior sujeción de la mujer a la vecindad civil del marido. Defiende el autor que los preceptos estatutarios y autonómicos que se ocupan de la vecindad civil, aunque contrarios a la Constitución, eran válidos y producían todos sus efectos por no haber sido declarados todavía inconstitucionales, pero los nuevos arts. 14 y 15 del Cc. han producido su derogación tácita.

CELAYA IBARRA, Adrián: «La vecindad civil en Vizcaya tras las últimas reformas legales», *Revista de Derecho Privado*, 1994, pp. 619-638.

Tras la Constitución de 1978, el autor defiende la necesidad de conjugar el principio de igualdad entre marido y mujer con el de unidad y cohesión de la familia, a fin de poder asignar a los cónyuges una única vecindad que, sin atender al sexo, esté basada en criterios objetivos. La doble

vecindad de los cónyuges (o la falta de una ley de la familia) provoca graves inconvenientes y evidentes discriminaciones entre los cónyuges en cualquier parte, pero especialmente en Vizcaya, donde las dos vecindades, aforada y no aforada, conviven y se entremezclan en una provincia pequeña, y el paso de un río o, con frecuencia, de una calle supone un cambio en la Ley aplicable. La vecindad de los hijos, si la de los padres es distinta, debería haber coincidido con la correspondiente a la ley que rige el régimen matrimonial de bienes. En la parte final expone el régimen de la vecindad civil en la Ley vasca de 1 de julio de 1992.

LUNA SERRANO, Agustín: «Algunos aspectos de la vecindad civil», en *La modernización del Derecho civil*, Santiago de Compostela, 1994, pp. 39 y ss.

1.6: Problemas de Derecho interregional

DEIGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Comentario al art. 16, apartado 2º, del Cc.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirs.: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. I, vol. 2º, arts. 8 a 16 del Cc. Segunda edición, Edersa, Madrid, 1995, pp. 1283-1301.

El autor señala que la sorprendente singularidad del precepto, referido al derecho de viudedad de la legislación aragonesa, puede resultar, en el momento presente, perturbadora y de dudosa constitucionalidad, además de difícilmente compatible con el precepto final del art. 9.8º Cc., añadido por la Ley 11/1990, de 15 octubre. En su opinión, el precepto debería desaparecer del Cc.

DURÁN RIVACOBÁ, Ramón: «Igualdad jurídica, orden público y fraude de ley en los conflictos interregionales», *Poder Judicial*, núm. 35, 1994, pp. 67-105

El autor realiza un tratamiento de los temas enunciados en el título sobre la base de concretos pronunciamientos de distintas instancias jurisdiccionales: a) Los criterios de cierre del nuevo art. 14 Cc. y la STC de 13 julio 1993; b) ¿Diferencias de régimen o desigualdad jurídica en las especialidades de Derecho foral?: la STC de 1 diciembre 1993; c) El fraude de ley en la elección de la vecindad civil y de la ley personal: la sentencia del TS de 5 abril 1994.

MAGUREGUI SALAS, Íñigo: «El fraude a la ley en el Derecho interregional», en *Estudios Deusto*, vol. 43/1, 1995, pp. 133 y ss.

Comentario crítico de la STS núm. 294, de 5 de abril de 1994, en la que el Alto Tribunal aplica erróneamente, en la opinión del autor, la doctrina del fraude a la ley en el Derecho interregional, doctrina que él mismo contribuyó a asentar jurisprudencialmente, y todo ello con grave perjuicio para la aplicabilidad del Derecho civil foral vasco. Sólo una operación contraria a la verdadera «ratio legis» del art. 14.5.1º Cc. podría haberse estimado fraudulenta. Si la institución de la vecindad civil, por su régimen de adquisición, modificación y pérdida, no sirve a su misma «ratio», a saber,

la de ser un punto de conexión de unas normas de conflicto interregionales, se nos antoja necesaria y urgente o bien la modificación de la regulación de la misma, altamente inconveniente, o bien su sustitución por otra circunstancia de la relación interregional que sirva mejor a la seguridad jurídica y a la ordenación lógica y coherente de las relaciones interregionales.

TORRES GARCÍA, Teodora: «Comentario a la Sentencia de 5 abril 1994», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 35, 1994, pp. 789 y ss.

Breve comentario a la S. de 5 de abril de 1994, en la que el TS aprecia fraude de ley en la adquisición de la vecindad civil vizcaína porque fue realizada con la única y exclusiva finalidad de eludir la aplicación de la legislación del Código civil en materia sucesoria y, de acuerdo con la legislación foral, poder privar a sus hijos de toda participación en su herencia.

VV.AA.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirs.: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), *T. I, vol. 2º, arts. 8 a 16 del Cc.* Segunda edición, Edersa, Madrid, 1995, pp. XXII + 1315.

Extenso comentario, y de gran calidad, a los artículos integrantes de los capítulos IV («Normas de derecho internacional privado») y V («Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional») del título preliminar del Cc., realizado, con posterioridad a las últimas reformas, por un selecto grupo de catedráticos y profesores titulares máximos especialistas en la materia.

ZABALO ESCUDERO, María Elena: «Comentario al art. 16, apartados 1º y 3º del Cc.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirs.: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), *T. I, vol. 2º, arts. 8 a 16 del Cc.* Segunda edición, Edersa, Madrid, 1995, pp. 1259-1282 y 1302-1315.

La distribución de competencias legislativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas configura el Ordenamiento jurídico español con un carácter plurilegislativo y, en consecuencia, surge la posibilidad de que se planteen conflictos de leyes en diversas materias, no sólo en el ámbito civil. La competencia para establecer las normas de resolución de conflictos interregionales corresponde a las Cortes Generales. La autora analiza la dimensión interna del Derecho internacional privado español y las particularidades propias de esa dimensión interna (art. 16.1 Cc.).

En materia de ley aplicable a los efectos del matrimonio, el apartado 3º del art. 16 Cc., introducido por la Ley 11/1990, establece criterios de cierre que operarán en el caso de que a través del art. 9.2º Cc. no pueda resultar determinada una ley española. Pero la solución adoptada consiste en aplicar el Cc. como solución de cierre, lo cual parece a la autora injustificado y contrario al principio de igualdad de los distintos Derechos civiles coexistentes en España.

2: HISTORIA DEL DERECHO ARAGONÉS

2.2: Historia hasta 1707

BLANCAS Y TOMÁS, Jerónimo de: *Comentarios de las cosas de Aragón*. Ed. facsimilar de la traducción del original latino realizada por el P. Manuel Hernández y publicada por la Diputación Provincial de Zaragoza en 1878, con introducción a cargo de Guillermo Redondo Veintemillas y Esteban Sarasa Sánchez. Cortes de Aragón, Zaragoza, 1995.

Como el título de la obra indica explícitamente, se trata de unos dispersos «comentarios de las cosas de Aragón», publicados en 1588, que Blancas ordena temáticamente para constituir un elenco informativo que, debidamente contrastado y depurado, resulta todavía útil a pesar del tiempo transcurrido y de todo cuanto la investigación histórica ha ido acumulando sobre la veracidad de los hechos y situaciones que el siglo XVI rodeó de algunos, y no pocos, desaciertos al mezclar la realidad con el carácter legendario de los orígenes del reino y de sus instituciones más genuinas e importantes. Los *Comentarios* de Blancas son una especie de repertorio de consulta rápida y eficaz de las nóminas de los condes, reyes o justicias de Aragón, junto a revisiones sobre ciertos aspectos sectoriales del pasado medieval del viejo reino pirenaico: coronaciones, monedas, fueros, etc.

3: TEMAS GENERALES

3.1: Exposiciones de conjunto

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Crónica de sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (1990-1994)», *Derecho Privado y Constitución*, nº 5, 1995, pp. 369-398.

Crónica que facilita al lector, de forma resumida, la doctrina que la sala de lo civil del TSJA ha ido elaborando en torno a las instituciones del Derecho civil aragonés en las primeras catorce sentencias dictadas en recursos de casación por el Alto Tribunal de Aragón (1990-1994).

VV.AA.: *Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 8, 15 y 22 de noviembre de 1994). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995, 138 pp.

El volumen recoge las intervenciones de los ponentes y, en su caso, de los colaboradores, seguidas de la transcripción del coloquio posterior, sobre los siguientes temas: a) La tutela (Gabriel García Cantero, Rafael Martínez Díe y Rocío Palá Laguna); b) Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón (Alfredo Sánchez-Rubio García, Gonzalo Gutiérrez Celma y Francisco Curiel Lorente); c) Instituciones forales aragonesas necesitadas de urgente reforma en materia sucesoria (José María Navarro Viñuales, Jesús Delgado Echeverría y José Luis Batalla Carilla).

3.2: Juristas aragoneses

VAILLET DE GOYTISOLO, Juan: «Joaquín Costa en la metodología de la determinación del derecho (Cinco apartados de un libro)», *Anales de la Fundación Joaquín Costa*, núm. 11, 1994, pp. 49-76.

Interesante estudio que incluye los siguientes apartados: a) El altoaragonés Joaquín Costa. Su concepción del Derecho y su criteriología jurídica; b) Distinción de «derecho necesario» y «derecho voluntario» y la vigencia en éste de los principios «standum est chartae» y «standum est consuetudini»; c) Derecho, hechos y normas. Hechos jurídicos sociales creadores de normas; d) El método jurídico de Joaquín Costa; e) Determinación del Derecho por el Tribunal Supremo en la España decimonónica.

3.3: Temas Varios

BATALIA CARRILLO, JOSÉ LUIS: Intervención sobre la reforma del Derecho civil aragonés, *Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 8, 15 y 22 de noviembre de 1994). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995, pp. 127-129.

Breve intervención en la ponencia sobre «Instituciones forales aragonesas necesitadas de urgente reforma en materia sucesoria», para señalar que la reforma parece necesaria pero no urgente. Antes de emprenderla hay que reflexionar sobre los principios en que se va a basar. A tal fin propone un método como el empleado en la elaboración de la Compilación de 1967.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «¿Es el derecho la esencia del ser aragonés?», *Anales de la Fundación Joaquín Costa*, núm. 11, 1994, pp. 85 y ss. (= en el volumen colectivo *El ser Aragonés*, El Justicia de Aragón e Ibercaja, Zaragoza, 1992, pp. 93-106).

El autor responde afirmativamente a la pregunta, que le formula el Justicia de Aragón Emilio Gastón, sobre si el Derecho es la esencia del ser aragonés. En el bonito trabajo que sigue a la afirmación inicial, el Prof. Delgado nos explica qué entiende que puede significar la pregunta a la que se le solicita respuesta y, después, por qué cree que debe contestarse afirmativamente a esa pregunta. El autor concluye diciendo que «“Aragón se define por el Derecho” es afirmación que hago mía y que me parece fácil de fundar. En Aragón tuvimos y tenemos un derecho distinto al de otros países de nuestro entorno; los foristas lo cultivaron científicamente con notable altura; fueron conscientes los aragoneses y sus Reyes de que sus Fueros y libertades, que suponían una limitación importante al poder real, no tenían fácil equivalente en otras latitudes; desde fuera se advirtió y admiró esta peculiaridad del ordenamiento foral aragonés que, a los ojos de los extraños, nos caracterizaba».

Bibliografía

- Intervención sobre política del Derecho civil en Aragón, *Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 8, 15 y 22 de noviembre de 1994). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995, pp. 125-127.

Breve intervención, dentro de la ponencia sobre «Instituciones forales aragonesas necesitadas de urgente reforma en materia sucesoria», que contiene una llamada a que los jurisconsultos aragoneses reflexionen y debatan organizadamente sobre el Código de Derecho civil de Aragón del siglo XXI.

- OLIVÁN DEL CACHO, Javier: «Medio ambiente, denominaciones de origen y nombramientos de notarios y registradores de la propiedad», en *BCAA*, núms. 134-135, 1994, pp. 43-48 (= *Revista Cortes Generales*, núm. 32, 1994, pp. 189 y ss.).

Observaciones a la Propuesta de las Cortes de Aragón de reforma de la Ley Orgánica 8/1992, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón (BOA de 7 de julio de 1994), en las materias que indica el título del trabajo.

- «Alcance y sentido de la competencia autonómica sobre nombramiento de Notarios», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 36, 1993, pp. 235-259.

Documentado estudio sobre la facultad de nombramiento de los Notarios que algunos Estatutos atribuyen a las Comunidades Autónomas — o su Consejo de Gobierno—, y que debe realizarse de conformidad con las leyes del Estado. El autor critica la jurisprudencia constitucional que reduce la competencia autonómica en la materia a una facultad de nombramiento en sentido estricto o formal, y considera solución más idónea limitar la competencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado a coordinar los procesos selectivos de los Notarios, procesos que deberían poder convocar las Comunidades Autónomas.

4: LA COMPILACIÓN Y SUS ANTECEDENTES

4.1: Textos y ediciones

- PARRA LUCÁN, M^a Ángeles: «Compilación del Derecho civil de Aragón» (antecedentes, concordancias y jurisprudencia), en *Compilaciones y Leyes Forales* de Ed. Aranzadi (Pamplona, 1995), pp. 1717-1965.

La cuidada edición de Aranzadi recoge las Compilaciones y Leyes especiales que integran los ordenamientos civiles de Aragón, Cataluña, Galicia, Islas Baleares, Navarra y País Vasco. La edición facilita al lector los antecedentes históricos, las concordancias y la jurisprudencia recaída en relación a cada uno de los preceptos. La confección del texto refundido de la Compilación aragonesa vigente, de los antecedentes históricos y concordancias, así como la recopilación de la jurisprudencia aragonesa es obra de la Profesora Parra.

6: PERSONA Y FAMILIA

61: *Persona y familia en general*

PUJADAS, Juan José y COMAS D' ARGEMIR, Dolores: *Estudios de antropología social en el Pirineo aragonés*, Gobierno de Aragón, Zaragoza, 1994, 372 (en especial apartado sobre «Casa, Familia y Vida social», pp. 107-168).

Colección de ensayos que incluye una selección de trece textos publicados previamente por los autores en revistas de antropología social. El análisis de la sociedad pirenaico-aragonesa se sustenta en el trabajo de campo realizado entre 1971 y 1978 con prolongadas estancias en Bielsa, Echo, Xabierregay y Ansó. Para el jurista tienen interés especial algunos de estos ensayos como «La casa y el cambio económico», «Casa y comunidad. Ideales culturales y reproducción social», «Sistema de herencia y estratificación social: las estrategias hereditarias», y «Crisis campesina y la reproducción del sistema familiar. La soltería como problema».

65: *Relaciones parentales y tutelares*

GARCÍA CANTERO, Gabriel: «La tutela», *Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 8, 15 y 22 de noviembre de 1994). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995, pp. 9-16.

Se recoge en estas páginas la ponencia sobre la tutela en Aragón defendida por el autor en los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés. El Prof. García Cantero escribió el comentario a los arts. 15, 16, 17 y 18 de la Compilación para la obra colectiva dirigida por el maestro Lacruz, y, en ésta ocasión, expone en el Foro un apretado resumen de los resultados de su investigación.

MARTÍNEZ DIE, Rafael: Intervención sobre la tutela, en *Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 8, 15 y 22 de noviembre de 1994). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995, pp. 23-32.

El autor defiende que la designación de tutor formalizada en instrumento público, sea o no testamento, realizada por quienes se hallen legitimados para ello, vincula a todos, incluyendo a la autoridad judicial. El sistema de tutela de la Compilación no coincide con el del Código civil, por ello es cuestionable la plena aplicación de algunos artículos del Código civil sobre disposición de los bienes del tutelado. Finalmente reflexiona sobre la situación de las personas capaces pero necesitadas de una especial protección y propone mecanismos endógenos y exógenos de protección.

PALÁ LAGUNA, Rocío: «La promoción del nombramiento de tutor ordinario: Aplicación del art. 239.2 del Cc. por la Administración de la Comunidad Autónoma aragonesa», *Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 8, 15 y 22 de noviembre de 1994). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995, pp. 17-23.

Intervención que facilita información sobre la aplicación práctica que está recibiendo en las ciudades de Zaragoza, Huesca y Teruel, la obligación de la Administración de la Comunidad Autónoma de promover el nombramiento de tutor, conforme a la Compilación del Derecho civil de Aragón, cuando existan personas que puedan asumir la tutela con beneficio para el menor en situación legal de desamparo.

66: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL.

662: Régimen matrimonial paccionado

BAYOD LÓPEZ, M^a del Carmen: *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1995, 353 págs. Prólogo de Jesús Delgado Echeverría.

Monografía que constituye la mayor parte de la tesis doctoral de la autora, la más específicamente aragonesa, calificada de «cum laude» por unanimidad en 1994 y galardonada con el premio extraordinario de doctorado de la Universidad de Zaragoza en 1995. La autora profundiza en la regulación jurídica de los sujetos intervinientes en las capitulaciones matrimoniales a las que caracteriza como contrato plurisubjetivo y plurinegocial; el contenido natural y típico del instrumento capitular son las estipulaciones capitulares que integran un contrato normativo de tipo asociativo y eventualmente plurilateral. La doctora Bayod, como fruto de su seria y documentada investigación, llega a conclusiones muy críticas sobre la regulación que sobre capacidad para otorgar capítulos y novación de los mismos ofrecen los arts. 27 y 28 de la Compilación, hechos de retales mal trabados de nuestro Derecho histórico y deformados para acomodarlos a los moldes del Código civil. Así, por ejemplo, demuestra que, pese a la dicción del art. 28 Comp., la necesaria concurrencia de los ascendientes que hayan asistido al otorgamiento de los capítulos antenupciales sólo muy excepcionalmente condiciona la libertad de los casados para pactar el régimen matrimonial que consideren conveniente.

6631: Régimen matrimonial legal: activo

SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo (ponente), GUTIÉRREZ CEJMA, Gonzalo y CURIEL LORENTE, Francisco (colaboradores): «Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón», en *Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 8, 15 y 22 de noviembre de 1994). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995, pp. 49-81.

Completa exposición que comienza con unas reflexiones sobre la evolución del concepto de familia y, por tanto, del de vivienda «familiar»; aporta información del tratamiento del tema en Derecho comparado y, seguidamente, aborda el régimen positivo de la vivienda distinguiendo, por un lado, el régimen aplicable cuando el matrimonio que la habita se halla en situación normal de convivencia (art. 51 de la Comp.) y, por otro, el régimen de

la vivienda familiar en las situaciones de crisis matrimonial (arts. 90 y ss. del Cc.). El estudio termina con un análisis de los problemas comunes a ambas situaciones: a) las consecuencias de la infracción y b) la constancia registral.

68: VIUDEDAD

681: *El Derecho de viudedad*

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Comentario al art. 16, apartado 2º, del Cc.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirs.: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. I, vol. 2º, arts. 8 a 16 del Cc. Segunda edición, Edersa, Madrid, 1995, pp. 1283-1301.

El autor señala que la sorprendente singularidad del precepto, referido al derecho de viudedad de la legislación aragonesa, puede resultar, en el momento presente, perturbadora y de dudosa constitucionalidad, además de difícilmente compatible con el precepto final del art. 9.8º Cc., añadido por la Ley 11/1990, de 15 octubre. En su opinión, el precepto debería desaparecer del Cc.

7: DERECHO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

711: *Derecho de sucesiones en general*

NAVARRO VIÑUALES, José María: «Instituciones forales aragonesas necesitadas de urgente reforma en materia sucesoria», en *Actas de los IV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 8, 15 y 22 de noviembre de 1994). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995, pp. 85-125.

El autor selecciona las instituciones sucesorias aragonesas que, en su opinión, son de aplicación más frecuente y plantean graves problemas interpretativos: el testamento mancomunado, la sucesión paccionada, la fiducia sucesoria, las legítimas y la sustitución legal. Dentro de cada institución seleccionada expone las deficiencias concretas más necesitadas de reforma y propone soluciones de *lege ferenda*.

714: *Beneficio legal de inventario*.

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «La llamada aceptación «entendida» a beneficio de inventario». *Actualidad Civil*, 1995-2 (núm. 14), pp. 265-282.

Razonado trabajo que defiende la tesis de que en los bastantes casos en que nuestras leyes dicen que la herencia «se entenderá aceptada a beneficio de inventario», o algo semejante, no obligan a efectuar una aceptación beneficiaria, sino que lo que expresan es que aun sin ésta el heredero aceptante goza de responsabilidad *intra vires hereditatis*, es decir, que de las deudas y cargas de la herencia sólo responde con lo recibido. El trabajo contiene abundantes referencias a la responsabilidad del heredero, siempre *intra vires*, en los Derechos de Aragón y Navarra.

76: *Sucesión intestada*

HIDALGO GARCÍA, Santiago: *La sucesión por el Estado. El derecho de las Instituciones de interés general y de algunas Comunidades autónomas*. Núm. 53 de la Biblioteca de Derecho Privado de J. M. Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1995, 487 pp.

Tesis doctoral, de buena factura, que desarrolla con detalle el contenido anunciado en el título de la monografía. En las págs. 407 a 412 se plantea el autor —antes de la reforma de 1995— la posibilidad de la sucesión intestada a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón y el régimen del privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza.

8: DERECHO DE BIENES

84: *Servidumbres*

ARCUDO PÉRIZ, José Luis: «El régimen foral histórico aragonés sobre trashumancia ganadera y vías pecuarias», en *Derecho Agrario: IV Congreso Nacional*, Coedición del MAPA, Ed. Agrícola Española, S.A. y Colegio Oficial de Ingenieros Agrónomos de Centro y Canarias, Madrid, 1995, pp. 325-333.

Trabajo interesante que expone sintéticamente el régimen de la trashumancia ganadera y vías pecuarias en los Fueros y Observancias del Reino de Aragón y la evolución de la materia desde principios del s. XVIII hasta el momento presente. Históricamente no es posible confundir la trashumancia ganadera castellana y aragonesa, por los numerosos elementos que las diferenciaban.

JURISPRUDENCIA*

* En esta sección de la Revista se pretende publicar, íntegras, las resoluciones, sobre Derecho civil aragonés, del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (sentencias y autos en recursos de casación, autos de la Presidencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en recursos gubernativos, etc.); en cambio, respecto a las sentencias de las Audiencias Provinciales de Huesca, Teruel y Zaragoza (o de otras Audiencias) y de los Juzgados de Primera Instancia o Primera Instancia e Instrucción de Aragón, sobre Derecho civil aragonés, sólo se pretenden publicar los fundamentos de Derecho.

Para lograr este objetivo contamos con la colaboración del Justicia de Aragón que nos facilita copia de las resoluciones que él recibe; como el objetivo de la Revista es publicar «todas» las resoluciones que, en mayor o menor medida, afecten al Derecho civil aragonés, la Redacción de la Revista ruega a los señores Magistrados, Jueces y Secretarios Judiciales de la Comunidad Autónoma de Aragón que faciliten puntualmente copia de estas resoluciones al Justicia de Aragón o, si lo prefieren, directamente a la Revista.

**A) TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE
ARAGÓN**
(SALA DE LO CIVIL)

SENTENCIAS DICTADAS EN RECURSOS DE CASACIÓN
(ordenadas cronológicamente)*

1

SENTENCIA NÚM. 1

S. TSJA de 4 de abril de 1995

****682: EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD: EXTINCIÓN:** *Puede acordar también la extinción del derecho expectante de viudedad el Juez de Primera Instancia, a petición expresa del propietario de los bienes, si el cónyuge titular del expectante se encuentra incapacitado o se niega a la renuncia con abuso de derecho (artículo 76.2.2º Comp.). La acción para solicitar tal renuncia subsidiaria, corresponde al cónyuge enajenante y no a un tercero (aunque sea propietario de los bienes), habida cuenta de que lo que el Juez suple no es el consentimiento a la enajenación de bien privativo, sino la renuncia al derecho expectante.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 76 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Manuel Serrano Bonafonte.

SENTENCIA

En Zaragoza, a cuatro de abril de mil novecientos noventa y cinco.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, ha visto el recurso de casación 2/94 frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, en recurso de apelación número 122/1994, autos de menor cuantía número 162/1993, del Juzgado de Primera Instancia número 9 de esta capital, sobre Derecho expectante de viudedad; recurso interpuesto por don Pablo Barrio Gordo, representado por la Procuradora de los Tribunales señora Fernández Chueca, asistido del Letrado don Dionisio Esteban Porras, contra don Francisco Navarro Úcar y doña Emilia Huguet Baroja, representados por la Procuradora señora Cabeza Irigoyen, asistidos del Letrado don Luis Márquez

* Se publican a continuación, íntegras, las 4 sentencias que la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha dictado en 1995.

** La explicación de esta forma de clasificar el contenido de las sentencias y resoluciones se halla al principio del «Índice Acumulado de Jurisprudencia».

Bernardo, habiendo sido fijada la cuantía en 6.500.000 pesetas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por la representación de don Pablo Barrio Gordo se formuló demanda en el citado Juzgado de Primera Instancia de esta capital, en la que suplicó se condenase solidariamente a los dos demandados a pagar a su representado la cantidad de cuarenta y dos mil veintitrés (42.023) pesetas, e igualmente se declarase extinguido el expectante derecho de viudedad foral de la demandada sobre el piso segundo C, de la escalera 1, de la calle Galán Bergua, número 28, de Zaragoza, o subsidiariamente se condenase a doña Emilia Huguet Baroja a que otorgue documento público bastante para inscribirse en el Registro de la Propiedad, con expresa renuncia a su expectante derecho de viudedad foral sobre el meritado piso segundo C, de la escalera 1, de la calle Galán Bergua, número 28, de Zaragoza, y entrega del mismo a esta parte para su inscripción correspondiente, con apercibimiento que de no efectuarlo se otorgase por el Juzgado en período de ejecución de sentencia, con expresa condena en costas a los demandados. La parte contraria se opuso a la demanda, suplicando se dictase sentencia desestimando la demanda absolviendo a los demandados. Previos los trámites legales se dictó sentencia, de fecha 24 de enero de 1994, en la que «considerando defectuosamente efectuada la acumulación de acciones ejercitadas en la demanda, debo desestimar y desestimo la misma en instancia, sin entrar a conocer la cuestión de fondo y con imposición de las costas a la parte actora». Por la representación de la parte demandante se presentó recurso de apelación, del que conoció la Audiencia Provincial de esta ciudad y, previos los trámites establecidos, dictó sentencia en fecha 11 de julio de 1994, dando lugar parcialmente al recurso, condenando a don Francisco Navarro Ucar a que abone al actor la cantidad de 42.023 pesetas e intereses legales, absolviendo a la codemandada del resto de pedimentos en su contra deducidos. La parte demandante anunció recurso de casación, por lo que, por auto de 5 de septiembre pasado, se acordó remitir a esta Sala las actuaciones para su conocimiento y fallo.

Segundo: En fecha 8 de septiembre de 1994 se recibieron las actuaciones en esta Sala, se formó el oportuno rollo de casación, en el que comparecieron ambas partes dentro de plazo, formalizando el recurso la parte recurrente, y no apareciendo acreditada la cuantía del procedimiento, en fecha 17 de octubre se dio traslado a las partes por cinco días, y no determinándose ésta, por auto de 27 del mismo mes, se declaró la nulidad del de fecha 5 de septiembre por el que se tenía preparado el recurso de casación y se remitían las actuaciones a esta Sala, devolviendo las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, a fin de que se procediese a la fijación de la cuantía. Verificado y recibidas nuevamente las actuaciones, comparecieron las partes, y por la representación del señor Barrio Gordo se dio por reproducido el motivo de casación, que se basa en: «infracción de las Normas del Ordenamiento Jurídico al amparo del artículo 1.692, ordinal 4º, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción del artículo 76 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, infringido en el concepto de violación por inaplicación»; suplicando se declarase extinguido el expectante Derecho de viudedad de doña Emilia Huguet Baroja con relación al piso segundo C, de la escalera 1, de la calle Galán Bergua, 28, de Zaragoza. Pasadas las actuaciones al Ministerio Fiscal las devolvió con la fórmula de «visto», admitiéndose el recurso de casación por auto de 1 de febrero, dando traslado a la parte recurrida por plazo de 20 días para que formalizase su impugnación por escrito, trámite que evacuó dentro de plazo suplicando se acordase no casar la sentencia recurrida, manteniéndose en todos sus extremos y condenando en costas a la parte recurrente. No habiéndose solicitado «vista», se señaló para la deliberación y votación el día 28 de marzo pasado.

Ha ido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. don Manuel Serrano Bonafonte.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Frente a la sentencia de la Audiencia Provincial que desestimó la petición del recurrente de declarar extinguido el derecho expectante de viudedad que doña Emilia Huguet Baroja ostenta

sobre el piso segundo C, de la escalera 1, de la casa número 28, de la calle Galán Bergua, de esta ciudad de Zaragoza, bien privativo que don Francisco Navarro Ucar vendió en documento privado de fecha 11 de septiembre de 1976 al demandante don Pablo Barrio Gordo, se interpone por éste contra tal resolución el recurso de casación que ahora es objeto de estudio, en el que en un único motivo casacional se denuncia infracción de las normas del ordenamiento jurídico, al amparo del artículo 1.692.1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, citándose como infringido por inaplicación el artículo 76 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Se argumenta por el recurrente en apoyo de su tesis, tras referirse a lo dispuesto en dicho precepto, que habiendo quedado acreditada su condición de propietario del bien sobre el que pesa el expectante Derecho de viudedad, siendo así que la señora Huguet participó en el precio de la venta y que tuvo conocimiento de la misma porque fue notificada mediante acta notarial, ha de deducirse que dicha señora al negarse a renunciar a su expectante derecho de viudedad está actuando de forma abusiva, lo que justifica a su entender la pretensión que deduce.

Segundo: Para la adecuada comprensión y subsiguiente resolución de la cuestión litigiosa a que se refiere el presente recurso, ha de partirse de los hechos acreditados que ponen de manifiesto cómo don Francisco Navarro Ucar, siendo soltero, adquirió el día 4 de septiembre de 1971 el piso sito en esta ciudad que ha sido descrito anteriormente, piso que, posteriormente, con fecha 11 de septiembre de 1971, ya casado con doña Emilia Huguet, vendió al demandante señor Barrio, en contrato privado, por precio de 1.000.000 de pesetas. Tras diversas vicisitudes, al negarse el señor Navarro al otorgamiento de la escritura pública, por razones que no afectan a la resolución que ha de dictarse en este recurso, en cumplimiento de sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de esta ciudad, en juicio de menor cuantía 1.745/1984-B, seguido a instancia de dicho señor Barrio Gordo contra don Francisco Navarro Ucar, se procedió por el Notario don Manuel Gar-

cía-Granero Fernández al otorgamiento de la escritura de compraventa el día 17 de diciembre de 1986, con base en aquel documento privado. Tal escritura fue inscrita en el Registro de la Propiedad con la constancia de no haberse acreditado la renuncia del derecho expectante de viudedad de doña Emilia Huguet Baroja.

Tercero: Lo que interesaba el recurrente en el suplico de su demanda y reitera ahora en el del presente recurso, es que «... se declare extinguido el expectante derecho de viudedad de doña Emilia Huguet Baroja con relación al piso segundo C, de la escalera 1, de la calle Galán Bergua, número 28, de Zaragoza, condenando a la citada demandada a estar y pasar por tal declaración, o subsidiariamente se condene a doña Emilia Huguet Baroja a que otorgue documento público bastante para inscribirse en el Registro de la Propiedad, con su expresa renuncia a su expectante Derecho de viudedad foral sobre el meritado piso...».

Sin necesidad de profundizar en la naturaleza jurídica del derecho expectante de viudedad, sí parece oportuno referirse a las características propias del mismo señalando como fundamental la de tratarse de un derecho personalísimo, y por tanto indisponible, imprescriptible, inembargable y fuera por completo del tráfico jurídico. Como enseñara el T. S. en su sentencia de fecha 29 de enero de 1982, «el derecho expectante de viudedad regulado en los artículos 76 a 78 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, es obvio que concede a ambos cónyuges una verdadera «expectativa de derecho» que con fundamento en un hecho ya realizado, cual es el ingreso de los bienes a que se refiere en el patrimonio común o en el privativo de cualquiera de dichos cónyuges, genera a favor del que sobreviva la atribución patrimonial que representa la adquisición del usufructo sobre la totalidad de los meritados bienes afectos al inicial derecho expectante, existiendo, en su consecuencia, una incertidumbre en cuanto a la pertenencia del derecho, aunque no respecto a la existencia del derecho mismo».

Tal Derecho expectante se encuentra protegido en la Compilación en el párrafo 2º del artículo 76, que dispone: «Este derecho no se extingue o menoscaba por

la ulterior enajenación de cualquiera de los bienes mencionados en el número anterior —se refiere a los inmuebles por naturaleza y los muebles como sitios— a menos que se renuncie expresamente. Salvo reserva expresa, la enajenación, o el consentimiento a ella, de los bienes comunes a que se refiere el número anterior, equivaldrán a la renuncia al derecho expectante de viudedad de quien enajena o consiente. Queda a salvo lo establecido sobre responsabilidad por deudas de gestión frente a tercero de buena fe».

Obsérvese cómo en los casos de venta de bienes privativos es precisa la constancia de la renuncia expresa del cónyuge expectante del derecho, mientras que en el caso de venta de bienes comunes, la propia enajenación o el consentimiento a ella equivalen a la renuncia.

El carácter personalísimo del derecho a que nos venimos refiriendo, originaba antes de la vigente Compilación importantes problemas, cuando tratándose de disposición de bienes privativos de uno de los cónyuges el otro no consentía la venta, se encontraba ausente o incapacitado. En tales supuestos era imposible llevar a cabo la libre enajenación de un bien privativo, puesto que quedaba pendiente la existencia del derecho expectante de viudedad, no siendo posible suplir la falta de consentimiento ni por la Junta de Parientes ni por el Juez.

Para tratar de obviar esta dificultad, la Ley 3/1985, de 21 de mayo, de las Cortes de Aragón, por la que se adapta e integra en el ordenamiento jurídico aragonés, la Ley 15/1967, de 8 de abril, por la que se aprobó la Compilación, introdujo un nuevo párrafo en el apartado 2 del artículo 76, que dice: «En los mismos casos de enajenación —recuérdese, inmuebles por naturaleza y muebles como sitios— también se extinguirá el derecho expectante de viudedad cuando así lo acuerde el Juez de Primera Instancia, a petición expresa del propietario de los bienes, si el cónyuge titular del expectante se encuentra incapacitado o se niega a la renuncia con abuso de derecho».

La claridad del precepto no puede ofrecer duda de clase alguna en el sentido de que «el propietario de los bienes» que puede acudir al Juez en demanda de

que supla el consentimiento de quien bien por incapacidad o por abuso de Derecho no lo hace, no es otro que el cónyuge y no un tercero, porque sólo aquél y no éste tiene acción para solicitar tal renuncia subsidiaria, habida cuenta de que lo que el Juez suple no es el consentimiento a la enajenación del bien privativo, sino la renuncia al derecho expectante.

Así entendido el precepto que el recurrente considera infringido, es evidente que la vulneración denunciada no se ha producido y que la Sala de instancia aplicó correctamente la disposición legal, pues el señor Barrio carece de acción contra la señora Huguet, acción que en caso de haber actuado ésta con abuso de Derecho, lo que no se ha acreditado, correspondería únicamente a su esposo por ser a éste y no a aquél a quien se refiere el artículo 76 de la Compilación, careciendo en este caso de relevancia que tuviere conocimiento de la venta, al tratarse de un bien privativo del marido, y menos aún que pudiera participar en el precio de la misma, siendo la operación totalmente válida pero llevando implícita la permanencia del derecho expectante de viudedad de la señora Huguet.

Por lo expuesto, el recurso decae, no sin antes hacer notar que pudo incurrir en causa de inadmisión, toda vez que la parte impugnante denunció la infracción en concepto de violación por inaplicación del artículo 76 de la Compilación en su ordinal segundo, párrafo segundo, siendo así que fue tal precepto legal el que la Sala de instancia aplicó para desestimar la pretensión del recurrente.

Cuarto: Por imperativo del artículo 1.715 de la L. E. C., las costas deberán ser impuestas al recurrente.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por don Pablo Barrio Gordo contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, con fecha 11 de julio de 1994, dictada en juicio de menor cuantía seguido contra don Francisco Navarro Úcar y doña Emilia Huguet Baroja, resolución que confirmamos en todas sus partes, con condena a la parte recurrente al pago de las costas

causadas en este recurso; y a su tiempo, comuníquese esta resolución a la expresada Sección de esta Audiencia Provincial, con devolución a la misma de las actuaciones que remitió.

Así por esta nuestra sentencia; firmamos.—Excmo. Sr. Presidente don José Ramón San Román Moreno y los Ilmos. Sres. Magistrados don Vicente García-Rodeja Fernández, don Manuel Serrano Bonafonte, doña Rosa M^a Bandrés Sánchez-Cruzat.

puede apreciarse por no darse los requisitos que configuraban el abuso de Derecho. Fraude de ley: la impugnabilidad del contrato por parte de las esposas no disponentes no supone el ejercicio de un derecho prohibido por el ordenamiento.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 51 Comp. de 1967; arts. 42 y 48 Comp.; arts. 6.4, 7^a, 1.101, 1.106, 1.107-2, 1.256 y 1.258 C. c.; D. T. 4^a y 12^a Comp. y D. T. 1^a Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Vicente García-Rodeja Fernández.

SENTENCIA NÚM. 2

S. TSJA de 10 de abril de 1995.

6633: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: GESTIÓN: ADMINISTRACION Y DISPOSICION DE BIENES COMUNES: *Opción de compra otorgada por uno solo de los cónyuges sobre bienes consorciales: anulabilidad por falta de consentimiento uxorio al no haberse demostrado que este acto de enajenación pertenecía al tráfico habitual de la profesión, arte u oficio del cónyuge disponente. No procede aplicar a este supuesto el art. 42 Comp., pues el cónyuge disponente no ha ejercitado «facultades legales».* **10: DERECHO TRANSITORIO: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL:** Administración y disposición de bienes comunes: *No es aplicable a este supuesto el art. 48.2 Comp. del 85, pues el contrato de opción de compra quedó concluso estando vigente el art. 51 Comp. del 67. Con todo, y aunque el art. 51 Comp. del 67 no comprendía las excepciones de posibilidad de actuación o legitimación frente a terceros de cada uno de los cónyuges, la doctrina científica había venido a admitir la solución hoy contenida en el art. 48.2, si los bienes se encuentran en el tráfico habitual de la profesión, arte u oficio del disponente, cuestión de hecho apreciable por el Tribunal de instancia, que no concurre en este caso.* **5: FUENTES: CODIGO CIVIL: Parte General: Mala fe: no puede deducirse que los esposos firmantes del contrato de opción hayan tenido mala fe por no hacerse expresa mención del estado civil de los mismos. Abuso de Derecho: en cuanto a la actuación de las esposas que han invocado la nulidad del contrato de opción de compra, tal circunstancia no**

SENTENCIA

En Zaragoza, a diez de abril de mil novecientos noventa y cinco.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto recurso de casación número 6/1994, frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (recurso 586/1993), en apelación de autos de juicio declarativo de menor cuantía número 40/1993, del Juzgado de Primera Instancia número 13 de los de esta capital, sobre cumplimiento de contrato, recurso que fue interpuesto por «Bingo Roma, S. A.», representada por el Procurador de los Tribunales señor Giménez Navarro y dirigida por el Letrado señor Monclús Fraga, y siendo partes recurridas don Félix Pascual Fierro, agricultor, y doña Emilia Miguel Sobrino, ama de casa, cónyuges; don Miguel Larraz Bandrés, administrativo, y doña Concepción Cros Casas, ama de casa, cónyuges; don Joaquín Fortea Izquierdo, del comercio, y doña Marcelina Cirugeda Martín, ama de casa, cónyuges; don Francisco Javier Gaitán Miguel, industrial, y doña Julia Ibor Castillo, ama de casa, cónyuges; todos ellos mayores de edad, vecinos de esta capital, y representados por el Procurador de los Tribunales señor Bibián Fierro y dirigidos por el Letrado señor Navarro Ponz; estando fijada la cuantía de este procedimiento en 150.253.103 pesetas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Se iniciaron las actuaciones en virtud de demanda formulada por la

entidad hoy recurrida «Bingo Roma, S. A.», en la cual, con base en documento privado que aportó, de fecha 17 de abril de 1985, los ahora demandados señores Pascual Fierro, Larraz Bandrés, Fortea Izquierdo, Gaitán Miguel y Rubio Lázaro, establecen opción de compra en favor de aquélla sobre los locales que describen de la finca núm. 6 de las que componen el complejo residencial «Parque Roma», de esta ciudad, interesa que proceda su cumplimiento, por las razones que en dicho escrito expone y en el que suplica: A) Condene a los demandados al cumplimiento de lo pactado en el contrato de opción de compra de fecha 17 de abril de 1985 y ejercitada la opción de compra mediante los requerimientos fehacientes efectuados el 27 de enero, 26 y 30 de marzo de 1990, declare la existencia válida y eficaz de la compraventa proyectada, condenándoles asimismo a otorgar a favor de mi representada «Bingo Roma, S. A.», escritura pública de compraventa del local de negocio sito en la cota 97,50, de unos 1.430 metros cuadrados de superficie, segregado del local número 3 de la parcela F, construido sobre la finca número 6 de las que componen el complejo residencial «Parque Roma», otorgamiento que deberá ser efectuado en los treinta días posteriores a la firmeza de la sentencia condenatoria, y en cuyo momento mi representada pondrá a su disposición las cantidades correspondientes al precio de la compraventa, liquidado de acuerdo con lo previsto en la cláusula segunda del citado documento de fecha 17 de abril de 1985 acompañado como documento número 2 a la demanda. B) Que no obstante haber optado esta parte por cumplimiento, si la declaración y condena anteriormente solicitada no fuera acordada por el Juzgado o acordada no pudiera llevarse a cabo por acreditar los demandados que les resulta imposible, alternativamente, y en los términos del artículo 1.124 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta parte opta por la resolución del contrato de compraventa actuado al ejercitarse la opción pactada el 17 de abril de 1985, mediante los requerimientos efectuados el 27 de enero, 26 y 30 de marzo de 1990, solicitando del Juzgado dicha declaración de resolución y condenando a los demandados a estar y pasar por ella. C) En cualquier caso, si declarada válida y

eficaz la compraventa los demandados condenados no cumplieran con su obligación de otorgar escritura pública de compraventa a favor de mi representada por imposibilidad acreditada, o, si, alternativamente, fuese declarada la resolución de la compraventa solicitada en el pedimento anterior, se condene a los demandados al pago a mi representada de los daños y perjuicios causados por dolosa actitud y mala fe civil, en cifra que se fijará en ejecución de sentencia».

Admitida a trámite por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de esta ciudad; compareciendo los esposos consignados en el encabezado, se opusieron a la demanda, solicitando su desestimación íntegra con base, esencialmente, en que los mismos no eran propietarios exclusivos del inmueble a que se refiere el documento de 17 de abril de 1985 por tratarse de bienes consorciales, no habiendo suscrito sus esposas tal documento; la anulación del mismo y la no comprensión de los derechos a que se refería en la escritura pública de 10 febrero de 1986 de venta de acciones de «Bingo Roma, S. A.» y constancia de obligaciones; y, que el ejercicio de la opción de compra pretendido se efectuó de forma no correcta, especialmente por la falta de consignación del precio y no corresponder éste a la cantidad ofrecida sino a la suma de 150.253.103 pesetas, por razón de la cláusula de elevación del 16 % acumulativo anual desde la fecha del contrato hasta el ejercicio del derecho.

Las esposas comparecieron separadamente y en base a su no intervención en el referido contrato, solicitaron la desestimación de la demanda y reconvinieron pidiendo: A) Se declare nulo de pleno derecho el documento de fecha 17 de abril de 1985 de opción de compra, suscrito por los esposos de mis mandantes y un representante legal de «Bingo Roma, S. A.», don José María Guerin Bes, aportado por la referida sociedad con el número dos de documentos con su demanda, por no estar constituida dicha sociedad en la fecha referida y por tanto tampoco inscrita en el Registro Mercantil, y por tanto son nulos todos los contratos celebrados en nombre de dicha sociedad, como una sociedad ya existente. B) Para el supuesto de que se considere que don José María Guerin Bes actuaba no como representante legal de una sociedad constituida sino

como gestor de una sociedad a constituir, se declare asimismo nulo el contrato de opción de compra referido al no haber sido aceptado por la sociedad en el plazo de tres meses a partir de la inscripción de la sociedad en el Registro Mercantil de Zaragoza. C) Que se declare asimismo nulo el contrato de opción de compra referido, así como la escritura de compraventa pretendida por la sociedad demandada de esta reconvencción «Bingo Roma, S. A.» del local de negocio sito en la cota 97,50 de unos 1.430 metros cuadrados de superficie, segregado del local número 3 de la parcela F, construida sobre la finca número 6 de las que componen el complejo residencial «Parque Roma» de esta capital, por faltar el consentimiento de mis poderdantes las demandantes de esta reconvencción, tanto en el documento de opción de compra como en la pretendida escritura de compraventa, negándose a prestar dicho consentimiento por no interesarles ni la opción de compra referida ni la compraventa derivada de dicho documento de opción de compra». Contesta a dicha reconvencción la representación de la parte actora, que niega los hechos del contrario, ratifica sus manifestaciones de demanda y haciendo referencia en los fundamentos de Derecho a los artículos 42 y 48 de la Compilación, la jurisprudencia que establece la anulabilidad de los contratos sin consentimiento uxorio y al artículo 7º del Código Civil, suplicó el desestimiento íntegro de la reconvencción y sentencia según el suplico de la demanda.

Seguido el procedimiento por sus trámites el Juzgado dictó sentencia el 7 de septiembre de 1993, «estimando parcialmente como estimó la demanda formulada por la representación procesal de «Bingo Roma, S. A.», contra don Miguel Larraz Bandrés, don Félix Pascual Fierro, don Joaquín Fortea Izquierdo, don Francisco Javier Gaitán Miguel, don Luis Rubio Lázaro y contra doña Marcelina Cirugeda Martín, doña Concepción Cros Casas, doña Josefina Rincón Duque, doña Emilia Miguel Sobrino y doña Julia Ibor Castillo; debo declarar y declaro la validez y eficacia del contrato de opción de compra suscrito el día 17 de abril de 1985, condenando a los demandados a estar y pasar por él, y otorgar escritura pública a favor de la actora, de compra-

venta del local sito en esta ciudad, de unos 1.430 metros cuadrados de superficie, segregado del local número 3 de la parcela F, construido sobre la finca número 6 de las que componen el complejo residencial «Parque Roma», contra la entrega por la demandante de la suma de ciento veintinueve millones cien mil pesetas (129.100.000 pesetas), minorada por lo que resulte de aplicar, en ejecución de sentencia, lo establecido en el inciso segundo del fundamento de Derecho sexto de esta resolución, que se da aquí por reproducido, absolviéndoles del resto de las pretensiones de la actora».

Segundo: Recurrida dicha resolución por la representación de «Bingo Roma, S. A.», la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, con base en la cuestión relativa a la falta de consentimiento de las esposas de los firmantes, que estima necesario y que no aprecia exista, en sentencia de 8 de marzo de 1984 declara: «Que estimando el recurso de apelación interpuesto por doña Marcelina Cirugeda Martín, doña Concepción Oros Casas, doña Josefina Rincón Duque, doña Emilia Miguel Sobrino y doña Julia Ibor Castillo, y desestimando en parte el planteado por don Félix Pascual Fierro, don Joaquín Fortea Izquierdo, don Francisco Javier Gaitán Miguel y don Luis Rubio Lázaro, contra la sentencia de fecha 7 de septiembre de 1993, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Zaragoza, de 7 de septiembre de 1993, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y desestimamos la demanda, y estimando la reconvencción deducida por doña Marcelina Cirugeda Martín y cuatro más, debemos declarar nulo el contrato de opción de compra de fecha 17 de abril de 1985, al que se refiere el presente litigio. No se hace expresa imposición de las costas de ambas instancias».

Tercero: Interpuesto recurso de casación por la representación de la entidad «Bingo Roma, S. A.», y fijada la cuantía se tuvo por preparado el recurso y remitidos los autos a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes, la cual, por auto de 17 de noviembre de 1994, declaró la competencia de esta Sala, con remisión de actuaciones y con base en que, en la formalización del recurso se reputan vulnerados los artículos 48.2, 42 y 48.1 de la Compilación del

Derecho Civil de Aragón y la referencia al artículo 24 de la Constitución no implica fundamento real de infracción de precepto constitucional, pues el motivo cuarto hace referencia al artículo 459 de la Ley Procesal siendo lo planteado un problema de incongruencia omisiva perfectamente abordable desde la legalidad procesal ordinaria, aunque ésta haya de interpretarse de acuerdo con la Constitución.

Cuarto: Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecidas las partes en el plazo que les había sido concedido, la recurrente ratificó el escrito de interposición o formalización de la casación presentado en el Tribunal Supremo el 30 de mayo del pasado año en el que, previa exposición de antecedentes formula ocho motivos: PRIMERO: Al amparo del artículo 1.692.4 por violación por interpretación errónea y posterior inaplicación del artículo 48.2 de la Compilación de Aragón, refiriéndose realmente a la excepción del número 2º del precepto invocado al considerar que el contrato de opción de compra suscrito por los esposos estaba incluido en el tráfico habitual de su profesión, arte u oficio e igualmente en el antiguo artículo 51 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, Ley 15/1967, de 8 de abril, vigente en el momento de otorgarse la opción de compra; hace referencia al artículo 48 de la propia Compilación; SEGUNDO: Al amparo del mismo ordinal del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por inaplicación del artículo 42 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, pues el contrato de opción de compra referido fue celebrado aparentemente dentro de las facultades de gestión propias de los esposos otorgantes, obligando al bien común que constituía su objeto, por lo que debe formalizarse la transmisión; TERCERO: Con igual base se denuncia infracción de jurisprudencia aplicable, sin precisar el tema de dicha doctrina legal aunque se deduce a la apreciación de falta de consentimiento de las esposas al contrato estipulado por sus cónyuges, cuya existencia afirma discrepando de la valoración fáctica que realiza la sentencia recurrida; CUARTO: Con base en el ordinal tercero se denuncia la infracción por inaplicación del artículo 359 de la Ley Procesal en relación con el artículo 24 de la Constitución; y aun admitiendo el criterio general de que las sentencias absolutorias no pueden

ser tachadas de incongruencia, mantiene la existencia de ésta por no haberse resuelto sobre los pedimentos B) y C) de demanda en forma expresa y razonada en la resolución recurrida; QUINTO: Con amparo en el ordinal cuarto del precepto citado denuncia la inaplicación del artículo 1.124 del C. c., refiriéndose al fundamento cuarto de la demanda y la facultad de resolver las obligaciones pues su cumplimiento en ambos casos con reclamación de daños y perjuicios; SEXTO: Al amparo de igual cauce denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 1.101, 1.102, 1.106 y 1.107.2 del C. c.; encontrando en ellos base de los perjuicios que reclama y estima causados por la actitud de mala fe civil de los demandados que han decidido incumplir su obligación frente a la recurrente y concreta el daño emergente en el que al no otorgarse la opción de compra, tuvo que seguir pagando las rentas del local y el lucro cesante en el supuesto del beneficio posible que hubiera obtenido si los demandados hubieran cumplido su obligación; SÉPTIMO: Con igual base e invocación de inaplicación del artículo 7º del C. c. y jurisprudencia que lo desarrolla, al entender que la impugnación del contrato de opción sobrepasa manifiestamente los límites normales del ejercicio del derecho de impugnación por falta del consentimiento uxorio, y OCTAVO: Con base en igual precepto y por infracción de inaplicación del artículo 6.4 del C. c. en relación con los artículos 48.1 de la Compilación y 1.256 y 1.258 del C. c., invocando diversas sentencias que le llevan a afirmar la existencia de fraude de ley; se suplicó la casación de la sentencia de la Audiencia y confirmación de la del Juzgado de Instancia.

Quinto: En el traslado conferido a las partes recurridas impugnan el recurso haciendo referencia a los diferentes MOTIVOS: Al PRIMERO, destaca la necesidad de la intervención o consentimiento de ambos cónyuges en el momento de otorgarse la opción de compra, tanto al amparo del artículo 51 de la Compilación, vigente en ese momento, como en el artículo 48 en su actual redacción, sin que sean de aplicación las excepciones que el mismo recoge; mantiene que la finalidad de la norma es salvaguardar la economía familiar; ninguno de los firmantes del contrato se ha probado tuviese profesión dedicada a la promoción o compraventa

de bienes inmuebles y con otras consideraciones afirma que la gestión de los negocios ajenos no implica que los esposos tengan poder de disposición; al SEGUNDO, el artículo 42 de la Compilación es inaplicable en cuanto no existen deudas en favor de la entidad recurrente y por tanto no se entra en problema de responsabilidad que dicho precepto regula; al TERCERO, se supone pretensión de una nueva valoración de los hechos convirtiendo la casación en una tercera instancia; al CUARTO, que partiendo de que las sentencias absolutorias no pueden ser tachadas de incongruentes, al estimarse la reconvencción y declararse nulo el contrato, las únicas consecuencias son las que llevan aparejada la declaración de nulidad y se recogen en el artículo 1.203 del C. c., citando sentencias del Tribunal Constitucional de 14 de enero de 1987 en el sentido de que la congruencia no exige una respuesta pormenorizada a las alegaciones jurídicas expuestas por cada una de las partes, sobre todo cuando el fallo es desestimatorio; al QUINTO, alega la inaplicación del artículo 1.124 del C. c. una vez declarado nulo el contrato; al SEXTO, sostiene que los artículos que se dicen infringidos no han sido aplicados por la sentencia recurrida; la apreciación del dolo corresponde al Tribunal de instancia, que en este caso no lo estimó; niega exista daño emergente, pues los pagos efectuados fueron en razón del arrendamiento vigente y en cuanto al lucro cesante no ha existido ni ha sido apreciado en instancia; al SÉPTIMO, los hechos en que se funda no son objeto de recurso de casación y no concurre abuso del derecho, pues los firmantes del contrato litigioso conocían perfectamente el estado civil de los intervinientes; y por último en cuanto al OCTAVO, niega se haya dado ningún fraude de ley ni puede fundarse éste en normas contractuales sino que se exige un resultado jurídico prohibido por el ordenamiento jurídico; se terminó solicitando la desestimación íntegra del recurso de casación con costas.

Sexto: No habiéndose interesado la celebración de vista se acordó el señalamiento para votación y fallo de la sentencia para el día 4 de los corrientes, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. don Vicente García-Rodeja Fernández.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Comenzándose el análisis de los motivos de recurso por el primeramente formulado, referente a interpretación errónea y posterior inaplicación del artículo 48.2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, tema fundamental del litigio, ha de partirse de la imposibilidad de admisión del mismo, por no ser aplicable al problema litigioso dicho precepto, pues el contrato de opción de compra que se recoge en el documento privado de 17 de abril de 1985, como la parte recurrente afirma, por su propia naturaleza y contenido quedó concluso en el momento de la firma, al constar las bases contractuales del convenio y bastar la expresión de voluntad de la optante para que el contrato de compraventa quedase firme y en este sentido se pronuncian claramente las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 1985, 22 de diciembre de 1992 y 17 de mayo de 1993 y, por tanto, en ese momento estaba vigente y regía la relación el artículo 51 de la Compilación según la redacción original de la Ley de 8 de abril de 1967, que no comprendía las excepciones de posibilidad de actuación o legitimación frente a terceros de cada uno de los cónyuges, que se introdujo en el Derecho Aragonés por la Ley 3/1985, de 21 de mayo, y así lo recoge expresamente la sentencia recurrida al referirse que tal artículo 51 era el vigente en el momento de otorgarse la opción de compra. A tal conclusión se llega por aplicación de la disposición transitoria primera del Código Civil: «Se regirán por la legislación anterior al Código (entiéndase la reforma de la Compilación del año 1985) los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código lo regule de otro modo», norma aplicable por remisión de la disposición transitoria cuarta de la citada Ley de reforma de la Compilación de 1985, que se refiere expresamente a las disposiciones transitorias de la Compilación, para la resolución de los problemas intertemporales de su aplicación, y la duodécima de aquellas disposiciones transitorias se remite a los criterios del Código Civil.

Sin embargo, es cierto que bajo la vigencia del citado artículo 51 de la Compilación, en su redacción primitiva, la doctrina científica y alguna resolución habían venido a plantear el problema a cuya solución tiende el referido artículo 48.2 en su

redacción actual, requiriendo aquella doctrina y estableciendo este precepto, en el párrafo primero de su número 2, que la legitimación para disponer precisa que los bienes se encuentren en el tráfico habitual de la profesión, arte u oficio, del cónyuge disponente, lo cual es una cuestión de hecho apreciable por el Tribunal de instancia, el cual no consideró la concurrencia de este supuesto en cuanto a los esposos demandados que firmaron el documento antes referido; no corresponde ahora, en el ámbito de la casación entrar a analizar nuevamente tal tema, al no invocarse ni aparecer que tal conclusión sea notoriamente errónea o contraria a las normas de la adecuada lógica y, por el contrario, al no existir prueba, que correspondía aportar a la parte actora, ni resultar de las profesiones que tales demandados ostentan y que se recogen en su fijación en el encabezado de esta resolución, nunca podría darse entrada al supuesto excepcional de disposición unilateral de bienes inmuebles presuntamente comunes de acuerdo con el artículo 40.1 de la propia Compilación y así, por el contrario, esta Sala, en su sentencia de 25 de marzo de 1992, aplicó la repetida excepción por haberse acreditado que el cónyuge disponente de diversos pisos tenía por profesión la de «promotor de viviendas».

Segundo: Por razones de lógica argumental es adecuado analizar ahora el motivo tercero de los interpuestos, pese a la deficiencia de su formalización al basarse en «infracción de la jurisprudencia aplicable para resolver la cuestión», si bien se deduce se refiere a las resoluciones interpretativas de la apreciación de existencia de consentimiento de los cónyuges no intervinientes en un contrato y de las posibles consecuencias de la ausencia de tal consentimiento.

Reafirmandose la aplicación del artículo 51 de la Compilación en su primitiva redacción, que no difiere del actual artículo 48.1, y como consecuencia de lo dicho ha de tenerse por necesaria la concurrencia del consentimiento de las esposas de los demandados, en su día reconvientes, hoy también recurridas; la falta de dicho consentimiento determina la posibilidad de anulabilidad del contrato por aquéllos suscrito y que es objeto de litigio, doctrina establecida por este Tribunal en sentencia de 13 de febrero de

1992, en el ámbito del Derecho propio de Aragón, pero también puede tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo que vino a sentar la naturaleza de dicha falta de consentimiento uxorio y basten las sentencias de 25 de noviembre de 1991 y 19 de octubre de 1994 y tener en cuenta la similitud esencial de la normativa del Código Civil, artículo 1.377, con las normas del Derecho Aragonés citadas.

La apreciación de tal consentimiento es una cuestión de hecho reservada al juzgador de instancia como también establece la doctrina jurisprudencial, sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1990, 18 de marzo de 1994 y la antes citada de 19 de octubre de 1994, sin que en la afirmación de la falta de demostración de tal consentimiento en cuanto a las esposas, que se efectúa en la sentencia recurrida, se aprecie error notorio o falta de esos principios lógicos a los que ya se hizo anteriormente referencia aun cuando, en el ámbito de la mera posibilidad, el consentimiento puede ser expreso, que en este caso no se da, tácito o presunto, pero tampoco se han demostrado hechos concluyentes y como tales inequívocos de la existencia de ese consentimiento, que en términos generales, no puede identificarse con un mero conocimiento de la existencia del contrato no consentido, sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1958, 3 de enero de 1964, 7 de octubre de 1986, 28 de junio de 1993 y 11 de julio de 1994, y ni siquiera el conocimiento de la existencia del contrato es inequívoca hasta ser emplazadas en autos, pues del mero hecho de que alguna de las esposas fuera receptora material de requerimiento notarial efectuado a su esposo en la pretensión de efectividad de la opción de compra, no se deduce el conocimiento del contenido de los documentos recibidos.

Dadas las reiteradas alusiones que se hacen en el motivo al tema de la interpretación positiva del silencio, que no sería necesario analizar según lo que queda dicho, puede afirmarse, como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1994, en relación con otras anteriores como las de 18 de marzo del mismo año y otras ya anteriores que se inician desde la sentencia de 24 de noviembre de 1943, que normalmente el silencio no puede valer como declaración

de voluntad, pero puede tener la asignación jurídica de asentamiento y conformidad cuando el que calla tenga la obligación de contestar o cuando sea normal que se manifieste el disenso si no se quiere aprobar el hecho de que se tiene conocimiento, presentándose la contestación como comportamiento justo y honrado, en la misma medida que el silencio como contrario a la buena fe negocial, que puede ser estimado en sentido positivo en unión del conjunto probatorio obrante en los autos. No se ha admitido la constancia del conocimiento y sin él, como se establece en la resolución aludida no puede surgir el silencio positivo y, como se dirá, tampoco puede apreciarse conducta contraria a la buena fe, genéricamente exigible, ya que entre las reconvinentes y la parte recurrente no ha existido relación negocial.

Por el contrario al reconvenir las esposas no intervinientes han mostrado, ejercitando la acción de anulabilidad para la cual se encontraban legitimadas, la absoluta discrepancia con el tan repetido contrato de opción de compra.

Se llega, pues, así a la desestimación de este motivo, que con la que se ha efectuado ya del primero, lleva a la necesidad de mantener la anulación del repetido contrato, con las consecuencias legales que se derivan y que no son otras que las que los recurridos invocan y se comprenden en el artículo 1.303 del Código Civil, en coincidencia con la sentencia de instancia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza.

Tercero: La inaplicación del artículo 42 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón que se acusa en el motivo segundo, resulta improcedente pues tal precepto, sentado lo anterior, no tiene aplicación alguna al supuesto de autos, pues si el cónyuge no ha ejercitado «facultades legales», y no lo fue pretender enajenar inmuebles sin el consentimiento del otro cónyuge, nada cabe decir sobre la vinculación de los bienes comunes al contrato pretendido; este precepto se refiere, además, a los supuestos de responsabilidad y muy concretamente a la efectividad de las deudas pecuniarias, dentro del funcionamiento interno del consorcio matrimonial, ajeno al acto dispositivo que supone el acto de enajenación del contrato de opción de compra.

Cuarto: Para no alterar excesivamente el orden de planteamiento de los motivos, en cuanto al cuarto y la infracción que se denuncia del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el 24 de la Constitución, primeramente debe excluirse la referencia constitucional teniendo en cuenta lo establecido por la Sala Civil del Tribunal Supremo de 17 de noviembre último, por el cual se declaró la competencia de este Tribunal Superior y que no es del caso reiterar.

La sentencia recurrida es totalmente desestimatoria de las peticiones de demanda con lo cual en principio ha de excluirse la existencia de incongruencia, siendo innumerables las sentencias del Tribunal Supremo que establecen este principio, así las de 21 de diciembre de 1984, 31 de diciembre de 1986, 15 de julio de 1989, 23 de julio de 1990 y 30 de octubre de 1991 y las que las propias resoluciones citan.

No concurren excepciones a la aplicación de tal principio, pues no se ha alterado o modificado la causa de pedir, las cuestiones debatidas, ni los elementos objetivos y subjetivos de la relación jurídico procesal, sentencias del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1988 y 17 de julio de 1989.

Por el contrario, excluyendo tal posible incongruencia, la desestimación de los pedimentos de demanda que no fueron especialmente referidos en la sentencia recurrida, aparece no solamente como implícita sino también se hace innecesaria y pueden omitirse, al ser pretensiones que no pueden prevalecer con el sentido del fallo recurrido que decide otras, como establecen las sentencias del Alto Tribunal de 6 de marzo de 1928 y 13 de marzo de 1962. Declarada la nulidad del contrato del litigio se hace totalmente innecesario pronunciarse sobre los apartados b) y c) de la demanda, en los términos que quedan recogidos en los antecedentes de hecho, en cuanto realizan peticiones derivadas de una previa declaración de validez y eficacia del contrato litigioso y que por tanto perecen al haber sido este declarado nulo y, por último, por hacer referencia al ámbito constitucional, puede citarse la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de enero de 1987 que afirma que «la congruencia con las pretensiones formuladas, como la motivación del pronuncia-

miento, constituyen requisitos ineludibles de la actividad judicial, no exigen una respuesta pormenorizada a las alegaciones jurídicas expuestas por cada una de las partes, sobre todo cuando el fallo es desestimatorio, lo que supone una denegación de todas y cada una de las pretensiones deducidas en la demanda».

Decae así el motivo casacional.

Quinto: Puede hacerse referencia conjunta a los motivos quinto y sexto que invocan la inaplicación de los artículos 1.124 y 1.101, 1.102, 1.106 y 1.107.2 del Código Civil, pues dicha inaplicación es totalmente procedente, en cuanto las peticiones de resolución o de indemnización de daños y perjuicios supone la existencia de un contrato válido que no concurre en el supuesto de autos.

Tal condicionamiento es consustancial con la aplicación del artículo 1.124 citado que exige la existencia de un vínculo contractual vigente, como enseña la sentencia de 4 de enero de 1992 y en el presente caso lo es también con la aplicación de los demás artículos referidos a las indemnizaciones que en demanda se piden, como establece el apartado c) del suplico de la misma: «si declaraba válida y eficaz la compraventa los demandados condenados no cumplieran con su obligación» o «si alternativamente, fuese declarada la resolución de la compraventa» y, al no darse ninguno de ambos supuestos la petición de daños y perjuicios es inadmisibles, sin que le sea dado al órgano judicial el buscar otra fundamentación a tal petición sin alterar la causa de pedir, lo que sí constituiría, incongruencia con indefensión de los demandados.

Podría también añadirse, con mero sentido argumental, que el daño emergente fundado en las rentas que la entidad recurrente ha venido pagando desde el mes de abril de 1990 por ocupación de los locales objeto de la pretendida opción de compra, no pueden tener tal calificación ante la nulidad declarada de ese contrato y al tener su fundamento en el arrendamiento suscrito por dicha parte en cuanto a tales locales; el lucro cesante que genéricamente se invoca no ha sido precisado en forma alguna en su realidad en las solicitudes de la parte recurrente ni se ha efectuado prueba demostrativa de su realidad, aun en el

caso de que fuera necesario pronunciarse sobre este extremo.

Sexto: En el motivo séptimo se denuncia infracción por inaplicación del artículo 7º del Código Civil, sin que la mala fe de la actuación de los demandados a que se refiere resulte probada, ni puede deducirse por no hacerse expresión del estado civil de los esposos firmantes del documento litigioso tantas veces referido; omisión que puede atribuirse tanto a éstos como a la falta de cuidado y exigencia de expresión de tal circunstancia por parte del otro contratante, con independencia de que consta en autos que el señor Hija-zo, que representaba a la entidad actora, reconoce tenía constancia de que todos ellos estaban casados.

El abuso del derecho en cuanto a la actuación de las esposas reconvinentes, que han invocado la nulidad del contrato, no puede apreciarse, pues según la doctrina jurisprudencial viene determinado por la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, y la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho, requiriendo una intención dañosa en la conducta de quien actúa y pudiendo acudirse a su existencia sólo en casos patentes («manifiesto abuso o ejercicio anormal de un derecho», artículo 9º C. c.) en que no resulte provecho para quien se dice haber incurrido en el abuso, como establecen literalmente las sentencias del Tribunal supremo de 27 de abril y 11 de julio de 1994, que recogen otras anteriores, circunstancias que no se han apreciado, ni resultan de los autos; las demandadas reconvinentes defienden la ineficacia del acuerdo de litigio, que mientras no se demuestre lo contrario, lo hacen en beneficio del consorcio familiar.

No es procedente, pues, la admisión del motivo.

Séptimo: Resta por examinar el motivo octavo del recurso que además de haber sido deficientemente formulado en cuanto que, con desconocimiento de la adecuada técnica casacional, incluye en la misma causa de impugnación por inaplicación, los artículos 6.4 del C. c., 48.1 de la Compilación y 1.256 del C. c., debe ser rechazado, puesto que ya ha sido analizado el citado artículo 48.1 de la Compilación, denunciado por la vía de la infracción jurisprudencial en el motivo tercero, para llegar a sen-

tar la conclusión de que no está demostrada la existencia del consentimiento de los cónyuges no intervinientes.

De otra parte los artículos 1.256 y 1.258 del C. c. que comprenden normas generales de la contratación referentes al consentimiento determinante de la validez y perfeccionamiento de los contratos, no pueden ser aplicados al caso que aquí se enjuicia, porque, como quedó ya dicho, no se estima que el consentimiento concurriera en la actuación de las personas que solicitaron la acción de nulidad (anulabilidad) del contrato de litigio. El ejercicio de tal derecho no resulta prohibido por el ordenamiento jurídico, no es contrario a él y supone la efectividad de un derecho que protege a los cónyuges frente a la unilateral actuación de uno de ellos y así resulta del propio artículo 48.1 de la Compilación que en el motivo se cita.

Octavo: Desestimados todos los motivos de casación procede, con base a lo establecido en el artículo 1.715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, efectuar la imposición de las costas de esta instancia a la recurrente.

FALLAMOS: Que desestimando el recurso de casación interpuesto por el Procurador don Isaac Giménez Navarro, en nombre y representación de la entidad mercantil «Bingo Roma, S. A.», y en que son recurridos don Félix Pascual Fierro, doña Emilia Miguel Sobrino, don Miguel Larraz Bandrés, doña Concepción Cros Casas, don Joaquín Fortea Izquierdo, doña Marcelina Cirugeda Martín, don Francisco Javier Gaitán Miguel, doña Josefina Rincón Duque, don Luis Rubio Lázaro y doña Julia Ibor Castillo, representados todos ellos por el también Procurador don Marcial José Bibián Fierro, debemos declarar y declaramos no haber lugar a casar la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza en 8 de marzo de 1994, en las actuaciones que quedan referidas, con imposición de las costas causadas en el recurso al recurrente.

Con certificación de esta resolución, devuélvanse las actuaciones remitidas a la mencionada Audiencia, a los fines de cumplimiento.

Así lo acuerdan, mandan y firman el Excmo. Sr. Presidente don José Ramón San Román Moreno y los Ilmos. Sres.

Magistrados don Vicente García-Rodeja Fernández, don Manuel Serrano Bonafonte, doña Rosa M^a Bandrés Sánchez-Cruza que integran la Sala.

SENTENCIA NÚM. 3

S. TSJA de 13 de junio de 1995

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES: JUNTA DE PARIENTES:

Fiducia: *Composición de la junta de parientes para designar heredero de la Casa según la voluntad del causante expresada en capítulos matrimoniales.*

745: FIDUCIA SUCESORIA COLEC-

TIVA: CONSTITUCION: *La nulidad de*

pleno Derecho de los capítulos matrimo-

niales en los que se designa heredera de la

casa por no haberse constituido la junta

de parientes según se estableció por los

instituyentes en unos capítulos matrimo-

niales anteriores, se desestima por la

Sala, puesto que la composición de la jun-

ta en la forma en que se hizo para desig-

ñar heredera fue correcta.

5: FUENTES:

COSTUMBRE: *Es correcta la composición*

de la junta de parientes al dar entrada a

representantes de las distintas casas de la

misma rama familiar, siguiéndose de este

modo la costumbre establecida en el Valle

de Gistáin, criterio que también es acogi-

do en el artículo 115.2 Comp. «STANDUM

EST CHARTAE»:

Interpretación del prin-

cipio: En materia de fiducia sucesoria la

doctrina y la jurisprudencia han venido

entendiendo que «estar a la carta» posi-

bilita una interpretación razonablemente

rigurosa de las disposiciones que autori-

zan al cónyuge y a los parientes o a éstos

solos para nombrar heredero único de la

Casa. No debe olvidarse que el principio

standum est chartae está dirigido al

Juez a quien le impone la obligación de

estar a lo pactado por las partes y, en oca-

siones, debe complementarse con la cos-

tumbre aragonesa, que con las disposicio-

nes de la Compilación y los principios

generales en los que se inspira el ordena-

miento jurídico aragonés, integran el

Derecho civil de Aragón.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 76.2

Apéndice; arts. 1º, 115.2 Comp. y arts.

6.3, 1.957 y 1.957 Cc.

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Manuel Serra-*

no Bonafonte.

SENTENCIA

En Zaragoza, a trece de junio de mil novecientos noventa y cinco.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, ha visto el recurso de casación número 2/1995, frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca (recurso 109/1993), en apelación de autos de juicio declarativo de menor cuantía número 40/1990, del Juzgado de Primera Instancia de Boltaña sobre petición de herencia, recurso que fue interpuesto por don Joaquín Loste de Mur, representado por el Procurador de los Tribunales señor Alamán Forniés y dirigido por el Letrado señor Peradejordi Ferrero, siendo partes recurridas doña Josefina y doña Teresa Loste de Mur, don Alfredo Vispe Cazcarra, don Antonio Bruned Gabás y don Antonio Loste Gabás, quienes no han comparecido en este trámite. La cuantía supera los 6.000.000 de pesetas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Procurador de los Tribunales señor Bellostá Riazuelo, en nombre y representación de don Joaquín Loste de Mur, formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, sobre petición de herencia, contra doña Josefina Loste de Mur y don Alfredo Vispe Cazcarra, así como contra doña Teresa Loste de Mur, don Antonio Bruned Gabás y don Antonio Loste Gabás, estableciendo los hechos y fundamentos de Derecho que tuvo por conveniente, para terminar suplicando sentencia con los siguientes pronunciamientos: «I. — Se declare la nulidad de pleno Derecho de la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada, el 29 de enero de 1966, ante el Notario de Zaragoza, don José María Domingo Arizón, de número de protocolo 19, y de forma expresa se declare la nulidad de la institución de heredero y aceptación de herencia contenida en la misma, por la que se designa herederos de don Mamés Loste Zuerras, a doña Josefina Loste de Mur y a don Alfredo Vispe Cazcarra. II. — Se declare la nulidad de pleno Derecho de la escritura de adición de herencia y donación otorgada, el 8 de septiem-

bre de 1961, ante el Il.ºre. Notario de Zaragoza, don Manuel García-Atance Alvira, de número de protocolo 165, y/o de forma expresa declare el derecho que tenía don Joaquín Loste de Mur, a percibir donación, al igual que sus hermanas, de conformidad con el artículo 72.6 del Apéndice Foral Aragonés. III. — Se decrete la nulidad de cuantos actos o contratos hayan formalizado o suscrito doña Josefina Loste de Mur o don Alfredo Vispe Cazcarra, en su condición de herederos de don Mamés Loste Zuerras. IV. — Se decrete la nulidad y cancelación de todas y cada una de las inscripciones o asientos practicados en el Registro de la Propiedad de Boltaña, sobre la posesión de los bienes o herencia de don Mamés Loste Zuerras, a favor de doña Josefina Loste de Mur y don Alfredo Vispe Cazcarra, y relacionados en el hecho cuarto de esta demanda. V. — Se declare heredero universal de don Mamés Loste Zuerras, a don Joaquín Loste de Mur, y en su caso de forma subsidiaria, a partes iguales a doña Josefina Loste de Mur, doña Teresa Loste de Mur y don Joaquín Loste de Mur. VI. — Condene a los demandados doña Josefina Loste de Mur y don Alfredo Vispe Cazcarra, a la devolución o pago de los frutos producidos por los bienes que forman el caudal hereditario de don Mamés Loste de Zuerras, desde su posesión. VII. — La condena a los demandados al pago de las costas de este procedimiento».

Admitida la demanda y emplazados los demandados, compareció en nombre de todos ellos la Procuradora de los Tribunales señora Mazorra Folguera, que contestó a la demanda oponiendo a la misma los hechos y fundamentos de Derecho que tuvo por conveniente, para terminar suplicando sentencia absolutoria para sus representados, con imposición de costas al actor por su temeridad y mala fe al plantear la demanda. Solicitó el recibimiento del juicio a prueba y formuló reconvenición con fundamento en los hechos y consideraciones legales que exponía, interesando una sentencia «por la que se declare que la heredera universal, actual dueña de la "Casa de la Plaza" de San Juan de Plan, es doña Josefina Loste de Mur, que en la mencionada sentencia se condene a don Joaquín Loste de Mur a dejar libre, expedita y a

la disposición de su legítima dueña la parte de la Casa que mantiene cerrada con llave y que, asimismo, en dicha sentencia se condene a don Joaquín Lose de Mur a indemnizar a doña Josefina Lose de Mur en las cantidades que se determinen en el período de ejecución de sentencia, por el concepto de perjuicios ocasionados en los intereses de doña Josefina Lose de Mur al pago de todas las costas de este juicio». Se confirió traslado a la parte actora de la reconvencción, que la contestó en los términos que aparecen en el oportuno escrito, en el que, tras señalar los fundamentos de Derecho aplicables, terminaba suplicando al Juzgado una sentencia desestimatoria de la reconvencción.

Convocadas las partes a la comparecencia establecida en el artículo 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ésta se celebró el día señalado, sin avenencia. Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y, unidas a los autos las que fueron practicadas, se convocó a las partes a comparecencia, poniéndoles mientras tanto de manifiesto en Secretaría las actuaciones para que hicieran un resumen de las pruebas, lo que verificaron en tiempo y forma, quedando los autos en poder del señor Juez para dictar sentencia.

El señor Juez de Primera Instancia de Boltaña dictó sentencia, de fecha 30 de julio de 1993, que contiene el siguiente fallo: «Que, desestimando la demanda interpuesta por el Procurador habilitado don Miguel Ángel Bellosta Riazuelo, en nombre y representación del demandante don Joaquín Lose de Mur, debo absolver y absuelvo a los demandados, doña Josefina Lose de Mur, don Alfredo Vispe Cazcarra, doña Teresa Lose de Mur, don Antonio Bruned Gabás y don Antonio Lose Gabás, de cuantas peticiones se formulan en la demanda, con expresa imposición de las costas de este procedimiento a la parte actora. Y, estimando parcialmente la demanda reconvenccional interpuesta por los referidos demandados, debo declarar y declaro a doña Josefina Lose de Mur, heredera universal de la "Casa de la Plaza" de San Juan de Plan, desestimándose en cuanto a lo demás conforme al fundamento jurídico séptimo, no haciéndose expresa condena en

las costas reconvenccionales».

Segundo: Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por la representación de la parte demandante y tramitado el recurso con arreglo a Derecho, la Audiencia Provincial de Huesca dictó sentencia, con fecha 30 de julio de 1994, que contiene la siguiente parte dispositiva: «FALLAMOS: Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de don Joaquín Lose de Mur, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña, en los autos anteriormente circunstanciados, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución; condenando al citado recurrente al pago de las costas de esta alzada».

Tercero: El Procurador de los Tribunales señor Alamán Forníes ha interpuesto recurso de casación, en nombre y representación de don Joaquín Lose de Mur, contra la sentencia pronunciada por la antes dicha Audiencia Provincial, que fundamenta en los siguientes motivos: PRIMERO: Por violación del artículo 782.6 del Apéndice Foral de Aragón, de 7 de diciembre de 1925, y del artículo 6.3 del Código Civil. SEGUNDO: Por violación del principio foral aragonés «*standum est chartae*» y el artículo 6.3 del Código Civil en relación con la cláusula E de la escritura de institución de heredero, de 6 de diciembre de 1929. TERCERO: Por violación de los artículos 1.957 y 1.959 del Código Civil. todos los motivos fueron amparados en el ordinal 4º del artículo 1.692 de la Ley Procesal Civil.

Cuarto: Por Auto de esta Sala de fecha 21 de abril de 1995 se admitió a trámite el recurso interpuesto y se señaló, para votación y fallo, el día 6 de junio de 1995, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. don Manuel Serrano Bonafonte.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Antes de entrar en el estudio del recurso interpuesto por la representación de don Joaquín Lose de Mur, ha de hacerse constar que su deficiente formulación pudo haber supuesto la inadmisión, habida cuenta de que lo que se suplicaba a la Sala es que, «previas las

pertinentes actuaciones, dicte sentencia por la que se estime el recurso interpuesto, casando la sentencia recurrida y dictando otra ajustada a Derecho...».

Es, pues, de ver, cómo no se formula pretensión de clase alguna, sino simplemente que se dicte una resolución ajustada a Derecho, ignorándose con ello principios tan esenciales en el proceso civil cuales son el de rogación y dispositivo, pues si las sentencias, cualquiera que sea el órgano que las pronuncie, han de ser claras, precisas y congruentes con las demandas y pretensiones deducidas en el pleito, para dar cumplimiento a lo exigido en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal mandato resultará de imposible cumplimiento por la Sala desde el momento en que se ignora lo que la parte recurrente pretende en su escrito de interposición del recurso de casación. Esta Sala tiene declarado, en auto de fecha 24 de mayo de 1995, que «todo proceso civil en general y los recursos en particular, sólo pueden iniciarse mediante un acto de parte, en el que se ejercita una pretensión, conforme a lo dispuesto en el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dispone los requisitos que necesariamente ha de contener toda demanda, entre los que destaca la fijación con claridad y precisión de lo que se pida, es decir, la pretensión material que se ejercita, delimitadora con la «causa petendi» de los límites objetivos y subjetivos del proceso, de no mediar convencención. Y a ese principio de postulación procesal solicitando con claridad y precisión lo que se pida, no se sustrae en modo alguno el recurso de casación, que es un recurso de carácter extraordinario, que se puede interponer sólo contra aquellas resoluciones a que se refiere el artículo 1.687 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que no cabe confundir en ningún caso con una tercera instancia».

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1985, de la Sala Cuarta, enseña que «por muy generosa que sea la aplicación del principio antiformalista, ningún pronunciamiento puede hacer el Tribunal que actúa una jurisdicción que es rogada, pues el recurso de casación, por su carácter extraordinario, aun después de la flexibilidad introducida por la reforma con-

tenida en el Ley 34/1984, de 6 de agosto, requiere un mínimo de formalismo en pro de la mejor defensa de los intereses de las partes que a él mismo acuden». Insistiendo en análogo sentido las sentencias del Alto Tribunal de 5 de noviembre de 1991, 18 de julio de 1991, así como la sentencia del Tribunal Constitucional número 16/1992, de 10 de febrero, cuando establece que «no basta con manifestar una voluntad de recurrir la sentencia que sea desfavorable a los intereses de la parte, sino que ha de hacerlo con las exigencias que impone el propio recurso interpuesto, máxime cuando se trate de un recurso extraordinario como es el de casación».

Todo ello pudo haber supuesto la inadmisión del recurso, pero, en aras de la tutela judicial efectiva, fue admitido a trámite, y en este momento procesal, por la misma razón de tutela no se tiene en cuenta como causa de desestimación lo que pudo serlo de inadmisión, y, en consecuencia, se va a proceder a su estudio.

Segundo: Para la correcta comprensión de la resolución que esta Sala ha de dictar decidiendo el presente recurso, se impone partir de los siguientes hechos que han quedado acreditados:

El día 6 de diciembre de 1929, don Joaquín Loste Saludas y doña Teresa Zueras Cazcarra, abuelos del demandante y de las demandadas doña Teresa y doña Josefina Loste de Mur, otorgaron escritura de institución de heredero en favor de su hijo común, don Mamés Loste Zueras, con la condición de que si les premoría sin haber otorgado disposición de sus bienes, dispondrían por él sus padres, o el que de ellos sobreviviera, y si hubieren fallecido, dispondrían por dicho heredero sus tres parientes más cercanos de los que se hallasen, aunque fuere accidentalmente, en la provincia de Huesca, resolviendo por mayoría de votos.

El día 1 de junio de 1933 falleció don Joaquín Loste Saludas y el 14 de febrero de 1943 falleció don Mamés Loste Zueras —padre de actor y demandadas— sin haber otorgado disposición testamentaria de clase alguna. A ambos sobrevivieron la esposa de don Mamés, doña Antonia Mur y Mur, y su madre doña Teresa Zueras Cazcarra, falleciendo esta última el día 3 de noviembre de 1948.

El día 3 de septiembre de 1961, doña Antonia Mur y Mur, juntamente con sus hijas doña Josefina y doña Teresa, otorgaron escritura de adición de herencia y donación, mediante la cual se adicionaban a la herencia bienes no incluidos en la escritura de 1929, haciendo donación la señora Mur, de la nuda propiedad de los bienes adicionados, a sus dos dichas hijas doña Josefina y doña Teresa Loste de Mur, sin que el recurrente tuviera ninguna clase de intervención. Lo donado a las hijas fue una setenta y cuatroava parte de determinadas fincas, con reserva de usufructo en favor de la señora Mur.

El día 29 de enero de 1966, ante Notario, se reunieron en San Juan de Plan, don Antonio Loste Gabás, don Antonio Bruned Gabás, don Antonio Zuerras Cazcarra, doña Antonia de Mur y Mur, doña Josefina Loste de Mur y su esposo, don Alfredo Vispe Cazcarra, y doña Teresa Loste de Mur, a la sazón soltera, y otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales, instituyendo heredera universal de don Mamés Loste Zuerras a su hija doña Josefina; a su vez, doña Antonia de Mur y Mur —esposa del fallecido don Mamés— instituyó heredera universal suya a su hija doña Josefina, y en el mismo acto se dejó sin efecto la donación efectuada a doña Teresa en el año 1961, teniendo en cuenta que no había contraído el proyectado matrimonio, circunstancia que propició la donación a su favor otorgada en aquella escritura.

Los señores Loste Gabás, Bruned Gabás y Zuerras Cazcarra, intervinieron en el otorgamiento de dicha escritura de 1966 en concepto de comisarios-fiduciarios, de conformidad con lo ordenado por el matrimonio Loste-Zuerras en la escritura de 1929, por ser los parientes más próximos del fallecido don Mamés, que en el momento del otorgamiento se encontraban en la provincia de Huesca.

Tercero: En el primer motivo se denuncia la violación del artículo 72.6 del Apéndice Foral de Aragón de 7 de diciembre de 1925 y del artículo 6.3 del Código Civil, invocando la nulidad de la escritura de adición de herencia y donación de 6 de septiembre de 1961, otorgada por doña Antonia de Mur y Mur, en favor de sus dos hijas doña Josefina y

doña Teresa Loste Mur, argumentándose que al no haberse casado durante el matrimonio de don Mamés Loste y doña Antonia de Mur ningún hijo de los mismos, no pudo otorgarse donación alguna a favor de hijo o hija casados durante el matrimonio, por lo cual debe de entrar en juego el artículo 72.6 del Apéndice Foral, resultando igualmente infringido, a juicio del recurrente, el artículo 6.3 del Código Civil, lo que lleva a estimar la nulidad de la escritura de mención.

Ciertamente que el artículo 72.6 del Apéndice Foral de Aragón de 7 de diciembre de 1925 disponía que «el viudo, a expensas de los bienes comunes y aun de los que fueron privativos del cónyuge finado, mientras unos y otros estén indivisos, puede, con ocasión de casarse un hijo o hija de ambos, hacerle donación análoga a la que marido y mujer hubiesen otorgado a favor de hijo o hija casados durante el matrimonio. A falta de este precedente, la tal donación no podrá comprender bienes privativos del cónyuge difunto».

Resulta de las actuaciones, que vigente el matrimonio entre don Mamés Loste Zuerras y doña Antonia de Mur y Mur, ningún hijo o hija de ambos contrajo matrimonio, por lo que mal pudieron hacerle donación de clase alguna, por lo que, en principio, parece asistirle la razón al recurrente, habida cuenta de que en la escritura de 6 de septiembre de 1961 se donaron a los hijos bienes que eran privativos del cónyuge finado, por lo que, de conformidad con el precepto del Apéndice Foral, tal donación habría de reputarse como irregular.

Ocurre sin embargo, que aquella escritura de 6 de septiembre de 1961, aun nula de pleno derecho como pretende el recurrente, pudo haber sido impugnada, pero al no haberse ejercitado ninguna acción, el posterior otorgamiento de la escritura de 1966 que dejó sin efecto las donaciones, aun indebidas, a doña Josefina y doña Teresa e instituyó a la primera heredera universal de todos los bienes del fallecido don Mamés, dejó sin valor la primera, que devino vacía de contenido.

Abstracción hecha de todo lo anterior, debe tenerse en cuenta también, a efectos meramente polémicos, que el recurrente plantea una cuestión nueva

con su petición, puesto que en la demanda, si bien solicitó la nulidad de esta escritura, lo hizo con fundamento en que él no fue llamado al otorgamiento, siendo soltero como sus hermanas, y lo que pedía en el suplico era que «se declare el derecho que tenía a percibir donación al igual que sus hermanos».

Ante tan concreta petición, en la contestación a la demanda se dijo que, aun no apareciendo en la escritura quien hoy recurre, recibió la parte que le correspondía (veinte mil pesetas), exactamente igual que recibieron sus hermanas, quedando la madre únicamente con la cantidad de cinco mil pesetas, y se hacía constar igualmente que los hermanos quedaron en casa y cuidado de la madre, mientras el hoy recurrente hacía ya años que residía en Barcelona.

Frente a este planteamiento que se hizo en la fase de controversia, lo que el recurrente solicita en este recurso, es que se decrete la nulidad de la escritura en cuestión, al comprenderse en la donación bienes que habían sido privativos de su difunto padre. Resulta claro, por tanto, que esta argumentación es nueva y no puede admitirse, porque se produciría una clara indefensión de la contraparte, lo que está vedado según reiteradísimamente tiene declarado el Tribunal Supremo, valiendo por todas las sentencias de 2 y 9 de febrero de 1994, que declaran que «es doctrina casacional tradicional que en el recurso de casación está vedada la formulación de cuestiones nuevas, para no poder producir indefensión a la otra parte».

Decae, en consecuencia, el motivo examinado.

Cuarto: El segundo motivo del recurso denuncia violación del principio foral «*standum est chartae*», que relaciona con el artículo 24.1 de la Constitución Española, considerando igualmente infringido el artículo 6.3 del Código Civil, en relación con la cláusula E de la escritura de institución de heredero de 6 de diciembre de 1929.

Razona el recurrente su impugnación de la siguiente forma: En la escritura otorgada en el año 1929, en su cláusula E, se dispuso que en el supuesto de que el heredero premuriera a sus padres instituyentes sin haber otorgado poste-

rior disposición de sus bienes, por él dispondrían sus padres, o el que de éstos sobreviviera, y en el caso de que ambos hubiesen fallecido dispondrían por dicho heredero sus tres parientes más cercanos de los que se hallen, aunque sea accidentalmente, en la provincia de Huesca, resolviendo la cuestión por mayoría de votos. Al tiempo del otorgamiento de la escritura del año 1966, residían en la provincia de Huesca una serie de parientes en cuarto grado de consanguinidad del heredero premuerto don Mamés Loste, parientes que mencionaba, refiriéndose a las casas a las que pertenecían, todos ellos más próximos que don Antonio Bruned Gabás, lo que hacía posible que la Junta de Parientes se hubiera constituido cumpliendo lo preceptuado en la escritura de institución de heredero. Al no haberse hecho así, la escritura de 29 de enero de 1966, es nula de pleno Derecho.

No considera la Sala que se hayan producido las infracciones denunciadas.

Efectivamente, los abuelos del recurrente dispusieron en aquella escritura otorgada en el año 1929, que si su hijo don Mamés, a quien habían instituido heredero, les premoria sin haber otorgado disposición de sus bienes, serían ellos, sus padres, los que por él dispusieran, o el que de ellos sobreviviere, y si ambos hubiesen fallecido dispondrían por el heredero sus tres parientes más cercanos de los que se hallasen, aunque fuese accidentalmente, en la provincia de Huesca.

Afirma el recurrente que residían en dicha provincia todos los parientes que cita en el motivo, todos ellos en grado de parentesco más próximo que don Antonio Bruned Gabás, que lo era en quinto grado, y los por él mencionados lo eran en cuarto grado.

No debe olvidarse que a la condición de parentesco impuesta por los abuelos del recurrente, debía añadirse la de residencia en la provincia de Huesca, aunque fuese de manera accidental, y el recurrente no ha logrado acreditar que lo parientes que cita y propone como fiduciarios se encontraran en la provincia de Huesca el día de la institución de doña Josefina como heredera de su fallecido padre don Mamés, y siendo ésta una cuestión de hecho de libre apreciación

de la Sala sentenciadora, no combatida por el recurrente, habría de concluirse, sin necesidad de ningún otro razonamiento, que los otorgantes cumplieron escrupulosamente la voluntad del matrimonio Loste-Zueras, sin que quepa la posibilidad de efectuar reproche de clase alguna.

Pero, bueno será recordar que en materia de fiducia sucesoria, la doctrina y la jurisprudencia (sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 8 de marzo de 1954, 8 de octubre de 1962 —confirmada por el Tribunal Supremo el 3 de marzo de 1965— y 7 de diciembre de 1967) han venido entendiendo que en esta cuestión «estar a la carta» posibilita una interpretación razonablemente rigurosa de las disposiciones que autorizan al cónyuge y los parientes o a éstos solos para nombrar un heredero único de la casa.

Por ello, entiende la Sala que no puede ser acogida la pretensión del recurrente, puesto que, abstracción hecha de la falta de prueba de la presencia en la provincia de Huesca de los parientes que él propone, aun de haberse probado tal presencia física, y aun admitiendo también la posibilidad de que pudieran existir otros, no debe olvidarse que el principio «*standum est chartae*», que está dirigido al Juez, a quien le impone la obligación de estar a lo pactado por las partes, puede y, en ocasiones, debe complementarse con la costumbre aragonesa, que con las disposiciones de la Compilación y los principios generales en que se inspira el ordenamiento jurídico aragonés, integran el Derecho civil de Aragón, según proclama el artículo 1º de la Compilación. Por ello, admite la Sala el acertado razonamiento que hace la sentencia recurrida cuando afirma que en la composición de la Junta, en la forma en que se hizo, se obró correctamente al dar entrada a representantes de las distintas casas de la misma rama familiar, mientras que de seguir lo propugnado por el recurrente hubiese habido dos miembros de una misma casa y hubiese quedado sin representación una tercera, lo que evidentemente iría en contra de la costumbre establecida en el Valle de Gistain, donde lo normal es que intervengan como fiduciarios para la designación de heredero personas pertenecientes a casas

distintas de la misma familia, criterio también recogido en el número 2º del artículo 115 de la Compilación.

No se ha producido, por tanto, la denunciada infracción y ninguna objeción puede ponerse a la institución de doña Josefina Loste de Mur como heredera universal de los bienes de su fallecido padre don Mamés Loste Zueras, siendo en su condición de heredera como adquirió los bienes que integraban la herencia, sin que pueda hablarse por lo expuesto, no ya de la nulidad radical pretendida sino ni tan siquiera de mera anulabilidad, al no concurrir en la institución de heredera ninguno de los vicios precisos, capaces de dejar sin efecto el negocio jurídico.

Quinto: El tercero de los motivos denuncia infracción de los artículos 1.957 y 1.959 del Código Civil, que el recurrente considera infringidos, al entender que, siendo nula de pleno Derecho la institución de heredera de doña Josefina Loste de Mur, la posesión sobre los bienes de la herencia carece de justo título y, en consecuencia, no han podido ser adquiridos por prescripción.

Con independencia de la deficiente formulación de la impugnación que se examina, que no separa en la forma debida los preceptos que considera infringidos, el motivo está llamado al fracaso, puesto que como se dijo en el fundamento anterior, la validez de la institución de heredera de doña Josefina hizo que ésta adquiriera los bienes en su condición de tal y no por aplicación del instituto de la prescripción, siendo de notar que la Audiencia no declaró que la referida señora fuera propietaria de los bienes por haberlos adquirido por prescripción, sino que lo que dijo fue que lo prescrito era la acción para pedir la anulabilidad de la escritura de institución de heredera si el actor entendió que la composición del consejo debió haber sido otra distinta y, en consecuencia, al estar prescrita esa acción, única que legítimamente el recurrente pudo haber entablado, no podía ejercitar la acción de petición de la herencia de don Mamés Loste. El razonamiento de la Audiencia Provincial en este punto es impecable, porque, efectivamente, la acción de petición de herencia solamente corresponde a los herederos y,

evidentemente, el recurrente tendría la condición de legitimario, pero no era heredero.

No ha aplicado por tanto la Audiencia de Huesca los artículos que el recurrente considera infringidos, y, en consecuencia, el motivo decae.

Sexto: La desestimación de todos y cada uno de los motivos conlleva la del recurso y, por aplicación del artículo 1.715.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deben imponerse las costas al recurrente.

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Procurador de los Tribunales don José Salvador Alamán Forniés, que actúa en nombre y representación de don Joaquín Lose de Mur, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, con fecha 30 de julio de 1994, en juicio declarativo de menor cuantía seguido contra doña Josefina Lose de Mur y otros, resolución que confirmamos en todas sus partes, con condena a la parte recurrente al pago de las costas causadas en este recurso; y, a su tiempo, comuníquese esta resolución a la expresada Audiencia Provincial, con devolución a la misma de las actuaciones que remitió.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.— Excmo. Sr. Presidente don José Ramón San Román Moreno y los Ilmos. Sres. Magistrados don Vicente García-Rodeja Fernández, don Manuel Serrano Bonafonte y doña Rosa M^a Bandrés Sánchez-Cruzat.

4

SENTENCIA NÚM. 4

S. TSJA de 5 de julio de 1995

662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO: INSTITUCIONES FAMILIARES CONSUETUDIANARIAS: Dación personal: *El contrato concertado entre las partes, por el que un matrimonio se asocia con el tío de uno de los cónyuges, aportando éste su patrimonio e industria, comprometiéndose los otros a asistirlo y cuidarlo formando una única familia, teniendo lugar el reparto de beneficios entre ellos, no está comprendido en los*

que enunciativamente señala como Instituciones consuetudinarias el artículo 33 Comp. Comunidad familiar: Entre las partes contratantes ha existido un contrato atípico —de contenido «do ut des» y con clara preponderancia del elemento «familiar»— que creó una situación permanente de comunidad familiar que se prolongó durante nueve años, comunidad que fue disuelta de mutuo acuerdo y a su liquidación le es de aplicación el artículo 34 Comp. 5: FUENTES: «STANDUM EST CHARTAE»: Límites: Los litigantes efectivamente se asociaron poniendo en común sus propios bienes semovientes y su actividad para la explotación ganadera. Junto a ello, se pactó también que una de las partes contratantes —el tío de los cónyuges— pasaría a vivir con la familia de su sobrino —su esposa e hijos— quienes le cuidarían y asistirían. Este pacto, aunque no constituye una Institución consuetudinaria del artículo 33 Comp., es posible, en cuanto contrato atípico, al amparo de la libertad de pacto, siempre que lo convenido no vaya en contra de las normas imperativas aplicables en Aragón o resulte de imposible cumplimiento, como así se desprende del artículo 3º Comp. 6633: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: GESTIÓN: ADMINISTRACION Y DISPOSICION DE BIENES COMUNES: Aunque el actor contrató con el marido y aunque éste contrató sólo, evidentemente lo hizo en nombre de la sociedad conyugal y la esposa ha prestado un consentimiento tácito, que aparece evidenciado por su aquietamiento durante todo el tiempo que ha durado el contrato.

DISPOSICIONES CITADAS: Observancia 1ª «De equo vulnerato» y Observancia 16 «de fide instrumentorum»; arts. 3º, 33, 34, 48,1 Comp.

PONENTE: Ilma. Sr. doña Rosa M^a Bandrés Sánchez-Cruzat.

SENTENCIA

En Zaragoza, a cinco de julio de mil novecientos noventa y cinco.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, ha visto el recurso de casación número 3/1995, frente a la sentencia dictada por la

Audiencia Provincial de Huesca (recurso 56/1994), en apelación en autos de juicio declarativo de menor cuantía número 307/1993, del Juzgado de Primera Instancia de Fraga, sobre contrato verbal de sociedad civil, cuyo recurso fue interpuesto por los cónyuges don Ángel Gutiérrez Gracia y doña Nieves Rodrigo Bauto, representados por la Procuradora de los Tribunales doña Inmaculada Isiegas Gerner y asistidos del Letrado don Carlos Allué Español, y en el que es recurrido don Domingo Gutiérrez Trasobares, representado por el Procurador don José Andrés Isiegas Gerner y defendido por el Letrado don Miguel Rodríguez Beltrán, siendo la cuantía de este procedimiento superior a 6.000.000 de pesetas, como está acreditado en autos.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Procurador de los Tribunales don Ramiro Navarro Zapater, en nombre y representación de don Domingo Gutiérrez Trasobares, formuló ante el Juzgado de Primera Instancia de Fraga, demanda de juicio declarativo de menor cuantía, contra don Ángel Gutiérrez Gracia y doña Nieves Rodrigo Bauto, sobre contrato verbal de sociedad civil, estableciendo en síntesis los siguientes hechos: Que, en 1983, don Domingo Gutiérrez Trasobares concertó con el demandado don Ángel Gutiérrez Gracia, contrato verbal de sociedad civil, por el que aportaba unas 800 cabezas de ganado lanar y su industria, en tanto que el segundo, sobrino carnal del actor, aportaba 130 ovejas, mobiliario de vivienda y un coche usado de escaso valor, así como su industria. Que el contrato incluía pacto por el cual el señor Gutiérrez Trasobares, soltero, pasaba a convivir con la familia del demandado, que se encargaría de su manutención y cuidado, formando una única familia y que los beneficios se repartirían por iguales y mitades partes entre tío y sobrino. Que la administración de la comunidad fue asumida desde un principio por el sobrino, con la plena confianza de su tío. Que a lo largo de los 9 años que ha durado la sociedad el ganado aumentó hasta 1.200 ovejas y unos 300 corderos, adquiriéndose con cargo a los beneficios numerosos bienes muebles e inmuebles, e incrementos de cuentas corrientes bancarias, como consta en autos. Que desde 1991 las relacio-

nes familiares se fueron empeorando progresivamente y se precipitó la ruptura y disolución de la comunidad de bienes. Alegó lo demás que tuvo por conveniente, expuso los fundamentos de Derecho que constan en autos y terminó suplicando se dictara sentencia por la que, estimando la demanda, se declarase:

«1º. La preexistencia de una sociedad civil entre el actor y demandados, que fue disuelta de común acuerdo.

2º. La inclusión en el haber social de cuantos bienes muebles e inmuebles hayan sido adquiridos durante la vigencia del contrato societario por los socios.

3º. Haber lugar a la liquidación y partición del haber social por mitades e iguales partes entre actor y sociedad conyugal demandada, que se practicará en ejecución de sentencia siguiendo las reglas establecidas para las herencias. Y se condene a los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, así como al pago de las costas causadas».

Segundo: Admitida a trámite la demanda, y emplazados los demandados comparecieron en autos y, en su representación, la Procuradora doña Carmen Casas Chiné contestó a la demanda, oponiéndose a la misma, dentro del plazo que les fue concedido para contestarla, alegando los hechos y fundamentos de Derecho que estimó aplicables, y terminó suplicando que se dicte sentencia por la que desestime íntegramente la demanda.

Asimismo formuló demanda reconvenicional frente a don Domingo Gutiérrez Trasobares, en la que después de alegar los hechos y fundamentos de Derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando la admisión de la demanda reconvenicional y una sentencia por la que se declare:

«A) Que lo constituido y convenido entre las partes litigantes desde 1983 hasta 1992 fue una comunidad familiar amparada en los artículos 1º, 2º, 3º, 33 y 34 de la Compilación foral de Aragón, basada en la costumbre, y el artículo 1.255 del Código Civil.

B) Que conforme a dichos preceptos, la equidad, la costumbre, las diversas aportaciones en bienes y trabajos de don Ángel Gutiérrez, doña Nieves Rodrigo y don Domingo Gutiérrez, los beneficios ya percibidos y las causas de disolución de la citada comunidad familiar, más la nuda

propiedad que le correspondería y que le fue ofrecida del piso de la c/ Huesca nº 56 de la ciudad de Fraga, se la ha compensado suficientemente y al momento de que opere la transmisión de la citada nuda propiedad, nada más le cabe reclamar a don Ángel Gutiérrez y doña Nieves Rodrigo declarándose entonces plenamente disuelta y conforme a derecho la citada comunidad familiar.

C) Que el resto de los bienes de la citada comunidad familiar, en la disolución de la misma, corresponden legítimamente a mis mandantes los cuales deberán soportar por tanto las cargas que todavía pesarán sobre los mismos.

D) Que el demandado en esta reconvencción deberá ser condenado a las costas del presente procedimiento.»

Tercero: Por el Procurador de los Tribunales don Ramiro Navarro Zapater en nombre y representación de don Domingo Gutiérrez Trasobares se contestó a la demanda reconvenccional alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes suplicando se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la reconvencción, con estimación de la demanda principal en su integridad imponiendo las costas al actor reconvenccional por imperativo legal.

Cuarto: Practicada la prueba declarada pertinente y unida a los autos el Juez de Primera Instancia de Fraga dictó sentencia con fecha 4 de mayo de 1994 que contenía el siguiente fallo: «Que estimando sustancialmente la demanda presentada por el Procurador Sr. Navarro Zapater en nombre y representación de don Domingo Gutiérrez Trasobares contra don Ángel Gutiérrez Gracia y doña Nieves Rodrigo Bauto y desestimando la demanda reconvenccional planteada debo declarar y declaro la preexistencia de una sociedad civil contra el actor y los demandados que fue disuelta, debiéndose incluir en el haber social los bienes muebles e inmuebles que fueron adquiridos durante la vigencia del contrato societario, realizándose inventario y practicándose liquidación y partición por mitades iguales entre actor y sociedad conyugal por las reglas reguladas para las herencias, en ejecución de sentencia, con imposición de costas a los demandados.

Quinto: Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia por la representación de la parte demandada y tramitado el recurso con arreglo a Derecho, la Audiencia Provincial de Huesca dictó sentencia con fecha 22 de febrero de 1995, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Que desestimando la apelación mantenida por el Procurador don Manuel Bonilla Sauras, en representación de don Ángel Gutiérrez Gracia y doña Nieves Rodrigo Bauto, contra la sentencia dictada en Juicio de Menor Cuantía, número 307 de 1993, del Juzgado de Primera Instancia de Fraga, debemos confirmar íntegramente la resolución rebatida, imponiendo a los recurrentes las costas producidas en esta alzada».

Sexto: Tras preparar contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Huesca recurso de casación, la parte demandada lo interpuso en tiempo y forma ante este Tribunal Superior de Justicia, con apoyo en los siguientes motivos:

1º. Al amparo de cuanto dispone el art. 1.692. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al declarar infringido el art. 359 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil.

2º. Al amparo de lo previsto en el artículo 1.692 apartado 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al entender infringido el artículo 33 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

3º. A tenor de lo previsto en el artículo 1692, apartado 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por entenderse infringido el artículo 34 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

4º. A tenor de cuanto previene el artículo 1692, apartado 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil al declararse infringido el artículo 1665 del Código Civil.

5º. A tenor del artículo 1.692 apartado 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil al declarar infringido el artículo 1.287 del Código Civil.

6º. A tenor del art. 1.692, apartado 4º de la Ley del Enjuiciamiento Civil al declararse infringido el artículo 1.689 del Código Civil en relación con el 1.708 del mismo texto legal.

7º. A tenor del artículo 1.692 apartado 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil al

declarar infringido el artículo 3 apartado 2 del Código Civil en relación con el artículo 4 del mismo texto legal.

Séptimo: Admitido el recurso a excepción del 7º motivo en virtud de lo preceptuado en el artículo 1.707 «in fine» de la Ley Procesal Civil, la Sala entregó copia del mismo a la parte recurrida y personada, formalizándose por la misma escrito de impugnación.

No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista y al no estimarlo necesario la sala, se señaló día y hora para la celebración, votación y fallo que tuvo lugar el 20 de junio actual.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. doña Rosa María Bandrés y Sánchez-Cruzat.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El primer motivo del recurso interpuesto se formula al amparo del núm. 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el se denuncia como infringido el artículo 359 de la misma, tachando a la sentencia de apelación de incongruente por «estimar en su totalidad el Suplico de la demanda promovida por el actor que en su extremo primero solicitaba la preexistencia de una sociedad civil entre el actor y demandado que fue disuelta de común acuerdo, y porque la sentencia de la Audiencia Provincial no sólo admite este extremo, sino que además condena en costas a cada uno de los demandados, que en el Tribunal de apelación resultaron apelantes». En éste y en los demás motivos admitidos se aprecia igualmente un defecto en cuanto que el carácter extraordinario de la casación exige una mayor precisión en las citas de los preceptos infringidos y en el concepto en el que lo han sido. Ha de destacarse que con arreglo a la actual redacción dada por la Ley 10/1992 de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, debe ampararse la infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el apartado 3º del artículo 1.692 y no en el 1º que ha sido denunciado, por lo que el presente motivo podría rechazarse «ab initio» por estar defectuosamente formalizado.

Aparte de ello, también se impone el rechazo al considerar que la sentencia de la Audiencia de Huesca estima en su tota-

lidad el Suplico de la demanda promovida por el actor, confirmando íntegramente la resolución rebatida y desestimando las pretensiones de la reconvencción.

La sentencia desestimatoria, en general, resuelve todas las cuestiones planteadas en la demanda, y en la reconvencción en su caso, y no debe ser conceptuada de incongruente; en primer lugar porque la reconvencción fue desestimada, luego no hay incongruencia y en segundo lugar porque el no haber sido aceptadas las tesis de los demandados-recurrentes en ningún caso supone incongruencia pues queda suficientemente probado por el Tribunal de Instancia que el actor contrató con el marido y aunque contrató solo, evidentemente lo hizo en nombre de la sociedad conyugal y la esposa ha prestado un consentimiento tácito, que aparece evidenciado por su aquietamiento durante todo el tiempo que ha durado el contrato, posibilidad que contempla el artículo 48.1º de la Compilación del Derecho Civil de Aragón lo que vinculó a actor y demandados en esta litis.

Por lo expuesto resulta evidente, que la sentencia del Tribunal «a quo» no ha infringido la doctrina general que sobre la materia tiene consolidada el Tribunal Superior sirviendo como exponente las sentencias de 7 de junio de 1985, 20 de julio de 1990 y 24 de diciembre de 1993 que imponen la correlación que debe existir entre el fallo de las resoluciones judiciales y la causa de pedir, objeto de debate.

Segundo: Se denuncia en el 2º motivo del recurso, al amparo del núm. 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del art. 33 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, cuya aplicación, estima procedente en el caso de autos al considerar que se trata de determinada institución consuetudinaria y ello lo pone de manifiesto el que en la demanda se dice por el actor que «el fin pretendido por el Sr. Gutiérrez Trasobares era más el de integrarse en la familia que el del beneficio crematístico».

Los litigantes, efectivamente, se asociaron poniendo en común sus propios bienes semovientes y su actividad para la explotación ganadera, consistente principalmente en labores de pastoreo, esquillo, cría, compra, venta y transporte, actividades que conllevan diversos tipos de

tramitaciones administrativas, tal y como se encuentra recogido en autos.

A una faceta del pacto sobre la aportación y explotación ganadera, vino indisolublemente unida otra por la que las partes contratantes acordaron que el Sr. Gutiérrez Trasobares, debido a sus condiciones personales —soltero y de cierta edad— pasaría a vivir con la familia de su sobrino, compuesta por su esposa e hijos, e incluso para ello decidieron trasladar su residencia a la Villa de Fraga, adquiriendo la propiedad de un piso para lo que acordaron aportar la cantidad de quinientas mil pesetas cada uno, conviniendo que se pagaría el resto con los beneficios de la explotación ganadera.

Una de las originarias características del Derecho aragonés ha sido y es la libertad de pacto. En su virtud las partes pueden dar forma a su voluntad estableciendo aquello que mejor les parezca, siempre que lo convenido no vaya en contra de las normas imperativas aplicables en Aragón o resulte de imposible cumplimiento, de tal modo que las Observancias primero, y los Fueros después recogieron la libertad de contratación al consagrar los principios por los cuales «De foro stamus hartae» (Observancia 1ª Libro I «De equo vulnerato») y «Iudex debet stare semper et iudicare ad cartam». (Observancia 16ª, Libro II «De fide instrumentorum») principios que hoy son recogidos en el artículo 3º de la Compilación.

Por otra parte, la citada Compilación, en el capítulo II, título IV del Libro I regula las «Instituciones familiares consuetudinarias» y el artículo 33, cuyo quebrantamiento se acusa, señala que, cuando las estipulaciones hagan referencia a instituciones familiares consuetudinarias se estará a lo pactado y se interpretarán aquellas con arreglo a la costumbre y usos locales. Pacto que sin perjuicio de que en virtud de la referida autonomía pueda tener un contenido distinto al de este tipo de contrato consuetudinario, que históricamente se plasmaba en capítulos matrimoniales generalmente en atención al matrimonio por celebrar o también al ya celebrado, en ellos se establecía la obligación y pacto por la que el acogente o acogentes se obligaban a tener y mantener al acogido o acogidos

en su casa y compañía, sanos y enfermos, dándoles de comer, beber, vestir y calzar, médico y medicinas, y todo lo demás necesario para el sustento de la vida humana, recibiendo los acogentes respeto y atención.

Tercero: Hace referencia el recurrente a las instituciones consuetudinarias de acogimiento, dación personal o «tión» en la creencia de ser una de ellas la pactada.

Tanto el acogimiento cuanto la dación personal traen su origen del derecho canónico altomedieval, cuya finalidad no fue otra que la necesidad de recibir amparo y cobijo de por vida. La persona que se acogía o donaba a una institución, eclesiástica en sus orígenes y familiar después, según el derecho consuetudinario aragonés —y a «contrario sensu» del caso de autos— solía poseer escasos bienes y a cambio de ellos y de su trabajo pactaba ser asistido en todo lo necesario hasta el fin de sus días, comprometiéndose a trabajar para la casa y hacienda que le recibía y dando con carácter irrevocable su pequeño peculio o patrimonio del que podía detraer una pequeña cantidad que quedaba a su libre disposición para distribuirla «post mortem» o «post obitum» por su alma o en lo que bien visto le fuere. El «tión» no hacía sino permanecer en la casa y hacienda generalmente de sus padres, debido a no haber sido instituido heredero, conservaba de por vida el derecho a permanecer en la casa trabajando en beneficio de la misma y recibiendo lo necesario para su vida, hasta el fin de sus días. Instituciones éstas que surgieron y se mantuvieron en la generalidad de los casos, al amparo de una Casa que perpetuar o en un heredamiento que transmitir.

En el caso de autos, el contrato consensuado entre las partes tuvo carácter verbal, ajeno a la concurrencia con situaciones matrimoniales o sucesorias, de aquí se deriva la diferente interpretación que hacen las partes, por cuanto que mientras para el demandado-recurrente se pactó una comunidad familiar para el actor-recurrente se trató de un contrato verbal de sociedad civil. Las características que distinguen una y otra figura jurídica, si bien coinciden en la unión de voluntades discrepan en cuanto a la operatividad y regulación legal.

En el contrato concertado por las partes, efectivamente existió un acogimiento, si bien no en el sentido precedente del derecho aragonés que acaba de analizarse.

Ante ello cabe concluir que dicho contrato no está comprendido en los que enunciativamente señala como instituciones consuetudinarias el artículo 33 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, por lo que el motivo resulta desestimado.

Cuarto: El motivo tercero entiende infringido, por la vía del núm. 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 34 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, argumentando que la sentencia recurrida no tiene en cuenta que la atención cotidiana, diaria y personal del actor se encomendó a doña Nieves Rodrigo y la administración de la sociedad con el trabajo que ello comporta a don Ángel Gutiérrez, por lo que se ha vulnerado el concepto de reparto justo y equitativo a que se refiere el art. 34 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, al hacerse por mitad.

Señala el referido artículo que «al disolverse un consorcio entre matrimonios u otra situación permanente de comunidad familiar como las derivadas de heredamiento o acogimiento, los beneficios obtenidos con el trabajo común se dividirán entre los asociados en proporción equitativa, conforme a la costumbre y atendidas las diversas aportaciones en bienes o trabajo, los beneficios ya percibidos, las causas de disolución y demás circunstancias».

Pese a haberse rechazado la existencia de una institución familiar consuetudinaria de las enunciadas como típicas en el art. 33 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, por los razonamientos hechos en el Fundamento de Derecho anterior al no ser posible encuadrar la realidad de lo acordado dentro de las instituciones consuetudinarias, con independencia de que haya de estarse a lo pactado, viene a querer significar que como consecuencia de lo expuesto, nos hallamos ante un contrato denominado por la doctrina y la jurisprudencia como atípico, caracterizado por la circunstancia de carecer de regulación específica, pero que surge a la vida del Derecho al

amparo del principio de la libertad de pacto. Y desde este punto de vista vamos a examinar si se puede incardinar en la norma del art. 34 de la Compilación. Las partes litigantes efectivamente, han estado vinculadas por un contrato evidentemente atípico, con un contenido de «*do ut des*», y clara preponderancia del elemento «familiar» que determina el acuerdo de convivencia entre las partes con una finalidad de permanencia, que no impide la posibilidad de resolución del pacto por mutuo acuerdo, como ha ocurrido en el supuesto de autos, sin que, por lo tanto, pueda pretenderse una aplicación estricta de los principios que para las sociedades establece el Código civil y especialmente en el ámbito de la liquidación en el que por todo lo dicho debe tener plena aplicación el art. 34 de la Compilación llegándose indefectiblemente a unos criterios de atribución de los bienes y rendimientos a dividir, con base en los principios de equidad, a los que se hará referencia, apreciando discrecionalmente las circunstancias concurrentes y supliendo las lagunas que sobre lo acordado resultan de los hechos acreditados dentro de los límites de reconocimiento por parte de actor —por mitad— o de las pretensiones de los demandados recurrentes —por 2/3—. Lo que viene a ser el tema principal del pleito que se resuelve pese a las deficiencias de su formulación y argumentación a que una se hizo referencia.

La Sala considera, en suma, que quedó constituida entre las partes una comunidad de vida y trabajo, plenamente aceptada, a la que resulta de aplicación el art. 34 de la Compilación y en consecuencia, al haberse disuelto ésta, debe procederse a completar su liquidación en virtud del principio de la equidad, tal como dispone expresamente el citado artículo, lo que no quiere decir, como suficientemente queda razonado, que se admita el criterio que la parte recurrente desarrolla en su motivo, de lo que se deriva no ser necesario acudir al Código Civil, y en concreto a lo regulado sobre la liquidación de las sociedades, en que vienen a fundarse tanto la parte recurrente como la recurrida.

Quinto: La estimación del tercer motivo, hace innecesario que la Sala entre en el conocimiento y resolución de

los motivos cuarto, quinto y sexto por obvias razones y en el séptimo por cuanto fue inadmitido en el momento procesal oportuno.

Sexto: La admisión del tercer motivo del recurso, comporta la actuación de esta Sala como si de instancia se tratara, con arreglo a lo preceptuado en el artículo 1.715.1º, 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que procede estimar parcialmente la demanda principal y en parte la reconvenional. En su virtud, ha de declararse que entre las partes ha existido un contrato atípico que creó una situación permanente de comunidad familiar que se prolongó durante nueve años, comunidad que fue disuelta de mutuo acuerdo y a su liquidación le es de aplicación el artículo 34 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón; y dicha liquidación, atendidas las diversas aportaciones de bienes y trabajo y lo ya percibido por las partes, habrá de verificarse en la siguiente forma:

a) El acervo comunitario estará integrado por cuantos bienes muebles e inmuebles hayan sido adquiridos por las partes durante la vigencia de dicho contrato.

b) Se le atribuyen a don Domingo Gutiérrez Trasobares las ovejas y el coche Ford en la forma ya realizada, así como la plena propiedad del piso de la Calle Huesca con su mobiliario y enseres, siendo de su cuenta las cargas que pudiesen existir.

c) Al matrimonio Gutiérrez-Rodrigo se le adjudican los ganados que ya tienen atribuidos así como el piso de la Calle Ontiñena y sus locales de la planta baja, ya escriturado a su nombre, soportando las cargas que pudieran tener dichos inmuebles.

d) El resto de los bienes muebles, cuentas corrientes, depósitos bancarios, subvenciones etc. serán adjudicados por mitad.

Séptimo: Al casarse parcialmente la sentencia recurrida y admitirse en igual medida las demandas principal y reconvenional no procede efectuar imposición de costas en las instancias ni en las

de este recurso que se resuelve, con arreglo a lo preceptuado en los artículos 523, 875 y 1.715, 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y con devolución del depósito.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Inmaculada Isiegas Gerner en nombre y representación de don Ángel Gutiérrez Gracia y doña Nieves Rodrigo Bauto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca en fecha 22 de febrero de 1995 en autos de juicio declarativo de menor cuantía núm. 307/93 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Fraga debemos casar y casamos la sentencia objeto del recurso y con estimación parcial de las demandas principal y reconvenional debemos declarar y declaramos:

1º. Que entre las partes ha existido un contrato atípico que creó una situación permanente de comunidad familiar al que le es de aplicación el art. 34 de la Compilación a los fines liquidatorios.

2º. Son de inclusión en el acervo comunitario cuantos bienes muebles e inmuebles hayan sido adquiridos por las partes durante la vigencia de dicho contrato.

3º. Ha lugar a la liquidación y participación de dichos bienes con los criterios que quedan establecidos en el fundamento sexto de esta resolución y que se practicarán en ejecución de sentencia.

4º. Sin que haya lugar a la especial imposición de costas en ambas instancias ni en las de este recurso con devolución a la parte recurrente del depósito constituido.

Remítase en su momento testimonio de esta resolución a la citada Audiencia con devolución a la misma de los autos y rollo de Sala que en su día remitió.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—Excmo. Sr. Presidente don José Ramón San Román Moreno y los Ilmos. Sres. Magistrados don Vicente García-Rodeja Fernández, don Manuel Serrano Bonafonte y doña Rosa Mª Bandrés Sánchez-Cruzat.

B) TRIBUNAL SUPREMO

(SALA DE LO CIVIL)*

5

SENTENCIA NÚM. 5

S. TS de 18 de febrero de 1995

6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: PASIVO: DEUDAS POSTERIORES PRIVATIVAS: Vivienda habitual: Embargabilidad por deudas contraídas por uno solo de los cónyuges sobre la mitad indivisa de la vivienda familiar. No procede la tercería de dominio interpuesta por la esposa al haberse adquirido el inmueble antes de la celebración del matrimonio, no correspondiendo por tanto propiedad alguna sobre la mitad embargada al tercerista.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 51 Comp.; art. 1.320 Cc.; art. 144.5 Rh.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Francisco Morales Morales.

SENTENCIA

En la villa de Madrid, a 18 de febrero de 1995. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados Excmos. Sres. don Pedro González Poveda, don José Luis Albacar López y don Francisco Morales Morales, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, como consecuencia de autos de juicio de tercería de dominio, seguidos

ante el Juzgado de Primera Instancia número Tres de Zaragoza; cuyo recurso ha sido interpuesto por doña María Isabel López Villalba, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Consuelo Rodríguez Chacón y asistida por el Letrado don Ramón Chaves González; siendo parte recurrida «Araval, S. G. R.», representada por el Procurador de los Tribunales don Francisco Velasco Muñoz-Cuello y asistida por el Letrado don José Carlos Montes Uriel. En el que también fueron parte «Sedetanos 3, S. L.», don Joaquín Gazo Lafuente, don Antonio Ferreres Cebolla y don Jesús Juncosa Rueda, no personados en estas actuaciones.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Procuradora doña Emilia Bosh Iribarren en nombre y representación de doña María Isabel López Villalba, formuló ante el Juzgado de Primera Instancia número Tres de los de Zaragoza, demanda sobre tercería de dominio, contra Araval, S. G. R., «Sedetanos 3, S. L.», don Joaquín Gazo Lafuente, don Antonio Ferreres Cebolla y don Jesús Juncosa Rueda, alegó los hechos y fundamentos de derecho que constan en autos y terminó suplicando en su día se dicte sentencia por la que se declare: a) El piso noveno derecha de la Avda. Cesáreo Alierta, número 24, de esta ciudad, es el hogar familiar del matrimonio Juncosa-López y que la demandante tiene derecho al

* Se publican a continuación tres sentencias del año 1995 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo: dos sobre régimen económico matrimonial aragonés y una sobre vecindad civil.

mantenimiento de dicha situación de hogar familiar. b) Estando dirigida la demanda ejecutiva contra el esposo, no puede ser objeto de embargo y subasta la mitad indivisa de dicho piso perteneciente al esposo, sin el consentimiento de su cónyuge, que la defiende como parte de su hogar familiar. c) Condene a estar y pasar por las anteriores declaraciones a LOS DEMANDADOS: condenando en costas a quien temerariamente se oponga a tan justa pretensión.

Segundo: Admitida la demanda y emplazados los demandados, se personó en autos la Procuradora doña Adela Domínguez Arranz, en nombre y representación de «Araval, S. G. R.», quien contestó a la demanda, oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que constan en autos y terminó suplicando en su día se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente las pretensiones formuladas de contrario, se absuelva a su representada, todo ello con imposición de las costas a la parte actora.

No habiéndose personado en autos los demandados «Sedetanos 3, S. L.», don Joaquín Gazo Lafuente, don Antonio Ferreres Cebolla y don Jesús Juncosa Rueda, fueron declarados en rebeldía.

Tercero: Convocadas las partes para comparecencia, se celebró en el día y hora señalados con los resultados que constan en autos. Recibido el pleito a prueba, se practicó la propuesta que por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas separadas. Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismo a las partes para conclusiones.

Cuarto: El Ilmo. Sr. Magistrado Juez de Primera Instancia dictó sentencia en fecha 23 de enero de 1990, cuyo fallo es el siguiente: «Que desestimando la demanda de tercera formulada por la Procuradora señora Bosch Iribarren, en nombre y representación de doña María Isabel López Villalba, contra «Araval S. G. R.» representado por la Procuradora de los Tribunales señora Domínguez Arranz, y contra «Sedetanos 3, S. L.», don Joaquín Gazo Lafuente, don Antonio Ferreres Cebolla y don Jesús Juncosa Rueda, debo absolver a los demandados de las pretensiones de la actora, a quien se le imponen las costas de este juicio».

Quinto: Apelada la sentencia de primera instancia, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó sentencia en fecha 12 de julio de 1991, cuya parte dispositiva a tenor literal es la siguiente: «Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por doña María Isabel López Villalba contra la sentencia, de 23 de enero de 1990, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Zaragoza, en autos número 736 de 1988, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición a la recurrente de las costas de esta alzada».

Sexto: La Procuradora doña Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y representación de doña María Isabel López Villalba, interpuso recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos: PRIMERO: Con amparo procesal en el número 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de acuerdo con el cual procede el recurso siempre que por la Audiencia sentenciadora, en la sentencia contra la que se recurre incida en error en la apreciación de la prueba, basada la alegación del error en documentos que obren en autos que demuestren que se ha incurrido en el error que se denuncia. SEGUNDO: Con amparo procesal en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la Magistratura de instancia en la sentencia contra la que se recurre, infringe, por el concepto de interpretación errónea, lo dispuesto en el artículo 1.320 del Código Civil, en la redacción dada al mismo por la Ley de 13 de mayo de 1981. TERCERO: Se ampara procesalmente en el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la sentencia contra la que se recurre, al negar la aplicación en Aragón de lo dispuesto en el artículo 1.320 del Código Civil, infringe, por el concepto de interpretación errónea, lo dispuesto en los artículos 1.2 y 51 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. CUARTO: Se ampara procesalmente en el núm. 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la Magistratura sentenciadora, en la sentencia contra la que recurre, infringe, en concepto de inaplicación, lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución, de acuerdo con el cual: Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y

Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. **QUINTO:** Con amparo procesal en el núm. 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque la Audiencia sentenciadora en la sentencia contra la que se recurre, infringe, por inaplicación los artículos 348 del Código Civil y 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. **SEXTO:** Puede considerarse derivación o consecuencia de los anteriores y se articula como medio de salir al paso de la poca afortunada —a nuestro juicio— afirmación de la Audiencia sentenciadora, en el primero de los Fundamentos de la sentencia contra la que se recurre, cuando afirma: «...es claro que por no corresponder a la demandante derecho alguno sobre la mitad indivisa embargada en el anterior juicio ejecutivo a su marido, como propietario de la misma, carece de posibilidades de plantear la tercería, al radicar el presupuesto de la legitimación activa en esa titularidad exclusiva y excluyente.

Séptimo: Admitido el recurso y evacuado el trámite de instrucción, se señaló para la celebración de la vista, el día 2 de febrero de 1995.

Ha sido Ponente el magistrado Excmo. don Francisco Morales Morales.

FUNDAMENTO DE DERECHO

Primero: Los imprescindibles presupuestos fácticos de que ha de partirse son los siguientes: 1º. Mediante escritura pública de fecha 18 de septiembre de 1978, autorizada por el Notario de Zaragoza don Augusto V. G. (bajo el número 1.124 de su protocolo), don Jesús J. R. y doña María Isabel L. V., ambos de estado solteros, compraron en codominio ordinario, por mitades indivisas, el piso noveno D, del edificio sito en el número 24 de la Avenida de Cesáreo Alierta, de Zaragoza, 2º. El día 23 de septiembre de 1978, don Jesús J. R. y doña María Isabel L. V. contrajeron matrimonio entre ellos y establecieron en el referido piso su vivienda familiar. 3º. En autos de juicio ejecutivo núm. 857/1984 del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Zaragoza, promovido por la entidad mercantil «Aragonesa de Avals, SGR», contra la también mercantil «Sedetanos-3, SL» y contra don Joaquín G. L., don Antonio F. C. y don Jesús J. R., se trabó embargo

sobre la mitad indivisa del expresado piso, de la que es propietario el demandado (ejecutado) don Jesús J. R.

Segundo: En 1990, doña María Isabel L. V. (esposa de don Jesús J. R., como ya se ha dicho) promovió contra la entidad mercantil «Aragonesa de Avals, SGR» (demandante en el ya referido juicio ejecutivo) y contra la entidad mercantil «Sedetanos-3, SL», don Joaquín G. L. don Antonio F. C. y don Jesús J. R. (demandados en dicho juicio ejecutivo) el presente procedimiento de tercería de dominio, en el que, alegando que ella es copropietaria de la otra mitad indivisa (la no embargada del expresado piso, en el que el matrimonio tiene establecida su vivienda familiar, postuló textualmente se declare que: «a) El piso noveno derecha de la Avda. Cesáreo Alierta, número 24, de esta ciudad, es el hogar familiar del matrimonio J. L. y que la demandante tiene derecho al mantenimiento de dicha situación de hogar familiar; b) Estando dirigida la demanda ejecutiva contra el esposo, no puede ser objeto de embargo y subasta la mitad indivisa de dicho piso perteneciente al esposo, sin el consentimiento de su cónyuge, que la defiende como parte de su hogar familiar».

En dicho proceso de tercería de dominio, en su grado de apelación, recayó sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, por la que, confirmando la de primera instancia, desestima la demanda y absuelve a los demandados de las pretensiones de la actora. Contra la referida sentencia de la Audiencia, la demandante doña María Isabel L. V. ha interpuesto el presente recurso de casación, a través de seis motivos.

Tercero: La sentencia aquí recurrida, en plena coincidencia con la de primera instancia, basa sustancialmente la «ratio decidendi» de su pronunciamiento desestimatorio de la demanda en este doble orden de concordantes consideraciones: a) de una parte, la carencia de legitimación de la actora, pues si el ámbito de la tercería (dice textualmente la referida sentencia) «se circunscribe a debatir posibles errores en la atribución de la titularidad del bien sometido a ejecución, es claro que por no corresponder a la demandante derecho

alguno sobre la mitad indivisa embargada en el anterior juicio ejecutivo a su marido, como propietario de la misma, carece de posibilidades de plantear la tercería, al radicar el presupuesto de la legitimación activa en esa titularidad excluyente y exclusiva que se opone al embargo posterior a su adquisición por el tercerista»; b) de otra parte (dice también textualmente), «la imposibilidad de actuar a través de este limitado ámbito procesal la protección que se pretende, con fundamento en el artículo 1.320 del Código Civil, del que se denomina derecho o privilegio de la vivienda familiar, cuyos contornos escapan con mucho del arco legal y jurisprudencial preestablecido para este procedimiento especial» (fundamento jurídico primero y único —pues el segundo se refiere a las costas— de la sentencia recurrida).

Cuarto: Por el motivo primero, con sede procesal en el ordinal cuarto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción anterior a la hoy vigente) se dice denunciar error en la apreciación de la prueba y en el alegato integrador de su desarrollo la recurrente aduce textualmente lo siguiente: «Se pretende con este motivo del recurso la fijación del que podemos llamar hecho básico del mismo, para lo que negamos la falsa afirmación de la que parte la Audiencia sentenciadora de que por doña María Isabel L. V. se pretende para sí la mitad indivisa del piso en cuestión, que pertenece a don Jesús J. R.; cuando es lo cierto que se pretende sentar la afirmación de que en dicho piso se encuentra instalada la vivienda habitual que ocupa la demandante con sus hijos Juan y Pablo, nacidos en 1980 y 1983, para defender después el derecho que esa convivencia habitual le concede. Se quiere pues que, como hecho cierto, sobre el que ha de procederse a la resolución de los restantes motivos de casación que en el recurso se articulan, se haga constar que: La recurrente doña María Isabel L. V. y sus hijos Juan y Pablo J. L. tienen su vivienda habitual en el piso noveno derecha de la casa núm. 24 de la Avenida de Cesáreo Alierta de la ciudad de Zaragoza».

El expresado motivo, cuya vacuidad impugnatoria es ostensible, ha de ser desestimado, pues la sentencia recurrida no ha afirmado (como equivocadamente se dice en el antes transcrito alegato del

mismo) que la tercerista doña María Isabel L. V. «pretenda para sí la mitad indivisa del piso en cuestión, que pertenece a don Jesús J. R.», sino que simplemente se ha limitado a declarar probado que dicha mitad indivisa del piso, que es la que se pretende liberar del embargo trabado sobre la misma en el correspondiente juicio ejecutivo (auto número 857/1984), no pertenece en propiedad a la referida tercerista, en cuya declaración no ha incurrido en error probatorio alguno, y que, al no pertenecerle, no concurre el requisito esencial e ineludible para que el proceso de tercería de dominio pueda desplegar su virtualidad liberatoria del mencionado embargo, según la finalidad institucional y única del referido proceso, a la que más adelante nos referiremos. Por otro lado, la sentencia recurrida no ha negado que el expresado piso pueda constituir la vivienda familiar de la tercerista y de sus dos hijos, sino que exclusivamente se ha limitado a constatar que hacer dicha declaración en el «fallo» de la sentencia, como expresamente se pide en el apartado a) del «petitum» de la demanda (que ha sido transcrito literalmente en el fundamento jurídico segundo de esta resolución), escapa del límite legal y jurisprudencial de todo proceso de tercería de dominio, según la ya insinuada finalidad institucional del mismo.

Quinto: Antes de entrar en el examen del motivo segundo ha de recordarse que, como ya se dijo en el fundamento jurídico primero de esta resolución, el piso litigioso pertenece, en condominio ordinario y por mitades indivisas, a los esposos don Jesús J. R. y doña María Isabel L. V., pues en esa forma y proporción lo compraron cuando los dos se hallaban en estado de solteros, y que la mitad indivisa perteneciente en exclusividad a don Jesús J. R., que fue embargada en el ya dicho juicio ejecutivo (auto número 857/1984, del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Zaragoza), es la que la tercerista doña María Isabel L. V. pretende liberar del expresado embargo mediante el presente proceso de tercería de dominio.

Por el motivo segundo, con residencia procesal en el ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en su redacción anterior a la hoy vigente) se denuncia textualmente que «la

Magistratura de instancia, en la sentencia contra la que se recurre, infringe, por el concepto de interpretación errónea, lo dispuesto en el artículo 1.320 del Código Civil, en la redacción dada al mismo por la Ley de 13 de mayo de 1981. En el desarrollo del mismo la recurrente aduce que el citado precepto prohíbe expresamente que uno de los cónyuges pueda disponer de los derechos sobre la vivienda habitual (aunque a él le pertenezcan tales derechos) sin el consentimiento del otro cónyuge o, en su caso, autorización judicial, y concluye el breve alegato integrador del mismo en los siguientes términos: «Es lo que ha ocurrido en el presente caso en que por el marido se ha efectuado un acto de disposición de derechos (el subornado lo hace la recurrente), sin intervención de la mujer, contrario, por ello a lo que dispone el artículo 1.230 (suponemos habrá querido decir 1.320) del Código Civil, por lo que la sentencia que da validez a este acto, en contra de la exigencia legal de protección de la vivienda familiar, de la vivienda habitual de la familia, ha de ser casada y anulada, resolviendo favorablemente este motivo del recurso».

Para poder dar una adecuada respuesta casacional al presente motivo, como a los restantes que integran el presente recurso, pues todos ellos, con un evidente carácter reiterativo, giran en torno a esa única tesis impugnatoria (indisponibilidad por uno de los cónyuges de la vivienda habitual), han de tenerse en cuenta las consideraciones que a continuación se exponen. La sentencia recurrida, en contra de lo que afirma la recurrente, no se ha pronunciado sobre la validez de ningún acto dispositivo realizado por el esposo de su mitad indivisa del piso litigioso (en el supuesto muy hipotético de que aquí nos hallemos en presencia de algún acto de tal naturaleza, que prohíba el artículo 1.320 del Código Civil, como seguidamente analizaremos), sino que, ateniéndose estrictamente a los límites cognoscitivos que impone el proceso de tercería de dominio, se ha abstenido de pronunciarse sobre materias extrañas al mismo, pues no puede olvidarse que la finalidad institucional y única del referido proceso es la de liberar de un embargo bienes que han sido indebidamente trabados, por pertenecer los mismos, no al ejecutado, sino a un tercero extraño a la deuda reclamada en el correspondiente

juicio ejecutivo, con titularidad dominical adquirida con anterioridad a la traba del embargo, supuesto que no es el aquí contemplado, pues la mitad indivisa embargada del piso litigioso no pertenece a la tercerista, sino que es propiedad privativa de su esposo, como ya se ha dicho al principio de esta fundamentación. Por otro lado, aunque íntimamente relacionado con lo anterior, el artículo 1.320 del Código Civil solamente se refiere a los actos dispositivos de la vivienda habitual, realizados de forma unilateral y voluntaria por uno de los cónyuges, pero no prohíbe en modo alguno, pues no podía hacerlo, que la referida vivienda habitual pueda ser embargada por los acreedores, a virtud de deudas contraídas por uno de los cónyuges, embargabilidad que tampoco aparece prohibida por ningún otro precepto sustantivo o procesal, bastando para realizar dicho embargo, cuando la vivienda habitual o una parte indivisa de la misma pertenezca a uno de los cónyuges (como ocurre en el presente caso con respecto a la mitad indivisa embargada) con que se notifique la demanda y el embargo al otro cónyuge (artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario), notificación que se efectuó en el juicio ejecutivo a que se refiere esta tercería de dominio (folio 20 de los autos). Todo lo que acaba de ser razonado ha de llevar al fenecimiento del motivo.

Sexto: Aunque lo anteriormente expuesto es suficiente para rechazar de plano los cuatro restantes motivos del recurso, pues todos ellos, como ya se ha dicho, aparecen montados en torno a la misma tesis impugnatoria ya examinada, sin embargo, por atenernos al formalismo casacional, nos referiremos separadamente a cada uno de ellos, aunque, por su carácter reiterativo, nos veamos forzados, en algún momento, a repetir lo ya dicho.

Séptimo: Con la misma residencia procesal que el anterior, al igual que los que le siguen, aparece formulado el motivo tercero, por el que se denuncia textualmente que «la sentencia contra la que se recurre, al negar la aplicación en Aragón de lo dispuesto en el artículo 1.320 del código Civil infringe lo dispuesto en los artículos 1.2 y 51 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón». El expresado motivo, montado exclusivamente sobre una patente falacia, ha de ser deses-

timado por la simple y elemental razón de que la sentencia recurrida (como tampoco la de primera instancia) no ha negado en momento alguno que el artículo 1.320 del Código Civil pueda ser aplicable en Aragón, sino que, sin referirse ni directa, ni indirectamente, a ese imaginario tema, se ha limitado a razonar su pronunciamiento desestimatorio de la demanda, en los únicos y exclusivos términos que ya han sido dichos anteriormente.

Octavo: Por el motivo cuarto se denuncia textualmente que «la Magistratura sentenciadora, en la sentencia contra la que se recurre, infringe, en concepto de inaplicación, lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución, de acuerdo con el cual: Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos». El expresado motivo, que no pasa de ser una manifestación más de la tan socorrida, como generalmente infundada, práctica de invocar en casación el artículo 24 de la Constitución en cualquier supuesto en que no prospere la tesis de la parte que lo invoca, ha de ser también desestimado, pues la denunciada infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que consagra el citado precepto constitucional, carece en este supuesto de la más mínima consistencia jurídica, ya que la propia recurrente, a lo largo de la tramitación de este proceso, en el que ha sido parte demandante, con las sentencias respectivas en sus dos instancias y su posterior llegada a esta casación, ha constatado y comprobado la prestación de dicha tutela judicial efectiva, entendida ésta correctamente en el sentido de que lo que tal principio garantiza es que ningún supuesto pueda producirse denegación de justicia, obteniéndose dicha tutela también en los casos en que se rechace lo interesado por la parte en el proceso, siempre que concurra y se exprese la causa legal correspondiente, como ha ocurrido en el presente supuesto litigioso, en el que la sentencia aquí recurrida, como antes la de primera instancia, han desestimado, como motivación suficiente y acertada, la acción de tercería de dominio ejercitada por la actora, aquí recurrente, como ya se ha razonado en el fundamento jurídico quinto de esta resolución.

Noveno: En el motivo quinto se

denuncia que «la Audiencia sentenciadora, en la sentencia contra la que se recurre, infringe, por inaplicación, los artículos 348 del Código Civil y 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», y en su alegato la recurrente aduce, una vez más, lo siguiente: «En la diligencia de embargo no se ha respetado el derecho a la vivienda habitual que sobre la parte de piso embargada corresponde a doña María Isabel L. V. y a sus hijos menores de edad, Juan y Pablo. Este derecho, adquirido por disposición de la ley, puesto que se lo conceden el artículo 1.320 del código Civil y 51 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, como se defiende en los anteriores motivos de este mismo recurso, es el que se defiende por mi representada en la presente tercería de dominio». El expresado motivo ha de claudicar también, pues como ya se ha dicho extensamente al desestimar el motivo segundo, y aquí es necesario repetir, siquiera sea de forma sintética, en el presente supuesto litigioso no concurren los requisitos exigidos para el éxito de la tercería de dominio ejercitada, no sólo porque la tercerista no es propietaria de la mitad indivisa que se ha embargado en el piso litigioso (punto nodular sobre el que descansa la esencia institucional del referido proceso), sino también porque la vivienda habitual (o una parte indivisa de la misma, como ocurre en este caso) es legalmente embargable por deudas de uno de los cónyuges, siempre que la demanda correspondiente o el embargo practicado se notifiquen al otro cónyuge (artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario), cuya notificación fue practicada a la señora L. V. en el juicio ejecutivo correspondiente (folio 20 de los presentes autos).

Décimo: El encabezamiento del motivo sexto y último dice así: «Puede considerarse derivación, o consecuencia, de los anteriores, y se articula como medio de salir al paso de la poca afortunada —a nuestro juicio— afirmación de los fundamentos de la sentencia contra la que se recurre, cuando afirma: «... es claro que por no corresponder a la demandante derecho alguno sobre la mitad indivisa embargada en el anterior juicio ejecutivo a su marido, como propietario de la misma, carece de posibilidades de plantear la tercería, al radicar el presupuesto de la legitimación activa en esa titularidad

exclusiva y excluyente...». En el alegato integrador del desarrollo de dicho motivo, en el que dice que denuncia la infracción, por falta de aplicación, de lo dispuesto en los artículos 609 del Código Civil y 533.2º y 1.532 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la recurrente aduce, en esencia, su derecho y el de sus hijos a la vivienda habitual, que le conceden los artículos 1.320 del Código Civil y 51 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. El expresado motivo, con el que la recurrente viene, una vez más, a reiterar el mismo contenido impugnatorio de los anteriores, ha de ser igualmente desestimado, ya que la tercerista carece efectivamente de legitimación activa, entendida ésta como presupuesto de la acción ejercitada («legitimatio ad causam»), al no ser propietaria de la mitad indivisa embargada del piso litigioso, y el hecho de que éste constituya la vivienda habitual, no le convierte en inembargable (como parece pretender la recurrente), pues el mismo (o una participación indivisa de él, como ocurre en este caso) puede ser embargado por deudas del cónyuge propietario de dicha mitad indivisa, como ya se ha dicho varias veces en los fundamentos jurídicos anteriores de esta resolución.

Undécimo: El decaimiento de los seis motivos aducidos ha de llevar aparejada la desestimación del presente recurso, con expresa imposición de las costas del mismo a la recurrente y la pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal correspondiente.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español,

FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al presente recurso de casación interpuesto por la Procuradora D.ª Consuelo Rodríguez Chacón, en nombre y representación de D.ª M.ª Isabel L. V., contra la sentencia de fecha 12 de julio de 1991, dictada por la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en el proceso que a este recurso se refiere, con expresa imposición a la recurrente de las costas del referido recurso y la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal que corresponda; librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

SENTENCIA NÚM. 6

S. TS de 20 de febrero de 1995

0: OTRAS MATERIAS: VECINDAD CIVIL: Adquisición por residencia decenal: El recurrente sostiene que el mero transcurso de los diez años opera «ipso iure» en punto a la adquisición de la vecindad civil, mientras que la sentencia recurrida cree, con apoyo en el artículo 225.2 del RRC, que el cómputo de dicho plazo ha de acontecer durante la mayoría de edad. El TS considera oportuno conceder a la tesis del recurrente una superior consistencia que a la defendida por el Tribunal «a quo», porque la norma del artículo 225.2 RRC está en pugna con la prevenida por el Cc. Pero, no obstante, el TS ratifica la falta de prueba del transcurso de los diez años exigido para la adquisición de la vecindad catalana.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 15 (r. 1.889) y 14 (r. 1.990) Cc. art. 225 RRC.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Alfonso Barcala Trillo-Figueroa.

SENTENCIA

En la villa de Madrid, a 20 de febrero de 1995. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados Excmos. Sres. don Alfonso Barcala Trillo-Figueroa, don Teófilo Ortega Torres y don José Almagro Nosete, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección decimoquinta de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, como consecuencia de juicio declarativo de mayor cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 12 de dicha capital, sobre disolución de la sociedad de gananciales, cuyo recurso fue interpuesto por don Emilio Navarro Torregrosa, y en la actualidad y por fallecimiento del mismo su viuda doña Encarnación Álvarez Molina, representada por el Procurador de los Tribunales don Gabriel de Diego Quevedo, y asistida del Letrado don Fernando Lorente Lorente, en el que es recurrida doña Dolores Medina Morante, representada por la Procuradora de los Tribunales doña Katuska Marín Martín, y asistida del Letrado don Francisco Vega Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Ante el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Barcelona, fueron vistos los autos de juicio declarativo de mayor cuantía número 822/1988, promovidas a instancia de doña Dolores Medina Morente, contra don Emilio Navarro Torregrosa.

Por la representación de la parte actora su formuló demanda, en base a cuantos hechos y fundamentos de Derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: «... y previos los trámites legales, dictar sentencia en su día por la que: 1º) Se declare que el régimen económico matrimonial de los litigantes es el de la sociedad de gananciales. 2º) Se declare la disolución de la sociedad de gananciales en base a las causas números 2 y 4 del artículo 1.393 del Código Civil, y 3º) Se proceda a su liquidación, en fase de ejecución de sentencia, atribuyendo la mitad del acervo común a cada uno de los esposos litigantes, previo nombramiento de contador-partidor». Solicitaba asimismo la anotación preventiva de la demanda en los Registros de la Propiedad número 2 de Barcelona y número 1 de Mataró.

Admitida a trámite la demanda, por la representación de la parte demandada, se contestó la misma en base a cuantos hechos y fundamentos de Derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado lo que sigue: ... y en el momento procesal oportuno se acuerde dictar sentencia desestimando la demanda, absolviendo de la misma a mi representado, con expresa imposición de todas las costas causadas a la demandante, por su evidente temeridad». Solicitaba el recibimiento del pleito a prueba.

Conferido traslado para réplica y súplica, las partes lo evacuaron ratificándose en sus respectivos escritos.

Por el Juzgado se dictó sentencia, en fecha 4 de septiembre de 1990, cuyo fallo es como sigue: «FALLO: Que, estimando la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales don Francisco Lucas Rubio Ortega, en nombre y representación de doña Dolores Medina Morante contra don Emilio Navarro

Torregrosa, debo declarar y declaro que el régimen económico matrimonial de los litigantes es el de la sociedad de gananciales, acordando la disolución de la misma, y debiendo practicarse su liquidación en fase de ejecución de sentencia, según lo establecido en el artículo 1.396 y siguientes del Código Civil; con imposición de costas al demandado».

Segundo: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación, que fue admitido y sustanciada la alzada, la Sección decimoquinta de la Ilma. Audiencia Provincial de Barcelona, dictó sentencia, en fecha 20 de septiembre de 1991, cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLAMOS: Estimamos parcialmente el recurso interpuesto por don Emilio Navarro Torregrosa, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Barcelona, en fecha 4 de septiembre de 1990, cuya parte dispositiva ha sido transcrita en el primero de los antecedentes de hecho de la presente resolución, y revocando el pronunciamiento respecto a costas no ha lugar a la imposición de las causadas en la primera instancia. No se imponen las costas de la apelación. Confirmamos en lo demás la sentencia apelada».

Tercero: Por el Procurador de los Tribunales don Gabriel de Diego Quevedo, en nombre y representación de don Emilio Navarro Torregrosa, y por fallecimiento del mismo en la actualidad su viuda doña Encarnación Álvarez Molina, se formalizó recurso de casación, que fundó en los siguientes motivos:

Primero: «Al amparo de lo dispuesto por el número 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 15, número 3º del Código Civil, en su redacción de 24 de julio de 1.889, vigente en el momento de celebración del matrimonio entre las partes litigantes, cuyo contenido sustantivo se mantiene por el Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, en el artículo 14.3.2º del propio Código y por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en la redacción del número 2º del artículo 14 del Código Civil vigente».

Segundo: «Al amparo de lo dispuesto por el número 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia error en la apreciación de la prueba relativa a la fijación de la fecha en que el demandado se trasladó a Francia, basado en los documentos números dos, tres y cuatro de los acompañados por la actora a su escrito inicial de demandada».

Tercero: «Al amparo de lo dispuesto por el número 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 15, número 3º del Código Civil en su redacción de 24 de julio de 1.889, con apoyo en la doctrina jurisprudencial que consagra el requisito de existencia de «animus conmorandi» y la no interrupción del plazo para la adquisición de la vecindad civil por estancia en el extranjero».

Cuarto: «Al amparo de lo dispuesto por el número 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción del artículo 1º, párrafo primero, de la compilación de Derecho Civil de Cataluña, de 19 de julio de 1984, en relación con el artículo 12, párrafo segundo del Código Civil en su redacción de 24 de julio de 1.889 y, por analogía, con el artículo 1.241 del Código Civil en su actual redacción».

Cuarto: Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción, se señaló para la vista el día 10 de febrero, a las diez treinta horas, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. don Alfonso Barcala Trillo-Figueroa.

FUNDAMENTO DE DERECHO

Primero: Doña Dolores M. M. promovió juicio declarativo de mayor cuantía contra don Emilio N. T., sobre declaración de régimen matrimonial y disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, con la súplica de que la Sentencia a dictar contuviera los siguientes pronunciamientos: 1º) Declarar que el régimen económico matrimonial de los litigantes es el de la sociedad de gananciales. 2º) Declarar la disolución de la sociedad de gananciales en base a las causas números 2ª y 4ª del artículo 1.393 del Código Civil, y 3º) Proceder a

su liquidación en fase de ejecución de sentencia, atribuyendo la mitad del acervo común a cada uno de los esposos litigantes, previo nombramiento de contador-partidor. Dichas pretensiones fueron estimadas por el Juzgado de Primera Instancia número 12 de Barcelona, en sentencia de 4 de septiembre de 1940, al declarar que el régimen económico matrimonial de los litigantes es el de la sociedad de gananciales, y acordar la disolución de la misma, debiendo practicarse su liquidación en fase de ejecución de sentencia, según lo establecido en los artículos 1.396 y siguientes del Código Civil, con imposición de costas al demandado, la cual, fue confirmada por la dictada, en 20 de septiembre de 1991, por la Sección decimoquinta de la Ilma. Audiencia Provincial de la referida capital, a excepción del pronunciamiento sobre costas, que fue revocado en el sentido de no haber lugar a la imposición de las causadas en la primera instancia. Y es esta segunda sentencia la recurrida en casación por don Emilio N. T. a través de la formulación de cuatro motivos amparados en el ordinal 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo el segundo de ellos, residenciado en el ordinal 4º del mismo precepto, en su redacción anterior a la Ley 10/1992, de 30 de abril, habiéndose subrogado en el recurso, por fallecimiento del señor N. T., su heredera universal doña Encarnación A. M.

Segundo: El estudio de los motivos del recurso debe comenzarse por el segundo al denunciarse en él, error en la apreciación de la prueba relativa a la fijación de la fecha en que el demandado se trasladó a Francia, basado en los documentos números 2,3 y 4 de los acompañados por la actora a su demanda, pues habiéndose acreditado la emigración de aquél a Cataluña en el año 1950 (hecho recogido como indubitado en el fundamento de Derecho octavo de la resolución recurrida) resulta de absoluto interés determinar con exactitud, si el señor N. T. había adquirido la vecindad civil catalana por transcurso del plazo decenal con anterioridad, no respecto a su primer viaje a Francia en 1960, inocuo a los efectos del arco decenal, sino en todo caso respecto al traslado «estable» referido en la sentencia,

que nunca supuso un traslado domiciliario; y resulta indudable que, entre las diversas fechas que aparecen consignadas en los documentos invocados, se incurrió en el error de confundir la fecha del desplazamiento temporal del demandado a Francia en febrero de 1960, siendo asegurado laboralmente durante el período estricto de ejecución de un contrato de obra, tras cuya finalización volvió a su domicilio de Cataluña, desplazamiento que sin duda responde al concepto de temporalidad recogido en el Fundamento de Derecho séptimo de la sentencia, con la fecha de un segundo desplazamiento en febrero de 1961, que motivó su estancia en Francia desde el 15 de abril de 1961 hasta el 14 de febrero de 1964, prorrogado por motivos laborales hasta 1967. Los documentos indicados son comentados en el motivo del modo siguiente: Documento 2: La certificación del Ayuntamiento de Barberá del Vallés acredita que el demandado se hallaba domiciliado en dicha localidad durante el año 1960, en el que se empadronó en el censo de habitantes, evidenciando su «ánimus conmorandi» de forma pública y manifiesta. documento 3: La tarjeta de residente ordinario aportada tiene un período de validez comprendido entre el día 10 de febrero de 1961 hasta el día 9 de febrero de 1964, no obstante, señala que el período ininterrumpido de estancia en Francia del residente es el consignado en la carta de trabajo. Y documento 4: La carta de trabajo (documento al que se remiten todos los aportados para la determinación del período de estancia ininterrumpida en Francia del demandado) si bien contiene la fecha de la primera entrada del trabajador en dicho país el día 10 de febrero de 1960, es indubitada al consignar como período de estancia ininterrumpido el comprendido entre el día 15 de abril de 1961 y el día 14 de febrero de 1964, prorrogada por motivos laborales hasta 1967. El recurrente considera, con base en tales documentos, que la fecha del traslado a Francia del demandado es la del inicio de su período de estancia en dicho país el día 15 de abril de 1961, y, en ningún caso el año 1960, puesto que, como la Sala de

instancia recoge, la quiebra de la residencia habitual no se produce por el mero traslado temporal, sino por la permanencia estable en otro territorio, estancia más o menos larga pero sin significar nunca traslado de domicilio a ese país extranjero.

Tercero: Atendiendo a la exposición argumental del motivo, es de apreciar que el error que, concretamente, se imputa al Tribunal «a quo», consiste en que confundió la fecha del desplazamiento temporal del recurrente a Francia en febrero de 1960, con la de un segundo desplazamiento efectuado en febrero de 1961, que motivó su estancia en dicho país desde el 15 de abril de 1961 hasta el 14 de febrero de 1964, prorrogado hasta 1967, cuyo error se pretende acreditar mediante el contenido de los documentos números 2, 3 y 4 acompañados a la demanda por la contraparte, pero haciendo abstracción de naturaleza administrativa de tales documentos, carentes, por tanto, de eficacia casacional, según reiteradas declaraciones de la Sala, requieren ser, como exigencia ineludible para los supuestos de error amparados en el ordinal 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «contundentes e indubitados "per se"», siendo preciso que las afirmaciones o negaciones sentadas por el juzgador estén en abierta y franca contradicción con documentos que por sí mismos y sin acudir a deducciones, interpretaciones o hipótesis, evidencien cosa contraria a lo afirmado o negado en la sentencia recurrida», exigencia la así expuesta que constituye doctrina consolidada de la Sala, siendo innecesaria la reseña específica de las múltiples sentencias que la recogen, por ser de general conocimiento. Pues bien el examen de los documentos en cuestión permite hacer las consideraciones que siguen: a) Que el señor N. T. figura inscrito en el Padrón Municipal de Habitantes de la localidad catalana de Barberá del Vallés, correspondiente a 1960 y que en 1956 residía en la mentada localidad. b) Que su entrada en Francia tuvo fecha de 10 de febrero de 1960. c) Que su Tarjeta de Estancia de Residente ordinario en dicho país era válida del 10 de febrero de 1961 al 9 de febrero

de 1964, y la duración de la validez prorrogada fue de 10 de febrero de 1964 a 9 de febrero de 1967, y d) Que su Tarjeta Ordinaria de Trabajo en aquel país, era válida del 15 de abril de 1961 al 14 de abril de 1964, extendiendo su validez prorrogada del 15 de abril de 1964 al 14 de abril de 1967. Las consideraciones que anteceden únicamente autorizan a establecer de manera indubitada e inequívoca que las respectivas Tarjetas de Residencia y de Trabajo obtenidas y disfrutadas en Francia tuvieron una validez desde el 10 de febrero de 1961 al 9 de febrero de 1967 y desde el 15 de abril de 1961 al 14 de abril de 1967, pero en modo alguno, que la fecha de su entrada en ese país, 10 de febrero de 1960, respondería a un desplazamiento temporal, con lo cual, los documentos citados carecen de absoluta relevancia en orden a contradecir la afirmación fáctica sentada por el Tribunal «a quo»: «se desplazó a Francia a principios del año 1960, donde permaneció de forma estable hasta después del matrimonio», determinándose así la imposibilidad de atribuir al meritado Tribunal el error denunciado en el segundo motivo, lo que origina la claudicación del mismo.

Cuarto: En el primer motivo se alega la infracción del artículo 15.3 del Código civil en su redacción de 24 de julio de 1889, vigente en el momento de celebración del matrimonio entre los litigantes, cuyo contenido sustantivo se mantiene por el Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, en el artículo 14.3.2º del propio Código y por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en la redacción del número 2º del artículo 14 del Código Civil vigente. La argumentación de dicho motivo responde en síntesis a cuanto sigue: Indiscutida la vecindad civil común originaria del demandado, nacido en Benamaurel (Granada) el 12 de julio de 1935, y teniéndose por demostrado su emigración a Cataluña en 1950, su adquisición de la vecindad civil catalana en la fecha de celebración de su matrimonio, 25 de julio de 1962, es la cuestión principal para determinar la aplicabilidad de las normas de Derecho común o de Derecho Civil especial de Cataluña al régimen económico matrimonial. La fundamentación jurídica del fallo de la sentencia recurrida se

apoya primeramente en la adopción de la tesis de la actora en su escrito de resumen de pruebas, recogida en el Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia, según la cual, «el inicio del cómputo del plazo fijado para la adquisición de la vecindad civil deberá tener lugar durante la mayoría de edad del interesado», derivándose, por tanto, la imposibilidad de que el demandado hubiera podido adquirir la civil catalana con anterioridad al matrimonio, fuera cual fuera la fecha de su llegada a Cataluña, ya que nacido en 1935 y adquirida la mayoría de edad en 1956, contrajo aquél en 25 de julio de 1962. Esta tesis, implica una violación, por inaplicación, de la norma del artículo 15.3 del Código Civil, en su redacción de 24 de julio de 1889, al disponer: «... para los efectos de este artículo se ganará vecindad: por la residencia de diez años en provincias o territorios de Derecho común, a no ser que, antes de terminar este plazo, el interesado manifieste su voluntad en contrario; o por la residencia de dos años siempre que el interesado manifieste ser ésta su voluntad. Una y otra manifestación deberá hacerse ante el Juez Municipal, para la correspondiente inscripción en el Registro Civil...», de donde se desprende el carácter de automatismo que inviste a la norma, recogida en el párrafo primero del artículo 225 del Reglamento del Registro Civil, que afirma: «El cambio de vecindad civil se produce "ipso iure", por la residencia habitual durante diez años seguidos...», y en el caso de autos no existe manifestación alguna del demandado, ni contraria ni respetuosa con los requisitos formales reglamentariamente exigidos. La doctrina científica tradicional siempre entendió que dándose la residencia decenal, la adquisición de la vecindad civil era automática, sin consideración, incluso, a la voluntad del sujeto de obtenerla o no, siendo exponentes jurisprudenciales de esta doctrina tradicional las Sentencias de 13 de marzo de 1939, y 5 de junio de 1935, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. La tesis del juzgador «a quo» conllevaría una quiebra en el principio de seguridad jurídica, ya que, en aquellas Comunidades Autónomas donde la emigración haya tenido trascendencia, concretamente en Cata-

luña, la interpretación efectuada por la Sala de instancia convertiría en matrimonios sujetos a régimen de gananciales los celebrados sin capitulaciones con el convencimiento de los cónyuges de hallarse sometidos al de separación de bienes. En segundo lugar, apoya la Sala de instancia su tesis en la necesidad de la plena capacidad personal para efectuar las declaraciones a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 225 del Reglamento del Registro Civil: «En el plazo para las declaraciones de vecindad ante el Encargado, no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona». El contenido del precepto se coordina con lo dispuesto por el antiguo artículo 15.3º «in fine» del Código Civil: «... Una y otra manifestación deberá hacerse ante el Juez Municipal para la correspondiente inscripción en el Registro Civil». Mientras que el legislador del Código es caro al exigir que «una y otra manifestación», o sea, la voluntad obstativa o la adquisitiva del interesado son las que deben hacerse ante el Registro Civil, excluyendo, por tanto, de su ámbito la adquisición de la vecindad por el transcurso de diez años, que opera «ipso iure», no lo es tanto el legislador del Reglamento, pero resulta evidente que la producción «ipso iure» por el transcurso del plazo decenal preceptuada por el Código, no puede verse vulnerada por otra norma de rango inferior, como es la del Reglamento. Y en tercer y último lugar, la Sala fundamenta la tesis en base al principio de unidad familiar. Es precisamente la defensa del propio principio la que cuestiona la tesis. En efecto, si los sometidos a patria potestad no pudieran, al llegar a la mayoría de edad, hacer valer los años de residencia pasados durante su minoría para montar su vecindad civil, se daría la incongruencia de que la vecindad que el padre se apresta a perder permanecería con sus hijos durante diez años después de su mayoría.

Quinto: Indudablemente, las respectivas lecturas del desarrollo argumental del motivo y de la exposición razonada contenida en el Fundamento de Derecho cuarto de la sentencia recurrida, permiten apreciar el mantenimiento de tesis contrarias entre sí, caracterizada la de aquél en que el mero transcurso de

los diez años opera «ipso iure» en punto a la adquisición de la vecindad civil, y la del Tribunal «a quo», en que el cómputo de dicho plazo acontezca durante la mayoría de edad, sobre cuya cuestión, la doctrina se ha pronunciado de manera contradictoria. La tesis de la sentencia, atendiendo a las reflexiones formuladas en el citado fundamento, parece apoyarse de manera sustancial, en la dicción del párrafo segundo del artículo 225 del Reglamento del Registro Civil: «En el plazo de los diez años no se computa el tiempo en que el interesado no pueda legalmente regir su persona», pero esta norma no deja de estar en pugna, en principio, con la prevenida en el artículo 15.3º.II del Código Civil, en su redacción de 1889, y artículos 14.3.1º y 2º del mismo, en su actual redacción por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en cuanto que a su tenor, el transcurso de los diez años confiere «ope legis» la adquisición de la vecindad, salvo declaración en contrario, y de aquí, que resulta oportuno conceder a la tesis del motivo una superior consistencia que a la defendida por el Tribunal «a quo»; ahora bien, ello no conduce a concluir que el motivo pueda prosperar a efectos casacionales, al ser doctrina reiterada de la Sala la relativa a que «cuando la apreciación de un motivo no altera la sentencia a dictar, carece de alcance y efectos en ésta, en cuanto llegase a la misma conclusión», doctrina que se encuentra recogida en las Sentencias, entre otras, de 13 de mayo de 1983, 21 de marzo y 21 de mayo de 1985, 27 de octubre de 1988 y 5 de febrero de 1990, y que es similar a la figurada en las sentencias de 25 de febrero de 1988 y 14 de julio de 1989: «los recursos de casación se dan contra el fallo y no contra los Fundamentos Jurídicos de la sentencia, por lo que cuando el fallo que vaya a recaer como consecuencia de la estimación del recurso sea el mismo que el que se contiene en la Sentencia recurrida, por razones de economía procesal no debe estimarse el recurso». La conclusión aludida tiene su razón de ser en que los Fundamentos de Derecho sexto, séptimo y octavo de la sentencia recurrida, son suficientes, de por sí, en orden a la estimación de la pretensión actora dados los presupuestos probatorios estimados acreditados

en tales fundamentos y la circunstancia de no poder ser tenido por probado el transcurso de los diez años exigido para la adquisición de la vecindad catalana, todo lo cual, produce, consecuentemente, la inoperancia en el marco casacional del motivo examinado, lo que determina su inviabilidad.

Sexto: En el tercer motivo se invoca la infracción del artículo 15.3º del Código Civil, en su redacción de 24 de julio de 1889, con apoyo en la doctrina jurisprudencial que consagra el requisito de existencia de «*animus conmorandi*» y la no interrupción del plazo para la adquisición de la vecindad civil por estancia en el extranjero, razonándose, resumidamente, lo siguiente: Mientras el Tribunal «*a quo*» reconoce en el Fundamento de Derecho sexto que «la ausencia momentánea o transitoria de la residencia no supone el cambio de domicilio ni la pérdida de la cualidad de residente a tales efectos», y reconoce en el fundamento séptimo la diferente operatividad del traslado de residencia al extranjero en orden a la adquisición de la vecindad civil foral, el Fundamento de Derecho octavo de la sentencia recurrida sostiene que «... el hecho de que el mismo (el demandado) se trasladase a Francia a primeros del año 1960, determina que no pueda tenerse por probado el transcurso de los diez años exigidos para la adquisición de la vecindad civil catalana», cuyo contenido positivo de la norma reseñada por cuanto trasgrede la producción «*ipso iure*» de la mutación de la vecindad. En el desplazamiento a Francia el 10 de febrero de 1960 no concurre una decidida voluntad de abandono de su domicilio en Cataluña, ni un ánimo de asentamiento en territorio diferente, como lo demuestra la temporalidad del contrato de obra que motivó el desplazamiento y la continuidad de vinculación con el domicilio habitual, evidenciada por el hecho de que el demandado se empadronó en su localidad, Barberá del Vallés, manifestando así y fortaleciendo la constancia del «*animus conmorandi*». Si bien la residencia habitual es cuestión de hecho, la existencia o no del «*animus conmorandi*», que como requisito legal establece el párrafo 2º del número 3º del referido artículo 15 y consagra reiteradísima

jurisprudencia (sentencias, entre otras, de 20 de abril de 1917, 13 de marzo de 1929 y 21 de enero de 1958, es apreciación jurídica, susceptible de ser examinada en casación. Y de igual modo, el desplazamiento a Francia en el año 1961, una vez adquirida la vecindad catalana, tampoco supuso un asentamiento familiar en Francia, donde siempre se alojó en casas de particulares, pensiones y diversas poblaciones, ni fue continuado, como lo demuestra su celebración de matrimonio en 1962, puesto que la actividad del señor N. T., al igual que la de infinidad de emigrantes españoles, se limitaba a desarrollar diversas prestaciones laborales en el extranjero para volver regularmente a su domicilio con el producto de su trabajo.

Séptimo: En realidad, el motivo que ahora se analiza está pretendiendo sustituir la apreciación probatoria de la Sala de instancia por la propia del recurrente, lo cual, no es admisible en casación, por lo que se ha de estar y pasar por los presupuestos fácticos declarados en la sentencia recurrida, que fueron claramente expuestos en el fundamento de Derecho séptimo de la misma: «De la prueba practicada aparece demostrado que el demandado se desplazó a Francia a principios del año 1960, donde permaneció de forma estable hasta después del matrimonio», siendo incuestionable, como se expresa en el expresado fundamento, que «la residencia continuada y estable del demandado en Francia, no computa a efectos de adquisición de la vecindad que opera con independencia de su interno y desconocido deseo», y teniéndose, así mismo, por probado en el fundamento siguiente, el octavo, «que emigró a Cataluña en el año 1950», resulta comprensible y ajustada a Derecho la conclusión a que se llegó en el indicado fundamento: «que no puede tenerse por probado el transcurso de los diez años exigidos para la adquisición de la vecindad catalana». Por otro lado, el «*animus conmorandi*», para que surta efecto a los fines previstos en el artículo 15.3º del Código Civil, en su redacción primitiva, tiene que ser objeto de una manifestación terminante y explícita, lo que no tuvo lugar en el caso de autos, y, desde luego, no cabe deducirle de hechos más o

menos equívocos, como pueden ser los atinentes al empadronamiento municipal y a la celebración del matrimonio en el territorio nacional, incluso, el mantenimiento de casa abierta en él, ni, mucho menos, de la clase de alojamiento tenida en el extranjero. Así pues, las reflexiones precedentes no permiten apreciar que el Tribunal «a quo» hubiera incurrido en la infracción objeto del motivo analizado, lo que comporta el fracaso del mismo.

Octavo: En el cuarto motivo, último formulado, se alude a la infracción del artículo 1º, párrafo primero, de la Compilación del Derecho civil de Cataluña de 19 de julio de 1984, en relación con el artículo 12, párrafo segundo, del Código Civil en su redacción de 24 de julio de 1889, y, por analogía, con el artículo 1.214 del citado texto en su actual redacción, a cuyo motivo le sirve de fundamento el siguiente razonamiento, extractado: Se denuncia lo argumentado en el fundamento de Derecho noveno de la sentencia recurrida, en la cuestión relativa al «onus probandi». De conformidad con la jurisprudencia discutida por el Tribunal «a quo», representada por la sentencia de 8 de marzo de 1968, así como por la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de febrero de 1969 y las sentencias de 2 de marzo de 1972 y 5 de febrero de 1973 de la Audiencia Territorial de Barcelona, se mantiene en este motivo que «... en Cataluña, a quien hubiese nacido fuera de ella, le basta invocar la vecindad civil catalana para que ésta se presuma, salvo prueba en contrario». Lo ha reconocido la jurisprudencia y la doctrina que la prueba de la vecindad civil es de las más arduas, dado que puede operar al margen de toda constancia documental e, incluso, sin la actividad voluntaria del adquirente. En el caso de la vecindad civil es prácticamente unánime el criterio jurisprudencial acerca de que la carga de la prueba no corresponde a quien invoca la aplicación de la legislación del territorio en que reside, sino a quien alega una legislación distinta al Derecho territorial que el Juez aplica, excluyéndose toda presunción favorable a la preferencia imperativa del Derecho común. Como ha puesto de relieve Andreu P., R. S. y R., constituye excepción a la ley que se rechaza y presupuesto para que pueda

aplicarse la ley que se invoca, y si no se aporta prueba, el Juez fallará con arreglo al Derecho territorial correspondiente a su jurisdicción. En idéntico sentido, la conclusión 5ª del II Congreso Jurídico Catalán, reza: «Exceptuando la prueba o evidencia de que fuera otra la legislación aplicable, los Tribunales y Administración Pública de Cataluña deben aplicar la Ley catalana correspondiente». En el presente procedimiento, la actora no ha cumplido con la exigencia de probar lo alegado, por lo que no es dable invertir la carga probatoria, como se recoge en la resolución impugnada.

Noveno: Verdaderamente, las prescripciones contenidas en las normas concretas reseñadas en el motivo, artículo 1º, párrafo primero, de la Compilación civil catalana, y artículo 12, párrafo segundo, del Código Civil en su redacción de 1889, en nada desvirtúan a lo dispuesto en el artículo 15 del Código antedicho, en la indicada redacción, máxime, cuando ha quedado incólume la realidad fáctica establecida en la sentencia recurrida, de la que ya se hizo cumplida referencia, y cuando el artículo 1.214 de aquél, como repetidamente ha declarado la jurisprudencia de la Sala, no contiene norma valorativa de prueba y sólo puede ser alegado como infringido en casación si el Juez hubiese alterado indebidamente el «onus probandi», habiéndose también declarado a este respecto que no se altera el principio de distribución de la carga de la prueba si el Juez realiza una apreciación de la aportada por cada parte y valora luego en conjunto su resultado, que fue lo que, en definitiva, aconteció en el caso que nos ocupa, y esto así, es determinante, sin necesidad de mayores precisiones, del fracaso del último motivo del recurso, cuya inviabilidad viene a ser consecuencia ineludible de la predicada para los anteriormente estudiados, y la improcedencia, pues, de todos los motivos formulados en el recurso de casación interpuesto por el fallecido don Emilio N. T. y mantenido por su heredera universal, doña Encarnación A. M., lleva consigo, en virtud de lo dispuesto en el párrafo final del ritualario artículo 1.715, la declaración de no haber lugar al mismo, con imposición de las costas a la parte recurrente, y la pérdida del depósito constituido.

7

SENTENCIA NÚM. 7*S. TS de 24 de febrero de 1995*

6633: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: GESTIÓN: ADMINISTRACION Y DISPOSICION DE BIENES COMUNES: Presupuesta la validez de los pactos documentados por las partes y del contenido real de los mismos ha de prosperar la petición de la parte actora de que dicho documento se eleve a escritura pública. En consecuencia se desestima lo solicitado de la parte demandada que pretendía la nulidad de tales acuerdos alegando la falta de consentimiento de la esposa de uno de los contratantes, puesto que aun siendo preciso el consentimiento de ambos cónyuges para realizar actos de disposición sobre bienes gananciales, es doctrina jurisprudencial que el consentimiento de la mujer puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio y también inferido de las circunstancias concurrentes. **682: EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD: ENAJENACION DE BIENES AFECTOS:** No procede la pretensión de la parte demandada alegando la nulidad de tales acuerdos en virtud de su previa renuncia al derecho expectante de viudedad, pues este derecho se regirá por lo preceptuado en el artículo 76 Comp.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 37, 38, 51 y 76 Comp.; 1.279, 1.280, 1.377, 1.392 y 1.401 Cc.

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Teófilo Ortega Torres.*

SENTENCIA

En la villa de Madrid, a 24 de febrero de 1995. Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Huesca, como consecuencia de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Jaca, sobre elevación de documento privado a escritura pública, cuyo recurso fue interpuesto por doña María del Pilar Lalana Ara, don Eduardo David,

doña Gracia, doña Mónica, doña Pilar y doña Teresa Terrén Lalana, representados por la Procuradora doña Paloma Espinar Sierra, y asistidos del Letrado, don José Luis Espinosa Sierra, en el que son recurridos doña Concepción Sanclemente Nuño, representada por el Procurador don Juan Carlos Estévez Fernández-Novoa, y asistida del Letrado don Carlos Carnicer Díez, en el que también fueron parte don Luis Terrén González, don José María Molina Abadíe y doña Carmen Terrén González, que no han comparecido ante este Tribunal Supremo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Jaca, fueron vistos los autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, promovidos a instancia de doña María Pilar Lalana Sierra y sus hijos don Eduardo, doña Gracia María, doña Mónica, doña Pilar María y doña Teresa Terrén Lalana, representados por el Procurador señor Martín Sarasa, y asistidos por el Letrado señor Espinar Sierra, contra don Luis Terrén González, representado por la Procuradora señora Labarta, y asistido por el Letrado señor Espinol; contra doña Concepción Sanclemente Nuño, representada por la Procuradora señora Labarta, y asistida por el Letrado señor Víctor Asún; y contra don José María Molina Abadíe y doña Carmen Terrén González, representados ambos por la Procuradora señora Labarta, y asistidos por la Letrada doña Maite A.

Por la parte actora se formuló demanda arreglada a las prescripciones legales en la cual solicitaba previa alegación de los hechos y Fundamentos de Derecho se dictase sentencia por la que, estimando la demanda, se condene a los demandados a elevar a público, otorgando la correspondiente escritura, el documento de 8 de marzo de 1989, y en otro caso otorgue el propio Juzgado dicho documento público, con imposición a los demandados de las costas del procedimiento.

Admitida a trámite la demanda la Procuradora señora Labarta en la representación acreditada de doña Concepción Sanclemente Nuño, don Luis Terrén Gon-

zález, doña Carmen Terrén González y don José María Molina Abadía contestó a la mencionada demanda alegando los hechos y Fundamentos de Derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando al Juzgado se dictase sentencia desestimatoria de la demanda con imposición de costas a la parte actora.

Por el Juzgado se dictó sentencia, con fecha 27 de marzo de 1991, cuya parte dispositiva es como sigue: «FALLO: Que estimando íntegramente la demanda formulada por María Pilar Lalana Sierra e hijos: Eduardo, Gracia María, Mónica, Pilar María y Teresa Terrén Lalana, debo condenar y condeno a: Luis Terrén González, Concepción Sanclemente Nuño, José María Molina Abadía y a Carmen Terrén González, a elevar a público, otorgando la correspondiente escritura, el documento de 8 de marzo de 1989 suscrito por ellos, imponiendo a dichos demandados las costas procesales».

Segundo: Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación que fue admitido y sustanciada la alzada la Audiencia Provincial de Huesca dictó sentencia, con fecha 13 de diciembre de 1991, cuyo fallo es del tenor literal siguiente: «FALLAMOS: Que desestimando el recurso de nulidad y estimando el de apelación interpuesto por la representación de los demandados Carmen Terrén González, José María Molina Abadía, Concepción Sanclemente Nuño y Luis Terrén González, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Jaca, en los autos anteriormente circunstanciados, debemos revocar y revocamos dicha resolución; y, en su lugar, desestimando íntegramente la demanda promovida, en ejercicio de acción personal para la elevación a público del documento de 8 de marzo de 1989, por María Pilar Lalana Ara y sus hijos Eduardo David, Gracia María, Mónica, Pilar María y Teresa Terrén Lalana, contra dichos apelantes, debemos declarar y declaramos no haber lugar a la acción ejercitada en dicha demanda absolviendo a los repetidos recurrentes de cuantas pretensiones se dedujeron en su contra; condenando a los citados demandados al pago de las costas de la primera instancia y omitiendo un particular pronunciamiento sobre las causadas en esta alzada».

Tercero: La Procuradora doña María Paloma Espinar Sierra, actuando en nombre y representación de doña María Pilar Lalana Ara, don Eduardo David, doña Gracia María, doña Mónica, doña Pilar María y doña Teresa Terrén Lalana, formalizó recurso de casación que funda en los siguientes motivos:

Motivo primero: «Al amparo del número 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el fallo cuya casación respetuosamente postulo, al estimar la apelación adversa y desestimar la demanda de mis representados, denegando la elevación a escritura pública del documento privado suscrito en 8 de marzo de 1989, incide en infracción de la norma jurídica que se contiene en el artículo 1.279 del Código Civil y la jurisprudencia a él atinente, ambos aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate en el pleito de que se trata».

Motivo segundo: «Al amparo del número 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El fallo dictado por la Audiencia Provincial de Huesca, cuya casación postulo respetuosamente, al desestimar la demanda de mis representados, hoy recurrentes, denegando la elevación a público del documento privado suscrito en 8 de marzo de 1989, estimando así la apelación interpuesta de adverso, incide en infracción de la norma jurídica que se contiene en el artículo 1.280.1 del Código Civil y la jurisprudencia a él atinente, aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate en el pleito originario de este recurso».

Cuarto: Admitido el recurso y evacuado el traslado de instrucción se señaló para la visita el día 11 de mayo de 1995, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. don Teófilo Ortega Torres.

FUNDAMENTO DE DERECHO

Primero: Son antecedentes de este recurso, que conviene reseñar previamente al examen de los motivos de casación, los siguientes: 1º) Demandantes y demandados en este proceso suscribieron, con fecha 8 de marzo de 1989, actuando doña Pilar Lalana Ara por sí y como representante legal de sus hijos menores de edad y don Luis Terrén Gon-

zález, en su propio nombre y como mandatario de su esposa, doña Concepción Sanclemente Nuño, un documento privado en que, con referencia a pactos anteriores relativos al «negocio complejo del "Hotel Roca Nevada"... con la gasolinera contigua al mismo, para explotarlo en común», reconocieron haber convenido «participar en el mismo, así como en los derechos sobre las concesiones que se obtuvieran y en las edificaciones e instalaciones que se hicieran en los terrenos, salvo la vivienda que ocupa don Luis Terrén y la parcela sobre la que se construyó, con las siguientes participaciones en proindiviso: los cónyuges don Luis Terrén González y doña Concepción Sanclemente Nuño, en un 51 por 100; los cónyuges doña María Pilar Lalana Ara y don Eduardo Terrén González, hoy fallecido, en un 29 por 100; los cónyuges doña Carmen Terrén González y don José María Molina Abadíe, en un 20 por 100», y con expresa manifestación de su «propósito de salvaguardar para el futuro la misma armonía que actualmente reina entre ellos», declararon, en lo que ahora interesa, que «son los únicos y exclusivos propietarios del negocio complejo integrado por el "Hotel Roca Nevada", con la gasolinera a él contigua... y las concesiones hoy en vigor, con las edificaciones e instalaciones hoy existentes en los terrenos concedidos», todo ello conforme a las participaciones antedichas, si bien la correspondiente a los cónyuges doña María Pilar Lalana y don Eduardo Terrén, al haber fallecido éste, se sustituyeron incluyendo los porcentajes correspondientes a la viuda e hijos (don Eduardo, doña Gracia, doña Mónica, doña Pilar y doña Teresa Terrén Lalana), y también se pacta en el documento que «cualquier partícipe antes de enajenar su participación o parte de ella deberá ofertarla a los demás copartícipes. Si todos mostraran igual interés se adquirirá prorrateando según sus respectivas participaciones» (cláusula quinta); 2º La señora Lalana Ara y los hijos de su matrimonio con don Eduardo Terrén interpusieron la demanda solicitando que se ordene (sic) «a los demandados a elevar a público, otorgando la correspondiente escritura, el documento de 8 de marzo de 1989, suscrito por ellos, y, en otro caso, otorgando el propio Juzgado dicho docu-

mento público», pretensión estimada por el Juzgado de Primera Instancia de Jaca cuya sentencia fue revocada en apelación por la Audiencia Provincial de Huesca; y 3º) El recurso de casación se ha interpuesto por la señora Lalana Ara y sus mencionados hijos formulando dos motivos, amparados ambos en el número 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (redacción anterior a la Reforma de 30 de abril de 1992), por infracción, el primero, del artículo 1.279 del Código Civil y, el segundo, del artículo 1.280 del mismo.

Segundo: El fundamento esencial de la sentencia impugnada, para concluir desestimando la demanda, es que «el documento que se desea elevar a escritura pública, en el mejor de los casos para los actores y sin prejuzgar las valoraciones e interpretaciones que en su día se hagan, incorpora un acto de reconocimiento de derechos que, como tal, no viene incluido en el artículo 1.280.1 del Código Civil, no habiendo contraído las partes, haciendo uso del principio de la libre autonomía de la voluntad, el compromiso de elevarlo a escritura pública» y la consideración de que la pretensión de los actores es «innecesaria porque plantea judicialmente una controversia de forma, ajena al problema jurídico material de los interesados, dejando de lado el fondo del asunto: la pretendida propiedad» y «perturbadora... pues, aunque se estimara, no haría de mejor condición el derecho de los actores o de peor calidad el que actualmente proclama el Registro de la Propiedad, de modo que sólo serviría para construir artificialmente un documento más, ahora público, que entre las otorgantes acreditaría exactamente lo mismo que prueba o pueda probar el documento privado actualmente existente, a valorar en su día», frente a todo lo cual los recurrentes sostienen, en síntesis, que «el contrato es tan válido antes como después de elevarse a escritura pública. Pero, después, una vez elevado a escritura pública, es cuando alcanzará la plenitud de su eficacia, precisamente porque fue válido desde el preciso instante en que lo estableció la voluntad de las partes. En el presente caso, todo lo que se pretende por mi parte en el pleito originario de este recurso, consiste en impedir que uno de los condóminos venda el

todo o una parte de los bienes sin el consentimiento de los demás condueños, a cuyo fin es indispensable el acceso de ese contrato al Registro de la Propiedad, para que pueda tener los necesarios efectos frente a terceros» (motivo primero) y que nos hallamos ante un documento de «reconocimiento de derechos reales sobre bienes inmuebles», según se admite en la propia sentencia recurrida, por lo que «es de los relacionados en el artículo 1.280.1º del C. c.» y contiene, además, «cláusulas específicas que afectan al propio dominio de los bienes inmuebles» a que se refiere, como sucede, entre otras, con la cláusula quinta.

Tercero: Han de prosperar los motivos examinados, por cuanto: a) Presupuesta la validez de los pactos documentados por las partes en 8 de marzo de 1989 —no puesta en duda por la Audiencia y acertadamente razonada en la sentencia del Juzgado—, se tiene que su contenido real —se declara que «los reunidos, en el concepto y la representación en que respectivamente actúan... son los únicos y exclusivos propietarios del negocio complejo integrado por el "Hotel Roca Nevada", con la gasolinera a él contigua, en término de Villanúa, en la provincia de Huesca, y las concesiones hoy en vigor, con las edificaciones e instalaciones hoy existentes en los terrenos concedidos»— hace necesario para su plena efectividad, incluso «erga omnes», el otorgamiento de la escritura pública, pues nos hallamos ante un acto confirmatorio o reconocitivo con la finalidad de obtener la fijación jurídica de una situación anterior, dando así constancia de negocios previos a los que confiere certeza y claridad (sentencias de 19 de noviembre de 1974, 5 de febrero de 1981 y 23 de junio de 1983), por lo que ha de considerarse comprendido en el número 1º del artículo 1.280 al ser indisociable de los pactos originarios que constan en los antecedentes ya expuestos; y b) Es cierto, como se dice en la sentencia impugnada, que se «plantea una controversia de forma», pero es obvio que de tal circunstancia no cabe inferir la desestimación de lo pretendido en la demanda, y las consecuencias que pueda producir la procedente elevación a escritura pública del documento de 8 de marzo de 1989, y su valoración y eventual inscripción en el

Registro de la Propiedad, son ajenas a este litigio.

Cuarto: Debe ahora la Sala, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.715.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resolver lo que corresponda dentro de los términos del debate, que ha de ser, según se desprende de lo antedicho, la estimación de la demanda en los términos como lo fue en la sentencia de primera instancia que razona con acierto la validez de los pactos de que se trata y pone de manifiesto lo endeble de las alegaciones de los demandados al oponer su nulidad por falta de consentimiento, así como también que don Luis Terrén «otorgó el referido documento en su propio nombre y como mandatario de su esposa doña Concepción Sanclemente Nuño, tal y como en dicho documento se expresa, teniendo en cuenta además que la señora Sanclemente ha tenido perfecto conocimiento de lo que en dicho documento se estableció, como ella misma reconoce en la prueba de confesión y ha quedado acreditado por el acto de conciliación instado por la parte actora, sin que en ningún momento haya impugnado el documento ni negado su consentimiento hasta la contestación a la demanda, lo que resulta incompatible con una voluntad diversa del consentimiento cuestionado»; por último, y respecto a lo manifestado por la señora Sanclemente en su contestación a la demanda, sobre que no renunció a su «derecho de usufructo que le corresponde sobre la porción de su esposo y el de propiedad en la porción de bien ganancial», así como que su matrimonio «se rige por el régimen legal de gananciales, artículos 1.392, 1.396, 1.401 y concordantes del Código Civil. Los bienes adquiridos durante el matrimonio, son propiedad de ambos cónyuges, por mitad e iguales partes. Los bienes inmuebles adquiridos durante el matrimonio, para su transmisión es necesario el consentimiento expreso y escrito, artículos 37, 38 y 51, de la Compilación de Derecho civil de Aragón», basta advertir que ninguno de los preceptos invocados ofrece la mínima base para oponerse a la elevación a escritura pública de que se trata ni son aplicables al caso desde la perspectiva de la prestación del consentimiento por la señora Sanclemente, pues el derecho expectante de viudedad se regiría por lo

dispuesto en el artículo 76 de la Compilación reformada por la Ley 3/1985, de 21 de mayo, por una parte, y en Derecho común, invocado por la señora Sanclemente, si bien se precisa el consentimiento de ambos cónyuges para realizar actos de disposición sobre bienes gananciales (artículo 1.377 del C. c.), es doctrina jurisprudencial que el consentimiento de la mujer puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio y también inferido de las circunstancias concurrentes, valiendo incluso su pasividad o la no oposición de la mujer a la enajenación conociendo la misma, e incluso el silencio puede ser revelador de consentimiento (sentencias de 5 de diciembre de 1983, 6 de diciembre de 1986 y 6 de octubre de 1988, entre otras).

Quinto: Al estimarse íntegramente la demanda han de imponerse a los demandados las costas causadas en primera instancia (artículo 523.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sin que proceda pronunciamiento especial alguno sobre las originadas en apelación, y, en cuanto a este recurso de casación, cada parte deberá satisfacer las suyas (artículo 1.715 de la misma Ley).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS: Que estimando el recurso de casación interpuesto por doña María del Pilar Lalana Ara, don Eduardo, doña Gracia, doña Mónica, doña Pilar y doña Teresa Terrén Lalana, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, con fecha 13 de diciembre de 1991, procede casar la misma, debiendo estarse a lo resuelto por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Jaca; todo ello con imposición a los demandados de las costas de primera instancia y sin especial pronunciamiento sobre las de apelación y este recurso de casación. Líbrese al Presidente de la Audiencia mencionada la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de Sala remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.—José Luis Albacar López.—Jesús Marina Martínez-Pardo.—Teófilo Ortega Torres.—Rubricados.

C) AUDIENCIAS PROVINCIALES ARAGONESAS

SENTENCIAS DE APELACIÓN CIVIL RELACIONADAS CON EL DERECHO ARAGONÉS*

HUESCA

8

SENTENCIA NÚM. 8

S. APH de 20 de enero de 1994

6633: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: GESTIÓN: ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES COMUNES. 10: DERECHO TRANSITORIO: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL. GESTIÓN. 683: EL USUFRUCTO VIDUAL: EXTINCIÓN: Prescripción. Nulidad de venta de local comercial perteneciente al consorcio conyugal por falta determinación del precio y por haber sido enajenado, en 1962, por el marido como representante de la sociedad conyugal; anulabilidad; prescripción adquisitiva.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 49 Apéndice; disp. trans. 2.ª Comp. (1967); disp. trans. 12.ª Comp. (1985).

PONENTE: Ilmo. Sr. don Gonzalo Gutiérrez Celma.

Doña Ángela M. L., viuda, y sus hijos, los hermanos S. M., ante el JPII número 2 de Jaca, interponen demanda en autos seguidos en juicio declarativo de menor cuantía, contra la sociedad «ERZ», solicitando la nulidad de la venta de un local, que en 1962 celebró el marido y padre de los ahora demandantes, alegando falta de precio cierto y falta de consentimiento que tendría que haber emitido la esposa del vendedor, al ser dicho local un bien perteneciente al consorcio conyugal.

La demandada reconviene afirmando la validez del contrato y la ausencia de los vicios invalidantes que alega la parte actora.

El Juzgado, por sentencia dictada en los autos de menor cuantía 162/1991, desestima la demanda y estima la reconversión.

Los demandantes interponen recurso de apelación; solicitando la parte apelada la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

Formado el rollo de la apelación (19/93), la APH desestima el recurso de apelación y

* Se publican a continuación los fundamentos de derecho de las 39 sentencias de apelación civil de las Audiencias de Huesca (11), Teruel (9) y Zaragoza (19), relacionadas con el Derecho civil aragonés, correspondientes al año 1994, y que han sido facilitadas a la Revista por el Justicia de Aragón.

confirma íntegramente la sentencia de instancia, en base a los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Segundo: Insisten los apelantes en la tesis que mantuvieron en la primera instancia, resaltando que el pretendido contrato de compraventa carece de precio cierto y que no se concertó en ningún caso con la parte apelada, sino con otra entidad; y, además, reiteraron de nuevo que, por pertenecer el inmueble a la sociedad conyugal de quien se dice vendedor, éste no podía en ningún caso transmitir el dominio sin la intervención y consentimiento de su esposa.

Todas las cuestiones planteadas, en lo sustancial, quedaron acertadamente resueltas en la sentencia combatida. No puede tener éxito la alegación de que no existió precio cierto, pues, aunque no llegara a documentarse por escrito el precio estipulado, de la prueba practicada resulta indiscutible que las partes interesadas convinieron un precio concreto y determinado, pues de lo contrario carecería de todo sentido que se efectuaran entregas a cuenta (folios 59 a 64) que fueron aceptadas por la parte vendedora, la cual ningún reparo puso por esta circunstancia, en el documento obrante al folio 69, cuando hizo las «sugerencias» que estimó oportunas sobre la «minuta» preparada por la demandada hoy apelada para obtener la constatación escrita de cuanto ya se había convenido verbalmente con anterioridad, en el año 1962, siendo innecesario recordar ahora que los contratos son obligatorios, cualquiera que sea la forma en la que se hubieren celebrado, en virtud de lo reglado en el artículo 1.278 del Código civil. En consecuencia, no nos parece admisible la tesis de que no se convino un precio cierto; parece como si la parte recurrente hubiera confundido deliberadamente la existencia de un precio cierto con su plasmación escrita o con la prueba de cuál fue, exactamente, el precio convenido. Aunque se planteara la cuestión desde este otro punto de vista, es claro que, aunque se hubiera convenido un precio mayor al

admitido por la demandada, tal cosa ya no permitiría poner en duda la validez del contrato, sino que únicamente, en su caso, tendrían los apelantes la correspondiente acción para exigir la íntegra entrega del precio pendiente de pago, con la facultad implícita de resolución en caso de incumplimiento. Pero tales acciones no han sido ejercitadas en el presente caso, pese a lo cual la cuestión no pierde su importancia desde el momento que, estimando la reconvencción, se ha declarado que el precio fue de 400.000 pesetas, pronunciamiento declarativo que debe mantenerse, pues los actores, cegados por su empeño en mantener que no existió precio determinado, no han demostrado que éste tuviera un importe superior a la cifra admitida por la parte compradora, cuya tesis, además, viene avalada por los documentos a los que antes se hizo referencia, de entre los que debe resaltarse el obrante al folio 69, fechado por el esposo y padre de los actores en 1974, pues es bien evidente que si la compradora hubiera tenido pendiente de pago, entonces, alguna parte del precio, después de haber abonado con anterioridad 400.000 pesetas, el vendedor habría incluido tal cosa entre las precisas puntualizaciones que hizo en el referido documento.

Tercero: Por otro lado, tampoco parece de recibo la alegación de que el contrato se concertó con otra entidad distinta a la hoy apelada. Es cierto que, inicialmente, la venta se hizo en favor de «Mutua Electra Jaquesa, S. A.», pero tal entidad, poco después de la venta, el 2 de enero de 1964, se fusionó con «Electra Jacetana, S. A.», para constituir una nueva sociedad denominada «Unión Eléctrica de Jaca, S. A.», en favor de la cual, como se convino expresamente en el pacto segundo, obrante al folio 236, se transmitieron todos los patrimonios de las sociedades fusionadas, con todos los elementos de su activo y pasivo; y, posteriormente, el 23 de mayo de 1973, se produjo la fusión por absorción de «Unión Eléctrica de Jaca, S. A.», la cual fue absorbida por la hoy apelada y, en virtud de ello, como se estipuló en el pacto segundo obrante al folio 163, el patrimonio de «Unión Eléctrica de Jaca, S. A.», se trans-

mitió a «Eléctricas Reunidas de Zaragoza, S. A.», con todos los elementos de su activo y pasivo y, por lo tanto, con el dominio adquirido sobre el local litigioso inicialmente por «Mutua Electa Jaquesa, S. A.», tal y como lo reconoció el padre y esposo de los apelantes al tratar ya directamente, en 1974, con la hoy apelada.

Por último, carece de virtualidad la denunciada ausencia del consentimiento de la esposa en la transmisión, pues, el Juzgado ha considerado acreditado que existió un consentimiento tácito en la enajenación, apreciación fáctica, en la que no puede afirmarse que el Juzgado sufriera error alguno, con más razón si tenemos en cuenta que, como se admitió en la confesión judicial, desde 1962, la esposa viene residiendo en el mismo inmueble en el que se encuentra el local litigioso el cual, también desde 1962, viene siendo poseído por la hoy apelada y sus causantes. Aparte de que esta discusión carece de efectiva relevancia, pues, aunque no hubiera concurrido dicho consentimiento, la venta hubiera sido meramente anulable, en el caso de que, efectivamente, hubiera sido preciso dicho consentimiento, pues, en realidad, ni siquiera era preciso tal consentimiento. Efectivamente, la venta tuvo lugar en el año 1962 y, entonces, en virtud de lo regulado en el artículo 49 del Apéndice Foral bajo cuya vigencia se efectuó la venta, el marido, como representante que era de la sociedad conyugal, estaba facultado «para disponer no solamente de sus privativos bienes, sino también» de los que tuvieran «la consideración de comunes», sin que dicho precepto pueda eludirse, como pretendieron los apelantes, por la acción de la disposición transitoria segunda de la Compilación, pues tal norma viene referida respecto a los contratos y actos a realizar después de la entrada en vigor de la Compilación, «cualquiera que fuera la fecha de celebración del matrimonio», pues, al igual que ocurrió con la transitoria segunda de la Ley autonómica de 21 de mayo de 1985 (por la incidencia de la transitoria cuarta de dicha Ley), para los actos y contratos realizados con anterioridad, como ocurre en este caso, en el que nos remontamos al año 1962, debe estarse, por la transitoria duodécima de la Compilación, a la normativa entonces vigente, el citado artículo

lo del Apéndice Foral, pues así resulta del criterio que informa la disposición transitoria segunda del Código Civil.

Por último, el único derecho que, por lo expuesto, hubiera podido alegar la esposa demandante, en el mejor de los casos para ella, sería el usufructo, pero nunca se ha reclamado tal derecho, de modo que debe entenderse, como se ha declarado en el fallo impugnado, que la hoy apelada, en cualquier caso, ha consolidado, por prescripción adquisitiva, la plena propiedad del local en cuestión, el cual viene poseyéndolo pública y pacíficamente en concepto de dueña, por sí y sus causantes, con justo título y buena fe desde el año 1962, continuando con tal posesión también después del fallecimiento del esposo, el 29 de septiembre de 1979, sin que, como ha quedado dicho, nunca se reclamara la posesión del local por la esposa en concepto de usufructuaria (ni en ningún otro concepto, hasta la presentación de la demanda, el 17 de octubre de 1991).

Cuarto: Al desestimarse el recurso interpuesto, procede condenar a los recurrentes al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento de lo dispuesto en el segundo apartado del artículo 710 de la Ley procesal civil.

SENTENCIA NÚM. 9

S. APH de 7 de marzo de 1994

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Derecho del vecino a edificar o construir: Se declara el derecho del apelante a mantener las obras realizadas en su terraza, mediante las cuales quedan cerradas las ventanas abiertas en el fundo colindante, que recaían sobre la terraza de aquél.

DISPOSICIONES CITADAS: Observancia 6ª, De aqua pluviatilis arcenda; arts. 144.3 y 145 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Ramiro Soláns Castro.

Don Ramón P. B. y su esposa, doña Mari-cruz V. G., y don Fernando B. B., ante el JPI de Monzón, en juicio de cognición solicitan en

su demanda que se derribe la construcción realizada por don Conrado S. I., al tapar ésta las ventanas que los actores abrieron sobre una pared que linda con la terraza del demandado.

Por sentencia de 13 de enero de 1993, el Juzgado estima íntegramente la demanda, condenando al demandado a derruir la construcción realizada hasta que libere las ventanas tapadas.

La parte demanda interpone recurso de apelación, solicitando la revocación de la sentencia de instancia, y que se declare su derecho a mantener la construcción.

Formado el rollo de la apelación (24/1994), la APH estima íntegramente el recurso de apelación, revocando la sentencia de instancia y desestimando la demanda, en base a los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El tema que fue objeto de decisión ante el Juzgado de Primera Instancia deriva del contenido del artículo 144 de la Compilación de Aragón, que establece que tanto en pared propia, y a cualquier distancia del predio ajeno, como en pared medianera, pueden abrirse huecos para luces y vistas, sin sujeción a dimensiones determinadas; añade el párrafo segundo que dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código Civil, los huecos carecerán de balcones y otros voladizos, y deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente; completa esta regulación el número tercero del precepto, diciendo que la facultad concedida en este artículo no limita el derecho del propietario del predio vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna; tales disposiciones, destinadas a regular las relaciones de vecindad en Aragón, tienen su antecedente y derivan de la Observancia 6ª, «De aqua pluviti arcenda», incluida en el libro VII de las Observancias del Reino de Aragón; en esta dirección, el contenido de las normas transcritas suponen una restricción del derecho de propiedad que obliga al vecino a tolerar la apertura de huecos en la pared contigua siempre que carezcan de balcones o voladizos, que representan signos aparentes de servidumbres de luces y vistas, como señala el artículo 145,

disponiéndose que dichos huecos deben contar con los medios de protección que relaciona el artículo citado; frente a esta facultad de abrir los huecos indicados, se concede al titular del inmueble sobre el que recaen dichas aberturas el derecho a cerrarlas mediante edificaciones o construcciones realizadas en su propia finca; es decir, los huecos resultan meramente tolerados por aquel a quien afectan, que puede obstruirlos en cualquier momento, siempre que su clausura no obedezca solamente al deseo de causar un perjuicio a quien las abrió, sin que pueda apreciarse una razón acogible que respalde tal cerramiento.

Del examen de los autos cuya sentencia es objeto de esta alzada, resulta que los demandantes abrieron sobre una terraza descubierta del señor Sopena Ibarz sendas ventanas en los pisos de su propiedad que recaen directamente sobre dicha terraza; ocurriendo que pocos meses después de procederse a la apertura de esas ventanas, don Conrado Sopena Ibarz realizó unas obras en la referida terraza lindando con el lienzo de pared donde se abrieron los huecos citados, que produjo el que éstos quedaran por completo cerrados; manteniéndose por los actores que el demandado no tenía derecho a realizar las obras que produjeron tal resultado; en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de noviembre de 1983, declaró: «que la apertura de huecos para luces y vistas en pared propia, sin existencia de voladizos, sobre fundo ajeno, se trata solamente de una simple relación de vecindad, acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo soporta, por lo que, de acuerdo con el número 3º del artículo 144 de la Compilación foral de Aragón, la facultad concedida en dicho artículo, atinente a las relaciones de vecindad, el régimen normal de luces y vistas, no limita el derecho del propietario del fundo vecino, en este caso la parte demandada, para edificar y construir sin sujeción a distancia alguna.

En el caso que nos ocupa y a través de las fotografías autenticadas unidas a los autos (folios 40, 51 y 52), aparece claro que el señor Sopena ha realizado una construcción en su terreno que, sin duda, obedece, siquiera en parte, a ornamentar su terraza, que dio lugar al

cerramiento de las ventanas abiertas; con ello entendemos que no hizo otra cosa que hacer uso del derecho que le concede el repetido número 3 del artículo 144, sin que pueda hacérsele reproche alguno, que cabría en el supuesto de que se hubiera levantado un tabique que, sin reportarle beneficio de ninguna clase, fuese destinado exclusivamente a perjudicar a quienes habían abierto las ventanas, lo que no sucede en el caso de autos en que, como se ha apuntado por el señor Sopena, aparte de conseguir un embellecimiento de su terraza evita el que en ella no pueda desarrollar vida privada, dada la pequeña superficie de la misma y la inmediatez de las ventanas destinadas no solamente a obtener luz sino a proporcionar vistas que impedirán una vida familiar reservada de ingerencias extrañas; por todo lo razonado, entendemos que no procedía condenar al demandado a destruir las obras realizadas en cuanto afectaban a las ventanas, puesto que el disidente no hizo más que ejercitar un derecho que le reconoce explícitamente la Compilación al realizar las obras denunciadas; conclusión que conduce a la revocación de la sentencia rebatida y al correlativo acogimiento de la impugnación formulada.

Segundo: Habiendo de revocarse la resolución opugnada, que debe ser sustituida por otra que rechace por completo la demanda, las costas causadas ante el Juzgado se imponen a los demandantes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin hacer expresa imposición de las de esta instancia.

En la villa de Madrid, a 18 de febrero de 1995. Visto por la Sala Primera del Tribunal Doña Julia C. Ll., ante el JPII de Monzón, interpone demanda en juicio de cognición, fundada en acción negatoria de servidumbre de paso, contra don Benjamín F. M., quien alega haber adquirido por usucapión dicha servidumbre.

Por sentencia dictada en los autos 406/1993, de juicio de cognición, el Juzgado desestima la demanda.

La parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia. Formado el rollo de la apelación (79/1994), la APH desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia de instancia en base a los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los ya expuesto en la sentencia apelada.

Segundo: Insiste la apelante en la íntegra viabilidad de la acción ejercitada en su demanda, por la que, en lo sustancial, se pretendía la declaración de que la finca de su propiedad no estaba gravada por ninguna servidumbre de paso.

Como ya quedó dicho en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1984: «La Compilación de Aragón establece, en su artículo 147, que las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, debiendo entenderse —por aplicación como supletorio del C. C., a tenor del artículo 1.2, de dicha Compilación— que son servidumbres aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el aprovechamiento de las mismas, y no aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia (artículo 532 del C. C.)». Las servidumbres de paso, como ya lo asumimos así en la sentencia de esta Sala de 16 de enero de 1992, al dar por reproducidos los argumentos de la sentencia entonces recurrida, y como dijimos en la sentencia de 17 de septiembre de 1992, puede o no ser aparente, según los casos, pues puede ejercitarse por lugar determinado con

10

SENTENCIA NÚM. 10

S. APH de 25 de abril de 1994

84: SERVIDUMBRES: DE PASO:
Usucapión: *Servidumbre de paso: Usucapión de servidumbres aparentes: es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino o carril.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 147 y 1.2 Comp.; art. 532 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Gonzalo Gutiérrez Celma.

signo visible, un camino o un carril, por ejemplo, o usarse por un determinado lugar sin estar establecido signo alguno exterior visible de su uso o ejercicio. Debe resaltarse que la apariencia, según signos exteriores, se refiere a aquellos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro; por ello, puede decirse, con las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1957 y 10 de junio de 1967, que es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino o carril, como en este caso sucede, en el que la demandante, en su recurso, ignorando por completo las pruebas estudiadas en la sentencia apelada, se limita a considerar que no ha quedado acreditado el hecho mismo del uso del camino, cuestión en la que, como tenemos repetidamente declarado, no puede prevalecer sin más el partidista, subjetivo e interesado criterio de la propia parte sobre el objetivo e imparcial parecer del Juzgado, el cual, teniendo a la vista las pruebas practicadas en el presente juicio, ningún error cometió al sentar las conclusiones fácticas que afectan a este particular, para el que ninguna relevancia tiene la prueba de reconocimiento judicial, que resultaba así impertinente por innecesaria, por lo que tampoco ha estimado oportuno practicarla este Tribunal en esta segunda instancia en la que, por lo expuesto, no procede sino confirmar la sentencia controvertida por sus propios fundamentos.

Tercero: Al desestimarse el recurso interpuesto, procede condenar a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del artículo 736 de la Ley procesal civil, al que se remite el artículo 62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

11

SENTENCIA NÚM. 11**S. APH de 6 de mayo de 1994**

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Derecho del vecino a edificar o construir: Construcción de un muro que cierra parte de una gran ventana y que se superpone por el tejado de la casa

de los demandantes ocasionando diversos daños: reparación de los perjuicios con demolición del muro construido en la parte que causa daños, pero no así en cuanto tapa la ventana de los actores.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 144 y 145 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Ramiro Soláns Castro.

Don Pedro Agustín L. L. y doña Orosia, L. L., ante el JPI número 2 de Jaca, interponen demanda en juicio oral, solicitando que se derribe un muro construido por los demandados, que ocasiona diversos perjuicios y tapa parte de una ventana contra los cónyuges doña Amalia H. M. y don José Ramón H. y doña Pilar H. M. y su cónyuge don José G. I.

Por sentencia de 7 de junio de 1993 se estima la demanda interpuesta condenado a los demandados a derribar el muro y a abonar los daños y perjuicios causados.

Los demandados apelan la sentencia de instancia.

Formado el rollo de la apelación (84/94), la APH estima en parte el recurso de apelación contra la sentencia de instancia, confirmando la resolución impugnada, si bien el derribo de las obras realizadas no tiene porqué afectar a aquellas que obstruyeron parcialmente la ventana de los actores. Todo ello en base a los siguientes fundamentos de derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Se aceptan fundamentalmente los antecedentes de hecho y fundamentación jurídica de la sentencia impugnada.

Insiste el recurrente en la alegación de la excepción que denomina de falta de jurisdicción del art. 533.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, manteniendo que en forma alguna procedía tramitar la reclamación planteada por los cauces del juicio de menor cuantía, afirmando que, en todo caso los daños demandados serán muy inferiores a las 80.000 pts. prometiendo que en período probatorio justificaría su aserto, resultando sorprendente que en dicha fase no propusiera prueba alguna, dicho lo anterior, teniendo

do presente el contenido del suplico de la demanda que reclamaba unos daños y perjuicios que se pedían fuesen concretados en ejecución de sentencia, no puede dudarse de que resultaba procedente, ante la inicial indeterminación de la cifra que pudiera representar dichos resarcimientos, seguir el pleito como juicio de menor cuantía de acuerdo con lo prevenido en el artículo 484.3 de la citada Ley; por todo ello debe rechazarse de nuevo en este momento la excepción examinada.

Refiriéndonos ahora al fondo del asunto debatido y ante la ausencia de pruebas propuestas por la demandada necesariamente debe acudirse al resultado que ofrecen las practicadas a instancia de los demandantes y en especial al reconocimiento judicial practicado por el Sr. Juez cuyas apreciaciones resultan altamente significativas, indicando que la pared levantada por los demandados se superpone sobre el tejado de la casa de los demandantes, añadiendo que en el desván de la casa de estos últimos se introduce la pared elevada y superpuesta también la repetida pared en la zona que ocupa la chimenea de los actores; se afirma asimismo que las obras realizadas han roto un canalón de desagüe que ha dado lugar a filtraciones apreciables en la planta superior, en la cocina y baño e igualmente en el interior de una habitación; se constata también el que lo edificado ha taponado en gran parte una ventana, si bien sobre esta obturación, hay que tener presente que el artículo 144 de la Compilación si de una parte permite que en pared propia y a cualquier distancia del predio ajeno, como en pared medianera puedan abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas, de otra no se limita el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna; por ello, aparte las rechazables intromisiones a que nos hemos referido, no puede predicarse lo mismo en cuanto afecta el cubrimiento parcial de la ventana que no se estima en principio, ilícita, pues que no se ha demostrado que los demandantes sean titulares de una servidumbre de luces y vistas, sin que resulten aparentes los signos reveladores de servidumbre de ese tipo, a que alude el artículo 145 de la Compilación, a tenor de las

fotografías aportadas por los actores. Por todo ello procede confirmar, con la matización expuesta al fallo combatido, debiendo derribarse las obras realizadas arbitrariamente por los apelantes, careciendo de licencia municipal y sin sujeción a proyecto técnico alguno, hasta el punto de que el Ayuntamiento de Ansó acordó la paralización de las obras emprendidas por los demandados a que nos hemos referido, como así certificó el Sr. Secretario de dicha Corporación (folio 125).

Segundo: Modificándose siquiera mínimamente la resolución opugnada no se hace expresa imposición de las costas causadas en esta instancia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ni de las originadas ante el Juzgado de acuerdo con lo previsto en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

SENTENCIA NÚM. 12

S. APH de 30 de mayo de 1994

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Facultad de abrir huecos: Relaciones de vecindad: diferencia entre huecos para luces y vistas y puertas destinadas al paso. El recurrente pretende que se declare su derecho a tener abierta una puerta que da al fondo colindante. La Sala declara no haber lugar a su pretensión, pues dicho hueco es una puerta cuyo destino es el paso, y no un hueco para luces. Prospera la acción negatoria de servidumbre de paso interpuesta por el demandante apelado, ordenando la Sala el cierre de dicha puerta.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 144 y 145 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Gonzalo Gutiérrez Celma.

Don Vicente S. C., ante el JPH de Monzón, interpone demanda en juicio de cognición contra don Kurt F., fundada en acción negatoria de servidumbre de paso.

Por sentencia dictada en los autos seguidos en juicio de cognición 15/94, el Juzgado estima la demanda, y condena al demandado a cerrar la puerta abierta que le permite el paso al fundo del actor.

El demandado apela la sentencia de instancia, solicitando que se revocada, y se declare su derecho a mantener abierta la puerta litigiosa, a la que se compromete a dotar de reja y red o de protección semejante.

Formado el rollo de la apelación (117/94), la APH desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia de instancia en base a los siguientes fundamentos de derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Segundo: Estimada en la precedente instancia la acción negatoria de servidumbre de paso, por lo que se condenó al demandado a cerrar la puerta actualmente abierta, discrepa el recurrente de este último pronunciamiento, ya no por entender existente la servidumbre de paso negada en la demanda y en la sentencia controvertida, sino por considerar, básicamente, que dicho hueco debía mantenerse abierto en cumplimiento de lo regulado en el artículo 144 de la Compilación Aragonesa, aunque dotándolo de las pertinentes protecciones y sin perjuicio del derecho del actor a cerrarlo si en el futuro decidiera construir o edificar sin sujeción a distancia alguna.

El recurso no puede prosperar. Como dijimos, entre otras, en la sentencia de 26 de Junio de 1992, bien conocido es que el artículo 144 de la Compilación Aragonesa fiel a la Observancia 6ª, *De aqua pluvia arcenda*, incluida en el Libro VII de las Observancias del Reino de Aragón, permite, a cualquier distancia del predio ajeno, la abertura de huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas, requiriendo tan sólo que, dentro de las distancias previstas en el artículo 582 del Código Civil, tales huecos carezcan de balcones y otros voladizos y que estén provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, u otra protección semejante, sin que tal facultad limite el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna; al tiempo que, ya en el artículo 145, la Compilación precisa que

no son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas la falta de las protecciones antes dichas ni, tampoco, los voladizos sobre fundo propio. Pese a ello, aunque se considere la indicada permisibilidad existente en esta materia en Aragón para abrir huecos para luces y vistas sobre el fundo vecino, que no constituye una servidumbre sino una regla de tolerancia y de buena vecindad Aragonesa inspirada en el *ius usus innucui* (STS de 30 de Octubre de 1983), no puede prosperar la pretensión del ahora recurrente pues el mismo no tiene abierto un hueco para luces o para vista sino una puerta cuya finalidad no es otra sino la de pasar, permitiendo la entrada y salida a la finca del recurrente desde la propiedad del actor hoy apelado, destino que nada tiene que ver con el hecho de tomar luces o con el de poseer, gozar y disfrutar de vistas, que es lo autorizado por la Compilación, por lo que debe ratificarse el pronunciamiento del Juzgado por el que ordena cerrar la puerta actualmente abierta.

Tercero: Al desestimarse el recurso interpuesto, procede condenar a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del artículo 736 de la Ley procesal civil, al que se remite el artículo 62 del Decreto de 21 de Noviembre de 1952.

SENTENCIA NÚM. 13

S. APH de 3 de junio de 1994

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS: Legitimación activa: Troncalidad de los inmuebles: Derecho de abolorio: El mantenimiento de los bienes en la familia durante dos generaciones no se pierde por las transmisiones a título oneroso entre los parientes del cuarto grado y pertenecientes a la misma línea familiar.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 149 Comp.; 7.2 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Santiago Serena Puig.

Doña Josefa O. R., ante el JPI de Fraga, interpone demanda contra don Joaquín C. P., Elisa y Joaquín C. F. y contra Joaquín y Rosa O. F., deduciendo acción de retracto de abolorio.

Por sentencia de 16 de octubre de 1992, el juzgado estima la demanda y declara haber lugar al retracto de abolorio.

Los demandados interponen recurso de apelación, solicitando que se revoque la sentencia en base a que el bien objeto de retracto no ha permanecido dos generaciones en la familia, y que la actora actúa en fraude de ley.

Formado el rollo de la apelación (41/93), la APH desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de instancia en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Se alega insistentemente por la parte recurrente que es un fraude de ley el ejercicio del retracto de abolorio por la actora, quien, al contestar a la posición sexta —folios 92 y 93—, confesó actuar en interés de su padre, que no podía hacerlo por sí, —en opinión del recurrente—, al no poder demostrar la «*affectio*» con relación al inmueble objeto de retracto, ya que previamente lo había vendido a sus sobrinos, y esta actuación encubierta en favor de su padre constituye fraude de ley proscrito por el artículo 7.2 del Código civil que ha de dar lugar, además, al ejercicio de la facultad moderadora por los Tribunales, artículo 149.2 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, este es, en síntesis, el primero de los motivos desarrollados contra la sentencia de instancia y para la desestimación de la demanda.

Segundo: El derecho de abolorio o de la saca, según se le denomina en el Título Primero del Libro IV —Derecho de obligaciones— de la Compilación del Derecho civil de Aragón, tiene como finalidad la adquisición preferente de los bienes inmuebles troncales vendidos o dados en pago a un tercero o pariente más allá del cuarto grado del disponente. La razón de ser se encuentra en el interés por mantener dentro de la familia determinados bienes inmuebles, aquellos que han permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente. Pero junto a esta afectación puramente sentimental, vid sentencia

de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 13 de febrero de 1975, confirmada por la del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1976, se reconoce también otra finalidad, de contenido económico, el engrandecimiento o conservación del patrimonio familiar, vid. sentencia de esta Audiencia de 14 de enero de 1991. Por lo que respecta a las personas a las que se reconoce este derecho y frente a las que puede ejercitarse, el artículo 149 permite a los parientes dentro del cuarto grado la adquisición preferente en los casos de venta o dación en pago a un extraño o a un pariente fuera del grado mencionado, lo cual no excluye anteriores transmisiones onerosas dentro de estos límites familiares. Es decir, a diferencia del derecho histórico y del Apéndice, que limitaban los inmuebles que podían estar sujetos al derecho de abolorio a los adquiridos a título gratuito, la regulación actual permite que hayan llegado a poder del disponente por cualquier medio, tanto a título oneroso como lucrativo, *inter vivos o mortis causa*, exigiéndose únicamente que se trate de inmuebles que hayan permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores.

Tercero: Aplicando lo anterior al objeto de la cuestión planteada, es preciso señalar que corresponde a la demandante, por razón del parentesco existente con los vendedores del inmueble retraído, el derecho de adquisición preferente reconocido en los artículos 149 y siguientes de la Compilación, sin que suponga un fraude de ley decir que lo hace en interés de su padre, pues no está privado de recobrar los bienes que en su día vendió a sus sobrinos, —como se dice en la posición a la que se hace referencia en el recurso—, ya que con esa primera transmisión no salieron de la familia. Son éstos —los codemandados rebeldes señores Orno García— quienes al venderlos a personas ajenas a la familia —los hoy recurrentes— se colocaron en la situación contemplada en el artículo 149 de la Compilación. El mantenimiento de los bienes en el seno de la familia, finalidad a la que se consagra este derecho, y el componente sentimental hacia ellos, en el que hacen especial hincapié los recurrentes, no se pierde con las transmisiones a título oneroso entre parientes dentro del cuarto grado y pertenecientes a la misma línea familiar de la

que los bienes enajenados provienen, ya que continúan dentro del grupo familiar. Por tanto, el transmitente a título oneroso no se deslegitima, ni pierde el derecho a recuperar esos bienes si el adquirente, a su vez, los vende o entrega en pago a un extraño o pariente más allá del cuarto grado. En este pleito quien acciona de retracto no es el vendedor, Casimiro Orno, fallecido en enero del presente año, según se dijo en la vista del recurso, sino su hija que tiene un interés personal y directo para el ejercicio del derecho a recuperar los inmuebles que pertenecieron a su familia, sin que ello suponga un fraude de ley o un abuso de derecho, pues también a ella ha de reconocerse el sentimiento hacia esos bienes, que pertenecieron a sus mayores y que hasta esta última transmisión estaban dentro de la familia.

Cuarto: Se alega, en segundo lugar, el error en la valoración de la prueba en orden a la identificación de la finca. En la escritura de venta otorgada el 3 de octubre de 1978 por Casimiro Orno Ibarz, como vendedor, y sus sobrinos los hermanos Rosario Matilde y Carlos Joaquín Orno García, como compradores, se describe como un solar sito en Zaidín, calle San Juan Bautista, sin número, de cuatrocientos siete metros cincuenta y cinco centímetros cuadrados de superficie, linda frente, en línea de diecisiete metros setenta y cinco centímetros, con vía pública de su situación, es decir, calle San Juan Bautista; derecha entrando, Ramón Pelay; izquierda, solar de 407,55 metros cuadrados —con frente o fachada a la calle San Juan Bautista de 16,75 metros— propiedad de Casimiro Orno; y fondo Joaquín Pelay y Antonio Bernad. Se indica que la había adquirido en la herencia de su padre, y esta escritura dio lugar a la inscripción en el Registro de la Propiedad de la finca núm. 3.526, sobre la que se ejerce el retracto. En la escritura de aceptación y manifestación de herencia, otorgada el 20 de julio de 1950 entre Filomena Ibarz Serés y su hijo Casimiro Orno Ibarz, se relacionan diversos bienes inmuebles, entre los que se menciona un pajar que era sito en la partida Eral Bajo, núm. 77, sobre el que se reconocía en favor de su hermano Joaquín Orno Ibarz, padre de los hermanos Orno García, diez maderos del pajar y el derecho a utilizar la era, finca inscrita como núm. 1.536; la descripción es, pajar con era sito en término de Zaidín, en

la partida Eral Baja, señalado con el núm. setenta y siete, de ignorada superficie, linda derecha entrando, con camino, izquierda Blas Javierre Oliet y espalda Julio Vicente Descarrega. La identidad está admiñida por los demandados en la prueba de confesión, folios 80 a 82, y se deduce de la testifical y del informe del Ayuntamiento de la localidad destacando que la partida Eral Bajo es actualmente la Avenida San Antonio Abad y calle San Juan Bautista. Mas parece, por tanto, una división de la era y pajar, cuya superficie no consta en la inscripción, sin precisar que se trata de una segregación, pero no puede decirse que sean realmente dos inmuebles distintos, —la finca número 3.526 y la mitad que todavía pertenece a Casimiro Orno, según se dice en la descripción de los linderos, y la finca número 1.536—. Tampoco hay justificación bastante para poder afirmar que a la finca primitiva, troncal de abolorio, se añadieron otras que no tuvieran este carácter, por lo que no puede prosperar este segundo motivo de apelación. Por lo que respecta al precio, aparte de la afirmación de compradores y vendedores, no hay en los autos el más mínimo indicio que apoye sus manifestaciones contrarias a las reflejadas en la escritura de venta, en consecuencia, también ha de rechazarse esta pretensión.

Quinto: Al desestimarse el recurso interpuesto, procede condenar a los apelantes al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del último apartado del artículo 896 de la Ley procesal civil.

SENTENCIA NÚM. 14

S. APH de 26 de julio de 1994

6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL

LEGAL: ACTIVO: BIENES COMUNES: *rentas percibidas por inmuebles comunes, así como un vehículo sobre el que se aplica la presunción de comunidad.* **6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: PASIVO: CARGAS DEL MATRIMONIO:** *Costos de litigios de un cónyuge: Litisexpensas: carga de la sociedad conyugal.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Arts. 37.2, 41.1, 37.4, 40 Comp. y arts. 103.3, 1.318 Cc.*

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

Don Antonio A. E., ante el JPI núm. Dos de Huesca, interpone demanda en juicio de menor cuantía contra su cónyuge —de la que está separado legalmente— doña Petra G. U., solicitando la liquidación de la sociedad conyugal en base a determinados criterios. La parte demanda formula reconvencción, manteniendo igual pretensión —la liquidación de la sociedad conyugal—, si bien conforme a otros criterios, y solicitando que en el pasivo de dicha sociedad conyugal se incluyan unas litisexpensas causadas a su favor.

Por sentencia de 16 de diciembre de 1993, el juzgado estima parcialmente la demanda así como la reconvencción interpuesta.

Demandante y demandada interponen sendos recursos de apelación contra la sentencia de instancia.

Formando el rollo de la apelación (12/94), la APH desestima el recurso de apelación interpuesto por Antonio A. E. así como el interpuesto por Petra G. U., revocando únicamente el pronunciamiento de la sentencia de instancia referente al pasivo, en el que habrán de incluirse las litisexpensas del procedimiento de separación, manteniéndose inalterados los demás pronunciamientos de la resolución. Todo ello en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La demanda rectora del procedimiento solicita la declaración de «la procedencia de la liquidación de la sociedad de gananciales, habida entre el actor y la demandada, ya disuelta por la separación, debiendo declararse como inventario del activo y pasivo de la misma el señalado en el cuerpo del escrito de esta demanda», pero no indica cual es la fecha en que, en su opinión, haya de tenerse por concluida la expresada sociedad consorcial, si ésta ha de ser la fecha de la sentencia de separación o divorcio, la de presentación de la demanda, la de las medidas provisionales de separación u otro momento anterior, el de la separación de hecho de mutuo acuerdo o la del abandono del domicilio familiar, artículo 1.393, núm. 3. De la exposición de los hechos de la demanda más bien parece que el actor se inclina porque sea la fecha de la sentencia de separación, aun-

que al contestar a la demanda reconvenccional parece matizarla y habla ya de la cesación de la convivencia conyugal, petición que reproduce en esta alzada. Para determinar en este pleito cual es la fecha a la que han de reconducirse los efectos de la disolución de la sociedad consorcial es preciso tomar, como punto de partida, el objeto de la pretensión que se ejercita. En este orden de cosas, lo que se discute no es si procede o no la disolución, pues ya fue declarada en la sentencia de separación de 14 de marzo de 1992, en aplicación de los artículos 95 y 1.292, núm. 2 del Código civil, aún cuando en el *petitum* de esta demanda se reitera ese pronunciamiento, sino la inclusión o exclusión en el inventario de los bienes y derechos que forman el activo y las deudas y cargas que integran el pasivo de la comunidad, para determinar de esta forma cual es el haber partible. En suma, no se trata de que se declare concluida la sociedad consorcial por concurrir alguna de las causas enumeradas en el artículo 1.393 del Código civil, al que se remite el artículo 52.2 de la Compilación del Derecho civil de Aragón. Para que esto ocurra es preciso que se ejercite la acción tendiente a obtener una resolución judicial acordando la disolución de la sociedad de gananciales, con efectos desde la fecha en que se acuerde, artículo 1.394, siendo cuestión muy discutida por la doctrina científica si el cónyuge que abandonó el domicilio familiar, —artículo 1.393, núm. 3—, está activamente legitimado para interponer esta acción. No habiéndose discutido en la precedente demanda de separación, la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho, en expresión del artículo 1.392, «cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges», precepto que si se pone en relación con el 95 y 103, 4ª, lleva a la conclusión de que la comunidad sólo se disuelve con la declaración judicial de separación, sin que haya norma alguna que prevenga el efecto retroactivo de la sentencia al tiempo de la demanda o de las medidas provisionales.

Segundo: Sentado lo anterior, y desestimada la petición que en tal sentido formuló el recurrente, los restantes motivos articulados contra la sentencia

de instancia se refieren a cuestionar la consideración de determinados bienes como pertenecientes a la comunidad consorcial. En este sentido, se hace preciso recordar que, «constituyen el patrimonio común —artículo 37.2 de la Compilación— (...), 2º los bienes que los cónyuges obtienen de su trabajo o actividad», mientras que, «son cargas de la comunidad —artículo 41.1º— las atenciones legítimas de la familia y las particulares de cada cónyuge, (...)», apostillando el artículo 1.318 del Código Civil que «los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio», de donde se deduce que las medidas provisionales han de fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio —artículo 103, núm. 3—, estableciéndose las garantías adecuadas para asegurar su efectividad. Aplicando la normativa expuesta, las medidas provisionales adoptadas en el Auto de 21 de mayo de 1991, preveían que, para sufragar la pensión compensatoria de 40.000 pesetas decretada en favor de la esposa, y de las 40.000 y 30.000 pesetas de pensión alimenticia en favor del hijo incapaz y de la hija menor, según se dice en la parte dispositiva de la indicada resolución, la esposa percibiera los alquileres del piso y garaje en cuantía de 53.000 pesetas, mas la pensión de la Guardia Civil de 27.000 pesetas y el abono de 30.000 pesetas por parte del marido en los cinco primeros días de cada mes. Con anterioridad a esta asignación las citadas rentas, así como los saldos de las cuentas corrientes de la Caja Rural y del Banco de Fomento, fueron empleadas en hacer frente a estas obligaciones, cuando el recurrente salió del domicilio conyugal, y no consta que tuvieran un destino distinto al expresado, puesto que la esposa no tenía otros recursos con que atender al mantenimiento propio y de sus hijos, ya que de mayo a octubre de 1990 no hubo contribución económica alguna por parte del recurrente y de octubre a febrero de 1991 se fijó en cuantía de 30.000 pesetas mensuales, cesando en aquellas fechas hasta que, en mayo de 1991, se estableció en 120.000 pesetas mensuales satisfechas en la forma anteriormente expresada.

Tercero: Nuevamente se insiste en computar el negocio que regentó la

esposa, aunque el mismo ya no existía en el momento de la separación, luego nada puede atribuirse a sus rendimientos, ni siquiera los derivados de su liquidación o traspaso que no llegó a producirse, tal y como declara la sentencia, sin que haya lugar a modificar tal conclusión, pues no se ha evidenciado error o equivocación alguna por parte del Juzgador. Por último, en cuanto a la discrepancia respecto a la inclusión en el activo del importe del vehículo marca BMW, o la cantidad que abonó la compañía aseguradora tras el accidente sufrido por el recurrente, y para reforzar los argumentos de la sentencia, destacar que en la confesión judicial prestada por el recurrente a los folios 257 a 260, manifiesta, al contestar a la posición décima, «que algún dinero lo puso de ahorros que tenía el confesante, y el resto lo acabó pagando con el dinero que le dieron por el coche viejo, que era un Opel Corsa, (...)», es decir, este bien fue adquirido en parte con dinero de la sociedad procedente de ahorros, y en parte con lo obtenido por la venta de un bien consorcial, en cualquier caso se halla bajo la presunción de comunidad prevista en los artículos 37.4º y 40 de la Compilación, ya que fue adquirido antes de la separación.

Cuarto: El recurso interpuesto por la esposa tiene por objeto el que se incluya en el pasivo de la comunidad la suma de 150.000 pesetas que, en concepto de litisexpensas, le fue reconocida en el procedimiento de separación. En efecto, a los folios 152 vuelto y siguientes consta el testimonio del Auto de 21 de mayo de 1991, dictado en las medidas provisionales tramitadas con el número 67/91 ante el Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de esta Ciudad, en donde se reconoce en favor de la esposa las litisexpensas en la cuantía expresada, lo cual constituye una carga de la sociedad consorcial de conformidad con lo establecido en los artículos 103. 3º y 1.318 ambos del Código civil, pues no ha de confundirse con la declaración de justicia gratuita obtenida por la recurrente para este procedimiento en sentencia 13 de septiembre de 1993, vid. folio 261, por lo que procede la estimación de su recurso.

Quinto: Al desestimarse el recurso interpuesto por Antonio Abizanda, procede condenarle al pago de las costas causadas a su instancia en esta alzada, en cumplimiento del último apartado del artículo 896 de la Ley procesal civil, sin hacer pronunciamiento acerca de las originadas por las de Petra Grasa, cuya impugnación es acogida.

15

SENTENCIA NÚM. 15

S. APH de 30 de julio de 1994

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES: JUNTA DE PARIENTES: Fiducia: Composición de la junta de parientes para designar heredero del causante: 742: FIDUCIA COLECTIVA: CONSTITUCION: Composición inadecuada según la voluntad del causante: nulidad absoluta; anulabilidad. Prescripción de la acción. Adquisición por usucapión del heredero.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 34 Apéndice; 127 Comp.; arts. 1.301, 1.964, 1.969 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Gonzalo Gutiérrez Celma.

Don Joaquín L. D. M., ante el JPI de Bollaña, interpone demandada en juicio de menor cuantía, contra doña Josefa L. D. M., Alfredo V. C., Antonio B. G. y Teresa L. D. M., solicitando que bien se abra la sucesión intestada o bien vuelva la fiducia a su estado de pendencia, alegando la nulidad de un acto notarial en la que se constituye la junta de parientes y se nombra heredera a una hija causante por composición irregular de la Junta. La demanda L. D. M. formula reconvencción.

Por sentencia recaída en los autos del juicio de menor cuantía núm. 40/90, el juzgado de Bollaña desestima la demanda interpuesta, y se estima en parte la reconvencción planteada por la demandada-actora, a la que se la declara heredera universal de «la Casa DLP».

La parte actora apela la sentencia de instancia.

Formado el rollo de la apelación, (109/90), la APH desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de instancia en base a los siguientes fundamentos de derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos, en lo sustancial, los pormenorizados fundamentos expuestos en la sentencia impugnada, en cuanto no se opongan a los que a continuación se expresan.

Segundo: Insiste el actor apelante en que procede declarar la nulidad de las escrituras de 1961 (de donación) y de 1966 (de ejecución de la fiducia), debiendo abrirse la sucesión intestada o volver la fiducia a su estado de pendencia; al propio tiempo, solicita también que se emita expresamente la declaración de que el apelante tiene derecho a seguir ocupando la habitación que viene poseyendo en la casa. A todas las indicadas pretensiones se oponen los apelados los cuales insisten en la corrección del pronunciamiento desestimatorio de la demanda emitido en la sentencia controvertida puesto que, a su juicio, han prescrito las acciones para pedir la nulidad de las referidas escrituras y darse la circunstancia de que, en cualquier caso, aunque la apelada no fuera realmente la heredera por ser nula su institución, habría adquirido el dominio de los bienes que integran la herencia por usucapión, al haberlos poseído en concepto de dueña con justo título y buena fe durante más de diez años; todo ello, aparte de que, en su opinión, ningún reproche puede hacerse a los fiduciarios los cuales, siempre a su juicio, cumplieron el encargo ateniéndose a la voluntad de los causantes.

De todos los expresados temas debe rechazarse de entrada la petición de que se declare el derecho del actor a seguir ocupando la habitación que viene poseyendo en la casa; esta es una pretensión nueva que no fue oportunamente articulada en la demanda presentada en la primera instancia por lo que resulta inadmisibles y así, debe de ser rechazada sin necesidad de mayores razonamientos. Por otro lado, conviene adelantar también que, aunque la ejecución de la fiducia fuera nula no por ello procedería abrir la sucesión intestada; como dijimos en la sentencia de 16 de marzo de 1992, luego confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en la suya de 29 de septiembre de 1992, en virtud de lo establecido en el artículo 34 del Apéndice y 127 de la Compilación, la sucesión legítima, tan temida en Aragón, no puede tener lugar si el causante ordenó su

sucesión por contrato, testamento o por capitulación matrimonial, siendo de resaltar que, aunque fuera efectivamente nula la disposición realizada por los fiduciarios en 1966, tal cosa no determinaría la nulidad de lo consignado en la escritura de 1929 cuando se ordenó la fiducia colectiva; es decir, si fuera nula la escritura de 1966 por no haberse sometido los fiduciarios a los límites impuestos por la voluntad de los comitentes, el efecto que de ello se derivaría no sería la apertura de la sucesión legítima, sino que la herencia volvería a su estado de pendencia hasta que se volviera a cumplir nuevamente el encargo respetando los límites impuestos por los causantes.

En lo que concierne a la prescripción extintiva, cuya invocación ha sido reiterada en esta alzada por los demandados al oponerse de nuevo a las pretensiones del actor, éste pretende eludirla sosteniendo que en su demanda ejercitó la acción de petición de herencia la cual, en efecto, prescribe a los treinta años. Ahora bien, la acción de petición de herencia es aquella que articula el heredero con el fin de recuperar los bienes hereditarios esgrimiendo su título sucesorio y, como decimos, es cierto que prescribe a los treinta años; pero en el presente caso la petición de que se declare la nulidad de las escrituras de donación, de 1961, y la de cumplimiento de la fiducia, de 1966, son sendas acciones autónomas cuyo plazo de prescripción no puede verse alterado por el solo hecho de que a ellas se haya acumulado una acción de petición de herencia.

Así, ninguna duda albergamos en el sentido de que la acción para pedir la nulidad de la escritura de donación de 6 de septiembre de 1961 se encuentra prescrita pues, siempre en el mejor de los casos para el demandante, se trataría de una acción personal que, al no tener señalado un plazo especial, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1.964 en relación con lo reglado en el artículo 1.961 del Código civil, se extingue por el transcurso de quince años, que han transcurrido con exceso en el presente caso, en el que se interpuso la demanda el uno de junio de 1990; es decir, casi veintinueve años después de que la discutida donación tuviera lugar, la cual, por cierto, fue además dejada parcialmente sin efecto en la escritura de

1966 de la que también se pide la nulidad. En esta escritura de 1966, entre otros extremos que no vienen al caso (para los que intervino, en unidad de acto, la esposa de don Mamés Loste Zuerras), se constituyó la Junta de parientes en función de fiducia sucesoria nombrando heredera de don Mamés Loste Zuerras a su hija, la demandada, Josefina Loste; dicha fiducia, según escritura de 1929, debía ejercerse, refiriéndose al citado don Mamés Loste Zuerras, por «sus tres parientes más cercanos de los que se hallen, aunque sea accidentalmente en la provincia de Huesca, quienes resolverán por mayoría de votos»; pues bien, de las tres personas que integraron la Junta, la parte actora apelante, admite la idoneidad de dos de ellas (Antonio Loste Gabas y Antonio Zuerras Cazarra) y cuestiona la de la tercera: Antonio Bruned Gabas pues, a juicio del actor existían otros parientes más próximos del causante residiendo, aunque fuera accidentalmente, en la provincia de Huesca, señalando al efecto a dos hermanos del fiduciario Antonio Zuerras, una hermana del también fiduciario Antonio Loste y a Gregorio Loste Isern, todos ellos primos carnales del causante (cuarto grado), mientras que el tercer familiar comparecido para cumplir la fiducia, Antonio Bruned Gabas, estaba ya dentro del quinto grado, al ser hijo de Antonio Bruned Loste (primo carnal también del difunto).

Pues bien, centrándonos en el problema de la prescripción en torno a la acción de nulidad de la escritura de 1966, creemos que la ejecución de la fiducia debe equipararse al régimen prescriptivo de los testamentos, dada la analogía existente entre ambos actos jurídicos; así tenemos que nos encontramos de nuevo ante una acción de carácter personal que, en el mejor de los casos para el apelante, al no tener fijado un plazo especial, se extingue por el transcurso de los quince años, por la entrada en juego de los preceptos anteriormente citados; y decimos que esto es así en el mejor de los casos para el apelante pues no faltan autorizadas opiniones doctrinales que defienden que la acción para pedir la nulidad de un testamento prescribe a los cuatro años mediante la aplicación del artículo 1.301; (y desde luego no se diga que la acción prescribe a los treinta años

si se transmiten bienes inmuebles en la disposición mortis causa pues también en un contrato de compraventa se pueden transmitir bienes de dicha clase sin que por ello se amplíe a treinta años el plazo para obtener su anulación). Dicho esto, debe resaltarse que no pensamos que en el caso pueda hablarse de un supuesto de inexistencia o de nulidad radical, que ciertamente no sería convalidable con el transcurso del tiempo, dando lugar a una situación de imprescriptibilidad (al menos en lo que concierne a la prescripción extintiva pues, en contrapartida, nada impediría a nuestro juicio que la heredera aparente, tras haber poseído en concepto de dueña y con carácter exclusivo y excluyente la totalidad de los bienes y derechos de la herencia, hubiera consolidado su dominio sobre tales bienes y derechos por usucapión, aunque no fuera heredera, supuesto en el que las acciones ejercitadas tendrían una escasa relevancia práctica pues estaríamos discutiendo la titularidad de una herencia cuyos bienes y derechos habrían sido usucapidos ya en la actualidad por la referida heredera aparente). Por lo demás, volviendo a la prescripción extintiva, de entrada se admite que la mayoría de los familiares que ejecutaron la fiducia (que se instituyó sin designar los nombres de quienes habrían de ejecutarla) eran idóneos de modo que sólo el tercero está en discusión; no es que la correcta concurrencia del tercero que representa a la minoría sea indiferente, como ha llegado a insinuar el Juzgado (que, así, no ha tenido en cuenta que un ente colegiado no sólo se vota sino que también se delibera y discute de modo que sería muy difícil saber exactamente la influencia que la persona supuestamente inidónea tuvo en la formación de la voluntad mayoritaria), pero a la hora de estudiar si estamos ante un caso de nulidad radical o de mera anulabilidad creemos que sí que debe ponderarse el hecho de que la mayoría de los intervinientes sí que eran adecuados y que consideraron también idóneo al tercero en discusión; a lo que, inseparablemente con lo anterior, hay que añadir que, en el caso debatido, la concurrencia del tercero, la minoría que se dice inidónea, podrá ser discutible y opinable, pero no se evidencia de un modo patente como una persona inadecuada para la ejecución de la fiducia, al

entrar en juego no sólo la proximidad en grado sino, también, la residencia en la provincia de Huesca, aunque fuera accidentalmente, junto con el deseo de la misma Junta de integrarse constituyéndose con los parientes más cercanos de cada una de las tres casas, de la familia más próxima, enraizadas en el valle de Gistain, en lugar de monopolizar el consejo, por ejemplo, con los tres hermanos Zuerras Cazcarra, proceder que será todo lo discutible que se quiera, en cuanto que supone excluir a parientes cercanos cuya casa ya está representada a otro pariente también cercano pero más distante en grado, en la Junta por la presencia de un hermano, para dar entrada, pero tal proceder, correcto o no, es tan razonable, o casi tan razonable, como el hecho de excluir de la Junta a aquellas personas que tenían la expectativa de ser designados herederos, los hijos de don Mamés Loste aunque ellos fueran, precisamente, los «tres parientes más cercanos», pese a lo cual no conocemos ningún Jurista Aragonés que haya dudado siquiera en que tales parientes deben ser excluidos de la Junta; siendo evidente que, si no se hubiera obrado del modo que ha quedado dicho, se habría dejado fuera de la Junta a las otras casas de la misma rama familiar las cuales, todas ellas, estuvieron representadas en el Consejo, con la única excepción de la de los descendientes de Domingo Loste Saludas, que pudiera haberse visto representada en la Junta, efectivamente, por Gregorio Loste Isern pero, aparte de que esta rama familiar había perdido todo contacto con el valle, habría que analizar si al tiempo de ejecutarse la fiducia estaba efectivamente en la provincia el fiduciario propuesto (y no hará falta resaltar lo difícil que será convencer a un Tribunal de que un testigo recuerda realmente que una determinada persona se hallaba «accidentalmente» en esta ciudad un concreto día de hace más de veinte años), aparte de que no creemos que los causantes quisieran realmente que la fiducia se ejercitara, precisamente, por los parientes más cercanos que exactamente, en ese momento, se hallaran en la provincia, aunque fuera accidentalmente, pues tal cosa determinaría, absurdamente, la nulidad del cumplimiento del encargo fiduciario por el sólo hecho de que algún pariente próximo, de los

que no residían habitualmente en Huesca, decidiera casual o intencionadamente hacer una pequeña excursión pirenaica o una gestión cualquiera en la provincia precisamente el día en el que se cumpliera el encargo; por el contrario, al expresarse así los causantes sin duda lo que querían es que la fiducia fuera cumplida por los tres parientes más cercanos de los que se hallaren en la provincia, permitiendo la posibilidad de que quedara integrada por un pariente de los más cercanos que estuviera accidentalmente en la provincia, pero sin que su accidental presencia obligara a que el mismo integrara necesariamente la Junta.

En definitiva, hay que concluir que en el caso, por la naturaleza de la irregularidad controvertida, tal y como ha quedado matizada, no puede hablarse de una nulidad radical sino, en el mejor de los casos para el demandante, de mera anulabilidad y así, si el actor entendía que la composición del Consejo debió ser otra distinta para dar exacto cumplimiento a la voluntad de los causantes debió reaccionar antes, sin dejar transcurrir nada más y nada menos que veinticuatro años, dejando así prescribir su acción para postular tal nulidad que, como se reconoció en la demanda, al folio 20, se pudo ejercitar ya en el año 1966, admitiendo el mismo actor que esa era la fecha «en la que, conforme al artículo 1.969 C. c., empieza a transcurrir el plazo prescriptivo, por cuanto es en ese año cuando la demanda fue designada heredera y empezó a ejercer sus funciones como tal».

Desde esta perspectiva, estando prescrita la acción para pedir la nulidad de la escritura de 1966 en la que se instituyó heredera de don Mamés Loste a su hija Josefina Loste, cae por su base la acción de petición de la herencia de don Mamés Loste, no porque esté prescrita, que ciertamente no lo está, sino porque el actor no es heredero de don Mamés Loste, por lo que, así, por lo expuesto, no procede sino confirmar el pronunciamiento controvertido, por el que se desestiman las pretensiones del actor.

Tercero: Al desestimarse el recurso interpuesto, procede condenar al recurrente al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento de lo dispuesto en el segundo apartado del artículo 710 de la Ley procesal civil.

SENTENCIA NÚM. 16

S. APH de 12 de noviembre de 1994

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS: Ejercicio de retracto de abolorio: requisitos. Moderación por el tribunal del ejercicio del derecho de retracto. No procede el retracto por falta del fundamento de esta institución: conservar unidas las propiedades pertenecientes a la familia. 6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: ACTIVO: BIENES PRIVATIVOS: retracto: La venta con pacto de retro del bien objeto de retracto no hace perder al bien el carácter de troncal, pues aun retraído constante matrimonio sigue siendo un bien privativo de uno de los cónyuges.

DISPOSICIONES CITADAS: *F. único de 1678; arts. 149 Comp.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Ramiro Soláns Campo.*

Don Carlos Luis L. S., ante el JPI de Boltaña, interpone juicio de retracto de abolorio contra don Ángel M. L. y don Enrique B. B. Los demandados se oponen al mismo al considerar que para dicho retracto falta el requisito de que dicho bien haya permaneciendo durante dos generaciones en la familia.

Por sentencia de 1 de septiembre de 1993, el Juzgado desestima la demanda, señalando que no procede el retracto al obedecer el mismo a una finalidad espúrea y especulativa.

La parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia.

Formado el rollo de la apelación (134/93), la APH desestima la apelación y confirma la sentencia impugnada en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Se acogen y se tienen por reproducidos en esta ocasión los antecedentes de hecho y argumentación legal que contiene la sentencia impugnada.

La acción planteada por el recurrente a decisión judicial consistió en el ejercicio del retracto de abolorio, o derecho de

saca, que contempla la Compilación de Derecho civil aragonés, en sus artículos 149 a 152; estableciéndose en el primero que en toda venta o dación en pago a un extraño o pariente más allá del cuarto grado, del dominio pleno, útil o directo de inmuebles que hayan permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente, los parientes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes gozan del derecho de abolorio o de la saca de preferente adquisición y, a falta de ofrecimiento en venta, de retracto; en este precepto se contienen realmente todos los requisitos fundamentales para que pueda reclamarse válidamente el derecho enunciado de retracto; para que éste tenga eficacia se requiere: a) una venta o dación en pago, del dominio pleno útil o directo de inmuebles; b) que dicha transmisión se realice a un extraño a la familia que viene siendo titular de los bienes enajenados o que el adquirente siendo miembro de tal familia lo sea en grado superior al cuarto; c) que los inmuebles hayan permanecido adscritos a la familia durante al menos las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente; d) que quien pretenda recobrar los inmuebles sea pariente colateral hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes.

Por la parte demandada se negó el derecho que invocaba el actor puesto que estimaba que faltaba una de las condiciones exigidas por el precepto comentado y además que el propósito perseguido por el demandante no respondía a lo que debe constituir el fundamento y esencia del retracto citado; en este sentido se dice que el inmueble que se pretendía retraer no permaneció en la familia durante las dos generaciones anteriores, dado que el padre de los litigantes vendió la finca objeto de retracto, recibida de sus antecesores, con pacto de retroventa, recobrándola diez años después en estado de casado, al hacer valer el derecho a retraer la finca convenido; considerando que mediante este recobro la finca debía estimarse que formaba parte de la sociedad conyugal perdiendo su carácter troncal; ahora bien, respecto a las ventas con pacto de retro, normalmente encubren un préstamo cuya garantía de devolución se

constituye estableciéndose formalmente la venta de una finca del prestatario en favor del prestamista; por ello, sin duda, se ha dicho por la jurisprudencia que el retracto convencional significa el derecho de resolución de la compraventa por el cual el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida y una vez ejercitada tal facultad por el vendedor se produce la resolución del contrato con efecto retroactivo, como si el comprador no hubiera adquirido la cosa y el vendedor no la hubiera enajenado (sentencia de 26 de mayo de 1951); teniendo en cuenta la anterior doctrina hay que entender que la finca de autos no perdió su carácter troncal; pero además la Compilación, en su artículo 38.4 incide que son bienes privativos los recobrados en virtud de carta de gracia, así como los adquiridos por ejercicio de retracto; por consiguiente la reiterada finca debatida no pasó a formar parte del patrimonio conyugal, siguió perteneciendo privativamente al marido al que pertenecía por herencia de sus padres y por ello no perdió su condición de finca de abolorio.

Por otra parte el demandado adujo que el trayente de abolengo, de las catorce fincas que recibió como heredero de sus padres ha vendido ya seis de ellas y así aparece justificado fehacientemente a través de la certificación expedida por el señor Registrador de Boltaña (folios 72 y siguientes); pero es más, de tal certificación se desprende (folio 129), que una de las fincas vendidas por el demandado, la 481 del Registro de la Propiedad de Boltaña, fue comprada por el hoy demandado para instalar en ella un «camping», siendo la que se pretende retraer por el señor Lascorz otra finca que por su intermediación a la citada 481 se adquirió por los demandados para ampliar el camping aludido, como asegura el señor Moreno en su confección al absolver la posición octava (folio 158). Teniendo en cuenta los antecedentes que acaban de exponerse necesariamente debió rechazarse, como se hizo acertadamente por el sentenciador, la demanda promovida haciendo uso de lo previsto en el número dos del mencionado artículo 149 según el cual aun cuando concurren las condiciones señaladas en el apartado primero del citado precepto los Tribunales podrán moderar equitativamente el ejercicio del derecho de

retracto, facultad que se atribuye a los órganos judiciales sin duda para evitar los posibles abusos que podría originar una aplicación literal del derecho de retracto de abolorio comentado, dado que este derecho de recobro persigue y ampara una finalidad concreta; motivo que no es otro que el mantener la integridad del patrimonio familiar evitando que alguna finca perteneciente a la familia vaya a manos extrañas; en este sentido, ya uno de los textos añejos de los que procede este retracto (el Fuero único de 1678) proclamaba que «era natural la propensión a conservar en las familias los bienes sitios que de antiguo han poseído»; lo que debe inducir al retrayente a ejercitar dicho retracto, para que resulte válido y auténtico y por tanto protegible legalmente ha de ser el deseo de conservar unidas las propiedades pertenecientes a su familia impidiendo su dispersión al pasar a terceros sin vinculación familiar próxima; el propósito que guíe al que retrae debe hundir sus raíces en afección de las fincas con la exclusiva intención de conservar íntegra la «casa» e incluso acrecentándola con aquellos bienes que de antiguo han sido propios de sus antecesores y sobre los que se cierne la amenaza de desgajarse de la familia. Si se tienen presentes estas consideraciones y se ponen en relación con el comportamiento del recurrente al que nos hemos referido, necesariamente se ha de llegar a la conclusión de que la intención que animaba a don Carlos Luis Lascorz cuando formuló el retracto no obedecía al fin sentimental que informa el retracto de abolorio, sino que su finalidad era espúrea y especulativa sin conexión alguna con las elevadas y desinteresadas, miras que deben integrar el referido retracto rectamente entendido; por ello estamos ante un supuesto en que debe entrar en juego la facultad correctora que se atribuye a los Tribunales por el repetido artículo 149.2 dando lugar al rechazo del retracto pretendido, por sustentarlo en bases bastardas como, con acierto se hizo por el señor Juez de Primera Instancia de Boltaña; consiguientemente procede ratificar la sentencia rebatida.

Segundo: No dándose lugar a la impugnación planteada se imponen al disidente las costas causadas en esta instancia, de conformidad con lo establecido en el artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA NÚM. 17

S. APH de 13 de diciembre de 1994

6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL

LEGAL: ACTIVO: BIENES PRIVATIVOS:

Piso y garaje anejo comprado a precio aplazado por ambos cónyuges en estado de solteros. Naturaleza privativa del bien: pertenece por mitad a cada uno de los cónyuges. El precio aplazado de dicho piso y garaje satisfecho constante matrimonio y hasta la disolución de dicho vínculo es una deuda que por mitad deben ambos cónyuges a la sociedad conyugal. No es relevante que sólo el marido o su madre pagasen efectivamente el inmueble para que dicho bien sea en su mitad indivisa titularidad del cónyuge que nada pagó, pues en todo caso habrá que presumir que esto es una donación de un cónyuge a otro o en el peor de los casos, para el cónyuge que nada pagó, un préstamo.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 38 y 47 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Gonzalo Gutiérrez Celma.

Don Antonio L. P., ante el JPI núm. Tres de Huesca, interpone demanda en juicio de menor cuantía contra María del Carmen V. B., sobre la naturaleza privativa o consorcial de un bien perteneciente a ambos.

Por sentencia recaída en los autos 287/93, de menor cuantía seguidos en ese Juzgado, se declara que cada una de las partes adquieran su respectiva parte, del uno al otro, bien procediendo a su adjudicación mediante pública subasta.

La parte demandada interpone recurso de apelación.

Formado el rollo de la apelación (57/94), la APH estima en parte el recurso interpuesto y declara y revoca parcialmente la resolución del Juzgado añadiendo a la misma que el activo y el pasivo del patrimonio común se encuentra integrado por los bienes comunes que reseña la sentencia de instancia, salvo el piso objeto de litigio que se estima privativo por mitad de ambos litigantes, y cada uno de ellos adeuda a la sociedad conyugal los pagos aplazados efectuados para la adquisición de dicho piso desde el día que se contrajo el matrimonio hasta su

17

disolución. Todo ello con base en los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los expuestos en la sentencia impugnada, en cuanto no se opongan a los que a continuación se expresan.

Segundo: Discrepa la recurrente del pronunciamiento emitido en la precedente instancia, en el que ambos litigantes consideran incluidas las declaraciones formuladas en la fundamentación de la resolución apelada, por entender que el piso controvertido no es consorcial sino privativo de ambos cónyuges y por estimar, también, que el esposo adeuda a la sociedad conyugal el valor de las roturaciones, nave y cobertizo. De estos dos puntos controvertidos el Juzgado ha resuelto acertadamente cuanto concierne a las roturaciones, nave y cobertizo, sin que esta Sala detecte error alguno del Juzgado al valorar la prueba en estos particulares tarea en la que, como es bien conocido, no puede prevalecer sin más el subjetivo e interesado criterio de la parte sobre el objetivo e imparcial parecer del Juzgado. Por el contrario, no compartimos el criterio de la sentencia apelada cuando considera privativa del esposo la vivienda de Graus, con su garaje anejo. Dicho inmueble fue adquirido por ambos litigantes en estado de solteros por mitades partes indivisas, así resulta de la escritura otorgada el 15 de septiembre de 1981; y, por lo tanto, cuando ambos litigantes se casaron con posterioridad, antes de un año, en agosto de 1982, «aportaron» su mitad indivisa al matrimonio que, por lo dispuesto en el artículo 38 de la Compilación, debe considerarse privativa de cada cónyuge, sin que pueda decirse ahora que fue el esposo, o su madre, quien pagó íntegramente dicho piso, pues aunque así fuera, y aunque se partiera de que la apelante no correspondió atendiendo otros gastos, habría que concluir que el hoy recurrente quiso donar a la apelante, en atención al futuro matrimonio, la mitad indivisa del inmueble en cuestión, donación que no ha sido revocada. Por lo que la esposa sigue siendo la titular del dominio, en una mitad indivisa, del inmueble en controversia. Desde luego, nada le impide al

apelado intentar la revocación de dicha donación si entiende que tiene derecho a ello, pero lo que nos parece claro es que mientras tal revocación no tenga lugar, si es que la misma es procedente en Derecho, la recurrente debe ser reconocida como titular privativa de la mitad indivisa de dicho inmueble. Por otro lado, en el peor de los casos para la apelante, si no se entendiera que estamos ante una donación, habría que pensar que el apelado, cuando era su futuro esposo, le adelantó a título de préstamo la parte del precio que a la recurrente le correspondía afrontar, pero tal cosa únicamente autorizaría al apelado a ejercitar una acción personal para pedir el pago de lo adeudado, pero todo ello, sin prejuzgar el destino que mereciera dicha acción personal, para nada afectaría al derecho real adquirido por la hoy recurrente cuya alza, en este particular, debe prosperar reconociendo, como se pide, que cada uno de los esposos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 47 de la Compilación aragonesa, adeudan a su sociedad conyugal la mitad de los pagos aplazados efectuados desde el día en que contrajeron matrimonio hasta la disolución de la sociedad.

Tercero: Al estimarse parcialmente el recurso interpuesto, procede omitir un particular pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta alza, en cumplimiento de lo dispuesto en el segundo apartado del artículo 710 de la Ley procesal civil.

SENTENCIA NÚM. 18

S. APH de 15 de diciembre de 1994

6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL

LEGAL: ACTIVO: *Naturaleza privativa o común de determinados bienes; carácter común de las mejoras realizadas a costa del caudal común sobre bienes privativos de uno de los cónyuges; los bienes enajenados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro se han de computar en el activo actualizando el importe de venta.*

6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL

LEGAL: PASIVO: *Deuda contraída por uno de los cónyuges antes del matrimonio*

18

para adquirir un bien común. 6634: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: DISOLUCIÓN: SEPARACIÓN LEGAL: Los gastos de educación y crianza de los hijos son a cargo del caudal común, siendo su régimen jurídico el establecido en el artículo 90 Cc. y no el del artículo 41.1 de la Comp.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 1.2, 36, 37.1 y 4, 38.1, 39.6, 41, 48.1, 56.1 Comp., y arts. 90, 91, 1.397.2 y 1.462 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Santiago Serena Puig.

Doña Carmen A. C., ante el JPI núm. Uno de Jaca, interpone demanda en juicio de menor cuantía contra don Rafael P. DH., deduciendo acción para liquidar y dividir la sociedad de gananciales, pretendiendo la inclusión de determinados bienes en el activo de la sociedad y de diversas deudas en el pasivo. La parte demandada formula reconvencción, mostrando su oposición a la pretensión de la actora por considerar los bienes de distinta naturaleza.

Por sentencia de 1 de diciembre de 1992, el Juzgado estima parcialmente la demanda y la reconvencción.

La parte actora y la reconviniente formula sendos recursos de apelación.

Formado el rollo de la apelación (11/1993), la APH estima en parte los recursos interpuestos por los apelantes, por lo que se revoca parcialmente la resolución de instancia. Todo ello en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Las dos partes litigantes coinciden en impugnar algunos pronunciamientos de la sentencia desde puntos de vista distintos, lógicamente, así la actora insiste en que se incluya entre el activo de la sociedad el piso de la calle Olorón Santa María, número 8, primero D), de Jaca, y el garaje, reconociendo en favor de la madre del demandado, hoy sus herederos, un crédito por las 117.000 pesetas de la entrega inicial, cantidad que habrá de figurar en el pasivo de la comunidad; la demandada, por su parte, interesa se declare que es un bien privativo suyo, y, subsidiariamente, que su madre le donó 250.000 pesetas

para el pago inicial, lo que supone un porcentaje cercano al cuarenta por ciento del precio total del piso y el resto del precio ganancial. El otro aspecto en el que ambos recursos coinciden, pero desde puntos de vista diametralmente opuestos, es en la clasificación del «Bazar Caveró», la actora sostiene, y así lo ha considerado la sentencia, que se trata de un bien propiedad de otra persona y la demandada que es ganancial.

Segundo: Conviene dejar claro desde un principio que el matrimonio contraído por los hoy litigantes está sujeto a las disposiciones de la Compilación del Derecho civil de Aragón, por aplicación del artículo 36, ya que contrajeron matrimonio en Jaca, el 1 de diciembre de 1973, habiendo fijado el domicilio en dicha localidad, donde residen desde entonces de forma ininterrumpida, por lo que, de no tener ya cada uno de ellos la vecindad civil aragonesa, por nacimiento o por adquisición voluntaria, la habrían adquirido de conformidad con lo regulado en el artículo 14/5, apartado segundo, del Código civil, por residencia continuada durante más de diez años sin declaración en contrario durante ese plazo. Según la Compilación, en defecto de pacto, el régimen económico del matrimonio es el de comunidad, que se regula por las disposiciones del Capítulo III, «Del régimen matrimonial legal», del Título IV, «Del régimen económico conyugal», Libro I, «Derecho de la persona y de la familia», y en lo que no esté revisto regirá el Código civil, según dispone el artículo 1.2 de la Compilación. Aclarado este aspecto, es preciso destacar que, de acuerdo con el artículo 37.1, son bienes comunes «los bienes inmuebles o sitios adquiridos a título oneroso constante matrimonio, por cualquiera de los cónyuges a costa del caudal común». El piso en discusión fue adquirido constante matrimonio, ya que conforme al artículo 1.462, párrafo segundo, del Código civil, la entrega de la cosa vendida tuvo lugar con el otorgamiento de la escritura el 12 de junio de 1981 —folio 252 y siguientes— siendo inscrita en el Registro de la Propiedad a favor de los cónyuges por título de compra —folio 11—, y aunque se quisiera

adelantar el momento de la transmisión de la propiedad a la entrega de las llaves del piso, artículo 1.462, párrafo primero, considerándolo como un signo revelador de que se pone al comprador en poder y posesión del inmueble vendido, ésta tuvo lugar, según consta en el documento aportado por el demandado, vid. folios 236 y 343 a 345, el 19 de julio de 1975, año y medio después de celebrado el matrimonio. De los documentos aportados por el demandado, se deduce que, con anterioridad a contraer matrimonio, había efectuado entregas a cuenta por importe de 250.000 pesetas, folios 237 a 243, que depositó personalmente en una entidad de ahorro, sin que conste la procedencia de este dinero, de ahí que poco importe a los efectos de este pleito si procedían de un préstamo o de una donación de su madre, ya que sólo afectaría a las relaciones entre el demandado y su madre o sus herederos. De acuerdo con lo expuesto, en el inventario de los bienes del matrimonio habrá de incluirse el piso y el garaje como un bien común y considerarse como bien privativo del esposo a las 250.000 pesetas pagadas antes de contraer matrimonio, ya que aparecen reflejadas en los documentos de la entidad de ahorro en la que hizo la entrega, vid. recibos obrantes a los folios 237 a 243, siendo por tanto de aplicación lo dispuesto en los artículos 39/6, en relación con el 38.1 y 37.4, y esta cantidad deberá tenerse en cuenta al efectuar la liquidación, artículo 56.1.

Tercero: Por lo que respecta a la consideración del «Bazar Cavello» como bien común, según interesa el demandado, examinada la prueba obrante en los autos, coincidimos con la Juzgadora que el mismo pertenece a una hermana de la actora. Toda la prueba practicada apunta en esa dirección, en la Tesorería Territorial de la Seguridad Social, folios 455 a 457, figura inscrita como empresaria María Fermina Campoy Gaspar, con una trabajadora a su cargo, el local donde se ejerce la actividad está inscrito a su nombre, y también tiene concertado un préstamo hipotecario de 15.000.000 de pesetas con el «Banco Atlántico», folios 436 a 450, que atiende puntualmente, según información obtenida por el detective privado que hizo pesquisas por cuenta del demandado, folios

526 a 534, lo que no quiere decir, y así lo ha afirmado desde el primer momento la actora, que no sea ella, Carmen Campoy, quien lo atienda o regente «en colaboración con su hermana», hecho primero de la contestación a la reconvencción, pero de esto no puede deducirse, sin ningún otro dato objetivo en contra, que el negocio sea de ella y no de su hermana.

Cuarto: La actora recurrente insiste en que el negocio que gira con el nombre «Foto Peñarroya», en el que empezó a trabajar en enero de 1974, nada más casarse, hasta enero de 1987, fue notablemente incrementado constante matrimonio, con los frutos del trabajo suyo y de su esposo, así como con el de sus cuñados y suegros, por lo que, si bien el negocio original era privativo de su marido, en la parte que le correspondía, las mejoras son gananciales, en la misma proporción, petición que ha de ser desestimada, como ya lo fue por la sentencia de instancia. Es la propia demandante quien al contestar a la posición quinta, folios 431 a 433, afirma que en dicho negocio trabajaban los litigantes, los padres de su esposo y el hermano, retirando cada uno un sueldo y los beneficios iban a un fondo común para el negocio; la contestación a la posición sexta resulta un poco confusa, porque comienza negando la posición, «que no es cierto que las modificaciones fueran por cuenta de los padres del señor «Peñarroya», y si es cierto el resto del contenido de la pregunta», es decir, que los préstamos suscritos por los litigantes y sus cuñados fueron amortizados a costa del negocio que era y es propiedad de los padres de su esposo; al responder a la séptima manifiesta que el negocio pasó a los hijos en 1987 (la demanda de divorcio se presentó el 19 de febrero de 1987 y se decretó por sentencia de 28 de mayo de ese mismo año), y en la novena contesta que tanto ella como su esposo «percibieron siempre su sueldo fijo por el trabajo en «Foto Peñarroya»». De todas estas manifestaciones se trasluce que el negocio era propiedad de Primitivo Peñarroya y su esposa, tal y como declara la sentencia de instancia, y que en él trabajaban los hijos y sus esposas quienes, por lógicas razones familiares, gozaban de la máxima confianza y poder de gestión por lo cual eran cotitulares o tenían firma autorizada en las

cuentas bancarias, lo que no quita para que fueran empleados retribuidos con un sueldo y que los hijos y sus cónyuges, por las razones que fueran, pidieran créditos a su nombre para efectuar las mejoras que en el futuro, formando parte del negocio, pasarían a ellos por título de herencia. En cualquier caso, no consta que en la adquisición a que se refiere la actora en la posición séptima haya tenido lugar, ni que los referidos créditos fueran devueltos a costa del caudal común o que el demandado tuviera una participación en el negocio que no fuera la expresada.

Quinto: El tercer punto del recurso planteado por la actora va dirigido a impugnar la decisión de la sentencia de que se compute en el haber común el valor que tenía la motocicleta en el momento de su enajenación en 1985, a determinar en ejecución de sentencia, y las 30.000 pesetas en que se vendió el remolque caravana en mayo de 1987, pretendiendo que se tenga en cuenta el valor actualizado de dichos bienes. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.397, número 2, del Código civil, habrá de incluirse en el activo «el importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenador por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados». Ha quedado acreditado que el demandado vendió la moto y el remolque adquiridos constante matrimonio sin contar con el consentimiento de su esposa, lo cual infringe lo dispuesto en el artículo 48, número 1, de la Compilación, por lo tanto se trata de un negocio ilegal, al no haber procedido conforme a lo dispuesto en la norma citada, lo que lleva a la consecuencia de que en el activo haya de computarse el importe actualizado del valor de dichos bienes al ser enajenados.

Sexto: También interesa la representación de la actora que se modifique la sentencia y se computen como pasivo de la comunidad los tres créditos a los que se refería en su demanda, a saber, el préstamo recibido de la madre de su marido, el que representa las cantidades por ella satisfechas para el sostenimiento de sus hijos, ya que desde la separación de hecho hasta 1994 reconoce el demandado que nada ha satisfecho por este concepto, y, por último, la parte que le corresponde en los rendimientos del

negocio desde que dejó de trabajar en 1987, ya que el demandado se ha quedado con todo. Sobre el primero de estos tres puntos ya se ha dicho que las entregas las efectuó el demandado, sin que conste el origen o procedencia del dinero entregado para la adquisición del piso, cuestión esta sobre la que no es necesario insistir. La contribución del esposo al levantamiento de las cargas del matrimonio se fijaron inicialmente en el auto de medidas provisionales de 26 de marzo de 1986, medidas que quedaron en suspenso de mutuo acuerdo el 9 de mayo de 1986, al igual que el incidente de oposición que no se llegó a resolver al dictarse la providencia de 30 de octubre del mismo año, por la razón aludida. Simultáneamente se tramitaba la demanda de separación, que también resultó suspendida por Auto de 24 de octubre de 1986. En octubre de 1988 la actora solicitó el pago de las pensiones atrasadas desde noviembre de 1986, petición que fue denegada por Auto de 7 de noviembre de 1988, con base en que no se había solicitado el alzamiento de la suspensión por ninguna de las partes. Todas estas resoluciones adquirieron firmeza al no resultar impugnadas eficazmente. En la sentencia de divorcio, dictada el 28 de mayo de 1987, se dejaba para la ejecución de sentencia la determinación de las medidas a que se refiere el artículo 91 del Código civil, las cuales fueron adoptadas en el Auto de 28 de noviembre de 1991, que fue recurrido en apelación ante esta Sala y desestimado por Auto de 22 de junio de 1993. Estas son, en síntesis, las incidencias, en lo que en este momento interesa, por las que ha atravesado la separación y divorcio de los litigantes. La actora solicita que se computen como pasivo de la comunidad las cantidades que ha invertido en exclusiva en la alimentación y educación de las hijas comunes, pues el demandado no ha contribuido con la cantidad de 40.000 pesetas que se fijó en el auto de medidas provisionales, resolución que quedó en suspenso por mutuo acuerdo de las partes, situación en la que ha permanecido hasta que se adoptaron otras en ejecución de la sentencia de divorcio, según ya se ha reseñado. Nadie pone en duda que los gastos de crianza y educación de los hijos son a cargo de la comunidad conyugal, artículo 41 de la Compilación. Ahora

bien, en los casos de crisis del matrimonio se subviene al cumplimiento de esta obligación en la forma prevista, con carácter general, en los precepto del Código civil que regulan los efectos de la nulidad, separación o divorcio, artículos 90 y siguientes, donde se contempla la contribución que cada progenitor ha de aportar para sufragar estos gastos. Establecidas las medidas por las que debía regirse la separación, los litigantes las dejaron sin efecto de mutuo acuerdo, por lo que la recurrente no puede ahora, pasados varios años, pedir la aplicación de la contribución económica, por que cuantas veces lo intentó con anterioridad le fue denegado, indicándole que debía instar el alzamiento de la suspensión para que aquellas recobraron su plena vigencia. Estas resoluciones judiciales ganaron firmeza, por lo que quedarían sin efecto y vacías de contenido si se acogiera la petición de la recurrente. Resta

sólo considerar la petición formulada por la representación de la actora al contestar a las alegaciones de contrario, se refiere a la supresión del fallo del inciso en el que se fija una pensión de 30.000 pesetas en favor de la hija menor de edad, Laura, y de su actualización, ya que nada se solicitó en tal sentido, petición a la que es preciso acceder por la razón aludida, ya que sobre este particular nada se pidió ni en la demanda principal ni en la reconvencción, y porque es una medida que se adoptó en ejecución de la sentencia de divorcio y fue resuelta definitivamente en las resoluciones reseñadas anteriormente.

Séptimo: Al estimarse parcialmente los recursos interpuestos, procede omitir todo pronunciamiento acerca de las originadas, en cumplimiento de lo dispuesto en el segundo apartado del artículo 710 de la Ley procesal civil.

TERUEL

19

SENTENCIA NÚM. 19

S. APT de 10 de enero de 1994

5: FUENTES: CÓDIGO CIVIL: Derechos reales. Servidumbre de paso: a tenor del Cc. la servidumbre de paso, por ser discontinua, sólo puede adquirirse mediante título o negocio jurídico, y ello sin perjuicio de la posibilidad de invocar la prescripción inmemorial anterior a la publicación del Cc. 84: SERVIDUMBRES: DE PASO: Usucapión: En el Derecho aragonés, estas reglas no se aplican —las del Código civil—, pudiendo adquirirse este tipo de servidumbre por prescripción sin necesidad de título ni de buena fe.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 147 Comp.; arts. 532, 539, 540, 1.939, 1.941, 1.959 i. f., disp. trans. 1.ª Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don José M. Moreno Montero.

Don Eusebio A. L., ante el JPI núm. Uno de Alcañiz, interpone demanda en juicio de cognición, contra don Jaime J. L. O., deduciendo en ella acción negatoria de servidumbre.

Por sentencia de 1 de diciembre de 1993, dicho Juzgado estima íntegramente la demanda, declarando que la finca del actor está libre de servidumbre.

El demandante apela la sentencia de instancia, y el demandado impugna el recurso.

Formado el rollo de la apelación (221/93), la APT desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de instancia en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Por lo que hace al régimen común instaurado por el Código civil (artículos 532, 539 y 540, y 1.959 «in fine»), y perteneciendo la servidumbre

de paso a la clase de las discontinuas, importa aclarar, en relación con el, incompleto en esto, primer Fundamento de la resolución impugnada, que tal servidumbre (sentencia del Tribunal Supremo, verbigracia, de 30 de septiembre de 1993) sólo puede adquirirse en virtud de título, es decir, de un negocio jurídico; el cual (sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1993), lo mismo puede acreditarse mediante el documento directo de su creación, o el reconocimiento escrito del dueño del predio sirviente, que por otro medio admitido en Derecho, susceptibles todos, naturalmente, de ser valorados por una sentencia a la que, no sin destacar la necesidad de su firmeza, da en referirse «expressis verbis» el Código. Y ello sin perjuicio de la posibilidad de invocar, como modo adquisitivo recogido en las Partidas, la prescripción inmemorial, ora consumada (disposición transitoria primera), ora, por lo menor, comenzada (artículo 1.939), antes de la publicación del citado Código.

Segundo: Yendo, ya, más concretamente al caso que ha de resolverse, no procede sino confirmar lo resuelto por el Juez «a quo» al declarar no producida la usucapión de la servidumbre, alegada por el hoy apelante como único motivo sustancial de oposición a la acción negatoria ejercitada en la demanda, y fundada en el artículo 147 de la Compilación aragonesa, conforme al cual: «Todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe», regla especial respecto de las antes examinadas del Código civil; en efecto, lejos de haber conseguido el demandado, como le incumbía por entero, la prueba —que tampoco articuló derecha y claramente— de su posesión pacífica, pública e ininterrumpida del paso (Cc, 1.941) —la alusión al «animus domini» en la sentencia de primera instancia parece, tratándose de servidumbres, que ha de entenderse hecha a un uso «iure servitutis», por así decir—, lo que, en cambio, evidencia lo actuado es la constante oposición, por parte de sucesivos propietarios de la finca supuestamente grabada, a que de sus actos de mera tole-

rancia (Cc, 444) obtuviesen el ahora recurrente ni terceras personas derecho alguno; de lo cual constituye ejemplo muy notable el juicio de interdicto promovido por el aquí demandado, para verse repuesto en el uso de la senda en cuestión, con anterioridad a este pleito. Únese a ello el demostrado paso habitual de dicho demandado, para dirigirse a la finca que declara dominante en la servidumbre discutida, por vías y tierras ajenas a la del actor, como se desprende en modo diáfano del reconocimiento practicado por el juzgador de instancia.

Tercero: El correlativo Fundamento de la resolución combatida se dedica a negar —por lo demás, con sólidas razones— la concurrencia, a favor del demandado, de las varias circunstancias consideradas en el artículo 564 del Código a fin de poderse exigir paso por el dueño de un predio a sus vecinos; convendrá recordar que, aun dándose tales requisitos, mal hubiera podido el Juez declarar constituida la servidumbre legal, vista la ausencia de reconvencción al respecto por parte del demandado— y tén-gase en cuenta que, a este propósito, han de ser llamados a juicio los diversos colindantes: sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de marzo de 1977; lo que limita en considerable medida la oportunidad y eficacia de la reconvencción en casos de la índole de que se trata

Cuarto: La obligada desestimación del recurso ha de acarrear la condena en costas del apelante (Ley de Enjuiciamiento civil, 736).

SENTENCIA NÚM. 20

S. APT de 26 de enero de 1994

84: SERVIDUMBRES: DE MEDIANERÍA: Usucapión: Acciones declarativas de propiedad y reivindicatoria. Propiedad sobre pared medianera y obras de alzado sobre la misma; usucapión de servidumbre aparente; 10 años. Se desestima la acción reivindicatoria del actor.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 147 Comp.; 577 y 579 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Juan Carlos Hernández Alegre.

20

Don Juan A. A., ante el JPI núm. Uno de Alcañiz, interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra don Efrén G. G., deduciendo en la misma, acción declarativa de propiedad sobre el muro que linda entre ambas fincas, y acción reivindicatoria sobre el terreno que ha invadido el demandado al elevar una construcción sobre la mitad del muro que colinda con la propiedad del actor.

El Juzgado, por sentencia de 20 de noviembre de 1993, desestima la demanda.

El demandante apela dicha sentencia, solicitando que la misma sea revocada y se estime su demanda. La parte apelada, solicita, a su vez, la confirmación de la sentencia de instancia.

Formado el rollo de la apelación (202/93), la APT desestima el recurso de apelación y confirma íntegramente la sentencia de instancia en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Se alza ahora el demandante contra la sentencia de instancia que le desestima la acción reivindicatoria ejercitada en su demanda contra el demandado, insistiendo en que la pared existente entre su finca y la de aquél es pared exclusiva de su propiedad y por lo tanto éste puede reivindicar el terreno que ha invadido la construcción del demandado en dicha pared al elevar su edificación sobre la mitad del muro que colinda con su propiedad; recurso que debe ser rechazado y confirmarse la sentencia desestimatoria de la demanda, toda vez que de la prueba practicada en el procedimiento puede afirmarse que la pared existente entre ambas propiedades disfruta del régimen jurídico de servidumbre de medianería, cuya naturaleza, aun cuando existen opiniones diversas, es la de mancomunidad que le atribuye el artículo 570 del Código civil, o sea copropiedad, y así se deduce de la presunción contenida en el artículo 572 del Código civil al no existir signo exterior contrario a la servidumbre de medianería de los reflejados en el artículo 573; existiendo por contra signos exteriores que demuestran su condición de medianería y así del informe pericial emitido en el procedimiento a instancia de la

demandada, a la que se adhirió la demandante, así como la testifical del actual contratista del edificio que está levantando el demandado, señor Albacar Blasco, y del que hace unos 25 años construyó la nave ahora derribada para la construcción del edificio nuevo, señor Pellicer Lahoz, al igual que de la testifical del actual arquitecto que dirige las mismas, cuyo informe, acompañado como documental a la contestación a la demanda, no tiene el carácter de prueba pericial sino simplemente el de testifical al ser ratificado por su emisor en el procedimiento (sentencia del Tribunal Supremo de 4 de junio de 1992), se desprende claramente que el antiguo taller cargaba su tejado sobre la mitad de la pared de separación de ambas propiedades, y que la pared nueva se ha levantado sobre la antigua pared del taller que, a su vez apoya sobre un muro que sirve de cerramiento a la planta baja, ocupando aproximadamente la mitad de su espesor; por lo que, aun en el supuesto de que en origen la misma fuera propiedad exclusiva del hoy actor, el demandado habría adquirido la servidumbre de medianería por usucapión al haber transcurrido el plazo de diez años que recoge el artículo 147 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, pues al ser aparente no se necesita para su adquisición ni justo título ni buena fe, ni hecho obstativo alguno, que si bien está contemplado en la regulación de Derecho común para las servidumbres negativas no lo contempla el Derecho aragonés al prescindir su regulación de la diferenciación entre servidumbres positivas y negativas. Faltando el presupuesto en que se basa la acción reivindicatoria ejercitada, la propiedad exclusiva de la pared de separación de ambas fincas, debe desestimarse la demanda interpuesta.

Segundo: Con respecto a lo alegado por el apelante en el informe emitido en la vista oral del recurso en el sentido de que aún en el supuesto de haberse adquirido la servidumbre de medianería por usucapión ésta solamente alcanzaría hasta la altura de la pared medianera, hay que manifestar que desconoce con dicha argumentación que la medianería una vez adquirida comporta una copropiedad de la pared y que la obra realizada por el

demandado ha sido utilizando el derecho que reconoce el artículo 577 del Código civil a todo propietario de alzar a sus expensas la pared medianera, así lo entendió el Tribunal Supremo en un supuesto similar al que ahora examinamos en el que, en su sentencia de 4 de junio de 1982, reconoce que este tipo de obras está contemplado en el derecho que dicho artículo 577 otorga a los medianeros, manifestando al hablar de esta servidumbre que «debe especialmente rechazarse su concepción como propiedad privativa de los dueños de los predios colindantes sobre la pared dividida por una línea constituida por el eje de su grueso, de tal suerte que el límite de las propiedades privativas lo constituyera ese eje, criterio al que de alguna manera responde la técnica constructiva empleada por la parte demandada al elevar la pared medianera utilizando para el realce únicamente la mitad del ancho recayente a su predio, y antes bien debe reputarse establecida la copropiedad sobre el objeto constituido por la totalidad del muro; debiendo también distinguirse cuidadosamente en el régimen especial de esta copropiedad de especial naturaleza, de una parte, el derecho que el artículo 577 reconoce a todo propietario de alzar a sus expensas la pared medianera, indemnizando los perjuicios que se ocasionaren con la obra, si efectivamente se produjesen, derecho éste que la parte demandada ha utilizado elevando del modo dicho el muro medianero, lo que parece irreprochable, y, de otra parte, los diferentes derechos, distinguibles del de alzarla, que sobre la pared medianera regula el artículo 579...», sin que esta Sala pueda entrar a examinar si el demandado al hacer uso de su derecho se ha extralimitado en el mismo o lo ha ejercitado cercenando los derechos que el otro copropietario tiene y reconocen tanto el artículo 577 como el 579 del Código Civil, pues los mismos son ajenos a la acción ejercitada en este procedimiento, y supondría la modificación en esta alzada de los términos del debate, fijados en la demanda y contestación a la misma, que causaría indefensión a los demandados.

Tercero: Desestimándose el recurso procede imponer las costas a la parte apelante, a tenor de lo establecido en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA NÚM. 21

S. APT de 8 de abril de 1994

5: FUENTES: CÓDIGO CIVIL: Derechos reales: Servidumbre de paso: a tenor del Cc. las servidumbres de paso, por ser discontinua, sólo puede adquirirse, mediante título o negocio jurídico, y ello sin perjuicio de la posibilidad de invocar la prescripción inmemorial anterior a la publicación del Cc. 84: SERVIDUMBRES: DE PASO: Usucapición: En Derecho aragonés, estas reglas —las del Código Civil— no se aplican, pudiendo adquirirse este tipo de servidumbre por prescripción sin necesidad de título ni de buena fe.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 147, 148 Comp.; art. 539 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Eduardo Saiz Leñero.

Doña María Isabel R. F., ante el JPI de Monzón, interpuso demanda en juicio de cognición fundada en acción confesoria de servidumbre contra don Jordi C. E., puesto que el demandado impedía el ejercicio de su derecho al haber construido un muro y cerrado con cadenas la puerta que permitía el paso.

Por sentencia de 3 de marzo de 1994, el Juzgado desestima la demanda interpuesta declarando que no hay lugar a la servidumbre de paso.

La parte demandante interpone recurso de apelación, solicitando que se desestime la sentencia de instancia y se declare la existencia de una servidumbre de paso a su favor. La parte contraria presenta el correspondiente recurso de impugnación.

Formado el rollo de la apelación (61/94), la APH estima el recurso de apelación, revocando la sentencia de instancia y estimando la demanda en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Los argumentos que se contienen en la sentencia recurrida son, ciertamente irreprochables, y, sin duda, válidos, para llegar a la conclusión

desestimatoria de la inicial demanda, en la que se ejercita una acción confesoria de servidumbre de paso; puesto, que dada la condición de discontinua de esa índole de servidumbre, no admite otro medio válido de adquisición, en nuestro ordenamiento positivo, que el título, conforme a lo prevenido en el artículo 539 del Código civil (cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1954, 13 de octubre de 1961, 14 de junio de 1977 y 29 de mayo de 1979), a no ser que se hubiera obtenido por prescripción inmemorial con anterioridad a la publicación del Código civil (cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio y 14 de noviembre de 1971); y, en el caso, resulta incontestable que, a falta del referido título, no se ha acreditado por la actora aquella usucapión del gravamen que pretende a favor de su predio. Pero tales argumentos, perfectamente reproducibles desde el ordenamiento común, no lo son desde la regulación propia de la Compilación de Derecho Foral de Aragón, obviada por el juzgador «a quo», de indubitable vigencia en el supuesto litigioso, y contenida en los artículos 147 y 148 de dicha Compilación, como, con acierto, se hace constar por la parte recurrente.

Segundo: La pretendida servidumbre de paso, de que se trata en la litis, tiene la condición de aparente, ya que la existencia, no controvertida, de la puerta que el demandado, reconocidamente, ha clausurado, así lo proclama (cfr. sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1984). Por ello, la usucapión de este derecho real, como modo adquisitivo del mismo, está permitida en el artículo 147 de la Compilación invocada. Y el lapso temporal exigido para que se consume tal usucapión es el de diez años, al dilucidarse la cuestión entre «presentes». De tal modo, serán los presupuestos de hecho propios de la contención, examinados a la luz de la específica regulación foral que debe informarlos.

Tercero: La preexistencia y antigüedad de la finca adquirida por la actora, así como las propias de la puerta cerrada por el demandado con una cadena, en conjunción con los datos que pueden colegirse por medio de las circunstancias siguientes: 1) La adquisición, hace menos de dos años, por el demandado del pretendido fundo sirviente; 2) la ignorancia

manifestada por dicho demandado acerca de que aquella puerta siempre estuvo abierta, del inveterado acceso de la actora, y sus predecesores en el dominio, por ella, de la antigua entrada a partir de la calle «Esconjurador», y de la operatividad de tal entrada hasta su denunciada inutilización (absolución de las posiciones 1ª, 4ª, 5ª, 6ª, 8ª, 10, 11 y 13), muestran que el paso litigioso cuenta, cuando menos, con diez años de existencia (siendo, incluso, correcta la conclusión sobre una antigüedad mucho mayor). A la anterior, debe añadirse el resultado de la prueba testimonial (medio del que, habitualmente, no es dable prescindir en supuestos como el ahora litigioso) practicada a instancia de la demandante; y también, como elemento probatorio coadyuvante, la plasmación topográfica de los planos catastrales más antiguos. Sin que a la conclusión precedente pueda oponerse con éxito el hecho de que el demandado llevara a cabo los cerramientos impugnados por indicación del Aparejador, funcionario técnico, éste, ajeno a los problemas de derecho privado suscitados entre las partes.

Cuarto: Ante los argumentos de la demanda, y frente a la virtualidad de los elementos justificativos aportados por la actora, no aporta el demandado prueba documental alguna para tratar de mostrar la descripción circunstanciada de su finca, limitándose, al respecto, a meras aseveraciones (hasta el punto de hacer constar, en su contestación, hecho 4º, que la descripción de ambas fincas se ajusta totalmente a la realidad objetiva, obviando la circunstancia de que el título de la actora señala, como límite de la finca de ésta, la calle llamada «Esconjurador»). Y si bien la demandante, tanto mediante la aportación de su título dominical, como con alguno de los razonamientos de su recurso, parece sugerir argumentos propios de una acción reivindicatoria, al aludir a la extensión y límites de su propiedad, poniendo en entredicho el alcance superficial del fundo del demandado, en relación con la franja de terreno colindante con la referida calle Esconjurador; no por ello cabe deducir que está postulando una servidumbre sobre cosa propia (de imposible configuración, puesto que «nemini res sua servit iure servitutes»), sino que, en definitiva, la «causa petendi» de su demanda lleva implícito el desisti-

miento de cualquier reivindicación territorial de aquella superficie o franja de terreno, y que ya no podría, en el futuro, acometer, y se centra, únicamente, en la propia acción confesoria, cuyo requisito subyacente, es el reconocimiento decisivo de la propiedad colindante sobre la cual pide que se declare el gravamen.

Quinto: Así pues, por los razonamientos expuestos, debe prosperar el recurso, con revocación de la sentencia apelada, y consiguiente estimación de la demanda.

Sexto: Las costas de la primera instancia serán a cargo de la parte demandada (y apelada), a tenor del principio del vencimiento objetivo que se consagra en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento civil; sin que pueda emitir especial pronunciamiento condenatorio sobre las devengadas en esta alzada.

22

SENTENCIA NÚM. 22

S. APT de 16 de mayo de 1994

84: SERVIDUMBRES: DE MEDIANERÍA: *Servidumbre de medianería: improcedencia. Pared situada entre dos fincas colindantes: vertido de escombros por el demandado en terreno existente, con apoyo en la pared privativa de la casa propiedad del actor.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 144.3 Comp., 348 y 579 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don José Antonio Ochoa Fernández.

Don Teodoro M. S., ante el JPI núm. Dos de Teruel, interpuso demanda en juicio verbal frente a la entidad «LFSL», sobre ejecución de obras.

Por sentencia de 4 de marzo de 1994, el Juzgado desestimó la demanda.

El demandante apeló la sentencia de instancia.

Formado el rollo de la apelación (82/94), la APT estima en parte el recurso de apelación, y declara que la demandada no tiene derecho a apoyar los escombros sobre la pared del actor, revocando en este punto la sentencia recurrida, y confirmandola en el resto de los pronunciamientos.

Todo ello en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El recurso que formaliza don Teodoro M. S. una vez que se ha conformado expresamente por parte de los pronunciamientos de la sentencia de instancia, lo refiere al concreto extremo de que se condene a la entidad demandada y ahora apelada «Lafuente Ríos, S. L.», a que retire o sujete los escombros que ha vertido en el terreno que existe entre las fincas de ambos para que no se apoyen en la pared privativa de la casa propiedad del actor y recurrente, fundando su petición en lo dispuesto en los artículos 348 y 579 del Código civil.

Segundo: Centrada y así limitada la cuestión objeto de debate en esta alzada, hemos de poner de relieve el hecho de que, efectivamente e independientemente de que la acumulación de los escombros echados por la demandada en el terreno comprendido entre los muros de la finca del actor y la de la demandada, causen o no daños en la pared privativa del señor M. S. —que no los produce, conforme dictamina el Perito Judicial, don Ángel Luis del B. Y., Arquitecto, al responder al extremo 8º del informe emitido a instancia de la demandada— es lo cierto que se ha constatado, con el referido dictamen, que la pared del actor, en su dimensión vertical, resulta tapada por los rellenos de escombros realizados por la demandada, siendo variable la afectación y tiene diversas medidas (extremo 6º del informe pericial obrante a los folios 174 a 182) para cuya comprobación sería necesario demoler el tejadillo, eliminar los rellenos y llegar al terreno natural. Igualmente se ha precisado con el mentado informe que los dichos rellenos descansan parte sobre el terreno natural, los que no pueden deteriorar la pared del jardín del actor, pero hay otros que, aun cuando tampoco pueden perjudicar seriamente dicha pared, ciertamente descansan sobre el terreno y pared dichos, con lo que el empuje horizontal de los mismos es contrarrestado por esa pared del actor y no por el terreno natural, bien que dicho empuje sea de magnitud tan pequeña, que resulta despreciable.

Finalmente se destaca en el informe que venimos analizando, que si el actor derribase su actual construcción y procediera a realizar una nueva, los rellenos de

la zona, que concretamente señala, podrían descomprimirse y pasar en parte a la finca del actor.

Tercero: Así las cosas y con los hechos fijados, es claro que de los mismos se derivan dos tipos de consecuencias jurídicas: la relativa a los daños presuntos y potenciales que pueda sufrir el actor y la valoración a efectos de la adquisición de una posible servidumbre que, de tolerarse esta situación, podría generarse en perjuicio del mismo en un futuro.

En orden a la primera de las cuestiones, con el informe pericial analizado, hemos de convenir no hay base alguna para estimar y acoger la pretensión del actor en la forma que interesa de retirar o sujetar los escombros echados sobre y contra la pared de su propiedad por la demandada, puesto que ello conllevaría, en estos momentos, unas obras desproporcionadas a cargo de «Lafuente Ríos, S. L.» —a las que se refiere el informe pericial y hemos aludido en el fundamento anterior— para conseguir eliminar esos materiales, que ningún perjuicio real producen al actor en estos momentos ni lo ocasionarán en un futuro más o menos inmediato, habida cuenta de las obras de acondicionamiento llevadas a cabo por la demandada antes o después de haberse iniciado esta «litis»; particular que no ha podido acreditar el actor.

Cuestión distinta es la segunda; por ello hemos de destacar la ausencia de base legal y de derecho alguno por parte de la demandada para haber tapado parcialmente la pared del actor en su dimensión vertical así como para haber amontonado contra ella escombros y ocupado terreno en definitiva del actor, como se deduce del informe referido, el cual no ha sido contestado en absoluto por la demanda y ahora debe hacerse valer en toda su virtualidad jurídica y, en concreto, en el punto o extremo referido a que «la casa del actor se encuentra con retranqueos variables —punto 4º del informe a instancia de la propia demanda, folio 176— respecto del lindero con el demandado. En una parte de aproximadamente 3,80 metros, la pared de la propia casa constituye el lindero; a continuación viene un retranqueo oscilante entre 4,50 y 1,50 metros en una longitud

de 12 metros. El espacio de separación de la casa con el límite de la propiedad es un espacio a modo de camino y pavimentado con hormigón».

Consecuentemente, partiendo de la base de que la propiedad se presume libre y de que el propietario tiene derecho a gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes (artículo 348 del Cc) y sobre la base de lo que «a sensu contrario» se deduce de lo prevenido por el artículo 579 del Código civil en los supuestos de paredes medianeras, es claro que la demandada no tiene ningún derecho para usar en manera alguna la pared privativa del actor y mucho menos para taparla y ocupar terreno de su exclusiva propiedad; por lo que, conciliando los derechos del actor con el interés de la demandada de que no se derribe la obra ejecutada con el solo fin de sacar los escombros por ella depositados indebidamente en terreno y contra la pared del actor, por cuanto, como hemos dicho, ningún daño causan al mismo, hemos de constatar esta circunstancia a efectos futuros, de modo que si, algún día, el actor decidiera derribar dicha pared, pueda hacerlo sin condicionamiento alguno y en la forma que determina el artículo 144.3 de la Compilación aragonesa (RCL 1967, 704, 756 y NDL 1.451); caso en el cual podrá reclamar de la demandada o de quien sea propietario en ese momento de la finca hoy de la entidad «Lafuente Ríos, S. L.», los gastos, daños y perjuicios que puedan producirse por la caída de dichos escombros sobre la propiedad del actor, a menos que, previamente y a su costa adopte las medidas de precaución precisas para evitarlos la entidad demandada.

Cuarto: En atención a lo expuesto, procede estimar parcialmente el recurso que formula el señor M. S. e igualmente y en la misma forma la demanda que dirige contra la entidad «Lafuente Ríos, S. L.», en el sentido de declarar que ésta no tiene derecho a que los escombros por ella depositados en la «caja definida por la pared o muro de contención que limita la finca del actor, el propio terreno y el muro de hormigón levantado por el demandado», apoyen sobre la pared privativa del actor, no procediendo la correlativa condena que solicita el señor M. S.

por las razones expuestas en los Fundamentos precedentes, aunque la antedicha declaración sea la base de la referida condena interesada.

Quinto: Las costas en ambas instancias deben ser abonadas por ambas partes en la forma que fue tradicional hasta la Ley Orgánica 34/1984, de 6 de agosto (RCL 1984, 2.040; RCL 1985, 39, y ApNDL 4.257), en armonía con lo que disponen los artículos 523 y 736 de la Ley procesal civil.

23

SENTENCIA NÚM. 23

S. APT de 26 de julio de 1994

84: SERVIDUMBRES: USUCAPIÓN:
Construcción de una tubería para humos que pasa por la bodega propiedad de los demandantes y se engarza con la chimenea de éstos. Acción negatoria de servidumbre: las servidumbre voluntarias se ha de constituir con la voluntad de los dueños del fundo sirviente. No hay prescripción adquisitiva por no haber transcurrido el plazo exigido por la ley.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 147 Comp. y arts. 536, 594, 1.214 y 1.713 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Juan C. Hernández Alegre.

Don Octavio C. V. y su cónyuge, doña Elisa María P. P., ante el JPI núm. Uno de Teruel, interpone demanda en juicio de cognición, deduciendo acción negatoria de servidumbre contra los cónyuges don Manuel A. P. y doña María Luisa B. P., los que alegan que tenían autorización de los anteriores propietarios —familia de los actores— para colocar la salida de humos.

Por sentencia de 16 de junio de 1994, el Juzgado estima la demanda, y declara que la propiedad de los actores se haya libre de servidumbre, condenando a los demandados a retirar el tubo de salida de humos que atraviesa la propiedad de los actores, y reparar a su costa los desperfectos que se ocasionen.

Los demandados interponen recurso de apelación contra la sentencia de instancia, solicitando su revocación y el reconocimiento de su pretensión.

Formado el rollo de apelación (155/94), la APT desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia de instancia en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La sentencia de instancia estima la demanda y, declarando la no existencia de servidumbre sobre la bodega propiedad de los actores a favor de la casa de los demandados, condena a éstos a retirar el tubo de salida de humos de su caldera de calefacción que, atravesando dicha bodega, va desde el sótano de su casa a enganchar en la vertical de la chimenea que desaloja los mismos por encima del tejado; alzándose ahora, los referidos demandados, insistiendo en su derecho a que el tubo atravesase dicha bodega, por haber sido autorizado por el padre de la actora y haberlo consentido así sus hijas propietarias del predio sirviente. La presunción legal de que la propiedad se entiende libre de cargas y gravámenes impone a los demandados, en aplicación del principio general de la carga de la prueba contenido en el artículo 1.214 del Código civil, acreditar la existencia de su derecho a gravar la propiedad colindante con dicha servidumbre.

Segundo: De la prueba practicada, en especial de la testifical, ha quedado acreditado, en contra de lo que mantienen los actores, que los demandados realizaron las obras de instalación en la bodega de la caldera de calefacción y la conexión de ésta a la chimenea a través de un tubo que cruza la bodega colindante propiedad de aquéllos, con el visto bueno y la autorización del padre de las entonces propietarias hermanas Punter Placencia, todas ellas ya entonces mayores de edad; pero tal autorización, de un no propietario, no puede servir, como pretenden los recurrentes, como título de constitución de una servidumbre voluntaria, pues los artículos 536 y 594 del Código civil exigen para su constitución la voluntad de los propietarios; sin que tampoco lo hayan podido adquirir por usucapión o prescripción adquisitiva al no haber transcurrido el plazo de diez años de posesión

que establece el artículo 147 de la Compilación del Derecho civil de Aragón. Y ello tanto si la mencionada autorización del padre, para que traspasara el tubo la bodega propiedad de sus hijas, fue a favor de la finca de los hoy demandados, como si lo fue, como parece intuirse del recurso, a favor de la comunidad de propietarios, pues en ambos casos la calificación jurídica del gravamen que imponía es la de servidumbre, fuera el predio dominante la propiedad privativa de aquéllos o todo el edificio que constituye la comunidad, sin que pueda calificarse el tubo que lleva los humos de la caldera particular de un vecino hasta la chimenea de salida de los mismos como un elemento común del edificio; y, aun suponiendo que así lo fuera, tampoco tendrían derecho a mantenerlo contra la oposición de los propietarios de la bodega, por cuanto al no existir dicho gravamen cuando se produjo la división de la propiedad horizontal de la casa y la constitución de la comunidad de propietarios, su instalación suponía la creación de una servidumbre que requería inexcusablemente la autorización de las propietarias del predio sirviente.

Tercero: El hecho de que el padre de la hoy demandante pudiera haber administrado los bienes de sus hijas, nunca podría calificarse, como pretende el apelante, como una gestión de negocios ajenos de la Sección primera, Capítulo I, del Título XVI del Libro IV del Código civil, dentro de los denominados cuasi contratos, que requieren que no exista mandato de la persona cuyos bienes son objeto de administración, sino que habría que incluirlo dentro del mandato, expreso y general, del Título XI de dicho Libro del Código civil, que de acuerdo con el artículo 1.713 no comprende más que los actos de administración, requiriendo cualquier otro acto de riguroso dominio, como es el gravar un bien con una servidumbre, de mandato expreso, cuya existencia no ha sido ni alegada por la parte.

Cuarto: Al desestimarse el recurso, procede imponer las costas a la parte apelante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento civil, en relación con el 62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

SENTENCIA NÚM. 24

S. APT de 7 de septiembre de 1994

84: SERVIDUMBRES: DE PASO:
Usucapión: Servidumbre de paso: la adquisición por usucapión de las mismas dista mucho del Derecho común. Usucapión: no se aplican para su adquisición los requisitos de la posesión inmemorial del artículo 148 CA, dictado por las servidumbres no aparentes; no se aplican las reglas generales de la prescripción del dominio y de los demás derechos reales, sino lo dispuesto en el artículo 147 de la CA.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 147 y 148 Comp.; 537, 545.2 Cc.; 41 Lh.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Eduardo Saiz Leñero.

1

Doña Carmen y doña María F. L., ante el JPI núm. Uno de Alcañiz, interpone demanda, en juicio de cognición, deduciendo acción negatoria de servidumbre contra don Constantino T. M. y don Domingo F. V.

Por sentencia de 29 de junio de 1994, el Juzgado desestima la demanda.

La parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia.

Formado el rollo de la apelación (163/94), la APT desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de instancia en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Ejercitan las demandantes, en el escrito rector del procedimiento, una acción negatoria de servidumbre (en el caso, negando la existencia de la servidumbre real, o predial, de paso, que indebidamente, según dichas actoras, ejercitan los demandados sobre el fundo de las primeras), y no, por supuesto, acción alguna que, derivada de lo previsto en el párrafo 2º del artículo 545 del Código civil, aparezca relacionada con la utilización «civiliter» del referido gravamen. A los términos de aquella acción negatoria debe contraerse, pues, el

Órgano jurisdiccional, so pena de incongruencia, y a ellos se ha atendido el Juzgador «a quo»; sin que su cabal razonamiento pueda verse obstaculizado por el pedimento secundario de la propia demanda, conceptual, y legalmente, relacionado con la petición principal y condicionante.

Segundo: Se analiza con exhaustividad, en torno al problema litigioso, el resultado probatorio allegado al juicio, en la sentencia recurrida; y los argumentos del recurso suponen, en realidad, el intento de introducir una subjetiva valoración de la prueba, que se aparta de la llevada a cabo por el Juzgador, y que ha servido para configurar las bases de la convicción de éste. Sin que sobre el ponderado análisis contenido en la resolución apelada pueda prevalecer aquel intento de impugnación, pletórico de legítima parcialidad. No obstante, y a riesgo de incurrir en la labor propia del parafraseo, ha de afirmarse la contundencia con que los testigos contestes de los demandados afirman el inmemorial uso del paso debatido; y, sobre todo, la convicción a que se llegó, después de una correcta crítica de las probanzas practicadas, acerca de la misma conclusión, en las concordantes sentencias (sobre tal punto), recaídas, en las dos instancias del proceso, en los autos del proceso monitorio documental del artículo 41 de la Ley Hipotecaria (número 172/90, del Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Alcañiz). Puesto que, si bien, según lo expresamente determinado en el párrafo último de dicho precepto, la sentencia dictada en ese procedimiento especial no produce excepción de cosa juzgada (material), quedando expedita la vía del juicio declarativo ordinario, no cabe desconocer las conclusiones fácticas, apoyadas en un incontestable resultado probatorio, de las resoluciones judiciales anteriormente aludidas, ya que puede considerarse a éstas como impregnadas de un alcance positivo, o prejudicial, distinto del preclusivo, o negativo, a que se refiere el artículo 544 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Tercero: Con lo explicitado en la sentencia apelada acerca de la existencia y antigüedad del paso controvertido;

y teniendo presente que, en el caso, no existen dudas sobre los signos ostensibles de dicho itinerario, que lo hacen, así, «aparente», deviene forzosa la aplicación de lo prescrito, para esa índole de servidumbres, en el artículo 147 de la Compilación del Derecho civil de Aragón (Ley de 8 de abril de 1967, modificado por Ley de 21 de mayo de 1985, de la D. G. A.), cuyo régimen de adquisición para ellas, mediante la usucapión, dista mucho del propio del Derecho común. De este modo, carece de eficacia lo argumentado en la demanda mediante la invocación del artículo 148 de la misma Compilación, ya que los requisitos referidos a la posesión inmemorial, pacífica y no interrumpida, insertos en el precepto son los propios para usucapir las servidumbres no aparentes. Y de la redacción del citado artículo 147, en relación con la norma general del artículo 537 del Código civil (sobre las circunstancias que deben acompañar al mero lapso temporal), hay que entender lo innecesario del justo título y de la buena fe, así como la no aplicabilidad de las reglas generales de la prescripción del dominio y demás derechos reales.

Cuarto: Contra las conclusiones que preceden no puede prevalecer, en el caso, la presunción establecida en el artículo 38 de la Ley Hipotecaria (reconocidamente «iuris tantum»), ni tampoco el contenido del documento, que incorpora un informe técnico (y que, por tanto, carece de la condición de prueba pericial, procesalmente considerada), acompañado con la demanda: ya que, en cualquier caso, la señalización de otro supuesto camino, no obsta para la estimación de la real existencia del sometido a contención, y su virtualidad sería la propia para el intento de una extinción, o bien, modificación del gravamen que nos ocupa, no para el ejercicio de una acción negatoria.

Quinto: Así pues, debe confirmarse la sentencia del Juzgado, con la secuela de imposición de costas a las apelantes, por lo dispuesto en el artículo 62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, en relación con el artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

25

SENTENCIA NÚM. 25**S. APT de 17 de octubre de 1994**

84: SERVIDUMBRES: DE PASO: *Usucapión: Servidumbre de paso voluntariamente constituida; ampliación de la servidumbre por uso reiterado, agravando la servidumbre previamente constituida sobre el fundo sirviente: Adquisición por usucapión de exceso, no procede: abuso en el uso de la servidumbre meramente tolerado por el dueño del fundo sirviente.*

84: SERVIDUMBRES: DE MEDIANERÍA: *Usucapión: Servidumbre de medianería: se condena a los demandados a retranquear respecto de la pared del actor la puerta metálica abierta, de forma que dicha pared quede libre de puertas y anclajes.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 147 Comp.; 1.940, 1.941, 1.943 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Juan C. Hernández Alegre.

Don Nicolás A. A., ante el JPI de Calamocha, interpone demanda en juicio de cognición, deduciendo en la misma, acción confesoria de servidumbre de paso y de medianería contra don Miguel A. A. y don Fernando A. G.

Por sentencia de 26 de julio de 1994, el Juzgado estima parcialmente la demanda, condenando a los demandados a retranquear la puerta respecto de la pared del actor, de manera que dicha pared quede libre de vigas o anclajes.

La parte demandante interpone recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de instancia, y se declare su derecho a la servidumbre de paso constituida por usucapión.

Formado el rollo de la apelación (188/94), la APT desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia de instancia, en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La sentencia de instancia desestima la acción confesoria de servidumbre planteada por el actor sobre la finca del demandado, consistente no sólo en el paso con su tractor y remolque por

ésta hasta la cochera de su propiedad, sino en la extensión necesaria para que, al llegar a la altura del granero, pueda dar la vuelta entera para bascular y descargar el grano en el granero y en los almacenes que tiene y descargar el gasoil en la cochera; estimando, por contra, la acción negatoria de servidumbre de medianería sobre la pared donde los demandados han anclado una puerta metálica; alzándose ahora la parte demandante contra la sentencia en cuanto desestima la acción confesoria de servidumbre de paso; por lo que el pronunciamiento sobre la acción negatoria de servidumbre ha devenido firme al no ser objeto de recurso.

Segundo: La parte actora pretende en su demanda que se declare que, la servidumbre de paso que inicialmente constituyó su padre en la escritura de donación otorgada ante Notario el día 16 de mayo de 1957, en la que le donaba «una casa habitación en la calle Barrio Bajo, con parideras, hierbas y parte de cochera, de extensión ignorada, que linda por la derecha entrando, con Julio Rabanaque y Vicente Garcés; izquierda, casa de los donantes, y espalda, Cerrado de casa», haciendo constar que «tiene derecho de paso, la parte de cochera mencionada por el cerrado situado en la parte posterior de la casa descrita», cuya propiedad se reservó el donante y que se transmitió al hoy demandado Miguel Abad Aguar en virtud de las particiones hereditarias de la herencia de su padre y donación efectuada por su madre en la escritura de fecha 30 de noviembre de 1967, viene ahora configurada, además del paso a la cochera mencionada, con el uso de la placeta que existía delante de la misma y del granero, para poder dar en ella la vuelta completa con su tractor y remolque, para bascular y descargar el grano en el granero y en los almacenes, y descargar el gasoil en la cochera; lo que supone una alteración de los fines de la servidumbre, al ejercitarse para otros distintos a los estrictamente fijados en el título constitutivo, y una alteración material, consistente en dar mayor anchura a una servidumbre establecida en escritura pública para acceso a la cochera, que hace más gravosa la servidumbre; configuración actual que el demandante apoya jurídicamente

en la adquisición por usucapión, en base a lo establecido en el artículo 147 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, al haber venido usándolo para dichos fines y con la extensión ampliada desde hace más de veinte años; adquisición de la agravación de la servidumbre que es posible en nuestro Derecho civil, nada impide que una servidumbre constituida por título pueda posteriormente ampliarse por usucapión; pero que, como muy bien argumenta la Juzgadora de Instancia, requiere que concurren los requisitos de la prescripción adquisitiva exigidos en los artículos 1.940 y siguientes del Código civil, siendo necesario que, además de la posesión por el tiempo determinado por la Ley, ésta haya sido en concepto del dueño, pacífica y no interrumpida (artículo 1.941); sin que aprovechen para la posesión los actos de mera tolerancia de dueño (artículo 1.943, en relación con el 444 del Código civil). En el presente caso, si bien el demandante ha venido haciendo uso de la propiedad del demandado, en la forma y para los fines que pretende le sean reconocidos, durante el tiempo necesario para adquirir por usucapión, lo que supone un abuso del derecho de paso que tenía adquirido en virtud del título, tal uso ha de entenderse como actos meramente tolerados por el dueño del predio sirviente, que dada su relación familiar con el hoy demandante (hermanos), le consintió el abuso en el uso de la servidumbre al no perjudicarlo de manera inmediata, pero que en ningún caso puede limitar su propiedad y su derecho a impedir el uso ampliado de la servidumbre con la nueva construcción realizada que, por otra parte, y así lo demuestra la prueba pericial, no impide el acceso a la cochera con el tractor y el remolque, y por tanto nada afecta a la servidumbre cuya titularidad ostenta. Debiendo, en consecuencia, desestimar el recurso y confirmarse la sentencia, por sus correctos y acertados razonamientos.

Tercero: Al desestimarse el recurso, procede imponer las costas a la parte apelante, en virtud de lo establecido en el artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento civil en relación con el artículo 62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

SENTENCIA NÚM. 26

S. APT de 25 de octubre de 1994

83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE: Signos aparentes: *Ventanas abiertas en pared propia sobre finca colindante; existencia o no de voladizos. Límite discutido común a las dos fincas: imposibilidad de llevar a cabo las distancias señaladas según los artículos 582 y 583 Cc., a los efectos de problemas de reja de hierro y red. Naturaleza: Calificación de la servidumbre en positiva o negativa: para ser positiva, el voladizo ha de recaer en fundo ajeno; la simple apertura de huecos habrá de estimarse como negativa.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 144 Comp., 582 y 583 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Eduardo Saiz Leñero.

Don X. A., ante el JPI núm. Dos de Alcañiz, interpuso demanda, en juicio de cognición, contra don Emilio M. P. y otros cuatro más, sobre cuestión relativa a determinadas obras en las ventanas de un inmueble.

Por sentencia de 26 de julio de 1994, el Juzgado desestima íntegramente la demanda.

La parte demandante apela la sentencia de instancia.

Formado el rollo de la apelación (21/1994), la APT desestima el recurso interpuesto y confirma la sentencia de instancia, en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Ejercita el actor, en su demanda, una acción encaminada a lograr que los demandados coloquen en cada una de las ventanas que tienen abiertas en el inmueble perteneciente a estos últimos, y situado en una finca colindante con otra del primero, la «reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente», a tenor de lo que previene el artículo 144.2 de la Compilación del Derecho civil de Aragón (RCL 1967, 704, 756, y NDL 1451), por estimar que

entre el paramento (o línea exterior) de la pared en que se abrieron dichas ventanas y la línea divisoria de ambas propiedades existe una distancia inferior a los dos metros a que se refiere el artículo 582 del Cc, precepto éste aplicable por la remisión que al mismo efectúa el citado precepto de la Compilación. A tal fin, como presupuesto básico para tratar de dirimir la cuestión planteada, preciso es poner de manifiesto el acertado criterio, explayado en la resolución recurrida, en el sentido de que, en el caso, los «pequeños voladizos» con que cuentan las ventanas no son tales desde el punto de vista técnico-jurídico; puesto que para que tuvieran esa consideración habrían de servir a los objetivos que, en aquella sentencia, se indican (Fundamento 2º «in fine»), con el apoyo, incluso, de anteriores decisiones jurisdiccionales de esta Sala. Criterio que, además, viene siendo consolidado por nuestra doctrina jurisprudencial (cfr. sentencias del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1908, 19 de junio de 1951 [1951, 1.881] y 8 de octubre de 1988 [R] 1988, 7.395)), hasta el punto de considerarse que la existencia de verdaderos voladizos, que suponen, en general, una invasión o vuelo sobre fundo ajeno, la servidumbre correspondiente sería positiva, cuando la simple apertura de huecos o ventanales habría de estimarse, en su caso, como servidumbre negativa. Todo lo cual conduce, en el caso, efectivamente, a la necesidad de medir la distancia partiendo del referido paramento, o línea exterior de la pared de la edificación de los demandados.

Segundo: Sentado lo anterior, las discrepancias existentes entre las partes se centran en el modo de materializarse la medición para comprobar si desde aquella pared, hasta la línea de colindancia de ambas propiedades, existe una distancia que sobrepasa, o no, los dos metros. A este respecto, la conclusión de la sentencia recurrida en el sentido de que los demandados devinieron dueños del antiguo pozo, o silo, de la que fue fábrica extractora de aceite de orujo de oliva, no es sino la consecuencia del simple examen del título de propiedad aportado por dichos litigantes, y no admite controversia. El problema deriva, únicamente, del alcance, o sentido exacto, que debe otorgarse, en cuanto a la fiel determinación de la línea divisoria de

las dos propiedades referidas, a la expresión «el canto de arriba de afuera de la pared o talud de piedra que éste que sostiene a las tierras propiedad del señor S. (el actor)», que aparece en el título de propiedad de dicho demandante, como señalización (con pretensiones de exactitud) de la mencionada colindancia. Y sin merma de que, al respecto, la interpretación consignada en la sentencia del Juzgado, y apoyada en la consideración de que el pronombre demostrativo «éste» queda referido al señalado pozo o silo adquirido por los demandados, y así, el «canto de arriba de fuera», corresponde al de la parte exterior de la pared que, en unión de las restantes, configuraba el aludido pozo, parece más acorde con la realidad de las adquisiciones de los dueños de ambas fincas, así como con la literalidad de lo expresado, que la tesis sostenida por el apelante, no se puede olvidar que la naturaleza de la acción ejercitada en la demanda, en relación con los concretos pedimentos del actor, impiden, so pena de incongruencia, un pronunciamiento sobre la determinación de la línea divisoria de ambos fundos. Y, aunque de cuestiones íntimamente ligadas se trate, tal pronunciamiento sería el propio del ejercicio de una acción de deslinde, habida cuenta de las divergencias sostenidas acerca de ese punto; por lo que, al dilucidar la concreta cuestión sometida a debate, no puede el Juzgador dejar resuelta la contención acerca de un límite discutido, común a las dos fincas. Porque, en definitiva, la acción del demandante supone, desde luego, la existencia de un incontrovertido lindero, que sirva de cabal referencia para llevar a cabo las medidas señaladas en los artículos 582 y 583 del Cc. Máxime si se tiene presente la relevancia que, dado lo exiguo de las distancias prescritas, pueden tener los errores en la medición, o bien los modos de verificar la misma.

Tercero: Todo lo cual conduce, igualmente, a la desestimación de la demanda y, por tanto, del recurso, en tanto en cuanto de forma concorde, o en vía judicial, no se logre la fijación inatacable del lindero común de las fincas.

Cuarto: Las costas de esta alzada serán a cargo del recurrente, a tenor de lo previsto en el artículo 62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, en relación con el artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

27

SENTENCIA NÚM. 27**S. APT de 7 de noviembre de 1994**

84: SERVIDUMBRES: DE PASO:
Usucapión: Servidumbre de paso: usucapión: no procede, por no haberse cumplido el plazo exigido por la ley.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 147 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. don José María Moreno Montero.

Don Isidoro P. E., ante el JPI núm. Uno de Teruel, interpone demanda en juicio de cognición contra don Agustín y don Ismael P. P. y contra don José Manuel S. G., deduciendo en la misma acción denegatoria de servidumbre.

Por sentencia de 8 de octubre de 1994, el Juzgado desestima la demanda.

La parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia.

Formado el rollo de la apelación (231/94), la APT estima en parte el recurso de apelación, acogiendo la demanda dirigida contra don Agustín P. P. y don José Manuel S. G., y absolviendo a don Ismael P. P. (por falta de legitimación pasiva, como ya se había constatado en la sentencia de instancia), se declara la inexistencia de la servidumbre de paso sobre el fundo del actor, condenando a los demandados a reponer la propiedad del actor en las condiciones anteriores a la realización del camino. Todo ello con base en los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El dictamen pericial emitido en los autos por el técnico que actor y demandados designaron de consuno, señor Sorribas Monzón, determina, con suficiente claridad, que pertenecen al predio de dicho actor (parcela número 120 del polígono número 42) los alrededor de 77 metros cuadrados de terreno ocupados por el camino, que, sin haber acreditado título jurídico de ninguna clase a tal fin, decidieron de modo unilateral abrir y aprovechar los demandados don Agustín Pastor y su yerno don José M. Salvador, dueño el primero de una

finca (la parcela número 262 del polígono número 42) que «trabaja» («vide» el folio 98) el segundo, y que confina con la antes mencionada, sirviendo de límite ostensible entre ambas un ribazo, de extensión cercana a los 260 metros cuadrados, que, desde luego, es parte integrante del fundo propio del demandante. No priva de certeza a estos datos que se acaban de expresar, la falta de convicción sobre los cuales por parte del Juez es el único motivo explícito que lo lleva a desestimar por entero la demanda, el hecho de que, entremedias de ese ribazo, cuya propiedad a favor del actor no se discute seriamente en nombre de los demandados, y el resto de la parcela a que corresponde, hoy ésta se observe, lo mismo que otras del contorno, atraviesa por un tramo del camino (distinto del litigioso) construido, ha cosa de doce años, para beneficio común de ciertas fincas de la zona, al parecer con la aquiescencia de sus diversos propietarios, que no consta documentalmente en el pleito, y la ayuda o la intervención de la Cámara Agraria local.

Por toda defensa de fondo ante la demanda, y amén de una usucapión, «ex» artículo 147 de la Compilación aragonesa, que falla grandemente en el plazo prescriptivo (diez años, y la obra controvertida no data más que de dos), los demandados arguyeron con un pretendido derecho, débil y abstrusamente aducido en un alegato del escrito de contestación, e indemostrado a lo largo del proceso, a establecer por libérrima iniciativa propia accesos nuevos y añadidos a aquel camino que propició, a lo que se ve, la Cámara, ello aun a costa de imponer un adicional gravamen, arbitrario y gratuito, sobre lo que es plena y desembarazada propiedad del actor. Pretensión, o simple defensa, contra la que se levantan dos obstáculos insuperables: tocante al camino auspicado por la citada entidad local, y si es que tal innovación física hubiera de reputarse constitutiva de servidumbres —cuestión de todo punto extraña a la actual litis—, la interpretación de lo convenido, al moverse en el ámbito de gravámenes voluntarios, nunca debería inspirarse en directrices de signo y alcance extensivos (sentencias del Tribunal Supremo de 4 de noviem-

bre de 1897 y 13 de noviembre de 1929; sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 27 de junio de 1984), sino que, en caso de duda, en general, tendría que estarse a la fuerte presunción de libertad de los fundos (sentencia del Tribunal Supremo, por todas, de 27 de febrero de 1993); y en segundo término, frente a una acción negatoria de servidumbre —supuesto, claro es, que resulte justificada la titularidad dominical del actor—, es la parte demandada quien ha de pechar con la probanza de la real existencia del gravamen (cfr., por ejemplo, sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia de 24 de octubre de 1992).

Segundo: La suficiencia de las pruebas pericial y documental pública practicadas en el litigio, ya analizadas, hace prescindibles las confesiones y declaraciones testificales prestadas en él, y que lo han sido con absoluta e inadmisibile transgresión, todas, de la inmediación y eficacia procesales más indispensables y más obligatorias (LOPJ 229-2, 268; Lec 254, 255, 318, 579 y siguientes, 588, 652, etcétera), materia tratada por extenso en

la sentencia de esta Audiencia de 31 de diciembre de 1993, correspondiente a la apelación en los autos número 168/93, tramitados por el mismo Juzgado de Primera Instancia que los ahora revisados; siendo, en fin, de notar cómo en éstos la totalidad de los medios de prueba de carácter personal aludidos se han sustanciado por los Juzgados de Paz de Fuentes de Rubielos, Mora de Rubielos y Rubielos de Mora, a que indebidamente exhortó el Órgano «a quo», y ello con los lamentables daños, para la legalidad y utilidad del procedimiento, que una lectura superficial de esta porción de los autos basta a descubrir.

Tercero: Habiéndose de estimar recurso y demanda, salvo en cuanto a don Ismael Pastor Pastor, por el defecto de legitimación pasiva que con acierto dejó reconocido el Juzgador de primer grado, se muestra lo más procedente (visto, entre otras cosas, que la representación y defensa de los tres demandados han sido conjuntas) no pronunciar condena en costas con relación a ninguna de las dos instancias (LEC 523 y 736).

ZARAGOZA

28

SENTENCIA NÚM. 28

A. APZ de 21 de febrero de 1994

6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: PASIVO: DEUDAS POSTERIORES PRIVATIVAS: Embargo de bienes comunes: Tercería de dominio interpuesta por la mujer contra el embargo de unas acciones y cuentas corrientes comunes por deudas privativas del marido. Admisión parcial del recurso. Procede la tercería y se suspende el embargo sobre las acciones, manteniéndose sobre la mitad de los depósitos en cuenta corriente.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 46 Comp.; 1.344, 1.347, 1.361 y 1.373 C. C.; 1.535 y 1.542 Lec.

PONENTE: Ilmo. Sr. don José Esteban Rodríguez Pesquera.

Doña Laura F. B., ante el JPI núm. Siete de Zaragoza, formula tercería de dominio, en los autos seguidos en juicio ejecutivo, en calidad de esposa del ejecutado, sobre el embargo llevado a cabo sobre unas acciones y saldos de diversas cuentas corrientes, realizado a instancia de la compañía mercantil «BFSA», alegando para ello la calidad de consorciales de los bienes embargados, y ser la deuda privativa del marido.

El Juzgado, con fecha 23 de marzo de 1993, admite a trámite el recurso y suspende la vía de apremio sobre todos los bienes que fueron objeto del embargo.

La demandada, compañía mercantil «BFSA», interpone recurso de reposición contra la resolución dictada, y con fecha 20 de abril de 1993 el Juzgado dicta auto por el que

se acoge parcialmente el recurso interpuesto por la demandante, acordando suspender el procedimiento de apremio sobre la mitad de las acciones de la misma clase y sobre la mitad de los saldos de cuentas corrientes.

La parte actora interpone recurso de apelación contra el auto dictado.

Formado el rollo de la apelación (383/93), la Sección Quinta de la APZ admite en parte el recurso de apelación y revoca parcialmente el auto apelado, suspendiendo el procedimiento de apremio sobre todas las acciones y manteniéndolo sobre el resto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Rechazamos, en parte, el quinto Fundamento jurídico de la resolución impugnada, y aceptamos los restantes, y

Primero: Lo que, en definitiva, se plantea con este recurso es la problemática de la armonización, en ciertos supuestos, de lo dispuesto en los artículos 1.535 y 1.542 de la Ley de Enjuiciamiento civil. Conforme al primero de estos artículos, el 1.535, la tercería de dominio suspende el procedimiento de apremio respecto a los bienes a que se refiera, hasta la decisión de aquélla; por su parte, el segundo artículo citado, el 1.542, dispone que si se hubieren embargado bienes no comprendidos en la tercería de dominio, podrá continuarse contra ellos el procedimiento de apremio, no obstante la tercería. Ninguna dificultad se presenta cuando la demanda de tercería se refiere al dominio sobre la totalidad de un bien o de unos bienes; si son los únicos embargados en el litigio del que dimana la tercería, en éste la suspensión del procedimiento de apremio será absoluta, pero si hay otros bienes embargados cuyo dominio no reivindica el tercerista, la suspensión del procedimiento de apremio lo será solamente sobre los bienes reivindicados, pero no sobre los otros. Los problemas surgen cuando la demanda de tercería afecta a una participación en determinado bien, o sea, a una parte indivisa del mismo y no a su totalidad, siendo esto lo que sucede en el caso que nos ocupa, en el que la demanda de tercería de dominio formulada por la señora Ferrando Bundio, ahora apelante, se refiere a los bienes gananciales existentes en la socie-

dad conyugal constituida con su esposo don Juan José Calvo Pujol, quien fue demandado en el juicio ejecutivo que en su contra promovió el «Banco de Fomento» y en el que se embargaron bienes que, al ser adquiridos constante el matrimonio, tienen aquel carácter, y en los que, por tanto, corresponde una participación a la ahora apelante.

Segundo: De un estudio conjunto de los artículos 1.344, 1.347, 1.361 y 1.373 del Código civil, así como del artículo 46 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, se puedan extraer las siguientes conclusiones: el patrimonio común de los distintos bienes que lo integran pertenecen en proindiviso a los cónyuges, y cuando uno de los cónyuges, sin intervención ni consentimiento del otro, contrae una deuda, aun cuando la misma no beneficie a la sociedad conyugal, en las relaciones entre el cónyuge contratante y los terceros, aparecerá interesado también el esposo no contratante debido a su coparticipación en la comunidad conyugal y habrá que tratar de cohonestar los derechos que el tercero como acreedor pueda ostentar sobre el patrimonio común con los del otro cónyuge no interviniente. Ahora bien, la división del derecho de los cónyuges sobre cada bien común es puramente imaginaria y no puede aplicarse inmediatamente a la cosa, quedando en el ámbito abstracto del Derecho como una división meramente intelectual o ideal; en definitiva, como nos enseña el Tribunal Supremo en varias sentencias, entre ellas la de 29 de diciembre de 1987, el consorcio matrimonial, no atribuye a un cónyuge la propiedad de la mitad de los gananciales, porque para saber si éstos existen o no, es precisa la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse en pago de él la consiguiente adjudicación de bienes, no teniendo hasta el entonces cónyuge más que un derecho expectante.

Tercero: Como consecuencia de lo expuesto, procede acoger el recurso al menos en aquella parte que afecta a los paquetes, o grupos, de acciones sociales, embargados en el juicio ejecutivo del que dimana el presente recurso, paquete que no siempre comprenden un número par de acciones, puesto que no podemos

compartir la solución adoptado en las resoluciones recurridas, al parecer basadas en una lectura muy literal del artículo 1.344 del Código civil, acerca de que se suspenda del procedimiento de apremio sobre la mitad de las acciones embargadas y se continúe sobre la otra mitad, siendo lo adecuado la suspensión del procedimiento de apremio sobre todas las acciones objeto de traba. Sin embargo, esta última solución no parece la adecuada en relación con los saldos de cuentas que han sido objeto de embargo, dadas las peculiaridades de estos bienes, y respecto a ellos sí puede seguirse el procedimiento de apremio en cuanto a una mitad.

Cuarto: El acogimiento, aun pericial del recurso, veda un expreso pronunciamiento sobre las costas de la presente alzada.

Quinto: Conforme al artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la presente resolución debe adoptar la forma de auto.

Por sentencia de 5 de julio de 1993, dicho Juzgado estima parcialmente la demanda, y declara el derecho de ambas hermanas a la herencia de su madre por mitad e iguales partes.

La parte demandada interpone contra dicha sentencia recurso de apelación, solicitando que se revoque la misma y se declare válido el testamento otorgado por su madre en favor de la misma.

Formado el rolo de la apelación (56/93), la Sección Quinta de la APZ estima el recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia de instancia y la demanda promovida en la misma, en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los de la resolución recurrida.

Primero: Para la resolución del presente recurso de apelación esta Sala ha de apartarse de la línea argumental del Juzgado de primer grado, pues es de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 667 del Código civil, según el cual: «El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes, o de parte de ellos, se llama testamento»; el artículo 675 del Código civil: «Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento»; el artículo 738 del Código civil: «El testamento no puede ser revocado en todo ni en parte, sino con las solemnidades necesarias para testar», y finalmente, el artículo 743 del Código civil: «Caducarán los testamentos, o serán ineficaces en todo o en parte las disposiciones testamentarias, sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código», y a los constantes pronunciamientos jurisprudenciales, como el contenido en la sentencia de 6 de abril de 1992: «El testamento constituye una unidad en donde está plasmada la voluntad del testador», y el más categórico de la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 10 de diciembre de 1991: «La voluntad del testador expresada en

29

SENTENCIA NÚM. 29

S. APZ de 2 de marzo de 1994

721: SUCESIÓN TESTAMENTARIA EN GENERAL: NULIDAD DE TESTAMENTO: Coacción: *Se admite el recurso de apelación contra la sentencia de instancia por la que se declaraba la nulidad de testamento abierto por vicios de la voluntad (coacción sobre el causante). Prueba insuficiente; se afirma la validez del testamento por la que se declara heredera de la causante a una sola de las hijas; habiendo sido la otra nombrada en el testamento.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 667, 673, 674, 675, 738 Cc. y 120.1 y 123 Comp.

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

Doña Ascensión A. F., ante el JPI núm. Diez de Zaragoza, interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía, deduciendo acción de impugnación de testamento contra su hermana Rosa María A. F., que resulta ser la heredera de su madre a tenor del testamento que se pretende impugnar.

testamento, es la ley de la sucesión», por lo que de no declarar la nulidad del testamento en el que se instituye heredera exclusiva a una de las hermanas litigantes, no procedería prescindir totalmente del mismo para estimar parcialmente la demanda y declarar el derecho de ambos litigantes a la herencia de su madre, por mitad e iguales partes, sin que en sentencia se exprese con claridad si se ha llegado a tal solución averiguando la verdadera voluntad de la finada prescindiendo totalmente del testamento, lo que parece da a entender en sus Fundamentos jurídicos quinto y sexto, *in fine*, o estimando que se ha producido una preterición individual de las contempladas en el artículo 123 de la Compilación aragonesa, como parece desprenderse de su Fundamento jurídico sexto, lo que supondría entrar a conocer de oficio de una cuestión que en modo alguno le ha sido sometida por las partes las cuales plantean exclusivamente las cuestiones que más adelante se señalarán.

Segundo: En efecto, en la demanda origen de los presentes autos, la actora ejercita dos acciones, una por la que impugna la validez del testamento abier-to que su madre, doña Ascensión Fleta Montalbán otorgó el día 27 de mayo de 1992, en el que, tras mencionarla «de conformidad con lo establecido en el artículo 120.1 de la Compilación del Derecho civil de Aragón», instituyó heredera de la totalidad de sus bienes, derechos y acciones a su hija doña Rosa María —hoy demandada—.

La segunda de las acciones ejercitadas pretende que, tras la declaración de nulidad del testamento se declare «la privanza» del derecho a la herencia de la demandada.

Finalmente la actora solicita que se le declare heredera de la causante.

Tercero: Las dos acciones ejercitadas tienen como base la concurrencia de dolo, violencia o fraude, que habría empleado la demandada para con su madre, primero con el fin de que otorgara el testamento que se impugna, y segundo para impedirle que lo rectificara, con invocación del artículo 673 del Código civil, pero sin especificar cuál de los tres vicios de voluntad constituye el asiento de su pretensión.

Sin perjuicio de determinadas afirmaciones en cuanto al cuidado que cada una de las dos hermanas litigantes prestara a la testadora en los últimos años de su vida, la razón de la nulidad pretendida se contiene en el párrafo 6º del hecho 4º de la demanda, en el que se afirma que la causante había dicho a la actora que «en el mes de mayo, cuando estaba en casa de Rosa María, llamó a un Notario para que hiciera testamento en las condiciones que ella me imponía. Yo tenía miedo de tu hermana, y lo hice contra mi voluntad; como no podía firmar, por mi estado, me lo hicieron con el dedo. Yo, a pesar del mal comportamiento de siempre de tu hermana, quiero que seáis los dos iguales. Quiero rectificar el testamento y hacer otro».

Del anterior relato, unido a que en la demanda se afirma que la demandada trató de aislar a su madre de los demás miembros de la familia, manteniéndola en su exclusiva compañía, se desprende que el motivo de nulidad que se invoca, que a su vez sirve como causa de la privación del derecho hereditario de la demanda, está constituido por la coacción moral.

Cuarto: Ciertamente la coacción o violencia moral se debe entender comprendida dentro de los vicios de la voluntad que se contienen en los artículos 673, 674 del Código civil, y así lo ha proclamado la jurisprudencia (sentencias de 22 de febrero de 1934, 22 de junio de 1944 y 17 de abril de 1959), siempre que sea grave, y, por lo tanto, si se emplea para obtener el otorgamiento de un testamento éste será anulable, y si se emplea para impedirlo dará lugar a la privación del derecho hereditario del que lo haya empleado.

Ahora bien, como cualquier otro vicio de voluntad, la violencia o coacción moral ha de ser debidamente probada, por quien la alega (sentencias de 7 de enero de 1975, 13 de julio de 1981, 14 de marzo de 1988, 13 de octubre de 1990), sin que baste la mera afirmación de que el favorecido por el testamento impugnado tuviere al testador en su connivencia, como aislado y sometido a las presiones domésticas derivadas (sentencia de 13 de octubre de 1990), máxime cuando como en el presente caso se trata de un testa-

mento abierto otorgado ante dos testigos con todos los requisitos legales la que dota de una energética presunción «iuris tantum» de validez que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba de contrario (sentencias de 13 de julio de 1981 y 13 de octubre de 1990).

Quinto: Pues bien, en el presente caso el actor no ha llevado a cabo tal prueba; en primer lugar su afirmación de que el demandado trató de aislar a su madre del resto de familiares se halla huérfana de toda prueba, pues ni tan siquiera en el interrogatorio de preguntas por él presentado se contiene extremo alguno relativo a la señalada cuestión —sin que al efecto pueda servir la pregunta número 2, pues al contestar a la pregunta la testigo doña Matea, hermana de la testadora, cada una. De otro lado, el supuesto aislamiento se comprende mal con su ingreso, en dos ocasiones, en los dos meses anteriores a su fallecimiento, con una duración total de unos 15 días, en el Hospital Miguel Servet, el último de los cuales terminó con su fallecimiento, después de cuatro días de permanencia (folio 56 de los autos).

En segundo lugar, si bien es cierto que la hermana de la finada, al contestar a la pregunta 7 del interrogatorio, afirma que ésta le dijo la expresión que se contiene en el hecho cuarto de la demanda, más arriba transcrito, ello no puede bastar para tener por probada la existencia de violencia moral, pues, de una parte, ésta difícilmente podría mantenerse durante el ingreso en su centro hospitalario, en el que, según afirma la propia actora, la dejaba sola durante largos períodos de tiempo; de otra parte, tampoco se entiende cómo el mismo día en que la testadora comunicó a su hija la realización de un testamento contra su voluntad no se dispuso lo necesario para su revocación, y, finalmente, ha de señalarse que no se contiene en la demanda el acto que la demandada pudiera haber realizado para quebrantar la voluntad de su madre; en cualquier caso, lo endeble de la prueba presentada por la actora en modo alguno puede desvirtuar la presunción de validez que se deriva de un testamento regularmente otorgado, por todo lo cual se impone la estimación del recurso interpuesto.

Sexto: Las costas de primera instancia han de ser impuestas a la actora (artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento civil), sin que proceda pronunciamiento expreso respecto a las costas de esta alzada (artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

SENTENCIA NÚM. 30

S. APZ de 7 de marzo de 1994

682: EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD: RENUNCIA: *La renuncia al derecho expectante de viudedad no implica la renuncia al derecho de viudedad foral.* **681: EL DERECHO DE VIUDEDAD: LIMITACIONES:** *Descendencia anterior: límites al usufructo viudal concurriendo el cónyuge viudo con descendencia del premuerto.* **75. LEGÍTIMAS: LESIÓN DE LA LEGÍTIMA:** *Usufructo viudal: Nulidad parcial de una cláusula testamentaria por lesionar la legítima.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 3º, 73, 75 y 79 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. don José Enrique Mora Mateo.

Doña Trinidad S. A., ante el JPI núm. Nueve de Zaragoza, interpone, en juicio de menor cuantía, demanda en la que deduce acción de petición de herencia contra doña Dolores G. M., viuda de su padre premuerto, solicitando que se declare la nulidad de la viudedad universal concedida a ésta en el testamento de su padre, por haber renunciado ambos consortes en capítulos matrimoniales al derecho expectante de viudedad.

Por sentencia de 1 de septiembre de 1994, el Juzgado estima parcialmente la demanda, declarando la nulidad parcial de una cláusula del testamento por vulnerar la extensión del usufructo viudal de legítima de la actora.

Ambas partes, demandante y demandada, interponen contra dicha sentencia sendos recursos de apelación.

Formado el rollo de la apelación (518/93), la Sección Segunda de la APZ desestima los recursos de apelación interpuestos y confirma íntegramente la sentencia de instancia, en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

30

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: De acuerdo con los documentos públicos obrantes en autos, los hechos relevantes para la solución del litigio son:

a) El 4 de octubre de 1972, el señor San Agustín otorgó testamento, nombrando a su hija natural reconocida, ahora demandante, heredera universal de sus bienes y legó la casa número 25 de la calle Arzobispo Apaolaza, de Zaragoza, a Dolores Murillo, la demandada.

b) El 22 de noviembre de 1982, el señor San Agustín y la señora Murillo, con la que convivía desde 1962, otorgaron capitulaciones acordando régimen económico matrimonial de separación de bienes, para el matrimonio civil que contrajeron el siguiente día 23.

c) El 28 de julio de 1953 los cónyuges citados ampliaron sus capítulos renunciando mutua y recíprocamente, al expectante derecho de viudedad foral aragonés.

d) El 2 de septiembre de 1983, otorgó el señor San Agustín otro testamento, revocando anteriores, instituyendo a su hija Trinidad, la actora, heredera universal.

e) El 26 de enero de 1987 hace el señor San Agustín testamento haciendo legado a su esposa Dolores, del tercio de libre disposición, atribuyendo a la misma derecho foral de viudedad universal con relevación de fianza e inventario, e instituyendo heredera a su hija Trinidad, en el remanente, esto es, en las dos terceras partes del caudal hereditario que constituyen la legítima.

f) Por sentencia de 26 de enero de 1988, se declararon nulas, por simulación, varias enajenaciones que el señor San Agustín hizo a favor de la señora Murillo.

g) El 24 de octubre de 1990, otorgaron los cónyuges escritura adicional de subsanación, de la de 28 de julio de 1983, aclarando que la renuncia al derecho expectante de viudedad se refiere a las transmisiones de bienes hechas en vida de ambos, «conservando el sobreviviente al fallecimiento de cualquiera de ellos, el usufructo viudal aragonés».

h) El 30 de octubre de 1990, otorgó su último testamento el señor San Agustín, revocando los anteriores, y reproduce en él las disposiciones hechas en el anterior de 26 de enero de 1987, adicionando la designación de una finca en el legado de la señora Murillo, y un piso en la institución de heredera de su hija Trinidad.

i) Finalmente, el 29 de diciembre de 1990, murió el señor San Agustín.

Segundo: Si en 1953, los cónyuges renunciaron al derecho expectante de viudedad, el 24 de octubre de 1990 aclararon que ello no implicaba renuncia a la viudedad foral, al usufructo viudal, y el 30 siguiente, otorgó el señor San Agustín, bajo cuya vigencia fallece, atribuyendo a su esposa un legado —el tercio de libre disposición, incluyendo en él cierta finca— y el usufructo viudal aragonés; y a su hija la instituye heredera de los dos tercios de sus bienes. En estos tres documentos queda, pues, clara y expresa la voluntad de los otorgantes, y a ella ha de estarse, en juicio y fuera de él, si no resulta de cumplimiento imposible o contrario a norma imperativa (artículos 3º y 75 de la Compilación de 1967, adaptada a la Constitución por Ley de 21 de mayo de 1985). No ha lugar, en consecuencia, a declarar nula, como pretende la demandante, la atribución de la viudedad universal, en virtud de la previa renuncia al derecho expectante, pues ambos cónyuges dejaron clara, antes de que el señor San Agustín otorgara el testamento que rige su sucesión, que aquella renuncia, en nada impedirá la vigencia, al fallecer uno de ellos, da la viudedad foral. Ambos actos, la aclaración y la disposición testamentaria, no son contrarios a norma imperativa alguna (Título VI del Libro I de la Compilación).

Tercero: El artículo 73 de la Ley Foral establece un límite, éste sí, imperativo, a la extensión del derecho de viudedad —institución familiar, con trascendencia sucesoria, para el supuesto de matrimonio de persona que tuviera descendencia conocida con anterioridad, situación en la que se hallaba el señor San Agustín por tener, antes de casarse con la señora Murillo, una hija natural

reconocida; con la claridad que el precepto adquiere en la Ley de 1985, al sustituir con los términos citados en virtud de la incidencia constitucional del principio de igualdad, los precedentes referidos a hijos de nupcias anteriores. El límite consiste en que el derecho de viudedad no podrá extenderse en tal caso a bienes, porción o cuota de ellos, cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario. El artículo 73 introduce una norma de excepción en la relación viudedad-legítima; para proteger la última, por lo que, el legado del tercio libre a la esposa comprende la parte correspondiente del usufructo de la mitad del caudal; por tanto, el usufructo a que tiene derecho la viuda alcanza a los bienes que se integren en el tercio libre legado, más una sexta parte del total (un cuarto de los dos tercios de legítima). No procede acumular el usufructo de la mitad con el legado del tercio libre, pues el artículo 73 dispone la entrega a la hija de una mitad del caudal sin el gravamen del usufructo, y, si se acumularan, la viuda disfrutaría de cinco sextos de la herencia. Por todo ello, la atribución testamentaria del usufructo viudal sobre los dos tercios de legítima infringe el artículo 73 de la Compilación, pues ese usufructo sólo puede alcanzar a una cuarta parte de los dos tercios de legítima en los que su hija demandante fue instituida heredera.

Cuarto: El legado de parte alicuota y el usufructo viudal se transmiten por el fallecimiento del causante y desde ese momento atribuyen a su adquirente la posesión de los correspondientes bienes —posesión civilísima—, el primero por su naturaleza cuasitereditaria, y el segundo por expresa mención del artículo 79 de la Compilación.

Quinto: Por todo lo anterior, son plenamente ajustados a Derecho los pronunciamientos de la sentencia apelada, tanto los declarativos como los de condena a la entrega de bienes y rendición de cuentas, debiendo desestimarse ambos recursos y confirmarse íntegramente el fallo de primera instancia.

Sexto: Que a tenor de lo dispuesto en el artículo 719 de la Ley de Enjuiciamiento civil, y por la desestimación de los recursos de ambas litigantes, no procede expresa condena al pago de costas.

SENTENCIA NÚM. 31

S. APZ de 20 de abril de 1994

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Reja y red: *Apertura de huecos para recibir luces y vistas desde el otro fondo: meras relaciones de vecindad. La falta de reja y red en los mismos no es signo aparente de servidumbre que permita su adquisición por prescripción de la misma. Prescripción: no prescribe la facultad del dueño del predio colindante para exigir la protección de aquellos huecos.* **84: SERVIDUMBRES: DE VERTIENTE DE TEJADO:** *Servidumbre de vertiente de tejado.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 144.1 y 145 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Joaquín Cereceda Marquinez.

Don Carmelo C. D., ante el JPI núm. Uno de Calatayud, interpone demanda, en juicio verbal, solicitando que se cubran de reja y red los huecos abiertos en la pared de los demandados, así como una acción negatoria de servidumbre de vertiente de tejado, contra los cónyuges don Gabriel Z. L. y doña Carmen G. S., quienes alegan tener constituida sobre el fundo del actor sendas servidumbres de luces y vistas y de vertiente de tejado.

Por sentencia de 2 de marzo de 1994, el Juzgado estima parcialmente la demanda interpuesta, condenando a los demandados a proveer de reja y red los huecos abiertos.

Los demandados apelan la sentencia de instancia, solicitando que sea revocada la misma. El actor-apelado, solicita la confirmación de la sentencia de instancia.

Formado el rollo de la apelación (232/94), la Sección Segunda de la APZ, estima en parte el recurso de apelación interpuesto, confirmando la sentencia de instancia, a la que se ha de añadir el pronunciamiento de declarar existente una servidumbre de vertiente de tejado en favor de los apelantes. Todo ello, en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida, y

Primero: Son suficientes y claros los argumentos de la sentencia recurrida para estimar que la apertura de huecos en el edificio de los demandados para recibir luces y vistas a través del fundo del actor no supone una servidumbre sino el ejercicio del régimen normal de las relaciones de vecindad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 144.1º de la Compilación del Derecho civil de Aragón. Por otra parte, y de acuerdo con el artículo 145 de la misma Compilación, únicamente los voladizos que caigan sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas; y como tales voladizos no existen en el edificio perteneciente a los demandados-apelantes ni en el actual ni en el anterior, debe declararse inexistente esa servidumbre.

Segundo: Al ser constitutivo la apertura de huecos para luces y vistas del régimen normal de relaciones de vecindad, y no de servidumbre, dichos huecos deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente, sin que su falta, al no ser signo aparente de servidumbre, permita la adquisición por prescripción de la servidumbre; tampoco prescribe la facultad del dueño del predio colindante para exigir aquella protección de los huecos, con arreglo a la regla «in facultativis non datur praescriptio» — sentencias del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1942 y 31 de enero de 1967—.

Tercero: La sentencia recurrida ha reconocido la existencia de la servidumbre de vertiente de tejado a favor del predio de los demandados sobre el del actor, limitándose a desestimar la acción negatoria de tal servidumbre planteada en la demanda. Pero ha de tenerse en cuenta que los demandados, en el juicio verbal, solicitaron que se reconociese que la casa de su propiedad es predio dominante de la servidumbre de vertiente de tejado sobre la casa propiedad del actor, y este pronunciamiento debió ser acogido por la sentencia recurrida como consecuencia inmediata de la desestimación de la acción negatoria; sin que pueda oponerse que tal pretensión no fue tramitada como recurso convencional, pues tratándose de un juicio verbal, en el que las alegaciones de las partes y las pruebas se concentran en un solo acto, sin que exista un orden estricto en la intervención de las

partes, el Juez, en su sentencia, debe resolver todas las cuestiones planteadas por los litigantes en ese juicio, sin atender a formulismo alguno, siempre que alguna de las partes no se haya visto privada de su derecho a la defensa. En este aspecto, procede estimar el recurso de apelación.

Cuarto: No existen méritos para hacer declaración sobre las costas de ambas instancias.

SENTENCIA NÚM. 32

S. APZ de 25 de abril de 1994

6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: PASIVO: DEUDAS DE GESTIÓN: *Terceria de dominio interpuesta por un cónyuge sobre inmueble perteneciente al consorcio conyugal; no se le reconoce legitimación en calidad de tercerista; falta de acreditación de la naturaleza de la deuda; responsabilidad de los bienes comunes por deudas de gestión.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 41.5 y 42.2 Comp.; 1.462.4 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Pedro Antonio Pérez García.

Don Andrés B. O. ante el JPI núm. Diez de Zaragoza, interpone en autos de pieza separada terceria de dominio dimanantes de juicio ejecutivo, contra «BBVSA» y doña Amalia C. A., por el embargo trabado sobre un inmueble perteneciente al consorcio conyugal, en virtud de una deuda privativa de la esposa.

Por sentencia de 28 de octubre de 1993, el Juzgado desestima la demanda interpuesta.

El actor apela la sentencia de instancia.

Formado el rollo de la apelación (695/93), la Sección Segunda de la APZ desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia de instancia, en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada, y

Primero: El tercerista en el presente procedimiento reivindica un piso propiedad de la sociedad de gananciales que ha sido embargado a su esposa, en juicio ejecutivo, en razón a una deuda que se dice propia de la misma, contraída por motivos desinteresados en favor de un tercero y sin consentimiento ni conocimiento del accionante; en la sentencia de instancia se desestima aquella pretensión, al negar a quien la ejercita la condición de tercero, que constituye cualidad de concurrencia ineludible en quien promueve esta clase de pleitos, con cita de la doctrina jurisprudencial constituida por las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 1984 y de 20 de enero de 1988, entre otras; el anterior criterio deber ser mantenido en esta alzada, pues no puede ejercitar la tercera de dominio un cónyuge por el hecho de ser ganancial el inmueble sobre el que se trabó el embargo, en tanto no se halle disuelta la sociedad, porque entre tanto sólo tiene un derecho expectante que se hará efectivo cuando se liquide aquélla, y ni siquiera en el supuesto de que con posterioridad al embargo se haya procedido a la disolución, por razón de que el dominio tiene que ser actual, reuniendo además las características de exclusivo y excluyente, lo que es obvio no concurre en el supuesto que se examina; y en todo caso, habida cuenta de la falta de acreditación del origen o naturaleza de la deuda para cuyo aseguramiento se prestó la fianza determinante del embargo, dada la contestación evasiva que se contiene en la posición primera absuelta por el actor, a iniciativa del Banco demandado, la deuda sería a cargo de la sociedad conyugal, en aplicación de los artículos 41.5^a y 42.2 de la Compilación aragonesa, en relación con el artículo 1.462.4^a del Código civil; por lo demás, la referida solución es la adoptada por las más recientes sentencias del Tribunal Supremo (sentencias de 14 de junio de 1988, 21 de junio y 31 de octubre de 1989, 2 de abril, 26 de junio y 30 de noviembre de 1990, y 29 de diciembre de 1993).

Segundo: Desestimando el recurso, las costas de la alzada serán de imponer a la parte que lo ha promovido, aplicándose el artículo 710.2 de la Ley de Enjuiciamiento.

SENTENCIA NÚM. 33

S. APZ de 10 de mayo de 1994

661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL: MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL: Inoponibilidad a terceros: La modificación del régimen económico matrimonial no afecta a los derechos ya adquiridos por terceros.
6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: PASIVO: DEUDAS POSTERIORES PRIVATIVAS: Responsabilidad por bienes comunes de las deudas posteriores a la celebración del matrimonio de uno de los cónyuges.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 46.1 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Javier Seoane Prado.

Don Alfredo V. A., ante el JPI núm. Siete de Zaragoza, interpone demanda deducida en juicio de menor cuantía contra los cónyuges doña María Dolores Soledad L. B. y don Pedro Enrique Félix G. B., reclamando a ambos la cantidad adeudada por la venta que les hizo de un local para taller de confección, siendo en ese momento el régimen económico matrimonial de los compradores el legal aragonés. Los demandados alegan la modificación del régimen económico matrimonial y el de la deuda privativa de la esposa.

Por sentencia de 12 de noviembre de 1993, el Juzgado estima íntegramente la demanda y declara la responsabilidad de todos los bienes que en el momento de la venta fueran comunes de los cónyuges.

Los demandados apelan la sentencia de instancia.

Formado el rollo de la apelación (707/93), la Sección Quinta de la APZ desestima el recurso interpuesto y confirma la sentencia de instancia en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida, y

Primero: La sentencia recurrida merece ser confirmada por sus propios y acertados fundamentos.

En ella se rechaza con acierto el único motivo de oposición, la excepción perentoria de cosa juzgada, pues en los pleitos anteriores se trataba de las reclamaciones a la demandada señora Lozano, de las sumas que se había comprometido a pagar en concepto de precio en el contrato de compraventa del taller de confección, de fecha 15 de marzo de 1988, mientras que el objeto del presente juicio es la pretensión de que se reconozca que tal deuda era de cargo de la sociedad conyugal que la demandada integra con su marido, con anterioridad a que se otorgaran nuevas capitulaciones matrimoniales, mediante escritura pública de fecha 2 de abril de 1990, por lo que no se da la identidad que exige el artículo 1.252 del Código civil.

Segundo: Con posterioridad al escrito de contestación a la demanda, los demandados niegan que la deuda contraída por la esposa en el aludido contrato tenga carácter común, afirmando que es privativa de ella.

Sobre tal extremo se pronuncia con acierto la Juzgadora «a quo» en el párrafo 2º del Fundamento jurídico número 2º, a cuyos argumentos tan sólo puede añadirse lo dispuesto en el artículo 46.1 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, a tenor del cual, aun cuando se admitiera el carácter privativo de la deuda contraída por la mujer en el repetido contrato, gravan los bienes comunes ante la insuficiencia de los bienes privativos a aquéllos, pues dispone que «las deudas posteriores privativas gravan los bienes del cónyuge deudor, y siendo éstos insuficientes, al patrimonio común», por todo lo cual debe ser rechazado.

Tercero: Las costas de esta alzada han de ser imputadas a los recurrentes (artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 46 Comp. y 1.344, 1.347, 1.361 y 1.373 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don José Esteban Rodríguez Pesquera.

Doña Rosa G. S., ante el JPI núm. Once de Zaragoza, interpone demanda en pieza separada de tercera de dominio dimanante de juicio ejecutivo, contra la compañía mercantil «BZSA» y contra don Antonio Manuel V. G., solicitando que se levante el embargo sobre la mitad indivisa de un inmueble por pertenecer dicho bien al consorcio conyugal, y haberse procedido a su embargo, con posterioridad a la muerte del marido.

Por sentencia de 15 de marzo de 1994, el Juzgado desestima la demanda, manteniendo el embargo sobre la totalidad del bien.

La parte actor apela la sentencia de instancia, solicitando su revocación.

Formado el rollo de la apelación (222/94), la Sección Quinta de la APZ desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia de instancia, en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada, y

Primero: Con el presente recurso se combate una sentencia que, no dando lugar a la tercería de dominio promovida por la actora y ahora apelante, señora Gallizo Sáez, no mandó alzar el embargo sobre una mitad indivisa de determinado inmueble que, en su totalidad, fue objeto de traba en juicio ejecutivo instado por el «Banco Zaragozano, S. A.», contra los herederos de don Antonio Vázquez Ureñas; como motivo del recurso se alega que el embargo se trabó con posterioridad al fallecimiento del mentado señor (Vázquez Ureñas) y que, habiendo disuelta (*sic*), por el solo hecho de su muerte, la sociedad conyugal que tenía formada con su esposa, la actora señora (Gallizo Sáez), no se puede mantener el embargo sobre la mitad indivisa de un inmueble adquirido constante matrimonio, cuya mitad indivisa ya corresponde,

SENTENCIA NÚM. 34

S. APZ de 28 de junio de 1994

6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: PASIVO: *Tercería de dominio interpuesta por un cónyuge sobre inmueble perteneciente al consorcio conyugal; no procede alzar el embargo sobre la mitad indivisa de un inmueble común dada la naturaleza de la sociedad conyugal.*

como bien ganancial, a la actora desde el mismo momento del óbito de su esposo, todo ello con más razón si se tiene en cuenta que el juicio ejecutivo en el que el bien fue trabado deriva de una deuda privativa de su difunto esposo.

Segundo: Pero el recurso debe ser desestimado conforme al criterio de esta Sala, que ya quedó expuesto en la resolución que dictó en fecha 21 de febrero de 1994 y que es del siguiente tenor: De un estudio conjunto de los artículos 1.344, 1.347, 1.361 y 1.373 del Código civil, así como del artículo 46 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, se pueden extraer las siguientes conclusiones: el patrimonio común de los distintos bienes que integran la sociedad conyugal pertenecen en proindiviso a los cónyuges, y cuando uno de ellos, sin intervención ni consentimiento del otro, contrae una deuda, aun cuando la misma no beneficie a la sociedad conyugal, en las relaciones entre el cónyuge contratante y los terceros, aparecerá interesado también el esposo no contratante debido a su coparticipación en la comunidad conyugal y habrá que tratar de cohonestar los derechos que el tercero como acreedor pueda ostentar sobre el patrimonio común con los del otro cónyuge no interviniente. Ahora bien, la división del derecho de los cónyuges sobre cada bien común es puramente imaginaria y no puede aplicarse inmediatamente a la cosa, quedando en el ámbito abstracto del derecho con una división meramente intelectual o ideal; en definitiva, como nos enseña el Tribunal Supremo en varias sentencias, entre ellas la de 29 de diciembre de 1987, el consorcio matrimonial, no atribuye a cada cónyuge la propiedad de la mitad de los gananciales, porque para saber si éstos existen o no, es precisa la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse en pago de él la consiguiente adjudicación de bienes, no teniendo el cónyuge, hasta entonces, más que un derecho expectante. Por ello, como quiera que el embargo de la totalidad del bien inmueble se practicó en 11 de noviembre de 1992 y la liquidación de la sociedad conyugal, formada por don Antonio Vázquez Ureñas y doña Rosa María Gallizo Sáez, no tuvo lugar hasta que se otorgó la escritura pública de fecha 15 de febrero de 1993, es obvio que

hasta la firma de ese instrumento no hubo una concreta atribución de bienes que fueron gananciales, o de partes indivisas de los mismos, a la esposa, y, en consecuencia, el embargo trabado sobre la totalidad de un inmueble adquirido constante matrimonio se ajustó a Derecho y no hay razón alguna para mandar alzar el embargo sobre una mitad indivisa de ese inmueble.

Tercero: Por todo lo expuesto procede, previa desestimación del recurso, confirmar la sentencia impugnada, así como imponer a la apelante las costas de la presente alzada, tal como establece el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA NÚM. 35

S. APZ de 9 de julio de 1994

83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRES: *Aplicación del artículo 541 Cc. 5: FUENTES: CÓDIGO CIVIL: Derechos reales: Servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia: se ha de considerar aplicable a Aragón el artículo 541 Cc., si bien integrado en las peculiaridades del Derecho Aragonés; son signos aparentes de servidumbre, a los efectos del artículo 541 Cc., los que reconoce como tales la Comp. en el artículo 148. No ha lugar a este tipo de servidumbre, pues, al enajenarse un único dominio en dos titularidades distintas no había signo alguno de servidumbre de luces y vistas, según lo que por estos se entiende en la Comp.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Observancia 6ª, Aqua pluviali arcenda; art. 37, Anteproyecto Comp., de 1962; art. 143, proyecto CGDC 1965; arts. 1.2, 3.1, 144, 145, 148 Comp.; art. 541 Cc.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Joaquín Cereceda Marquín.*

Doña Josefina M. S., ante el JPI núm. Trece de Zaragoza, interpone demanda, en juicio declarativo de menor cuantía, contra don Manuel V. P., deduciendo en la misma acción confesoria de servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia.

Por sentencia de 9 de marzo de 1994, el Juzgado desestima la demanda formulada por la actora.

La parte actora apela la sentencia de instancia, solicitando su revocación, así como el reconocimiento de su derecho.

Formado el rollo de la apelación (204/94), la Sección Segunda de la APZ desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia de instancia, en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia recurrida que no se opongan a los de esta resolución, y

Primero: La cuestión planteada por los litigantes en este proceso se refiere a qué debe entenderse «como signo aparente de servidumbre —de luces y vistas— entre dos fincas» en Aragón, a los efectos de su constitución por disposición del padre de familia y al amparo del artículo 541 del Código civil.

Un sector de la doctrina científica, y en la que se apoya la actora, opina que cuando el artículo 145 de la Compilación aragonesa, después de establecer que los voladizos en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas y que no lo son la falta de protección señalada en el artículo 144, ni tampoco los voladizos sobre fundo propio, manifiesta que «queda a salvo lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil», no se está refiriendo a la aplicación de ese precepto en Aragón, por ser ello obvio conforme al artículo 1.2 de la misma Compilación, por lo que se impone una interpretación coherente con el resto del precepto, en el sentido de que «al voladizo en suelo propio o la falta de defensas dentro de la distancia legal, no son signos aparentes sino en la medida en que, como tales, los considere al Código para la adquisición en Aragón por disposición del padre de familia», como de una manera explícita se decía en el Anteproyecto de Compilación de la Comisión de Jurisconsultos Aragoneses de 1962, cuando el párrafo tercero del artículo 37 establecía que «no obstante, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil, serán signos aparentes los que determine dicho Código», es decir, los

artículos 532, párrafo cuarto, y 580 a 585, todos ellos del Código civil.

Segundo: La remisión que hace el artículo 145 de la Compilación aragonesa al artículo 541 del Código civil en materia de servidumbre de luces y vistas, no es tan obvia como se dice por aquel sector de la doctrina y por la apelante, ya que, si bien es cierto que el Anteproyecto de Compilación del año 1962, como se ha dicho, contenía una remisión a los preceptos del Código civil que regulaban los signos aparentes de las servidumbres en general y especialmente los de las luces y vistas hay que tener en cuenta que un Anteproyecto de fecha posterior, de la Comisión General de Codificación, del año 1965, en su artículo 143 se hacía inaplicable en Aragón la adquisición de servidumbre de luces y vistas al amparo del artículo 541 del Código civil, cuando decía que «los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas, salvo para lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil. No lo son la falta de protección señalada en el artículo anterior, ni tampoco los voladizos sobre fundo propio». La vigente Compilación sigue una tercera vía para la aplicación en Aragón del artículo 541 del Código civil cuando se refiere a la adquisición de la servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia: ni una remisión al Código civil para la apreciación de los signos aparentes de servidumbre como hacía el proyecto del año 1962, ni la inaplicabilidad de aquel precepto referido a la servidumbre de luces y vistas, como pretendía el proyecto de 1965, sino la vigencia del artículo 541 en Aragón, pero respetando su peculiar derecho en la regulación de los signos aparentes de servidumbres de luces y vistas.

Tercero: Conforme al artículo 1.2º de la Compilación aragonesa, sólo se aplicará el Código civil y las demás disposiciones constitutivas del Derecho general español, cuando no existan disposiciones de la Compilación integradas con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspire su ordenamiento jurídico. Y ha sido principio tradicional, inspirador del Derecho Aragonés, ya recogido en la Observancia «De aqua pluviæ arcenda» (sic), la posibilidad de disfrutar de la posesión ajena con

tal de no hacer daño al poseedor, y que en pared medianera —y posteriormente también en la propia— se pueden abrir huecos para luces y vistas, lo que no impide que el vecino de la casa pudiera cerrar aquellas edificando a mayor altura. Por ello, salvo disposición expresa de la Compilación, serán signos aparentes de servidumbres de luces y vistas, a los efectos del artículo 541 del Código civil, aquellos que determine dicha Compilación. Al estimar esta Sala que las normas del Derecho civil de Aragón no contienen aquella remisión específica al Código Civil y que por lo tanto sólo son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas las especificadas en el artículo 145 de la Compilación, realiza una interpretación de dicho precepto según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto y los antecedentes históricos y legislativos, de acuerdo con las normas interpretativas del artículo 3.1 del Código civil.

Cuarto: Finalmente, una interpretación del citado artículo 145 de la Compilación en la forma que pretende la recurrente, por desconocer la tradición jurídica aragonesa en materia de luces y vistas y regular sus signos aparentes de forma distinta según se refiera a su adquisición por usucapación o por destino del padre de familia, produciría una grave inseguridad jurídica, porque no todos los huecos para luces y vistas en pared divisoria de fundos, con o sin protección, serían simple manifestación de una relación de vecindad, como la conciencia jurídica de los aragoneses así los aprecia desde hace varios siglos.

Quinto: En consecuencia a pesar de que en la pared divisoria del inmueble, perteneciente a la actora, con el fundo del demandado, exista una ventana desprovista de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante, y que tal ventana estuviese abierta cuando ambos inmuebles —que pertenecieron a un mismo dueño— se enajenaron, no se constituyó una servidumbre de luces y vistas al realizarse tal enajenación al amparo del artículo 541 del Código civil, ya que no concurría el requisito necesario de existencia, al separarse los dominios, de un signo aparente de servidumbre por no constituir la falta de aquella protección, conforme a lo

dispuesto en el artículo 145 de la Compilación del Derecho civil de Aragón; por ello procede confirmar la sentencia recurrida con condena a la apelante al pago de las costas de este recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

SENTENCIA NÚM. 36

S. APZ de 11 de julio de 1994

682: EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUEDAD: EXTINCIÓN: *Adquisición de un bien privativo sin que mediasse por parte del otro cónyuge renuncia al derecho expectante de viudedad. Extinción del derecho expectante de viudedad respecto del esposo no enajenante: para tal acción sólo está legitimado el cónyuge titular del bien privativo, siempre que su cónyuge se negara a la renuncia por motivos injustificados.*
6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: PASIVO; 6633: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: GESTIÓN: **GESTIÓN DE LOS BIENES PRIVATIVOS. Responsabilidad:** *El demandando apelado vende un inmueble privativo, haciéndose cargo de los gastos de comunidad los compradores, siendo esta deuda a cargo del vendedor. De la reintegración de la misma a los compradores responde el patrimonio privativo del cónyuge deudor.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 76 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Julián Carlos Arqué Bescós.

Don Pablo B. G., ante el JPI núm. Nueve de Zaragoza, interpone demanda en autos seguidos en juicio de menor cuantía, contra los cónyuges dos Francisco N. U. y doña Emilia H. B., deduciendo acción por la que se declare extinguido el derecho expectante de viudedad del cónyuge no enajenante sobre un bien adquirido por el actor y reclamación de cantidad.

Por sentencia de 24 de enero de 1994, el Juzgado desestima la demanda, sin entrar a conocer sobre el fondo, por considerar defectuosamente efectuada la acumulación de acciones.

La parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia.

36

Formado el rollo de la apelación (122/94), la Sección Segunda de la APZ estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto, revocando la sentencia de instancia en sentido de condenar al marido demandado al pago de la cantidad reclamada más los intereses legales devengados desde la demandada, absolviendo a la demanda del resto de los pedimentos solicitados. Todo ello con base en los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Habiendo acumulado la parte actora en su demanda en primera lugar una acción de reclamación de cantidad por gastos comunitarios abonados por aquélla frente a los codemandados, los cuales habían poseído el piso del cual derivaba la cuota comunitaria hasta el 7 de febrero de 1987 fecha de entrega de las llaves junto con una acción ejercitada frente a la demandada señora Huguet, para que se declare extinguido su expectante derecho de viudedad foral sobre el piso litigioso, la sentencia de instancia considera defectuosamente efectuada la acumulación de acciones al amparo de lo dispuesto en el artículo 156 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Segundo: Contrariamente a lo afirmado por la resolución recurrida las acciones acumuladas frente a los codemandados ni son incompatibles entre sí (artículo 153 de la L. E. C.) ni tampoco puede decirse en puridad que no procedan del mismo título (artículo 156 de la L. E. C.), pues las acciones referidas tienen su origen en la compraventa del piso en litigio, aparte de la ya tradicional flexibilidad que para el régimen de las acumulaciones de acciones viene admitiendo el Tribunal Supremo, que en alguna medida implicaría entender lo contrario, una cierta denegación del derecho constitucional la tutela judicial efectiva (artículo 24.1) que debe eludir cualquier formalismo estéril (sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 1993) no pudiéndose amparar situaciones de obstruccionismo y oclusión procesal (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1990, 8 de octubre de 1991, 10 de octubre de 1991 y 5 de abril de 1993), por lo que procede estimar el recurso entrando a conocer del fondo del litigio.

Tercero: Respecto a la primera cuestión, habiéndose entregado el piso litigioso al actor en febrero de 1987 y habiéndose hecho cargo aquél de los gastos comunitarios ante el requerimiento y reclamación judicial de la Comunidad en la cantidad ahora reclamada, se hace evidente la necesidad de estimar la demanda en la cantidad de 42.023 pesetas e intereses legales, si bien al tratarse de un bien privativo del demandado señor Navarro procede absolver a la codemandada señora Huguet conforme dispone el artículo 46.1 de la Compilación General de Aragón.

Cuarto: Solicita la parte actora igualmente se acoja a través de lo que dispone el artículo 76 de la Compilación General de Aragón la renuncia al derecho expectante de viudedad foral sobre el piso en litigio, pretensión que en modo alguno puede ser acogida, pues tratándose de un derecho personalísimo que con anterioridad a la vigente redacción del precepto no podía ser suplantada su renuncia a través de la intervención judicial, es evidente que el ejercicio de esta renuncia subsidiaria sólo puede ser utilizada por el titular del bien privativo cuyo consorte se negara por motivos injustificados a la renuncia al derecho expectante de viudedad aspecto que bien pudo ser tenido en cuenta en el momento de realizarse la compraventa pero que mal puede imponer el actual adquirente del piso al tratarse de un derecho personal de la codemandada y no concurrir el presupuesto fáctico del artículo 76 de la Compilación, por lo que procede desestimar la demanda en este punto.

Quinto: Que al estimarse parcialmente la demanda y el recurso, no procede especial imposición de las costas de ambas instancias.

SENTENCIA NÚM. 37

S. APZ de 18 de julio de 1994

714: BENEFICIO LEGAL DE INVENTARIO: RESPONSABILIDAD POR LEGADOS: Nombramiento de heredero universal con la carga de pagar un legado. Este excede del caudal relicto de la herencia. Beneficio de inventario: el heredero sólo responde por legados hasta donde alcance el caudal relicto.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 138 Comp. y 859, 886, 1.026 y 1.032 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don José Esteban Rodríguez Pesquera.

Don Enrique R. M., ante el JPI núm. Once de Zaragoza, interpone acción en juicio de cognición deduciendo acción de reclamación de cantidad (351.348 pesetas), exigiendo el pago total de su legado (500.000 pesetas), pues el heredero sólo le ha entregado una parte del mismo (148.652 pesetas) al no haber más bienes en el caudal relicto.

Por sentencia de 2 de diciembre de 1993, el Juzgado desestima la demanda.

El demandante apela la sentencia impugnada, solicitando la revocación de la misma.

Formado el rollo de la apelación (11/94), la Sección Quinta de la APZ estima en parte su pretensión al demostrarse que en el caudal relicto había 1.375 pesetas, por las que se condena a su entrega al demandado-apelado, pero a nada más, pues no consta la existencia de más bienes en el haber hereditario, tras haber sido pagados a los acreedores del causante. Todo ello en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los dos primeros Fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada, se rechaza, en parte, el tercero, y totalmente el cuarto, y

Primero: Como único motivo del recurso de alega que el demandado, instituido heredero universal de doña Rita Cabello Ferruz, tenía bienes suficientes para pagar totalmente el legado de 500.000 pesetas que aquella ordenó testamentariamente abonar a su nieto don Enrique Riazuelo Menéndez, actor y ahora apelante, por lo que es improcedente que el demandado sólo haya entregado al actor la suma de 148.652 pesetas.

Segundo: El recurso sólo puede ser acogido en parte. En efecto, conforme a los artículos 859, 886, 1.026, 1.032 del Código civil, y al artículo 138 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, el heredero sólo está obligado a pagar los

legados que le impongan hasta donde alcance para ello el caudal relicto; afirmando el demandado que a la muerte de la causante solamente dejó un capital de 453.889 ptas, y que después de pagar las deudas hereditarias solamente quedaba un caudal relicto de 148.652 pesetas que entregó al legatario, correspondía a éste, es decir, al actor y ahora apelante, el probar que la causante dejó un capital mayor que el expresado y que ello permite al heredero entregarle 351.648 pesetas, que es lo que resta hasta completar las 500.000 pesetas, importe fijado para el legado. Sin embargo, no lo logra, excepto en la pequeña cantidad de 1.375 pesetas, importe del saldo existente, en la fecha de su fallecimiento, en una tercera libreta de ahorro abierta a nombre de doña Rita Cabello, y que involuntariamente, o a propósito, dejó de computar el demandado para determinar el capital dejado por la causante, mientras sí que computó los saldos, que en la misma fecha, existían en otras libretas de ahorro de la misma titular y que respectivamente eran de 422.226 pesetas y de 31.663 pesetas. En modo alguno el actor ha probado, ni lo ha intentado siquiera, que las ventas de inmuebles que la mentada Rita Cabello realizó a favor de su hijo, cinco años antes, el ahora demandado, fueran donaciones encubiertas.

Tercero: En resumen, acreditado que después de pagadas las deudas hereditarias y entregadas 148.652 pesetas por el heredero al legatario, queda un capital relicto de 1.375 pesetas, y que el legatario no tiene percibida la totalidad del importe del legado, procede revocar la sentencia impugnada y, acogiendo en parte el recurso de apelación interpuesto, dictar nueva sentencia por la que, estimando parcialmente la demanda, se condene al demandado, señor Riazuelo Cabello, a pagar al actor, señor Riazuelo Menéndez, la suma de 1.375 pesetas.

Cuarto: Conforme al artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento civil y en atención a la estimación parcial de la demanda, cada parte abonará las costas del juicio que a su instancia se hayan causado, y las comunes por mitad. El acogimiento, aun en parte, del recurso, veda un expreso pronunciamiento sobre las costas de la presente alzada.

38

SENTENCIA NÚM. 38**S. APZ de 23 de julio de 1994**

84: SERVIDUMBRES: DE PASO:
Usucapión: Servidumbre de paso. Posibilidad de adquisición por prescripción de esta servidumbre: necesidad de probar el tiempo para su adquisición; no basta como signo aparente de servidumbre la apertura de puertas al fundo colindante cuando el paso está obstaculizado por vallas.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 147 Comp., 538, 564 y 1.214 Cc. y 523.1 Lec.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Pedro Antonio Pérez García.

La sociedad «BSL», ante el JPI núm. Diez de Zaragoza, interpone en juicio de menor cuantía, acción negatoria de servidumbre de paso, contra don José María C. G., doña Yolanda C. O., la «Sociedad Municipal de la Vivienda, S. L.», y contra la herencia yacente y los herederos desconocidos de don Pedro C. L., reconvinendo doña Yolanda C. O., alegando la adquisición de la servidumbre de paso por usucapión.

Por sentencia de 23 de diciembre de 1993, el Juzgado, desestimando la prescripción y las excepciones alegadas por los demandados y la reconviniente, estima la demanda declarando que la finca del actor está libre de cargas, condenando en costas a los demandados a excepción de la «Sociedad Municipal de la Vivienda, S. L.».

La parte reconviniente así como la actora, interponen recurso de apelación contra la sentencia dictada.

Formando el rollo de la apelación (177/94), la Sección Quinta de la APZ desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia de instancia, acogiendo el recurso interpuesto por la sociedad «BSL», contra la misma sentencia, revocando ésta en punto a imponer las costas de la primera instancia también a la «Sociedad Municipal de la Vivienda, S. L.». Todo ello con base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la sentencia apelada, exceptuando el noveno, que se rechaza, y

Primero: Dos observaciones deben hacerse, con carácter previo: la primera de ellas consiste en recordar cómo la servidumbre de paso debe catalogarse como discontinua y aparente (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1954, 10 de enero de 1957, 30 de octubre de 1959, 22 de noviembre de 1963, 4 de noviembre de 1992, 30 de abril de 1993, entre otras), por lo que, si de conformidad con la normativa dispuesta en el artículo 538 del Código civil no es posible su adquisición por prescripción, ello por el contrario es factible según lo que se dispone en el artículo 147 de nuestra Compilación aragonesa; la segunda pasará por señalar que la acción ejercitada negatoria de servidumbre es aquella que tiende a que se declare que la consta no está realmente sometida al derecho que otro ejerce sobre aquella y que se haga cesar tal ejercicio, admitiéndose de forma inquestionable que mientras que el actor debe justificar su derecho de propiedad sobre el fundo en cuyo beneficio acciona y que el demandado le perturba en su derecho mediante actos con pretensión de ostentar algún derecho real, es al demandado a quien le incumbe demostrar la existencia de la servidumbre o derecho real pretendidos, al ser principio de Derecho que la propiedad se presume libre y que quien sostiene, la existencia de limitaciones a la misma es quien debe probarlas, según se recuerda en constante jurisprudencia, que por conocida resulta de innecesaria cita.

Segundo: Expuesto lo anterior, en el presente caso la entidad actora entabla la indicada acción, mientras que los demandados afirman haber adquirido la servidumbre por aquel título de prescripción, o bien alegan la existencia de una servidumbre legal de paso, al encontrarse su heredad entre fincas ajenas y sin salida a vía pública; la titularidad dominical de la finca es justificada por la actora con la presentación con la demanda de la documentación necesaria, correspondiendo, pues, a los demandados acreditar el nacimiento de la servidumbre; la prueba practicada no permite afirmar la existencia de este segundo hecho, dado que si en principio podría sostenerse ciertos signos exteriores reveladores de su uso, entendiendo por tales aquellos, perma-

nentes instrumentales e inequívocos que revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto de otro, cuya constatación por cierto sólo debe corresponder al Juzgador por su carácter jurídico, y no a los peritos que informan en el procedimiento al no pertenecer a su ámbito competencial propio, como pueden ser aquellas las puertas abiertas en la parte trasera de las edificaciones de los demandados, no es menos cierto que dicho signos quedan con exclusividad limitados a estas puertas, puesto que el paso que se dice adquirido se hace de difícil percepción sobre el solar al existir hierbas y piedras, reveladoras de la circulación ocasional de los vehículos que son encerrados en aquellas cocheras, según es de ver por el contenido del acta de reconocimiento judicial, y fotografías traídas con la demanda, pero sin presentar la relevancia necesaria demostrativa de su utilización durante el tiempo marcado en la Compilación, sobre cuyo extremo no se ha practicado prueba alguna, en cuanto que la prueba pericial de anterior referencia subraya que aquellos huecos no son de reciente construcción, pero no se concreta su fecha aproximada, ni existe dato alguno por el que su necesaria antigüedad pueda deducirse, cuando además la utilidad de aquellas posibles cocheras iniciales no queda en modo alguno aclarada, más aún cuando el testigo de la actora, señor Ferrer —persona carente, en principio, de posibles intereses en el asunto en litigio—, expresa que en su momento procedió a vallar todo el terreno de la demandante, por lo que aquel posible paso quedó, desde luego, obstaculizado, según es de ver también con el documento número diez de los aportados con la demanda, sin que la posible coincidencia de las declaraciones de los testigos de las demandas permita sentar la conclusión contraria, teniendo en cuenta además la doctrina jurisprudencial de reciente elaboración (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1987, entre otras, y sentencia de la Audiencia de Sevilla, de 17 de febrero de 1994) en la que se sostiene que la prueba corresponde aportarla a la parte que mayor facilidad o disponibilidad tiene para conseguirla, sin por ello descuidar la tradicionalmente formada en torno al «onus probandi»,

según las reglas contenidas en el artículo 1.214 del Código, y en este caso ninguna duda cabe que los demandados podían haber acreditado la fecha de construcción de esos pretendidos garajes, demostrando así desde cuando éstos han sido utilizados con invocación de la documentación necesaria, lo que no han hecho; por todo ello, debe concluirse con la afirmación de que el tiempo impuesto por aquel artículo 147 de la Compilación no queda probado, y, por lo mismo, la servidumbre no puede afirmarse se haya obtenido por prescripción.

Tercero: Tampoco existen los requisitos necesarios para que pueda afirmarse la existencia de una servidumbre legal de paso, según lo que al respecto se establece en los artículos 564 y siguientes del Código civil; ni se establece la indemnización que debería abonarse conforme al párrafo segundo de aquel artículo por el uso permanente del paso, ni el trazado que éste debe seguir, ni su anchura, ni con propiedad queda acreditada con la documentación precisa que las fincas queden enclavadas entre otras de ajena pertenencia; ni siquiera el concepto de «necesidad» queda perfectamente delimitado, pues, al decir del Tribunal Supremo (Sentencias de 26 de febrero de 1927 y 6 de enero de 1958), la necesidad ha de ser real, y no ficticia ni artificiosa, debidamente probada, que justifique y legitime la acción de la Ley respecto del derecho de propiedad.

Cuarto: Por el contrario, no ha de aceptarse el razonamiento que se contiene en el considerando noveno de la recurrida, al imponer las costas procesales causadas por la actuación en el juicio de la entidad «Sociedad Municipal de la Vivienda, S. L.», a la actora, razonándose sobre que dicha parte manifestó en su momento su voluntad de no oponerse a la pretensión actora, según se aprecia el documento décimo primero del escrito de demanda, pues, de conformidad con esta primera declaración hubiera procedido que, entablada la acción para negar la existencia de la servidumbre, esta sociedad se hubiera aquietado con la pretensión actora, mostrando su conformidad a través del oportuno allanamiento, pero no se siguió este comportamiento procesal acorde con lo manifestado, y antes por el contrario se formuló oposi-

ción afirmándose la existencia de la servidumbre y dándose así lugar al planteamiento del pleito, por cuya argumentación no hay razón alguna que permita alterar el mandato claro y terminante que se formula en el artículo 523.1 de la Ley de Enjuiciamiento, en cuyo punto concreto la sentencia de instancia ha de ser revocada, acogiendo el recurso interpuesto por la actora, imponiéndose a esta demandada las costas causadas.

Quinto: Conforme a lo que precedentemente se ha expuesto, las costas de esta alzada serán de imponer a las demandadas recurrentes, exceptuándose en las costas causadas por el recurso de la sociedad actora, respecto del cual no se hará expreso pronunciamiento, conforme al artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento.

sociedad, y la distribución de haberes entre ambos cónyuges.

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia, por la que se declare que ella es deudora en menos cantidad a la sociedad conyugal y el demandado apelado en más.

Formado el rollo de la apelación (176/94) la Sección Segunda de la APZ falla que se declara la incompetencia del Juzgado de Familia para conocer de la demanda interpuesta por el actor sobre adjudicación de bienes de la extinguida sociedad conyugal. Todo ello en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Acordada en sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Zaragoza, de 9 de julio de 1990, la separación de los cónyuges aquí litigantes, desde la firmeza de la misma se produjo la disolución de la sociedad de gananciales o de la comunidad legal conyugal aragonesa, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.392.3º del Código civil y 52.2º de la Compilación del Derecho civil de Aragón, disolución que es reiterada en los artículos 90 y 95 de aquel Código. Ahora bien, no puede confundirse la disolución de la comunidad conyugal con las consecuencias que esa disolución lleva consigo y que principalmente son: la determinación del activo y pasivo de esa comunidad y el reparto del haber resultante entre los cónyuges, especialmente en cuanto al procedimiento a seguir y a las normas por las que se rigen.

La disolución de la comunidad conyugal, con efecto inmediato de la sentencia de separación de los cónyuges, debe ser acordada bien por éstos en el convenio regulador, bien por el Juez en la misma sentencia de separación, como así lo previenen los artículos 90 y 95 del Código civil. Pero en cuanto a la determinación del patrimonio conyugal y su reparto entre los cónyuges deben tenerse en cuenta, como normas sustantivas a seguir, los artículos 1.392 a 1.410 del Código civil, o 55 a 59 de la Compilación del Derecho civil de Aragón; y como normas procesales, y a tenor de los artículos 1.059 y 1.410 de la Ley de Enjuiciamiento civil, las establecidas para la partición y

39

SENTENCIA NÚM. 39

S. APZ de 24 de septiembre de 1994

6635: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: COMPETENCIA: Liquidación y adjudicación de bienes de la sociedad de gananciales: Inventario y distribución de los bienes de la sociedad conyugal realizada por el Juez de instancia. Falta de competencia de los Juzgados de familia para realizar esta actuación.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 52,2, 55 a 59 Comp.; 90, 95, 1.393.2º, 1.059, 1.392 a 1.410 Cc. y L. 11/1981, 18 mayo; Ley 30/1981, 7 julio, y R. D. 3 julio 1981.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Joaquín Cereceda Marquín.

Don Justo P. H., ante el JPI núm. Cinco de Zaragoza, interpone demanda, en juicio de menor cuantía, contra su cónyuge, doña Francisca P. V. —de la que está separado—, deduciendo acción por la que solicita del Juzgado la liquidación y adjudicación de bienes de la sociedad conyugal.

Por sentencia de 17 de febrero de 1994, el Juzgado estima parcialmente la demanda, procediendo dicho Juzgado a hacer inventario de los bienes, señalando el activo y pasivo de la

liquidación de la herencia, como así lo ha entendido la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1987.

Segundo: La Ley 11 de 1981, de 18 de mayo, en su disposición final, ordenó al Gobierno la puesta en marcha, en el plazo de seis meses, de Juzgado de Primera Instancia en determinadas ciudades, «los cuales conocerán de forma exclusiva, por vía de reparto, de las actuaciones judiciales previstas en el Título VII del Libro I del Código civil», atribución que fue extendida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, a las funciones atribuidas a los Jueces de Primera Instancia en el Título IV del Libro I del Código civil. Ese mandato fue cumplido por el Gobierno por Decreto de 3 de julio de 1981, en cuyo artículo 1º.2 se dispone que los «nuevos Juzgados de Primera Instancia conocerán de forma exclusiva, por vía de reparto, de las actuaciones judiciales previstas en los títulos IV y VII del Libro I del Código civil, así como de aquellas otras cuestiones que en materia de Derecho de familia les sean atribuidas por las Leyes».

En consecuencia, los Jueces de familia sólo pueden conocer de aquellas cuestiones a las que se refieren tanto las Leyes 11/1981 y 30/1981, así como el Real Decreto de 3 de julio de 1981, entre las que no se encuentran la formación del inventario y la distribución entre los cónyuges de los bienes de la comunidad conyugal regulados por preceptos no pertenecientes a los Títulos IV y VII del Libro I del Código Civil; y por ello y conforma ha resuelto el Tribunal Supremo en su sentencia de 8 de marzo de 1993, el Juzgado de Familia número cinco de Zaragoza carece de competencia objetiva para conocer de la presente demanda, cuestión de orden público no sometida a la disponibilidad de las partes, con posibilidad de apreciarse de oficio.

Tercero: No es procedente la imposición de costas en ambas instancias.

SENTENCIA NÚM. 40

S. APZ de 17 de octubre de 1994

83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE: Signos aparentes: Construcción de pared tapando una ventana de grandes

dimensiones; son signos aparentes de servidumbre los voladizos sobre fundo ajeno, no los meros huecos abiertos en la pared propia aun provistos de reja y red.
LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE: Usucapción: *Servidumbre negativa; Usucapción: dies ad quo desde la existencia de un acto obstativo no han transcurrido 10 años para su usucapción.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 144.3, 145, 147 Comp.; 444, 538, 541 y 1.942 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Pedro A. Pérez García.

Doña María del Pilar C. G., ante el JPI núm. Siete de Zaragoza, interpone demanda en juicio de cognición contra doña Vicenta J. P., Lucía Pilar C. J. y María Francisca C. J., por la que solicita que se demuela la tapia ejecutada por las demandadas con el fin de que se deje expedita una ventana de la actora, alegando la existencia de servidumbre nacida por prescripción.

Por sentencia de 2 de noviembre de 1993, el juzgado desestima la demanda interpuesta.

La parte actora interpone recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia de instancia.

Formado el rollo de la apelación (698/93), la Sección Quinta de la APZ desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia de instancia, todo ello con base en los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada, y

Primero: Las tres consideraciones siguientes deben determinar la confirmación de la Sentencia de grado; la primera es la de que, conforme se determina en los artículos 144 y 145 de la Compilación aragonesa, la existencia de un hueco sobre predio ajeno, aún desprovisto de protección, no implica servidumbre de luces y vistas, lo que sólo podrá mantenerse en el caso de presentar voladizos sobre el mismo, por lo que, no habiéndose observado éstos en la

diligencia de reconocimiento judicial, en el caso presente no puede reconocerse la existencia de esa servidumbre, sino de meras relaciones de vecindad (Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1993, de 3 de febrero y 20 de julio de 1989); como es obvio, la cuestión no se puede hacer desprender del tamaño de la ventana en relación con las dimensiones reducidas de la habitación en que está abierta, hecho que nada demuestra al no constituir signo de servidumbre al que se refiere el artículo 541 del Código civil, que sólo viene constituido, como se ha dicho, por la presencia de ese voladizo sobre predio ajeno.

Segundo: En segundo lugar, es bien sabido que la servidumbre de luces y vistas sobre pared propia presenta carácter negativo, por lo que el tiempo de la posesión necesaria para su prescripción comenzará a contarse desde que hubiera mediado un acto obstructivo, conforme a la dispuesto en el artículo 538 del Código Civil (Sentencia del Tribunal Supremo de 1º de octubre de 1993, entre otras); en el caso que se enjuicia, como tal acto obstructivo puede entenderse la demanda de interdicto de obra nueva que en nombre del Sr. Castillo Genzor se interpuso en 1º de julio de 1983, —folios 96 al 98—, siendo interpuesta la demanda origen de este pleito el 11 de enero de 1993 —diligencia de reparto del día siguiente—, por lo que es claro que el plazo preceptivo de diez años previsto en el artículo 147 de la Compilación no ha quedado completado.

Tercero: La tercera consideración consiste en señalar que, aún en el supuesto de que hubieran transcurrido los diez años aludidos en el párrafo anterior, cuando menos cabría suscitar la duda si dicha relación debería entenderse como posesión a efectos de completar el plazo prescriptivo o si por el contrario era constitutiva de un acto meramente tolerado no equiparable a posesión —Artículos 444 y 1.942 del Código—, problema que ya fue planteado en la sesión del día 20 de diciembre de 1968 del curso organizado por el Real e Ilustre Colegio de Abogados de esta Ciudad sobre los antes señalados artículos de la compilación en esta materia de relaciones de vecindad y servidumbres.

Cuarto: Las demás cuestiones planteadas en el recurso carecen de interés; como se ha expuesto, no es de apreciar signo de servidumbre por lo que la aplicación del artículo 541 del Código, no resulta posible; además, el párrafo 3º del artículo 144 de la Compilación se refiere tanto a «edificar» como «construir», y la obra realizada por el demandado puede comprenderse en uno u otro concepto, sin que ninguno de ellos implique la realización de una nueva construcción, como pretende el recurrente.

Quinto: La desestimación del recurso no determina la imposición al apelante de las costas de esta alzada, conforme al artículo 896, 3 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

41

SENTENCIA NÚM. 41

S. APZ de 18 de octubre de 1994

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Ausencia de voladizos: Falta de voladizos: excluye la existencia de signo aparente de servidumbre. 83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE: Signos aparentes: La mera apertura de huecos sobre predio contiguo, así como la construcción sobre él cerrándolos, son relaciones de vecindad legalmente permitidas.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 144.3 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Javier Seoane Prado.

Doña María Luisa B. P., ante el JPI de La Almunia de doña Godina, interpone demanda en juicio de cognición, contra don José Luis G. G., en la que solicita que se declare a su favor la existencia de una servidumbre de luces y vistas.

Por sentencia de 13 de mayo de 1994, el juzgado desestima la demanda interpuesta, puesto que el título que ostenta la actora no se corresponde con la propiedad en la que está abierto el hueco. Tampoco es posible hablar de usucapión, pues la apertura de huecos sin voladizo sobre fundo ajeno son meras relaciones de vecindad.

La parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia de instancia solicitando su revocación y la confirmación de su pretensión.

Formado el rollo de la apelación (370/94), la Sección Quinta de la APZ desestima el recurso de apelación interpuesto y confirma la sentencia de instancia, en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida, y

Primero: La sentencia recurrida merece ser confirmada por sus propios y acertados fundamentos.

En efecto, se pretende en primer lugar en la demanda ostentar un derecho de servidumbre de luces y vistas sobre el corral que linda al fondo de su propiedad en base a un acto de conciliación celebrado en el día 2 de julio de 1909, sosteniendo que la finca a que se refiere la partición hereditaria realizada en ella por los hermanos don Generoso y don Miguel Barranco Gaudioso se corresponde exactamente con las fincas propiedad de la actora (la entonces perteneciente a don Miguel) y del demandado (la entonces perteneciente a don Generoso), pretensión que se sostiene en sus mismos términos pese a que a partir de la esclarecedora testifical del Sr. López Cruces (preguntas 5ª a 7ª) se pone de manifiesto que la ventana que el demandado admite haber cegado no vierte sobre el corral posterior de la finca de la actora, sino sobre la finca colindante por uno de sus lados.

Pues bien, a partir de esta variación sobre la vertiente de la ventana, es de señalar que la aportación de documentos que la actora adjuntó como prueba documental en nada varía el razonamiento de la Juzgadora «a quo» que se contiene en el Fundamento de Derecho número 3 de su sentencia por cuanto que, de un lado, no acredita el orden sucesorio que afirma, pues hay transmisiones intermedias que están ayunas de base probatoria, y de otro, para nada se hace referencia en el documento aportado acerca de la identidad de la finca de don Generoso y lo que pertenece en la actualidad al demandado.

Segundo: Excluida la constitución de la servidumbre reclamada mediante título, ha de excluirse igualmente su adquisición por usucapión por cuanto que de un lado, pese a lo afirmado en la demanda, la discutida ventana careció de cualquier signo externo de servidumbre. Al efecto es de destacar no sólo la contestación dada por la actora al contestar a la posición quinta afirmando ignorar si disponía o no de repisa, sino también, y especialmente la contestación dada por la testigo Sra. Palao Sin a la quinta pregunta en la que la certifica como tragaluz, por lo que se impone la aplicación del artículo 144.3 de la Compilación aragonesa en virtud del cual dentro de las relaciones de vecindad se permite tanto la apertura de huecos para luces y vistas sobre el predio contiguo, como la construcción sobre él cerrando aquellos huecos, procediendo en consecuencia la desestimación de la apelación interpuesta.

Tercero: Las costas de esta alzada han de ser impuestas a la parte apelante (artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

SENTENCIA NÚM. 42

S. APZ de 26 de octubre de 1994

6635: RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL LEGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: RENUNCIA: *Renuncia de uno de los cónyuges a liquidar la sociedad conyugal, así como a su participación en los bienes consorciales y a la viudedad foral y universal concedida por su esposa: nulidad: contravención de norma imperativa; desprecio del derecho de terceros. No se puede renunciar a practicar la liquidación de la sociedad conyugal con carácter anticipado.* **661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL: RÉGIMEN PACCIONADO Y RÉGIMEN LEGAL: naturaleza:** *La comunidad conyugal es una comunidad de tipo germánico.* **683: EL USUFRUCTO VIDUAL: EXTINCIÓN:** *Renuncia: Son válidas la renuncia a la viudedad foral y al legado del usufructo.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Arts. 55 a 58 Comp.; 6.3, 1.396, 1.404 Cc.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Pedro A. Pérez García.*

Don Miguel Ángel J. L., ante el JPI de Calatayud, interpone demanda en juicio de menor cuantía contra don Miguel Manuel J. J., solicitando que se considere válida la renuncia de su padre en relación a los bienes consorciales, y en virtud de ello, se le adjudiquen determinados bienes. Doña María Angeles J. L. se adhiere al proceso y formula reconvencción, solicitando, de forma alternativa, que dicha renuncia sólo actúe en relación con los bienes inventariados en la escritura objeto de litigio o que se declare nula tal renuncia.

Por sentencia de 4 de abril de 1994, el Juzgado desestima la demanda y la reconvencción formuladas.

La parte actora, así como la demandadherida interponen sendos recursos de apelación.

Formado el rollo de la apelación (268/94), la Sección Quinta de la APZ desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y confirma en parte el recurso de apelación planteado por la reconviniente, declarando nula la renuncia del padre del demandado a liquidar la sociedad conyugal, y por consiguiente también su participación en los bienes consorciales y aceptación de herencia efectuada, manteniéndose el resto de las declaraciones contenido en el documento litigioso. Todo ello con base en los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los Fundamentos de Derecho de la Sentencia apelada, y

Primero: Por la parte actora de este procedimiento se interesa, en esencia, que se haga valer la renuncia que su padre dice que formuló en la escritura de manifestación, aceptación y adjudicación de la herencia de su madre, pretendiendo en consecuencia que se le haga entrega del metálico existente en ciertas cuentas bancarias cuya propiedad se acredite en el presente procedimiento, la mitad de las cantidades que por reintegro de la accesión acaecida en una viña que correspondan a la sociedad conyugal y de esa misma parte una nave llamada «Enmedio» perteneciente a aquella misma sociedad; a dicha pretensión se opone su contraparte, manifestando que la precitada renuncia sólo se extiende a los bienes expresamente inventariados en la

escritura, y no a los restantes alegando una inadecuada expresión de voluntad, solicitando con carácter alternativo la nulidad de aquella renuncia por haber mediado vicio invalidante del consentimiento.

Segundo: Así centradas las posiciones de las partes en el litigio, procede ante todo examinar la validez de la disposición contenida en el expositivo de aquella escritura en la que se exterioriza aquella renuncia, de cuya diferente interpretación surgen las posiciones enfrentadas de los contendientes; en tal cláusula se manifiesta que «Don Miguel Manuel Julvez Jimeno renuncia, pura y simplemente a liquidar la sociedad conyugal que tuvo constituida con su finada esposa doña Ángela Grabiela Lasa Marco, a su participación en los bienes consorciales o comunes y a su derecho de viudedad, tanto foral como al universal que le fue concedida por su mencionada esposa», y ya puede adelantarse como esta renuncia ha de tenerse por nula por contraria a normas imperativas —artículo 6.3 del Código civil—, puesto que el cónyuge podrá renunciar a los bienes concretos que le hayan sido adjudicados como consecuencia de la liquidación de la sociedad conyugal, pero no a su derecho a practicar la liquidación; en primer lugar, porque, como se establece en el artículo 1.396 del Código, una vez disuelta la sociedad de gananciales, se ha de proceder a su liquidación, que comenzará con la formación de un inventario que comprenderá el activo y el pasivo de la sociedad, y sólo una vez hechas las deducciones referidas en los artículos 1.398 y siguientes, el remanente constituirá el haber de la sociedad, y éste se dividirá por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos, según se indica en el artículo 1.404 siguiente; y artículos 55 a 58 de la Compilación aragonesa, por lo que no ha de ser tenida como válida una renuncia realizada con desprecio de derechos de terceros en su condición de acreedores ostentando derecho preferente a que les paguen sus créditos, incluso con adjudicaciones concretas de bienes gananciales como se indica en el artículo 1.400; además, la comunidad de gananciales no constituye una comunidad

ordinaria de tipo romano, en la que a cada partícipe le corresponda una cuota concreta sobre bienes determinados, sino que forma una comunidad de tipo germánico, en el que a cada interesado pertenece una cuota abstracta o ideal, que sólo a través del correspondiente proceso de división y consiguientes adjudicaciones se convertirá en un bien concreto cuya titularidad, se reconozca a uno de los cónyuges, materializándose el inicial derecho abstracto sobre el «totum» ganancial en bienes determinados y concretos mediante la aplicación de las normas de la partición de la herencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de Octubre de 1990 y 23 de diciembre de 1992, y las en ellas citadas, y Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 8 de julio de 1991); de las dos anteriores premisas se ha de llegar a la evidente conclusión de la absoluta imposibilidad de renunciar a practicar la liquidación de la Sociedad de gananciales con carácter anticipado, pues la liquidación es operación también configurada en aras a la protección de los legítimos derechos de los acreedores, y nadie puede renunciar sobre unos bienes cuya titularidad dominical no le pertenece, y su consecuencia tampoco a la práctica de las operaciones previas a través de las cuales el necesario intercambio de cuotas ha de operarse.

Tercero: Por los dos argumentos expuestos en el anterior razonamiento se debe declarar la nulidad de aquella disposición, en cuanto que en la misma se renuncia a liquidar la sociedad conyugal y a la participación en los bienes consorciales, y en consecuencia también de la escritura en el punto relativo a la aceptación y adjudicación de la herencia en cuanto que ésta ha de quedar sin duda alterada por la invalidez que ha de declararse de aquella renuncia con la consiguiente redistribución posterior de los bienes afectados por la persona; pero no ha de alcanzar a la renuncia que se contiene respecto del derecho de viudedad, ni a la aceptación de los legados, al resultar ajenos a las operaciones liquidatorias de los bienes gananciales, como resulta de los artículos 76,4 de la Compilación, y el «favor testamenti» aludido en el artículo 743 del Código civil, en relación con el artículo 768 de igual texto.

Cuarto: Desestimándose íntegramente la demanda, y sólo con carácter parcial la reconvencción, las costas de aquella en la primera instancia serán de imponer al actor, y no procede hacer expresa declaración respecto de las provocadas en la segunda, las costas de la alzada, serán por ella satisfechas y estimándose parcialmente, el recurso de la reconviniente, no procederá hacer expresa declaración respecto de las motivadas por esta parte en el recurso, todo ello de conformidad con los artículos 523, 1 y 2 y 710, 2 de la Ley de Enjuiciamiento.

SENTENCIA NÚM. 43

S. APZ de 14 de noviembre de 1994

6635: RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL LEGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: COMPETENCIA: *Liquidación y adjudicación de bienes de la sociedad de gananciales: Inventario y distribución de los bienes de la sociedad conyugal realizada por el Juez de instancia. Falta de competencia de los Juzgados de familia para realizar esta actuación*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 52.2º, 55 a 59 Comp.; 90, 95, 1.393.2º, 1.509, 1.392 a 1.410, Cc y L. 11/1981 18 mayo, L. 30/81 7 julio y R. D. 3 de julio de 1981.

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Joaquín Cereceda Marquinez.*

Doña María Ángeles P. P., ante el JPI núm. Cinco de Zaragoza, interpone demanda, en juicio de menor cuantía, contra su cónyuge don Francisco V. H., —del que está separada—, deduciendo acción por la que solicita del Juzgado la liquidación y división de la sociedad conyugal.

Por sentencia de 24 de mayo de 1994, el Juzgado estima parcialmente la demanda, procediendo dicho Juzgado a hacer inventario de los bienes, señalando el activo de la sociedad, y la distribución de haberes entre ambos cónyuges.

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la referida sentencia.

Formado el rollo de la apelación (406/94), la Sección Segunda de la APZ falla que se declara la incompetencia del Juzgado de familia para conocer de la demanda interpuesta por el actor sobre inventario de bienes de la extinguida sociedad conyugal. Todo ello en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Acordada en sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 30 de abril de 1992, la separación de los cónyuges aquí litigantes, desde su firmeza se produjo la disolución de la comunidad de bienes conyugal, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.392.3º del Código civil y 52.2º de la Compilación del Derecho civil de Aragón, disolución que es reiterada en los artículos 90 y 95 de aquel Código.

Esa disolución de la comunidad conyugal, como efecto inmediato de la sentencia de separación de los cónyuges, debe ser acordada bien por éstos en el convenio regulador, o por el Juez en la misma sentencia de separación, como lo previenen los artículos 90 y 95 del Código civil. Pero para la determinación del patrimonio conyugal y su reparto entre los cónyuges deben aplicarse, como normas sustantivas los artículos 1.392 a 1.410 del Código civil o los 55 a 59 de la Compilación aragonesa; y como normas procesales, y a tenor de los artículos 1.059 y 1.410 del Código civil, las establecidas para la partición y liquidación de la herencia, como así lo ha entendido la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1987.

Segundo: La Ley 11/1981, de 18 de mayo, en su Disposición Final, ordenó al Gobierno la puesta en marcha, en el plazo de seis meses, de Juzgados de Primera Instancia en determinadas ciudades, «los cuales conocerán de forma exclusiva, por vía de reparto, de las actuaciones judiciales previstas en el Título VII del Libro I del Código Civil», atribución que fue extendida por la Ley 30/1981, de 7 de julio, a las funciones atribuidas a los Jueces de Primera Instancia en el Título IV del Libro I del Código civil. Este mandato fue cumplido por el Gobierno con el Decreto de 3 de julio de 1981, en cuyo artículo 1.2 se dispone que «los nuevos

Juzgados de Primera Instancia conocerán de forma exclusiva, por vía de reparto, de las actuaciones judiciales previstas en los Títulos IV y VII del Libro I del Código civil, así como de aquellas otras cuestiones, que en materia de Derecho de familia, les sean atribuidos por las Leyes».

En consecuencia, los Jueces de familia sólo pueden conocer de aquellas cuestiones a las que se refieren las Leyes 11/1981 y 30/1981, y el Real Decreto de 3 de julio de 1981, entre las que no se encuentran la formación del inventario de los bienes que pertenecieron a la sociedad conyugal, regulado por preceptos no pertenecientes al Título IV del Libro Primero del Código civil, pues como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1994 «el artículo 95 del Código civil, en cuanto dispone que la sentencia firme producirá, respecto a los bienes del matrimonio la disolución del régimen matrimonial, representa una declaración genérica insuficiente para atribuir la competencia en estas cuestiones a los Juzgados de familia, pues sus consecuencias y efectividad no están previstas en el Título IV del Libro I del Código civil». Por ello, y conforme ha resuelto el Tribunal Supremo en la citada sentencia y en la de 8 de marzo de 1993, el Juzgado de familia número cinco de Zaragoza carece de competencia objetiva para conocer de la presente demanda, cuestión de orden público no sometida a la disponibilidad de las partes, con posibilidad de apreciarse de oficio.

Tercero: No es procedente la imposición de las costas de ambas instancias.

SENTENCIA NÚM. 44

S. APZ de 19 de diciembre de 1994

6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL
LEGAL: ACTIVO: PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD: Son bienes comunes los adquiridos constante matrimonio a título oneroso. 723: TESTAMENTO MANCOMUNADO: REVOCACION: Testamento mancomunado: posibilidad de revocar las propias disposiciones. Testamento abierto realizado por el cónyuge supérstite: Ineficacia: el cónyuge supérstite no puede alterar la disposición testamentaria.

ria que su consorte haya otorgado conjuntamente con él mediante testamento mancomunado. Nulidad de la aceptación de la herencia.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 40, 96 y 97 Comp.; 1.361, 1.404, 1.068 Cc.; 207 Lh.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Javier Seoane Prado.

Don Francisco y doña Francisca M. A., ante el JPI núm. Diez de Zaragoza, interponen demanda, en juicio de cognición, contra doña María M. A., y otros dos, solicitando que se declare la naturaleza de un bien común del que se atribuyen la titularidad de una mitad indivisa por compra a su padre y de la otra por herencia de aquél.

Por sentencia de 14 de febrero de 1994, el Juzgado desestima la demanda interpuesta.

Contra dicha sentencia la parte apelante interpone recurso de apelación, solicitando la revocación de la misma.

Formado el rollo de la apelación (151/94), la Sección Quinta de la APZ, estima parcialmente el recurso de apelación y se revoca la sentencia de instancia con estimación parcial de la demanda, declarando la naturaleza común del bien y la ineficacia del testamento otorgado por el padre de los actores. Todo ello con base en los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los de la resolución recurrida, y

Primero: Asiste la razón al recurrente en cuanto al motivo de apelación consistente en la discrepancia con la argumentación dada por el Juzgador «a quo» en el Fundamento de Derecho número octavo de los de la resolución recurrida.

En él se discierne la cuestión acerca de la titularidad privativa o común del inmueble objeto de la litis para el padre de los actores don Francisco y doña Francisca y de su demandada hermana, doña María, afirmando que como no existe prueba bastante acerca del carácter común para ambos padres, don Francisco Millán Andrés y doña Asunción Aina

Pérez, de los expresados litigantes, y no haber quedado suficientemente acreditado por tanto que la hubiera adquirido por compraventa a su anterior titular constante matrimonio, debe entenderse que pertenece privativamente al padre.

Segundo: Decimos que asiste la razón al recurrente no sólo por cuanto que ha quedado suficientemente acreditado que, como se afirma en la demanda, el padre de los litigantes Sres. Millán Aina, juntamente con la madre adquirió por compra constante matrimonio el discutido inmueble, sino también porque la decisión del Juzgador «a quo» desconoce la presunción de comunidad establecida en el artículo 40 de la Compilación de Derecho civil de Aragón que, en sintonía con lo preceptuado en el artículo 1.361 del Código civil, dispone: «Se presumen comunes todos aquellos bienes cuyo carácter privativo, con arreglo a los artículos anteriores, no pueda justificarse».

Tercero: Como adelantábamos, no es necesario acudir a tal presunción para afirmar el carácter común al matrimonio integrado por el padre de los repetidos litigantes, pues en los autos se ha practicado suficiente prueba al respecto.

Así, las hijas de don Camilo Salvador Salvador, a quien se otorga la cualidad de vendedor de la finca a su padre, doña Gregoria y doña Juliana Salvador Val, presentadas como testigos por los actores, manifiestan que efectivamente su padre vendió el piso sito en la calle Once de Marzo, número 13, al matrimonio Millán-Aina sobre el año 1950 (preguntas 1 a 3), de la localidad de Codo; el Alcalde de dicho municipio certifica, en el documento aportado con el número 8 de los de la demanda, que tal transmisión tuvo lugar efectivamente, y, en el acto de conciliación celebrado entre los hermanos contendientes el día 29 de julio de 1986, ya fallecido su padre, doña María se atribuye solamente la cualidad de poseedora de la totalidad de la finca, pero tan sólo una mitad indivisa de su propiedad y ello sin perjuicio de «reconocerles —a sus hermanos— los derechos que les correspondan por herencia de su madre», todo lo cual concuerda con el hecho de que el padre vendiera tan sólo una mitad indivisa, y no el todo, a doña María mediante contrato de fecha 24 de junio de 1985.

Cuarto: Frente a tal prueba, la articulada por la demanda es absolutamente inconsistente, pues la documental relativa a la titularidad de la finca que consta en los registros públicos, se refiere toda ella en fecha posterior a la de la adquisición por sus padres, y la testifical que presentó se viene abajo cuando los testigos don Arturo Benavente y doña Carmen Pons reconocen palmariamente que no saben el modo en que el padre adquirió el inmueble cuando se le inquiriere acerca de si lo había adquirido por herencia (pregunta segunda).

Quinto: Sentada la pertenencia del bien discutido a la comunidad conyugal formada por los padres de los hermanos litigantes, la estimación de la demanda se impone, en los términos que se dirá, sin mayores razonamiento en cuanto que, por lo que se refiere a la subsistencia y eficacia del testamento mancomunado otorgado por dichos progenitores el día 6 de julio de 1979, en el que instituían herederos universales a don Francisco y doña Francisca, en lo relativo a la herencia de su madre doña Asunción; tal pronunciamiento es procedente, porque la Compilación aragonesa limita la revocación unilateral del testamento mancomunado a las propias disposiciones del que la lleva a cabo, sin perjuicio de la eficacia de tal revocación por aplicación del principio de la corresponsabilidad, quedando reservada la facultad de revocarlo totalmente a ambos otorgantes, que habrán de realizarla en el mismo acto u otorgamiento; muerto uno de ellos, el superviviente tan sólo puede revocar sus disposiciones y con las limitaciones del indicado principio (artículos 96 y 97 de la Compilación) y en el presente caso, al fallecer doña Asunción el testamento que otorgó en unión de su esposo se hallaba plenamente vigente, por lo que el otorgado posteriormente por éste el día 11 de junio de 1956, en el que lo revocaba, en modo alguno puede alcanzar a las disposiciones testamentarias de aquélla.

Sexto: No obstante lo dicho no es cierto que la institución de herederos realizada por doña Asunción en las personas de los actores implique que éstos son propietarios en la mitad indivisa de la casa en liza por cuanto que no se ha practicado ni la liquidación de la comunidad conyugal integrada por sus

padres, ni se ha llevado a cabo la partición de la herencia, y en tanto que tales actos no sean realizados los actores no pueden atribuirse, ni por tanto reclamar, la propiedad de ninguno de los bienes integrados tanto en la comunidad conyugal como en la comunidad hereditaria (artículos 1.404 y 1.068 del Código civil y jurisprudencia que los interpreta, por citar alguna sentencia del Tribunal Supremo, la de 8 de mayo de 1989).

Séptimo: La ineficacia del testamento abierto otorgado por don Francisco Millán Andrés el día 11 de junio de 1986 en cuanto a que afecta al caudal relicto de su premuerta esposa doña Asunción, en el testamento mancomunado, queda ya justificado más arriba, en cuanto que el cónyuge superviviente no puede alterar la disposición testamentaria que su consorte haya otorgado conjuntamente con él mediante testamento mancomunado.

Octavo: La nulidad de la escritura pública de aceptación de herencia de don Francisco Millán Andrés, otorgado por doña María Millán Aina, en cuanto al título de inscripción de propiedad del inmueble a que se contrae el litigio, se deriva de lo ya razonado en el Fundamento jurídico número seis de esta sentencia.

Noveno: Por último, indiscutido por los demandados señores Piqué y Calvo García, quienes en contrato de compraventa de fecha 28 de marzo de 1992 compraron a doña María la casa, que no se hallan amparados por la fe pública registral por mor del artículo 207 de la Ley Hipotecaria, ha de prosperar igualmente el último de los pedimentos contenidos en la demanda, pero sólo en cuanto que dicha venta es inhábil para transmitir la mitad indivisa vendida, por cuanto que, configurado el contrato de compraventa, en nuestro Derecho con un carácter meramente obligatorio, nada impide la venta de cosa ajena, sin perjuicio de que, además, los actores, como ajenos a dicho contrato no podían pedir su nulidad (artículo 1.382 del Código civil).

Décimo: La estimación parcial de la demanda y de la apelación obstaculizan cualquier pronunciamiento de condena en cuanto a las costas causadas en los presentes actos. (Artículos 523 y 736 de la Ley de Enjuiciamiento civil.)

45

SENTENCIA NÚM. 45**S. APZ de 27 de diciembre de 1994**

83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRES: signos aparentes: *Los voladizos que recaen sobre fundo ajeno son un signo aparente de servidumbre. Los huecos abiertos en pared propia sin estar protegidos con reja y red no constituyen signos aparentes de servidumbre, sino sólo incumplimiento del régimen ordinario de propiedad, que da lugar a exigir la colocación de la adecuada protección.* **83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE: usucapión: Adquisición:** *10 años entre presentes.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 144, 147 Comp.; 1.982, 1988 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Julián C. Arqué Bescós.

Don Vicente Javier P. B. y doña Delfina P. B., ante el JPI núm. Uno de Ejea de los Caballeros, interponen demanda, en juicio de cognición, contra doña Roberta A. L., solicitando la demolición de un balcón que vuela sobre su finca y la colocación en otras ventanas de reja y red. La parte demandada reconviene alegando la existencia de una servidumbre de luces y vistas a su favor.

Por sentencia de 12 de julio de 1994, el Juzgado estima íntegramente la demanda, condenando a los demandados a la demolición del balcón que vuela sobre la finca de los actores, y se desestima la reconvencción planteada, declarando que no ha lugar a la servidumbre pretendida.

La parte demandada interpuso recurso de apelación.

Formado el rollo de la apelación (710/94), la Sección Segunda de la APZ estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto, revocando parcialmente la sentencia de instancia y se declara la existencia de una servidumbre de luces y vistas, si bien se condena al apelante a proporcionar la protección adecuada al resto de los huecos abiertos en la pared de la demandada. Todo ello en base a los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Solicita la parte actora hoy apelada se condene a los demandados a la demolición del balcón que vuela sobre la

finca de la primera, así como la colocación en las cuatro ventanas de la finca colindante de protección de red y reja remetida; pretensión frente a la que opuso, en reconvencción, la demandada la existencia de una servidumbre de luces y vistas a su favor adquirida por usucapión (artículo 147 de la Compilación General de Aragón); pretensión esta última desestimada por la sentencia recurrida, que acoge en suma la demanda en su integridad.

Segundo: Para la resolución del presente recurso es preciso, en primer lugar, delimitar la naturaleza de los huecos constituidos en la pared propia de los demandados y en segundo lugar en si ha transcurrido el plazo para adquirir por usucapión la servidumbre de luces y vistas solicitada por la recurrente a través de la reconvencción planteada.

Tercero: Respecto al primer problema, la sentencia de instancia diferencia entre los dos huecos sin salientes de la parte izquierda de la pared (fotografías 20 y 81) y los dos huecos de la derecha; respecto a las primeras, ninguna objeción plantea la parte recurrente en su escrito de apelación (artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento civil), dado que la existencia de voladizos en las mismas ha sido en todo momento negada por las apeladas y por lo que tratándose de huecos que carecen de voladizos, si bien no tienen la protección adecuada que conmina el artículo 144 de la Compilación General de Aragón, no constituyen signos aparentes de servidumbre y sí solamente incumplimiento del régimen ordinario de la propiedad y de las relaciones de buena vecindad, dando lugar dicho incumplimiento al derecho de los actores a exigir la colocación de la adecuada protección, por lo que procede confirmar la sentencia en este punto.

Cuarto: Respecto a los dos huecos de la derecha, siendo evidente la existencia de voladuras en los mismos, en el superior incluso fue construido un balcón, y constituyendo éstos un signo aparente de servidumbre la cuestión litigiosa queda reducida a si ha transcurrido el tiempo suficiente para su adquisición por usucapión (artículo 147 de la Compilación General de Aragón).

Quinto: Tanto la propia resolución recurrida como la contundente prueba testifical aportada por la demandada data la

construcción del balcón y la presencia de voladizo en la ventana inferior, cuando menos, a partir de 1982, habiendo transcurrido en suma más de 10 años desde su construcción; la sentencia de instancia, en cambio, desestima la adquisición por usucapión de la servidumbre, al entender que ésta no lo es entre presentes sino entre ausentes, sin que podamos compartir dicho criterio, por cuanto los propios vendedores de la finca a los actores (predio sirviente) conocían tanto la existencia de los voladizos como la del balcón que ellos mismos autorizaron y los propios actores comprobaron su existencia en el momento de la compraventa realizada en 1988, por lo que es evidente que la usucapión se produce entre presentes (artículo 1.958 del Código civil), por lo que procede declarar la existencia de la servidumbre de luces y vistas respecto a los dos huecos de la derecha, revocándose la sentencia en este punto.

Sexto: Que, al estimarse parcialmente la demanda y el recurso, no procede especial declaración sobre las costas de ambas instancias (artículos 523 y 736 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

46

SENTENCIA NÚM. 46

S. APZ de 27 de diciembre de 1994

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Derecho del vecino a edificar o construir: *Construcción metálica con uralita que cierra los huecos abiertos en pared de la finca colindante: no se exige a la construcción una determinada importancia o alcance. Perjuicio: no se demuestra: las relaciones de vecindad permiten el cerramiento de los huecos abiertos en el fundo colindante.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 144.1, 144.3 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. don Javier Seoane Prado.

Don Alejandro G. A., ante el JPI núm. Dos de Calatayud, interpone demanda de cognición sobre derribo de obra no ruinoso contra doña Alicia F. G.

Por sentencia de 29 de diciembre de 1993, el Juzgado desestima la demanda.

La parte apelante interpone recurso de apelación, solicitando la revocación de la sentencia de instancia.

Formado el rollo de la apelación (97/94), la Sección Quinta de la APZ desestima el recurso planteado y confirma la sentencia de instancia. Todo ello con base en los siguientes Fundamentos de Derecho:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los Fundamentos de la resolución recurrida, y

Primero: Insiste la parte demandante en la afirmación de que la obra realizada por la demandada no persigue otro fin que el de perjudicarla, cerrando los huecos que para luces y vistas tenía abiertos en pared propia.

Pues bien, de la prueba practicada se desprende que la obra realizada por la demandada, consiste en una estructura de aluminio, cristal y uralita, parte de la cual descansa sobre un muro de nueva fábrica, persigue la finalidad de dar continuidad a las dos edificaciones propiedad de la demandada, cubriendo la comunicación existente entre ellas que hasta el día se hallaba al aire libre, por lo que el recurso debe ser rechazado.

Segundo: A lo dicho no puede ser opuesto que la obra realizada no sea de las contempladas en el artículo 144.1 de la Compilación aragonesa. Dicho artículo permite a todo propietario el derecho a edificar o construir en su propiedad sin limitación de distancia alguna aunque con ello se cierren los huecos que en su pared hubiera abierto el propietario del fundo vecino en el ejercicio de las relaciones de vecindad contempladas en dicho precepto, y ello no sólo porque tal cuestión es introducida por primera vez en el recurso de apelación, sino también porque pese a lo afirmado por el recurrente sin apoyo doctrinal o jurisprudencial alguno, el artículo 144.3 de la Compilación no exige una determinada importancia o alcance de la edificación u obra ejecutada por el propietario sobre cuya finca vierten los huecos o ventanas, sino que lo que establece es que éstas no afectan a las facultades dominicales de aquél.

Tercero: Las costas de esta alzada han de ser impuestas a la parte recurrente (artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

**D) PRESIDENTE
DEL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE ARAGÓN**

**AUTOS DICTADOS EN RECURSOS GUBERNATIVOS
(ordenados cronológicamente)***

47

AUTO NÚM. 47

Auto del Presidente del TSJA de 3 de octubre de 1989

741: FIDUCIA SUCESORIA: DISPOSICIONES GENERALES: CÓNYUGE FIDUCIARIO: Liquidación del patrimonio conyugal. **6635: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN:** Liquidación por el cónyuge fiduciario: *La transmisión, atribución y asignación por un cónyuge, nombrado fiduciario en testamento mancomunado, de un bien de la sociedad conyugal a uno de los hijos, en cuanto entraña una simplificada operación de disolución del consorcio y del patrimonio conyugal, puede ser formalizada directamente por el fiduciario, sin que ello implique desconocimiento ni infracción de las disposiciones relativas a la liquidación del patrimonio consorcial ni a las normas registrales que establecen el principio de especialidad.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 64 Apéndice; 3, 36, 52, 55, 60, 61, 72, 80, 94, 97, 110 y 119 Comp.; 85, 457, 1.344, 1.392 y 1.396 Cc.; 20 Lh.

AUTO

En la ciudad de Zaragoza, a tres de octubre de mil novecientos ochenta y nueve.

Dada cuenta; y

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Que, con fecha 21 de junio pasado, don José María Soler Celma, Notario del Ilre. Colegio de Zaragoza, con residencia en Jaca, presentó, en la Secretaría de Gobierno de este Tribunal Superior de Justicia de Aragón, escrito en el que interponía recurso gubernativo de los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes de su Reglamento, a efectos doctrinales, contra la Nota califi-

* Se publican a continuación, íntegros, los 7 autos que el Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha dictado en recursos gubernativos contra notas calificadoras de los Registradores desde la creación del Alto Tribunal Aragonés.

cadora del señor Registrador de la Propiedad número 2 de Zaragoza, de 31 de mayo de 1989.

Segundo: Que el recurrente hace constar que, bajo el número 814 protocolar, autorizó escritura en la que comparecieron doña Teresa Cativiela Sarto, viuda, y sus dos hijos, don Carlos y don José Manuel Piedrafita Cativiela, interviniendo en su propio nombre, y doña Teresa actúa como fiduciaria comisaria de su premuerto consorte, interesando el otorgamiento de tres fincas, una de ellas redicante en Zaragoza (de carácter consorcial), y otras dos en Jaca (una también consorcial y otra privativa de don Manuel Piedrafita Campo, consignando el fallecimiento de don Manuel Piedrafita Campo. Se reseña el testamento mancomunado en los expresados don Manuel y doña Teresa, del que resulta concesión mutua del usufructo de viudedad universal con relevación de formalizar inventario y fianza, nombramiento mutuo de fiduciarios-comisarios de tal forma que el sobreviviente de ellos podrá disponer entre los hijos y descendientes comunes, no sólo de los bienes propios, sino también de los del presupuesto y de los comunes de ambos, tanto por actos inter vivos como por actos mortis causa, dando o dejando lo que por bien tuviera, y si no hacía uso de la facultad fiduciaria instituían herederos universales por mitad e iguales partes a sus hijos, y en la escritura de referencia doña Teresa Cativiela transmitió y adjudicó el pleno dominio de las fincas a favor de sus hijos con la distribución que allí consta.

Presentada primera copia de la escritura indicada en el Registro de la Propiedad, de Jaca, el señor Registrador la inscribió en los libros a su cargo y el señor Registrador número 2 de Zaragoza por lo que respecta a la finca correspondiente a dicho Registro dictó Nota suspendiendo la inscripción de la finca número 1 por haber sido adquirida la misma por el causante en estado de casado y pertenecer por tanto a la sociedad conyugal disuelta por el fallecimiento de don Manuel Piedrafita Campo.

Tercero: Que admitido el escrito se dictó acuerdo, en fecha 27 de junio del corriente año, teniendo por interpuesto recurso gubernativo contra la calificación del señor Registrador de la Propiedad número 2 de Zaragoza y se acordó poner-

lo en conocimiento de dicho Registrador, a los efectos del artículo 114 del Reglamento Hipotecario y último párrafo del artículo 66 de la Ley Hipotecaria, por cuyo funcionario se contestó mediante escrito de 27 de julio pasado en el sentido de no proceder a extender la nota marginal, después de alegar las razones que expone en su escrito.

Cuarto: Por acuerdo de fecha 29 de julio citado, que siendo el mes de agosto inhábil, se suspende la tramitación del presente expediente, quedando éste para estudio y solución en septiembre.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La cuestión principal de la controversia que en esta resolución constituye el «tema decidendi», se ha construido en torno al interesante problema jurídico de si puede el cónyuge supérstite nombrado en testamento mancomunado por el esposo premuerto, usufructuario universal y fiduciario-comisario con facultad de «disponer entre los hijos y descendientes comunes, no solamente de los bienes propios sino también de los del premuerto y de los comunes de ambos, tanto por actos inter vivos en una o varias veces, como por actos «mortis causa», transmitir mediante el otorgamiento de escritura pública a los dos hijos del matrimonio, no sólo los bienes privativos de ambos cónyuges, si que, también, los bienes consorciales, sin practicar previamente la liquidación y determinación de los gananciales y esa escritura así otorgada, debe ser inscrita en el Registro de la Propiedad, cual sostiene en este recurso, que ha interpuesto a efectos exclusivamente doctrinales, o si, por el contrario, debe procederse previamente a la liquidación de dicha sociedad conyugal, ya disuelta por el fallecimiento de uno de los esposos, como sostiene el señor Registrador de la Propiedad, al defender la posición que adoptó al calificar el documento presentado a inscripción.

Segundo: La acertada resolución de las cuestiones planteadas en el recurso, que son puramente jurídicas («quaestio juris»), requiere que, previamente a la entrada y resolución de tales problemas, se expongan aquellas situaciones de hecho o fácticas sobre las que se asientan las tesis divergentes que se sustentan en

el recurso, y cuyas situaciones de hecho plenamente documentadas se hallan aceptadas por las partes. En este «iter» discursivo son datos o elementos de hecho de significación en la resolución, aquellos que, por orden cronológico, se exponen a continuación: 1. Los cónyuges aragoneses don Manuel Piedrafita Campo y doña Teresa Cativiela Sarto, residentes en Jaca, otorgaron testamento mancomunado ante el Notario de Jaca, el 7 de enero de 1975, en el que, entre otras disposiciones, se concedieron mutuamente el «usufructo de viudedad universal», con relación de la formalización de inventario y prestación de fianza. 2. Se nombraba, también mutuamente, «fiduciarios-comisarios» pudiendo el supérstite disponer entre los hijos —don Carlos y don José Manuel— y descendientes comunes, no solamente de los bienes propios sino también de los del premuerto y de los comunes de ambos, tanto por actos inter vivos en una o varias veces, como por actos mortis causa, sin más limitaciones que las impuestas con carácter forzoso por la Ley en la atribución de derechos. 3. Fallecido don Manuel Piedrafita, el 17 de diciembre de 1975, bajo el testamento mancomunado aludido, su viuda doña Teresa Cativiela Sarto, mediante escritura pública otorgada ante el Notario de Jaca, don José María Soler Celma, el día 20 de abril de 1989, en la que intervino «en su propio nombre y derecho» y, además, «como fiduciaria-comisaria de su premuerto consorte», y sus dos únicos hijos, don Carlos y don José Manuel Piedrafita Cativiela, atribuyó, transmitió y adjudicó a su hijo don Carlos, el pleno dominio de una finca rústica, de carácter ganancial y otra urbana, de naturaleza privativa de su difunto esposo, ambas sitas en Jaca, transmisión que fue aceptada por su hijo don Carlos; como fue igualmente aceptada en el propio instrumento por el hijo don José Manuel, la transmisión de una finca urbana sita en Zaragoza, que por haber sido adquirida constante matrimonio, tenía el carácter de ganancial. 4. Instada por el interesado la inscripción de su título de adquisición de la finca urbana inscrita en el Registro de la Propiedad número 2 de Zaragoza, según la referencia que se menciona de la finca 5.143, el señor Registrador de la Propiedad suspendió la inscripción solicitada.

«Porque habiendo sido adquirida la misma por el causante en estado de casado y pertenecer por tanto a la sociedad conyugal disuelta ésta por fallecimiento de don Manuel Piedrafita Campo, no resulta del documento haberse procedido a la liquidación de dicha sociedad conyugal. Dicha operación es precisa para la determinación de los bienes o participaciones de los mismos que constituyen la herencia del causante y de los que se adjudican a la viuda por participación en la sociedad conyugal, y en consecuencia para la determinación de los bienes o participaciones de los mismos con respecto a los cuales la viuda del causante actúa por sí o como comisaria-fiduciaria de su esposo».

Contra cuya Nota se alza el señor Notario otorgante de la citada escritura, a efectos exclusivamente doctrinales.

Tercero: Un primer problema que debe considerarse previamente a la cuestión principal, debe ser el de la determinación del momento en que se produjo la extinción o disolución de la sociedad conyugal y si resulta obligado referir a ese momento, o a otro inmediatamente posterior, la liquidación de la comunidad consorcial, así como la influencia que la falta de la práctica de esa liquidación de la sociedad conyugal pudo tener en los posteriores actos realizados por la viuda, como fiduciaria-comisaria designada por su difunto marido en el testamento mancomunado otorgado por ambos cónyuges en enero de 1975. Y a este respecto, entiende el Juzgador que la mutua concesión en el testamento mancomunado del usufructo de viudedad universal es incompatible con la institución de la continuación de la sociedad matrimonial entre el cónyuge viudo y los herederos del difunto; y así lo entendió unánimemente la doctrina aragonesa que se ha ocupado de este tema con anterioridad a la promulgación del Apéndice, porque se decía que no puede existir sociedad allí donde no se reconoce a una parte de los «socios» participación alguna en las ganancias ni en las pérdidas. Y esa opinión doctrinal se convirtió en una norma legal, respecto del usufructo de viudedad universal al promulgarse el Apéndice de 1925 en cuyo artículo 64 párrafo 2 «in fine» se declaraba la incompatibilidad legal entre la viudedad universal y la

sociedad continuada. Pero esta imposibilidad de coexistencia entre una y otra institución regnícola entre el disfrute de la viudedad universal por el sobreviviente y la comunidad sociedad continuada entre éste y los herederos del finado desapareció y pasó a convertirse en compatible, en el sistema de la Compilación de 1967, al declararse expresamente en el artículo 60, párrafo 2, la compatibilidad entre ambas instituciones. Pero para que la comunidad conyugal continuada pueda existir es preciso que concurra el requisito «sine qua non» de que los ingresos principales de la sociedad conyugal provengan de explotaciones agrícolas, ganaderas, industriales y mercantiles (artículo 60.1 «in fine» de la Compilación); de ahí que, no habiéndose alegado ni siquiera insinuado la concurrencia de esas circunstancias, ni producido el supuesto contemplado en el artículo 61.1 de la Compilación, como lo demuestra, incluso, el hecho de que en ningún momento ni en ninguna de las escrituras otorgadas que se han aportado, se aluda a la existencia de la comunidad continuada y se liquide ésta (sino, en parte, la sociedad conyugal) en la escritura de subsanación de defectos de 5 de junio de 1989, todas esas consideraciones unidas al hecho del mutuo reconocimiento por los cónyuges testadores en mancomún, del usufructo de viudedad universal, nos debe llevar a la conclusión de que una vez fallecido don Manuel Piedrafita no existió, en ningún momento, comunidad conyugal continuada entre su viuda y los hijos del matrimonio, aunque no se procediera a la liquidación del consorcio conyugal disuelto al fallecimiento de don Manuel.

Cuarto: Así pues, producida la muerte de uno de los cónyuges —que constituye la causa más normal de extinción o disolución de la sociedad conyugal— y no siendo posible estimar que en el supuesto de autos, estemos en presencia de la «comunidad conyugal continuada», resulta evidente que se produjo la disolución de la sociedad conyugal por la conjunción del fallecimiento de uno de los esposos y la entrada en el disfrute, por parte del supérstite, del usufructo de viudedad universal que ambos esposos se reconocieron mutua y recíprocamente en el testamento mancomunado que otorgaron. Pero si en el sistema del C. c.

(artículos 1.344, 1.392 y 1.396 y concordantes) la disolución de la sociedad de gananciales lleva aparejada la liquidación de ésta que como toda operación que tiende a la de terminación del haber partible, empieza con la formación del inventario, y ese es, también, el sistema de la Compilación para ese régimen económico matrimonial, conforme ponen de relieve los artículos 52 y siguientes de la Compilación, puede llegarse a la conclusión de que en la naturaleza de las cosas antes de proceder a la división y adjudicación de una cantidad (sean bienes o metálico), entre varias personas, se hace preciso, previamente, conocer o fijar la cantidad a repartir; también, legalmente según hemos visto, toda operación particional o determinadora de los bienes o derechos que han de partirse, ha de iniciarse con la formación de una relación o inventario de los bienes que van a partirse y de la condición legal de éstos, como trámite previo de las restantes operaciones que se han de practicar, una vez realizado el inventario que es, por lo dicho, la primera de esas operaciones.

Quinto: Pero si los cónyuges testadores mancomunadamente se concedieron y reconocieron recíprocamente la facultad de dispensarse de la «formación de inventario», aunque esa relevación se refiera testamentariamente al derecho de usufructo de viudedad universal que mutuamente se otorgaban, sin embargo, fallecido el esposo bajo ese testamento disuelta la sociedad conyugal en ese momento (artículos 52.2ª de la Compilación y 85 y 1.392.1ª del C. c.), ya que, como hemos expuesto anteriormente, no se ha producido la continuidad de la comunidad conyugal (artículo 52.2ª de la Compilación), ese era el momento previsto en las Leyes para la práctica de la liquidación del régimen económico ganancial que había regido la sociedad conyugal (artículos 36, 52 y 55 de la Compilación) y debió iniciarse la formación del inventario, como trámite previo y esencial para la realización de las subsiguientes operaciones particionales. Pero la relevación de la formación del inventario mutuamente reconocida por ambos cónyuges en su testamento mancomunado de enero de 1975, de ejercitarse como se ejercitó por la viuda supérstite, constituía y constituyó un obstáculo a la liqui-

dación del consorcio conyugal; inventario y liquidación de los gananciales que bien pudo llevarse a cabo en el propio acto del otorgamiento de la escritura de atribución patrimonial y transmisión de 20 de abril de 1989., y cuya presentación en el Registro dio lugar a la nota de calificación del Sr. Registrador de la Propiedad, que calificó la falta de liquidación como «defecto subsanable», defecto que fue subsanado tan sólo respecto de la finca urbana sita en Zaragoza, que fue el único bien inmueble adjudicado al hijo don José Manuel, mediante la escritura otorgada, que presentada en el Registro de la Propiedad, fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Zaragoza.

Sexto: De lo expuesto en anteriores fundamentos jurídicos se llega a la conclusión de que el nudo gordiano de la «quaestio juris» planteada en este recurso, a efectos exclusivamente doctrinales, conforme a lo dispuesto en el artículo 29.1 e) del Estatuto de Autonomía de Aragón, en relación con lo preceptuado en el artículo 66 de la L. H. y concordantes de su reglamento, radica en determinar si el cónyuge superviviente, nombrado en testamento mancomunado, usufructuario universal con relevación de la obligación de la formación de inventario y fiduciario-comisario con amplias facultades de disposición entre los hijos, no solamente de los bienes propios, sino también de los del premuerto y de los comunes de ambos «ya sea en acto inter vivos en una o varias veces, ora por actos mortis causa, sin otras limitaciones que «los derechos atribuidos con carácter forzoso por la Ley», puede hacer atribución o disposición de bienes inmuebles de carácter ganancial, válida y eficazmente, en favor de sus dos hijos con la aceptación e intervención de éstos, sin que haya precedido a tales actos dispositivos, la liquidación de la sociedad conyugal disuelta, como sostiene el Sr. Notario recurrente, frente a la tesis contraria mantenida en la nota calificadora del Sr. Registrador de la Propiedad y en el escrito de contestación al del recurso.

Séptimo: Que la recíproca concesión por ambos esposos en el testamento que otorgaron, del usufructo de viudedad universal, que por su propia naturaleza, se extiende al disfrute o percepción de los frutos o productos de todos los bienes

que forman parte del patrimonio, cualquiera que sea su condición legal (Cláusula 2ª del testamento, artículo 72.1 de la Compilación y 457 del C. c.), que pertenecieran al causante, «con relevación de la obligación de la formación de inventario y de la prestación de fianza» está poniendo de manifiesto la declarada y legítima voluntad de los esposos testadores de que sea el cónyuge superviviente el que continúe en la posesión y disfrute de todos los bienes que constituyen el patrimonio consorcial, sin necesidad ni legal ni material (cláusula 2ª del testamento mancomunado que es irrevocable, conforme a lo dispuesto en los artículos 3, 72.1, 80.1, 94.1 y 97.3 de la Compilación) de proceder a la liquidación del consorcio conyugal, dados los términos en que se encuentran redactadas las cláusulas 2ª y 3ª del testamento mancomunado, que constituye el más típico ejemplo de disposiciones correspectivas. Y todo ello, viene a significar que la viuda doña Teresa sin solución de continuidad, prosiguió en la posesión y disfrute de todos los bienes, comunes o privativos, incluidos en el patrimonio consorcial, que pese a su disolución por fallecimiento de su esposo, permaneció indiviso, porque así lo habían dispuesto en el ejercicio de su legítima voluntad o libertad civil ambos cónyuges testamentariamente (artículos 3 y 94.1 de la Compilación de tanto arraigo y tradición en el Derecho y en la práctica regnícola); de suerte que, disuelto el matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges, el otro sin solución de continuidad, se mantuvo, porque estaba en su derecho hacerlo, en la posesión y disfrute de todos los bienes que habían constituido el patrimonio consorcial, que permaneció indiviso, porque para ello estaba facultado el cónyuge viudo; situación que si era posible legalmente y en la práctica regnícola, como ya se ha dicho, antes de la promulgación del Apéndice de 1925, en que se transformó en norma, no está fuera de la legalidad vigente, puesto que al no darse los requisitos que se exigen para la existencia o surgimiento de la comunidad conyugal continuada (artículo 60.1), nada impide que el usufructo de viudedad universal despliegue todos sus efectos, como en este caso ocurre.

Octavo: Si a esa situación legal y legítima que permitía a la viuda disfrutar de

todos los bienes, fueran privativos de su difunto esposo, ya fueran gananciales por permanecer indivisos éstos, se añade que los cónyuges se nombraron mutuamente, en la cláusula 3ª del testamento mancomunado, «fiduciarios-comisarios», de manera que el sobreviviente «podrá disponer entre los hijos y descendientes comunes, no solamente de los bienes propios sino también de los del premuerto y de los comunes de ambos», ya por acto o actos inter vivos ora por acto mortis causa,» dando o dejando lo que por bien tuviere, sin más limitaciones que los derechos atribuidos con carácter forzoso por la Ley», es evidente que estamos en presencia de una disposición fiduciaria en la que ambos cónyuges, en el uso de su libertad civil, se reconocen, tanto respecto de sus propios bienes, como de aquellos que tienen la consideración de comunes, las más amplias facultades de disposición, siempre que esos actos dispositivos tengan como beneficiarios o destinatarios los hijos y descendientes comunes, sin otra limitación que la correspondiente a los derechos de carácter forzoso dispuesto en la ley (legítimas (artículos 3, 110 ss. y 119 de la Compilación)). De ahí, que siendo doña Teresa Cativiela, en virtud del testamento mancomunado en el que ambos cónyuges se otorgaban mutuamente amplios poderes correspectivos, que devinieron irrevocables por fallecimiento de su esposo don Manuel usufructuaria universal de los bienes de su marido y de los comunes, sin obligación de inventariarlos, lo que le permitió disfrutar del patrimonio consorcial indiviso, y teniendo, a mayor abundamiento, el más amplio poder reconocido por su difunto esposo, como fiduciaria-comisaria, para disponer de los bienes de aquél y de los comunes, por actos inter vivos, sin otra limitación que la del respeto a los derechos legitimarios de los hijos, es claro que, a nuestro juicio, en este caso concreto, no era precisa ni constituía un acto jurídico necesario, la práctica de la liquidación de la comunidad consorcial con atribución y división de los bienes comunes, porque todos los poderes dispositivos sobre una y otra clase de bienes los ostentaba legítimamente la viuda, que reunía por su doble condición de usufructuaria universal y comisaria-fiduciaria, y que, por consiguiente, podía disponer

tanto de los bienes privativos de su esposo, como de los comunes, sin más limitación que la del respeto a los derechos legitimarios de los descendientes comunes.

Noveno: Y en esa doble condición de usufructuaria universal y fiduciaria-comisaria, dispuso de los bienes sitios privativos de su difunto esposo y de los de igual carácter comunes del matrimonio ya disuelto, en favor de sus dos hijos comunes, mediante la escritura pública otorgada en Jaca el 20 de abril de 1989, en las que intervino doña Teresa «en su propio nombre y derecho» y «además,» como fiduciaria-comisaria de su premuerto consorte», «en virtud de lo establecido en el testamento que luego se dirá», escritura pública que se denomina de «atribución patrimonial y transmisión» y en la que después de la descripción de los tres inmuebles objeto de transmisión y de sus respectivos títulos de adquisición, con intervención y aceptación expresa de sus dos hijos don Carlos y don José Manuel Piedrafita Cativiela, y de reseñar, también, en el encabezamiento o parte expositiva de la escritura las correspondientes cláusulas del testamento mancomunado tan repetidamente aludido, la viuda doña Teresa «por sí y como fiduciaria-comisaria de su premuerto esposo, atribuye, transmite y adjudica:...

B) A su hijo don José Manuel Piedrafita Cativiela, que acepta, el pleno dominio de la finca reseñada bajo la cifra 1»; cuya finca corresponde a una casa sita en Zaragoza, adquirida por don Manuel, en estado de casado con su única esposa doña Teresa, por compra mediante escritura pública otorgada en el año 1945 e inscrita en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Zaragoza, fue la que dio lugar a la nota calificadora del Registrador de la Propiedad, que ahora nos ocupa. Pues bien, si se tienen en cuenta las amplísimas facultades que irrevocablemente correspondían a doña Teresa, facultades que se hicieron constar en la escritura de atribución patrimonial y transmisión de 20 de abril de 1989, de las que hizo uso en ese acto inter vivos y, como tal, también, irrevocable en cuyo negocio intervinieron sus dos únicos hijos, que aceptaron las disposiciones y transmisiones realizadas por su madre en su beneficio,

con descripción de los tres inmuebles objeto de la transmisión y del carácter ganancial de dos de ellos y de privativo de su difunto marido el tercero, entiende el Juzgador que ese negocio jurídico entraña, en sí mismo, una simplificada operación de disolución del consorcio y del patrimonio conyugal, que hasta ese momento había permanecido indiviso, en posesión y disfrute de la viuda, que se hallaba relevada de la formalización de inventario, a pesar de lo cual al decidirse a disponer de tres bienes inmuebles, hizo relación de ellos con mención de la condición de los mismos, operaciones que, a nuestro juicio, representan una liquidación simplificada del consorcio y patrimonio conyugal respecto de los bienes a que se contrae la mencionada escritura pública suficiente, para su inscripción en el Registro de la Propiedad, como lo viene a poner de relieve la escritura otorgada por los mismos intervinientes en la misma posición y con idénticas facultades en 5 de junio de 1989, para salvar el defecto subsanable apreciado por el Registro en la nota que ahora se recurre, y que, respecto de la finca urbana de Zaragoza, no es más que una sucesiva exposición de los actos verbales que realiza la transmitiente doña Teresa, para llegar a idéntica conclusión que en la primera escritura de 20 de abril de 1989.

Décimo: En consecuencia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, tanto personales, como reales y dispositivas que se hicieron constar en la escritura de atribución y transmisión patrimonial de 20 de abril de 1989, no existía impedimento legal sustantivo ni registral para que hubiera tenido acceso al Registro de la Propiedad de Zaragoza ese título y con él el derecho de propiedad plena que doña Teresa transmitía a su hijo don José Manuel, como no lo tuvo para la inscripción en el Registro de la Propiedad de Jaca, otra finca que en idénticas circunstancias transmitió doña Teresa a su otro hijo don Carlos puesto que con la inscripción no se desconocían ni infringían disposiciones relativas a la liquidación del patrimonio consorcial ni las normas registrales que establecen el principio de especialidad, porque, como se ha dicho, constando registralmente la naturaleza de los bienes objeto de la transmisión, así como en la propia escritura y la reunión en una

misma persona de todas las facultades de disfrute y disposición sobre tales bienes que podían permanecer indivisos de un modo permanente, sin otras posibilidades para los herederos que sus expectantes derechos legitimarios, se simplificaron hasta el máximo, esas operaciones liquidadores del patrimonio conyugal, sin que se perjudicara, con ello, ni los derechos de los herederos que intervinieron en el negocio jurídico prestando su más absoluta conformidad tanto a la exposición como a la transmisión, ni padecieran con esa simplificación normas sustantivas de obligada observancia o disposiciones registrales de obligado cumplimiento, como se desprende de una interpretación razonable de los artículos 20 y 21 y concordantes de la Ley Hipotecaria, ni resultará perjuicio alguno para terceros ni se produjo infracción alguna del principio legal del tracto sucesivo conforme a lo dispuesto en el artículo 20, párrafos 4 y 5 de la L. H. y la doctrina de la Dirección General de los Registros, contenida, entre otras, en las Resoluciones de 17 de noviembre de 1917 y 19 de julio de 1952, por cuanto que en la transmisión que motivó las notas calificadoras denegatorias de la inscripción, además de la viuda que ostentaba todos los derechos dispositivos sobre ese inmueble, intervinieron para otorgar su consentimiento, los herederos legitimarios a los que únicamente podía afectar y afectaba la transmisión operada y contenida, que, por otra parte, respetaba esos derechos forzosos atribuidos por la Ley.

Undécimo: Por todo lo expuesto, procede pronunciar una resolución favorable a la pretensión del Sr. Notario recurrente y declarar revocada, a efectos exclusivamente doctrinales, la nota calificadora del Sr. Registrador de la Propiedad núm. 2 de Zaragoza, extendida en la copia de la escritura otorgada por el Sr. Notario recurrente el 20 de abril de 1989, con el núm. 814 de su protocolo, sin efectuar especial imposición de las costas causadas en el procedimiento. Sin que contra esta resolución quepa, en este caso, recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros, conforme a lo previsto en el artículo 29.1 e) del Estatuto de Autonomía de Aragón, en relación con lo preceptuado en la Disposición Adicional séptima de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación.

El Excmo. Sr. don José Ramón San Román Moreno, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón,

Dispone: Que estimando el recurso gubernativo, interpuesto a efectos doctrinales, por don José María Soler Celma, Notario del Ilustre Colegio de Zaragoza, con residencia y ejercicio en la ciudad de Jaca, contra la nota calificadora del Sr. Registrador de la Propiedad núm. 2 de Zaragoza, debo declarar como declaro la revocación de la nota calificadora extendida por dicho Sr. Registrador de la Propiedad, en la escritura otorgada por el Sr. Notario recurrente con el núm. 814 de su protocolo, el día 20 de abril del corriente año, conforme a la competencia que me reconoce el artículo 29.1 e) del Estatuto de Autonomía de Aragón, sin efectuar especial imposición de las costas causadas en este recurso; y sin que contra esta resolución quepa recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado dado que pone fin definitivamente a la vía gubernativa.

Así, por esta resolución, definitivamente juzgando, en vía gubernativa, lo dispongo, mando y firmo.

AUTO

En la ciudad de Zaragoza, a veintidós de octubre de mil novecientos noventa y dos.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero: Con fecha 31 de julio de 1992, don José María Badía Gascó, Notario del Ilustre Colegio de Zaragoza, presentó en la Secretaría de Gobierno de este Tribunal Superior de Justicia de Aragón el escrito que encabeza el presente recurso gubernativo, interpuesto al amparo de los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 111 y siguientes de su Reglamento, solicitando la revocación de la nota del Sr. Registrador de la Propiedad número diez de Zaragoza, mediante la que se deniega la inscripción de la escritura de «atribución de bien inmueble a mueble y disolución de condominio», autorizada por dicho Notario el día 17 de diciembre de 1991 con el núm. 3.004 de su protocolo, y cuya nota dice textualmente: REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE ZARAGOZA NÚMERO DIEZ. Habiéndose solicitado por el presentante don Enrique Barro Melero, por instancia de fecha 30 de marzo de 1992, que se despache la presente escritura sin que conste en la inscripción, limitación o reserva de clase alguna, se suspende la inscripción del precedente documento en cuanto a la finca descrita con el número «4», única radicante en esta demarcación registral, por el DEFECTO SUBSANABLE de no constar la renuncia al expectante derecho de viudedad de los cónyuges de los otorgantes de la disolución de comunidad, sobre lo no adjudicado a sus respectivos consortes, conforme a los artículos 72, 74, 75, 76 y 78 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. No se ha tomado anotación preventiva de suspensión por no haber sido solicitada. Contra esta calificación cabe interponer recurso gubernativo ante el Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de cuatro meses, a contar desde esta fecha, en los términos prevenidos en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario. Zaragoza, 8 de abril de 1992» y suplicando, igualmente, la inscripción del título calificado en el Registro de la Propiedad competente.

AUTO NÚM. 48

Auto del Presidente del TSJA de 22 de octubre de 1992

682: EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUEDAD: RENUNCIA ESPECIFICA: No es precisa en la disolución de condominio: *No es precisa la renuncia al expectante derecho de viudedad por parte de los cónyuges de los comuneros casados para que, al extinguirse el condominio sobre unas fincas y adjudicarse las mismas a los comuneros queda extinguido el expectante que los cónyuges de los comuneros ostentaban sobre su respectiva cuota. Y ello, no porque la disolución de comunidad no pueda equipararse a la enajenación de la que habla la Compilación, sino porque, de sostenerse lo contrario, se llegaría a la contradictoria situación de una concurrencia de derechos expectantes de viudedad sobre las antiguas cuotas indivisas y sobre los bienes adjudicados.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 39, 51, 72, 75 y 76 Comp.; arts. 8, 9 18, 34 y 221 Lh.

Segundo: Incoado el oportuno expediente, se le dio el trámite establecido por el Reglamento Hipotecario, emitiéndose por el Sr. Registrador de la Propiedad el informe prevenido en el artículo 115, en el sentido de mantener íntegramente la nota de calificación extendida por el mismo, por las razones expuestas en el referido informe, cuya unión al expediente, una vez devuelto éste, se acordó por resolución de fecha 22 de septiembre del presente año

Tercero: En la tramitación de este expediente se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El problema que se debate en el presente recurso gubernativo, es una cuestión puramente registral y como tal «de iuris», que ha quedado planteada en los siguientes términos: «si es necesario para la práctica de la inscripción de dominio de determinados bienes inmuebles, pertenecientes, según el Registro, por terceras e iguales partes indivisas, a tres hermanos, en concepto de bienes privativos, la renuncia al derecho expectante de viudedad de los cónyuges de los dos hermanos casados, sobre las cuotas indivisas de la finca o fincas, no adjudicadas a sus respectivos cónyuges, en la escritura de disolución del condominio y adjudicación de las fincas indivisas a los tres hermanos comuneros, en pleno dominio como fincas concretas y determinadas», cuya inscripción se pretende, como considera el Registrador de la Propiedad, al calificar como «defecto subsanable» la falta de constancia de la renuncia al derecho expectante de viudedad en la escritura de disolución del condominio y adjudicación de bienes concretos e individualizados o si, por el contrario, la falta de expresión de la renuncia del derecho expectante de viudedad en la escritura de disolución del condominio y adjudicación de los bienes en los que se ha concretado la anterior situación de indivisión de los mismos, no debe ser obstáculo para la práctica de la inscripción registral del dominio, como entiende el Notario recurrente.

Segundo: La acertada resolución de esa «quaestio iuris» simplificada de la manera expuesta, según los términos en que se ha planteado el recurso, pasa, en

criterio del juzgador, por el examen, en primer lugar, de la naturaleza del derecho expectante de viudedad y, en primer lugar, de la naturaleza del derecho expectante de viudedad y, en segundo término, por el análisis de la naturaleza de la disolución de la comunidad ordinaria de bienes y de la adjudicación de bienes concretos e individualizados resultantes de la disolución del condominio y del acceso de esos títulos dominicales al Registro de la Propiedad, de los que resulta la adjudicación de esos bienes en pleno dominio, sin limitación ni gravamen alguno, que no resulte del propio título de adjudicación.

Tercero: La viudedad aragonesa constituye una de las instituciones de más rancio abolengo, más arraigadas, estimadas y estudiadas de este antiguo Reyno, que hundiendo sus raíces en los usos y costumbres ha durado y perdurado hasta nuestros días, proclamando, así, su implantación familiar y social, la general estimación y aceptación que su perdurable existencia pregonaba. A su regulación bajo el epígrafe «De la viudedad», dedica la Compilación el Título VI del Libro I (artículos 72 a 88, ambos inclusive). En el derecho de viudedad, según la doctrina aragonesa más acreditada y generalizada, se pueden distinguir dos fases o estadios: una, el derecho expectante de viudedad (Capítulo II, artículos 76 a 78, ambos inclusive, de la Compilación) y una segunda fase constituida por el «usufructo viudal» (Capítulo III, artículos 79 al 88 de la Compilación). De esas dos fases, a primera fase o estadio del derecho de viudedad; es decir, «el derecho expectante de viudedad».

Cuarto: En la institución de la viudedad, reconoce la doctrina más acreditada, como la propia Compilación al regularla en el Libro I que se abre bajo el epígrafe «Del derecho de la persona y de la familia», un carácter acentuadamente familiar, que elimina o desdibuja la posible vinculación que con el derecho sucesorio cabría atribuir a la viudedad; y ha sido la Compilación la que se ha hecho eco de esa característica al regularla, como se ha dicho, dentro de su Libro I, y dedicar el Libro II al «Derecho de sucesión por causa de muerte». Pues bien, partiendo de ese carácter familiar que tiene la institución de la viudedad, de la

que constituye un primer estadio el derecho expectante de viudedad, este derecho puede definirse como el derecho de carácter familiar que corresponde, por Ley, a los cónyuges aragoneses, de disfrutar o usufructuar todos los bienes inmuebles por naturaleza y los muebles como sitios, pertenecientes al primero que de ellos fallezca, que hayan ingresado en el patrimonio común o en el privativo de cada uno de ellos, desde el momento de la celebración del matrimonio, salvo lo pactado en documento público o lo dispuesto mancomunadamente por ambos cónyuges o que se haya extinguido ese derecho, por alguna de las causas admitidas por la legislación aragonesa, que en materia de viudedad se rige, preferentemente por el pacto, por la costumbre y las disposiciones de la Compilación y en último lugar, por el Código Civil, aunque consideremos que antes que las normas del Código Civil deberán aplicarse los principios generales «en los que tradicionalmente se inspira el ordenamiento jurídico» aragonés, máxime si se tiene en cuenta que se trata de una institución creada por la costumbre, sancionada en Fueros y Observancias que han tenido su traducción moderna, primero en el Apéndice de 1925 y actualmente en la Compilación, sin parangón en el Derecho Civil común (artículos 75.1, 72.1, 76.1 y 1.1 de la Compilación).

Quinto: Aunque se ha discutido y no es todavía pacífica la cuestión relativa a la extensión patrimonial del derecho expectante de viudedad, sin embargo, sí coinciden la doctrina, la jurisprudencia y la legislación a la hora de contemplar los caracteres que definen el derecho expectante de viudedad: derecho que, como se dijo, es de naturaleza familiar, que inicia su eficacia, aunque sólo sea potencialmente, desde el momento mismo de la celebración del matrimonio, por disposición de la Ley y es un gravamen real que afecta a todos los bienes inmuebles y a los muebles como sitios del número 1 del artículo 39 de la Compilación, actual y de presente y que como tal carga real recae sobre los bienes inmuebles ingresados en el patrimonio común o en el privativo de los cónyuges, a los que sigue, aunque se enajenen vigente el matrimonio, salvo el consentimiento a la enajenación o la renuncia expresa o tácita al derecho

expectante prestada por el titular del derecho (artículos 72, 76 de la Compilación y sentencias de la Sala de lo Civil del T. S. de J. de Aragón de 13 de febrero de 1992 y de la A. P. de Zaragoza, sección 4ª de 26 de febrero de 1991).

De esas características que definen el derecho expectante de viudedad, a los efectos que interesan en la resolución del recurso, destacaremos dos: su origen legal o por disposición de la ley (artículo 72.1 y 76.1) y su carácter de derecho real que recae sobre bienes inmuebles o muebles considerados legalmente como sitios, (artículo 76 de la Compilación). Por el primero de ellos, no está necesitado de inscripción o anotación en el Registro de la Propiedad; el segundo, como cualquier otro derecho real que recaiga sobre bienes inmuebles, no se extingue o menoscaba por las posteriores enajenaciones de los bienes sujetos a tal afección, a menos que se renuncie expresamente a ese derecho (artículo 76.2 de la n de la D. G. R. y N. de 5 de agosto de 1977 y sentencias de la A. P. de Zaragoza de 26 de febrero de 1991 y del T. S. de J. de Aragón de 13 de febrero de 1992). De ahí que la renuncia, ya sea para conocimiento de terceros, ya para que surta sus efectos «inter partes» o el consentimiento a la enajenación del cónyuge titular del derecho expectante de viudedad, sí que puede y debe constar inscrita en el Registro de la Propiedad.

Sexto: Si como se ha expuesto, el derecho expectante de viudedad recae y grava directamente de presente los bienes sometidos al mismo, por disposición de la Ley, es evidente que en el anterior estado o situación de indivisión en que, en unión de otros tres inmuebles, se encontraba el bien inmueble adjudicado, cuya inscripción de dominio se pretende «libre de toda carga o gravamen», por el comunero participante en la comunidad de bienes constituía con sus otros dos hermanos y actual adjudicatario de una de las fincas urbanas en pleno dominio, petición de inscripción que ha motivado la calificación del Registrador de la Propiedad resolviendo en el cumplimiento de su función calificadora, la suspensión de la inscripción de la escritura de disolución de la comunidad y de adjudicación de los bienes participados por cuotas indivisas por los tres hermanos, por no

constar la renuncia al derecho expectante de viudedad o el consentimiento a la adjudicación que sobre las cuotas indivisas correspondían a sus esposos y que no les han sido adjudicadas, al recaer, efectivamente, en la anterior situación de indivisión del bien adjudicado posteriormente en pleno dominio, el derecho expectante de viudedad, sobre las cuotas indivisas y «no extinguirse o menoscabarse» ese derecho por la ulterior enajenación. Y si bien procedía, en principio, confirmar la nota denegatoria del Registrador de la Propiedad, que es objeto y materia del presente recurso, un análisis más profundo de esta cuestión, nos conduce, como veremos, a la revocación de este acuerdo registral.

Séptimo: No es necesario entrar a examinar en profundidad ni siquiera superficialmente las teorías surgidas en la doctrina civilista sobre la naturaleza traslativa o simplemente declarativa o especificativa de derechos que a la disolución de la comunidad de bienes se ha atribuido por los autores que han tratado de esta materia, a la que no pocos, con mayor o menor éxito, han tratado de aportar su adarme de originalidad que no siempre sirve para solucionar racionalmente los problemas prácticos y tan variados como la vida misma, que la comunidad de bienes plantea; problemas que, tampoco, de una manera terminante han sido resueltos por la jurisprudencia que, a todo lo más que ha llegado, es a considerar la división de la cosa común como un «acto de disposición, que se aproxima o asemeja a la venta o a la venta o a la permuta, y que sólo puede ser pedida por los condueños» (sentencia del T. S. de 9 de febrero de 1970) o que requiere de la unanimidad de los copropietarios para «disponer de la cosa común» (sentencia del T. S. de 28 de febrero de 1991). Aunque debe aclararse que en Aragón, cada cónyuge puede disponer de sus bienes privativos, sin el consentimiento del otro, salvo excepciones que no es necesario exponer (artículo 51 de la Compilación). Pues bien, en el supuesto del recurso, más que a la naturaleza de la disolución de la comunidad de bienes, es el alcance de la palabra de la disolución de la comunidad de bienes, es el alcance de la palabra «enajenación» la que debe constituir el objeto de her-

meneútica, por ser el término que utiliza el artículo 76.2 de la Compilación al disponer que el derecho expectante de viudedad «no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de cualquiera de los bienes» sobre los que recae.

Octavo: Es evidente que el artículo 76.2 emplea la palabra enajenación en sentido amplio, dentro del cual encaja el negocio jurídico de la disolución o división de la comunidad de bienes, que implica, según la jurisprudencia mencionada, un acto de disposición, en tanto en cuanto que en la comunidad de bienes por cuotas o participaciones indivisas al disolverse ésta con intervención de todos los copropietarios o comuneros, se realizan una serie más o menos compleja de operaciones materiales y jurídicas tendientes a la transformación o cambio de las cuotas ideales e indivisas que les pertenecen cristalicen en una porción o en un bien material y concreto para cada uno de ellos, si los bienes son divisibles. Desde esta óptica, la doctrina aragonesa que se ha ocupado y preocupado de estudiar este tema parece llegar a la conclusión unánime de que la partición hereditaria, aunque sea de partes indivisas de la herencia no supone ni implica división y adjudicación de los bienes que integran la comunidad hereditaria por disolución de la misma, como tampoco lo es, en estos casos, la disolución y división de esa comunidad hereditaria cuando se practica de inmediato con la adjudicación de bienes concretos y determinados a los herederos o cuando la partición es practicada por el causante. En tales supuestos, se entiende que no es necesaria la renuncia del cónyuge al derecho expectante de viudedad o la prestación del consentimiento a las operaciones particionales para que el derecho expectante se considere extinguido sobre la cuota y recaiga, directamente, sobre el bien adjudicado; pero esa unanimidad desaparece cuando se trata de considerar los efectos que en el derecho expectante de viudedad puede producir la división o disolución de la comunidad por cuotas y consiguiente adjudicación de bienes concretos y determinados a los comuneros «en pago» de sus respectivas cuotas o porciones indivisas ideales o abstractas sobre los mismos bienes; que es el problema que nos ocupa y preocupa.

Noveno: Si la función instrumental del Registro de la Propiedad tiende a ofrecer la protección y garantía de los derechos inscritos potenciando su ejercicio y a dotar de seguridad jurídica al tráfico inmobiliario, que se hacen efectivos mediante los principios de especialidad, legalidad, fe pública registral y publicidad, principalmente (artículos 8, 9, 18, 34 y 221 de la L. H.) y aunque el derecho expectante de viudedad al ser un derecho real inmobiliario establecido por disposición de la ley, que recae directamente sobre determinados bienes inmuebles o muebles como sitios, no precisa de inscripción para desplegar su eficacia, sin embargo, la renuncia de su titular o el consentimiento prestado a la enajenación de bienes sometidos a esa carga, sí es necesaria para la extinción de ese derecho real, como, en principio, entiende el Sr. Registrador de la Propiedad, que considerando válido y eficaz, como no podía ser de otra manera, el negocio jurídico de disolución de la comunidad de bienes existente entre los tres hermanos Barrao, extendió la nota denegatoria interesando la inscripción del pleno dominio de la finca adjudicada «libre de cargas y gravámenes», resultante de la escritura pública otorgada el 17 de diciembre de 1991 y autorizada por el Notario de Zaragoza don José María Badía Gascó, por el defecto subsanable de no constar en dicho documento público la renuncia al derecho expectante de viudedad o el consentimiento a la división y adjudicación por los cónyuges de los dos hermanos casados, respecto de las cuotas indivisas que sobre esos bienes no correspondían a sus respectivos esposos.

Décimo: Aunque, en principio, la nota denegatoria del Sr. Registrador de la Propiedad, calificando en el ejercicio de su función (artículo 18 de la L. H.), el defecto apuntado como subsanable, parece responder a una opinión mayoritaria, doctrinal y legalmente razonada y razonable y sin duda alguna legítima, que tan fácilmente podía haber sido evitada constatando en la propia escritura la renuncia al derecho expectante de viudedad o el consentimiento a la disolución y consiguiente adjudicación, sin que por ello padeciera ningún principio irrenunciable; sin embargo, suscita en el juzgador serias dudas la correcta califica-

ción del defecto, que, en este caso concreto, parece ignorar lo que la realidad del negocio jurídico realizado y la naturaleza del derecho expectante de viudedad exigen de consuno. Pues si se mantiene la tesis del Sr. Registrador en el sentido de exigir la renuncia o el consentimiento de los cónyuges titulares del derecho expectante a las operaciones de disolución de la comunidad y adjudicación de los inmuebles objeto de las mismas respecto de las cuotas indivisas atribuibles a los otros hermanos copropietarios, se llegaría a la contradictoria situación, a nuestro juicio, de una concurrencia o dualidad del derecho expectante de viudedad: de una parte, el preexistente sobre las cuotas indivisas y de otra, el nacido de la adjudicación del bien concreto surgido de esa disolución de la comunidad de bienes; situación jurídica y real que, en principio, parece y aparece como no admisible en este caso por ser contraria a la naturaleza de las cosas. Y es que, no puede haber duda alguna que el bien adjudicado ha ingresado definitivamente en el patrimonio de los respectivos copropietarios, en virtud de esa adjudicación, con el mismo carácter de bien privativo, que tenían las cuotas y, en consecuencia, sobre ese bien concreto y determinado recae el derecho expectante de viudedad de los cónyuges (artículos 72.1 y 76.1 de la Compilación); si, además de ello, subsistiera ese derecho expectante de viudedad sobre las cuotas ideales sobre los mismos bienes, que indudablemente recaían en tanto existía y existió la indivisión de los cuatro inmuebles, habría que convenir que, si se exige la renuncia o el consentimiento a esas operaciones de división y adjudicación, es porque se entiende que subsiste el derecho expectante de viudedad sobre las cuotas ideales ya desaparecidas y esa situación de duplicidad de un mismo derecho sobre unos mismos bienes, que han sido objeto de una operación de simple transformación o cambio voluntariamente efectuada por los únicos interesados (como copropietarios, primero y ahora titulares del pleno dominio de los bienes), no puede ser querida, admitida y propiciada por la ley, ni cabe dentro de su correcta interpretación; puesto que, a nuestro juicio, el derecho expectante de viudedad sobre

las cuotas indivisas, desapareció con el ingreso de bienes concretos y determinados en el patrimonio privativo de los copropietarios, cuyo ingreso ha producido, por ley, la sustitución del extinguido derecho expectante sobre las cuotas, por el derecho expectante de viudedad surgido y efectivo sobre unos bienes determinados y concretos, en este momento y a partir de la adjudicación, existente. De ahí que entienda el juzgador que no sea precisa, en este caso concreto, ni la renuncia al derecho expectante ni el consentimiento a las operaciones divisorias y de adjudicación, para que los bienes adjudicados tengan acceso al Registro de la Propiedad sin la mención de la existencia o inexistencia de tal renuncia o consentimiento, porque, en todo caso, el derecho expectante de viudedad afecta y recae directamente sobre los bienes objeto de adjudicación. Tal es la tesis mantenida por el T. S., entre otras, en sentencia de 28 de febrero de 1991 al declarar que «el usufructuario de cuota indivisa de una finca en copropiedad no se ve perjudicado por la división de la cosa común, en cuanto su derecho real se mantiene subsistente y se concreta e individualiza, por imperativo legal, en la parte que se adjudique al propietario o condueño», doctrina que, a pesar de referirse al derecho de usufructo en el Derecho común, consideramos trasladante, en este caso, al supuesto de Derecho aragonés que es materia de esta resolución.

Undécimo: En consecuencia, procede admitir el recurso interpuesto por el Notario don José María Badía Gascó y con revocación de la nota denegatoria de la inscripción dictada por el Registrador de la Propiedad, acordar la práctica de la inscripción solicitada; sin efectuar especial imposición de las costas causadas en la tramitación del recurso, conforme a lo previsto en el artículo 130 del R. H. y sin que contra esta resolución quepa recurso alguno, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 29.1 e) de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, del Estatuto de Autonomía de Aragón, en relación con lo preceptuado en la Disposición Adicional séptima de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Vistos los artículos citados y las resoluciones y sentencias mencionadas.

El Excmo. Sr. don José Ramón San Román Moreno, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón,

ACORDÓ: Que estimando el recurso gubernativo interpuesto por el Notario don José María Badía Gascó contra la nota denegatoria de la inscripción de la escritura pública otorgada el 17 de diciembre de 1991, solicitada por el interesado don Enrique Barrao Melero, debo declarar como declaro haber lugar al recurso interpuesto contra dicha nota denegatoria de la inscripción de la mencionada escritura en el Registro de la Propiedad número 10 de Zaragoza; sin efectuar especial imposición de las costas causadas en la tramitación del recurso. Y sin que proceda recurso alguno contra esta resolución, que se notificará a las partes.

Así lo acuerda, manda y firma, el Excmo. Sr. Presidente.

AUTO NÚM. 49

Auto del Presidente del TSJA de 26 de octubre de 1992

0: OTRAS MATERIAS: RECURSO GUBERNATIVO: *Plazo para la interposición: Se desestima el recurso de reposición y se confirma el acuerdo de la Presidencia del TSJA por el que se denegaba la admisión a trámite del recurso gubernativo por haber transcurrido con exceso el plazo de cuatro meses para la interposición del mismo (art. 113 Rh). Se trata de un plazo de derecho necesario, que expirado o vencido no puede suspenderse o abrirse de nuevo a capricho del interesado (que, como en el caso, presenta de nuevo en el Registro el documento ya calificado con nota denegatoria de la inscripción por adolecer de defectos insubsanables), o del órgano al que corresponda admitirlo o resolverlo.*

DISPOSICION CITADA: *Art. 113 Rh.*

AUTO

En la ciudad de Zaragoza, a veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y dos.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero: Con fecha 13 de julio del año en curso, doña Pilar Lardiés Sán-

chez, mayor de edad, vecina de Salas Bajas, con domicilio en calle Mayor, 21, y documento nacional de identidad número 17.921.212, presentó en la Secretaría de Gobierno de este Tribunal Superior de Justicia de Aragón el escrito que encabeza el presente recurso gubernativo, solicitando la revocación de la nota del señor Registrador de la Propiedad de Barbastro, extendida con fecha 11 de noviembre de 1991 en la primera copia de la escritura pública de compraventa otorgada ante el Notario don Mario Romeo García, el día 3 de febrero de 1989, con el número 63 de su Protocolo, y suplicando la inscripción del documento referido en el Registro de la Propiedad competente.

Segundo: Por acuerdo de esta Presidencia, dictado con fecha 15 de julio pasado, se tuvo por presentado el escrito, no admitiéndose a trámite el recurso gubernativo interpuesto, al haber transcurrido con exceso el plazo de cuatro meses para la interposición del mismo, que establece el artículo 113 del Reglamento Hipotecario, sin que pudiera modificar dicha situación legal acreditada el hecho de la presentación del documento en el Registro de la Propiedad de Barbastro, el día 9 de julio de 1992, que dio lugar a la extensión de una nueva nota del Registrador, manteniendo íntegramente la calificación contenida en la anterior nota del Registro, la que se daba ahora por reproducida.

Tercero: Contra dicha resolución se interpuso por la referida doña Pilar Lardiés Sánchez, recurso de reposición de fecha 1 de septiembre del corriente año, que se tuvo por presentado por acuerdo de fecha 2 del mismo mes, acordándose la ratificación de la interesada en el mismo, para lo que se expidió exhorto al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Barbastro, que se ha recibido cumplimentado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La cuestión que se ha planteado con la interposición del recurso de reposición contra la resolución de esta Presidencia de fecha 15 de julio próximo pasado, por la que se acordaba no admitir a trámite el recurso gubernativo interpuesto por doña Pilar Lardiés Sánchez

contra la nota denegatoria del Registrador de la Propiedad de fecha 9 de julio de este mismo año, en la que se reiteraba otra anterior de fecha 11 de noviembre de 1991 denegatoria de la inscripción de la escritura de compraventa de una finca, otorgada ante el Notario de Barbastro el 3 de febrero de 1989, por las razones que en la nota denegatoria extensa de la inscripción solicitada se expresaban, calificadas por el Registrador de «defecto que se considera insubsanable» y se advertía a la interesada que contra esa calificación cabe interponer recurso gubernativo ante el Presidente del TSJA en el plazo de cuatro meses a contar desde la fecha de la calificación —11 de octubre de 1991—, es la de si procede confirmar la resolución de la Presidencia que consideraba precluido el plazo de cuatro meses para la interposición del recurso gubernativo contra la primera nota del Registrador de la Propiedad, calificando el documento cuya inscripción se pretendía o por el contrario, procede contar ese plazo desde la emisión y constatación de la nota del Registrador de la Propiedad de fecha 9 de julio de 1992, en la que ante una nueva presentación del nuevo documento se devolvía éste «sin practicar la inscripción pretendida, por mantenerse íntegramente la calificación que se contiene en la anterior nota del Registro, que se da aquí por reproducida».

Segundo: Funda la recurrente el recurso de reposición que ha interpuesto en una única consideración: en una resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de junio de 1989 que en un supuesto semejante al resuelto por el acuerdo de la Presidencia, ahora recurrido, en la que dicho órgano directivo declaraba que «caducado el asiento de presentación de un título, puede éste ser presentado nuevamente y, en tal caso sería objeto de una nueva calificación independiente y autónoma» (aun cuando coincida en todos sus términos con la anterior) «y, por tanto, susceptible del recurso gubernativo previsto en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria» y aunque en la segunda nota se reitera la anterior calificación... no implica que los cuatro meses hayan de ser contados desde la fecha de aquella primera nota.

Tercero: Aparte de que una sola resolución no produce ni crea doctrina legal,

categoría jurídica que, por otra parte, no se reconoce a las reiteradas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, cuya importancia no cabe desconocer en tanto en cuanto que constituye el máximo órgano técnico en la organización de los Registros de la Propiedad, creador de una doctrina muy consolidada y respetada en la materia, esa resolución de 27 de junio de 1989, supone una ruptura total de la doctrina generalmente aceptada sobre el procedimiento, de los plazos para el cumplimiento de los trámites procedimentales y, sobre todo, para la interposición de los recursos contra aquellas decisiones que, con una u otra denominación, ponen fin al procedimiento.

Cuarto: Todos los tratadistas de Derecho inmobiliario registral coinciden en afirmar la existencia de un procedimiento registral, que participa de la naturaleza primaria del procedimiento, en general; que se inicia, en este caso, con la presentación en el Registro de la Propiedad del documento en el que se solicita (principio de rogación), la práctica del correspondiente asiento, provocando esa solicitud un asiento llamado de presentación (artículos 17, 248 y siguientes de la Ley Hipotecaria; 404, 416 y siguientes del Reglamento Hipotecario), asiento de presentación que produce determinados efectos registrales, regulados en la Ley y en su Reglamento, con plazos establecidos para el cumplimiento de los diversos trámites y cuya solicitud si no es retirada por su presentante, da lugar al acto principal del procedimiento que es la calificación del documento por el Registrador de la Propiedad en cumplimiento de la función calificadora a él reservada por la Ley Hipotecaria (artículo 18 y siguientes, 99 y 273 de la Ley Hipotecaria, y 97 y siguientes del Reglamento Hipotecario). Esa función calificadora del Registrador de la Propiedad, bien acordando la práctica del asiento interesado, ya suspendiendo la inscripción cuando el documento adolece de «defectos subsanables», ora denegando el acceso del documento al Registro, cuando éste presenta «defectos insubsanables», pone fin al procedimiento registral, que puede proseguir para juzgar sobre la calificación que del documento ha realizado el Registrador de la Propiedad, por una

doble vía: de una parte, la registral que da lugar a la interposición del denominado recurso gubernativo dentro del plazo de 4 meses ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia correspondiente (artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Real Hipotecario) o la vía judicial con presentación de la correspondiente demanda para que se declare la validez o nulidad del título o títulos objeto de la calificación registral. Todos esos actos o trámites están publicando la existencia de un verdadero procedimiento registral en el que el cumplimiento de los plazos para el trámite establecido y su fijación legal convierten al correspondiente acto o trámite en indisponible, por ser términos o actos procedimentales de orden público o de «ius cogens» que vinculan tanto al órgano que está llamado a dictar el correspondiente acuerdo, como a los interesados; pues tal es el significado que las leyes y la doctrina reconocen a un procedimiento, cualquiera que sea su naturaleza, en tanto en cuanto que constituye una serie ordenada de actos, regulados en la Ley, que tienden a obtener del órgano competente una decisión o resolución en relación con una petición presentada ante ese órgano.

Quinto: Tan es así, que la mayoría de los tratadistas de Derecho inmobiliario registral estudian el denominado «procedimiento registral», dentro del cual consideran el recurso gubernativo al que nos estamos refiriendo cuya naturaleza, aunque discutida, ha dado lugar a una corriente mayoritaria que considera este recurso «sui generis», aunque muy semejante o parecida a la que tienen los actos de jurisdicción voluntaria. Este recurso gubernativo cabe interponerlo a la finalización del procedimiento registral con la calificación del Registrador suspendiendo o denegando la inscripción del documento, según la clase de defecto apreciado en la nota calificadora y a contar de la fecha de la nota contra la cual se recurra, «se promoverá dentro del plazo de cuatro meses» el recurso gubernativo (artículo 113 del Reglamento Hipotecario). Se trata, pues, de un plazo establecido en una disposición legal, para la interposición de recurso contra la nota de calificación del documento dictada por el Registrador de la Propiedad en uso de la función de calificación que en exclusiva

le reconoce y atribuye la ley, que se ha de interponer en un plazo determinado y ante un órgano también determinado y como tal plazo procedimental y con mayor justificación en materia de recursos (artículos 306, 337, 380, 382, 403 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 56, 122.3 y concordantes de la Ley de Procedimiento Administrativo) es un plazo de derecho necesario, que expirado o vencido no puede suspenderse o abrirse de nuevo a capricho del interesado o del órgano al que corresponda admitirlo o resolverlo; a tal extremo que se habla en la doctrina de la «fatalidad» de los plazos. De ahí que producida la nota denegatoria de la inscripción, calificando la existencia en el documento público de una falta insubsanable, el plazo para la interposición del recurso gubernativo expiraba a los cuatro meses desde la fecha de la extensión de la nota de calificación registral, que tuvo lugar el día 11 de noviembre de 1991, de suerte que el plazo para la interposición del recurso venció el día 11 de marzo y presentado el escrito de interposición del recurso gubernativo el día 15 de julio de 1992, se dictó la resolución ahora recurrida en reposición, no dando lugar a la admisión a trámite del recurso, por haber expirado ampliamente el tiempo para su interposición contra la nota denegatoria de la inscripción.

Sexto: La nueva y posterior presentación de ese mismo documento en el Registro de la Propiedad en el mes de julio de 1992, transcurrido con exceso el plazo de 4 meses para la temporánea interposición del recurso gubernativo contra la nota denegatoria de la inscripción del documento por adolecer éste de «defectos insubsanables», parece evidente que no tuvo otra finalidad que la de provocar una nueva nota calificadora del Registrador de la Propiedad contra la que poder interponer el recurso gubernativo dentro del plazo, por expiración del anterior. Y esa nueva presentación del documento, que ni siquiera dio lugar a la iniciación de un nuevo procedimiento registral, pues en la misma fecha de su presentación se produjo la nota del Registrador acordando «devolver al presente sin practicar la inscripción pretendida, por mantenerse íntegramente la calificación que se contiene en la ante-

rior nota del Registro, que se da aquí por reproducida», pues entendiéndolo así el mismo Registrador, puso la nota en el título el mismo día de su presentación, no contiene calificación propiamente dicha, ni advertencia alguna sobre la posibilidad de ser recurrida, plazo del recurso y autoridad ante la que podía interponerse, a diferencia de lo que consta en la nota de calificación del documento de 11 de noviembre de 1991. Por lo que procede acordar que no ha lugar a reponer la resolución recurrida.

Séptimo: Que tratándose de la inscripción de una escritura pública de compraventa en la que la vendedora invoca para transmitir la finca, una escritura de capitulación matrimonial e institución de heredero universal a favor de uno de los hijos del matrimonio, con reserva de los instituyentes de la facultad de transmitir esa finca, transmisión que efectúa la viuda, fallecido el esposo, es indudable que nos hallamos ante un documento público referente al Derecho Civil Aragonés, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 29.1 e) de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, del Estatuto de Autonomía de Aragón, en relación con lo previsto en la disposición adicional séptima de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, contra la presente resolución no cabe recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación.

El Excmo. Sr. don José Ramón San Román Moreno, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón,

ACORDÓ: Que desestimando el recurso de reposición interpuesto por doña Pilar Lardiés Sánchez contra el acuerdo de esta Presidencia, de fecha 15 de julio de 1992, por el que se denegaba la admisión a trámite del recurso gubernativo presentado por la ahora recurrente contra nota denegatoria de la inscripción interesada, extendida por el Registrador de la Propiedad de Barbastro, con fecha 11 de noviembre de 1991 y reiterada por otra nota de fecha 9 de julio de 1992, debo declarar, como declaro, no haber lugar a reponer o reformar la resolución recurrida, sin efectuar especial imposi-

ción de las costas causadas en la tramitación del recurso que se resuelve y sin que contra esta resolución quepa recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Así lo acuerdo, mando y firmo en Zaragoza en la fecha «ut supra».

50

AUTO NÚM. 50

Auto del Presidente del TSJA de 29 de octubre de 1992

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES: TUTELA; JUNTA DE PARENTES: Disposición de inmuebles de pupilos mayores de edad. 5: FUENTES: CÓDIGO CIVIL: Familia y Sucesiones: *Es precisa la autorización judicial para la enajenación de bienes raíces por el tutor de un mayor de edad declarado incapaz, de vecindad foral aragonesa, debiendo aplicarse el artículo 271.2 del Cc., sin que pueda sustituirse tal autorización judicial por la de la Junta de Parente, tal como establece para el menor de edad el artículo 13 de la Compilación, refiriéndose con carácter general al administrador de sus bienes. Se trata de un caso concreto no regulado en la Compilación, al que se aplica el Cc. como Derecho supletorio al no existir tampoco costumbre ni principio general tradicional aragonés que le sea de aplicación.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Fuero 2º «De tutoribus»; arts. 8º, 9º y 58 Apéndice; arts. 1º, 2º, 3º, 5º, 6º, 9º, 10, 13, 15, 16, 17, 18, 20, 21, 22, 27, 31, 33, 49, 57, 75, 85, 87, 99, 103, 107 y 117 Comp.; 232 y 271 Cc.; art. 35 EAA.*

AUTO

En la ciudad de Zaragoza, a veintinueve de octubre de mil novecientos noventa y dos.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero: Con fecha 1 de septiembre del año en curso, don Pedro Martínez Viamonte, Notario del Ilre. Colegio de Zaragoza, presentó en la Secretaría del Gobierno de este Tribunal Superior de Justicia de Aragón el escrito que encabeza el presente recurso gubernativo, inter-

puesto al amparo de los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 111 y siguientes de su Reglamento, solicitando la revocación de la nota del señor Registrador de la Propiedad número 13 de Zaragoza, median- te la que se deniega la inscripción de la escritura de compraventa, autorizada por dicho Notario, el día 25 de enero de 1992, con el número 33 de su protocolo y cuya nota dice textualmente: «Registro de la Propiedad de Zaragoza número 13. Denegada la inscripción del precedente documento, por infringir lo dispuesto en el artículo 271.2º del Código Civil en relación con el artículo 1º de la Compila- ción de Derecho Civil de Aragón. No procede tomar anotación preventiva de suspensión. Contra esta calificación cabe interponer recurso gubernativo ante el Excmo. señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el pla- zo de cuatro meses, a contar desde esta fecha, en los términos prevenidos en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario, sin perjuicio de acudir ante los Tribuna- les de Justicia para que declaren la vali- dez e inscribibilidad del presente docu- mento, a tenor de lo previsto en el primero de los preceptos citados. Zarago- za, 28 de mayo de 1992»; y suplicando, igualmente, la inscripción del título cali- ficado en el Registro de la Propiedad competente.

Segundo: Incoado el oportuno expe- diente, se lo dio el trámite establecido por el Reglamento Hipotecario, emitién- dose por el señor Registrador de la Pro- piedad el informe prevenido en el artícu- lo 115, en el sentido de mantener íntegramente la nota de calificación extendida por el mismo, por las razones expuestas en el referido informe, cuya unión al expediente, una vez devuelto éste, se acordó por resolución de fecha 29 de septiembre del corriente año.

Tercero: En la tramitación de este expediente se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El problema debatido en el presente recurso, es una cuestión pura- mente jurídica que se residencia en la elección o selección de la norma o el Derecho aplicable a un supuesto de ven-

ta de una finca propiedad de una persona mayor de edad, declarada incapaz judicialmente, con vecindad civil aragonesa, en cuya escritura de compraventa otorgada ante el Notario de Zaragoza, don Pedro Martínez Viamonte, intervinieron, además del tutor de la incapacitada, la Junta de Parientes, constituida al efecto; presentado el documento público a inscripción en el Registro de la Propiedad, dio lugar a la nota de calificación del Registrador denegatoria de la inscripción interesada «por infringir lo dispuesto en el artículo 271.2 del Código Civil, en relación con el artículo 1º de la Compilación del Derecho Civil de Aragón».

Segundo: Aunque se haya debatido y esté vigente la problemática que plantea el tema de las fuentes del Derecho en el Derecho Civil Aragonés, del texto del artículo 1.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón aprobado por la Ley autonómica de 21 de mayo de 1985 ha de partir el intérprete para indagar y ofrecer la solución correcta de la cuestión planteada, que es difícil, en tanto en cuanto que concurren concepciones distintas en orden a la manera de integrar las disposiciones de la Compilación con la costumbre y los principios generales en los que se inspira el ordenamiento jurídico aragonés y, en su defecto, la aplicación supletoria del Código Civil, como se dispone en el artículo 1.1 y 2 de la Compilación, según el cual, «las fuentes jurídicas» las constituyen: 1. Las disposiciones de esta Compilación. 2. La costumbre, y 3. Los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico, entre los que se destaca el principio «*Standum est chartae*», hoy elevado al rango normativo por el artículo 3º de la Compilación. Para agregar en el número 2 que: «En defecto de tales normas, regirán el Código Civil y las demás disposiciones constitutivas del Derecho general español».

Y ya que estamos planteando el problema de las fuentes de Derecho Civil Aragonés, importante es decir, que el fundamental tema de las fuentes del Derecho Civil de Aragón es una cuestión que la Constitución Española de 1978 defiende y refiere al legislador aragonés, cuando dispone que es competencia de las Comunidades Autónomas «la conservación, modificación y desarrollo... de

los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan»: así como la «determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial» (artículo 149.1.8ª de la Constitución Española). Norma constitucional que es recogida como competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Aragón en el artículo 35.4ª del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, y que dio lugar a la nueva redacción del artículo 1.1 de la Compilación introducida por el legislador aragonés, texto que, con otras modificaciones, fue aprobado por la Ley autonómica de 21 de mayo de 1985.

Tercero: Expuesto el cuadro normativo institucional establecido en el uso de sus competencias por el legislador aragonés, único órgano constitucional y estatutario legítimo para la creación del Derecho Civil de Aragón, en materia de disposiciones escritas, por cuanto que la costumbre que emana del pueblo es, también, fuente de creación del Derecho Civil Aragonés, además de fuente integradora del mismo (artículos 2.1 y 1.1 de la Compilación), sólo le queda al intérprete en tanto en cuanto le corresponda la aplicación del Derecho, moverse dentro del marco del sistema de fuentes previamente establecido por el legislador; ya que la aplicación del Derecho es una función o potestad posterior a la creación del Derecho y subordinada al mismo (artículo 117.1 de la C. E.); si bien en la aplicación de las normas sirvan de pautas de orientación al intérprete otras reglas como pueden ser la frecuente remisión de la Compilación a «la costumbre» y/o a los «usos locales», como normas de interpretación de determinadas instituciones forales (artículos 33, 57.1, 75.1, 99 y 107, entre otros, de la Compilación) o la jurisprudencia que es fuente de cierre en el ordenamiento jurídico español (artículo 1.6 del C. c., que, como se ha dicho, es fuente supletoria del Derecho Aragonés).

Cuarto: Establecido el marco dentro del cual puede y debe moverse el juzgador para la resolución de la sugestiva y trascendente cuestión planteada con motivo del otorgamiento de la escritura pública de venta de una finca rústica por el tutor de la incapaz mayor de edad, con

intervención en unidad de acto de la Junta de Parientes constituida notarialmente para ese concreto otorgamiento y de la nota denegatoria de la inscripción por parte del Registrador de la Propiedad, es llegado el momento de decidir el Derecho aplicable a este caso concreto, desde el único punto de vista que legitima la función del juzgador, al declarar el Derecho aplicable, ya creado por el legislador, considerando, en primer lugar, el problema concreto objeto de su resolución, desde el prisma de las fuentes del Derecho Aragonés e interpretando, en segundo lugar, si fuere necesario, la normativa de las fuentes del Derecho Aragonés, a la luz de los antecedentes históricos y legislativos y de la realidad social de nuestros días, teniendo en cuenta el espíritu y la finalidad de las normas en conflicto.

Quinto: La Compilación dedica a la regulación «de la tutela», el Capítulo 1º (artículos 15 al 18, ambos inclusive), del Título III que se abre bajo el epígrafe «De las relaciones parentales y tutelares», que forma parte del Libro I «De la persona y de la familia»; en esa tan exageradamente parca regulación positiva de la tutela, es evidente que dentro de esa normativa no existe precepto alguno que imponga o permita la posibilidad de la intervención de la Junta de Parientes, en sustitución de la autorización judicial, para los supuestos de venta de bienes inmuebles de personas incapacitadas, sujetas a tutela; por la obvia razón de que el artículo 15 se refiere a la delación de la tutela; el artículo 16 a la pluralidad de designaciones; el artículo 17 a la contribución a las cargas y el 18 al protutor, de manera que no existe precepto alguno que regule el ejercicio de la tutela, salvo el párrafo 2 del artículo 16, referido a un supuesto muy específico. En cambio, la autorización judicial previa se exige en el artículo 271.2 del Código Civil, desde la modificación del Título X, introducida por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que representó en el sistema del Código Civil una transformación de la tutela desde el espíritu que la informaba como institución de marcado carácter familiar, en la que el Consejo de Familia tenía una muy importante intervención en el ejercicio de la tutela, a un sistema de tutela de autoridad, con desaparición de ese órgano familiar que se decía inoperante y su

sustitución por una acentuada intervención de la autoridad judicial y del Ministerio Fiscal (ver artículo 232 del Código Civil). Pues bien, la tutela en el sistema de la Compilación, sigue teniendo ese espíritu de institución familiar o del Derecho de familia, que tradicionalmente la ha caracterizado, como lo pone de relieve no sólo la colocación de su regulación en el Libro I y dentro de él, en el Título III, dedicado a la reglamentación «De las relaciones parentales y tutelares», sí que, también, el hecho de que la actual regulación de la tutela proceda de la Compilación aprobada por la Ley 15/1967, de 8 de abril, en cuyo texto muy pocas modificaciones importantes introdujo la Ley autonómica de 21 de mayo de 1985, que al tiempo que suprimía el Capítulo II dedicado al «Consejo de Familia» (artículo 19, ahora sin contenido), introducía «ex novo» una concreta actuación de la Junta de Parientes en el artículo 16; pero que en nada ha cambiado el tratamiento legal de la institución tutelar ni su carácter familiar, que ya en su parquedad, informaba los artículos 8º y 9º del Apéndice de 1925, referidos sólo al nombramiento de tutor.

Sexto: Si desde el ámbito del derecho positivo (la Compilación), pasamos a examinar el derecho histórico plasmado en los Fueros y Observancias, bien puede decirse que tampoco éstos ofrecen una regulación sistemática de la tutela, de suerte que de los Fueros y Observancias es posible que uno de los principios que pueda extraerse es el de que los tutores y, en su caso, los curadores, en el ejercicio de su oficio o cargo, han de proceder bien y lealmente, procurando el bien, provecho y utilidad de sus pupilos (Fuero 2, «De Tutoribus»). Tanto en los Fueros como en las Observancias y en la doctrina tradicional aragonesa, se distingue entre la tutela (aplicable a los menores de edad) y la curatela (que es la institución propia de los incapacitados e incluso de los pródigos en determinados supuestos); pero sin que se aprecien o establezcan diferencias en cuanto al ejercicio de una y otra figura. Y por lo que se refiere al poder de disposición de los bienes del pupilo por el tutor, tan sólo existe una fuente que se ocupe del problema —la Observancia 6ª del Libro V, que dedica sus nueve Observancias a los

«tutores, curadores y cabezaleros»— y en cuya Observancia 6ª se establece la necesidad de la autorización del Juez para la venta de bienes inmuebles del pupilo: «Item observatur, quod tutores non possunt vendere bona inmobilia pupillorum sine auctoritate Judicis, et Juez debet cognoscere si neccessario bona debent vendi antequam prestat suam auctoritatem». De ahí que la doctrina entendiese unánimemente que el tutor o curador precisara de la autorización judicial para disponer válidamente de los bienes inmuebles de su pupilo.

Si la promulgación de las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y de la vigente de 1881 produjeron un vivo debate sobre si tales leyes habían supuesto la derogación o no del Cuerpo de los Fueros y Observancias de Aragón, es lo cierto que de una manera cada vez más intensa, sobre todo después de la promulgación del Código Civil, se puede observar una penetración y recepción del Derecho del Código en materia de tutela y que a pesar de los importantes proyectos que se elaboraron hasta la promulgación del Apéndice de 1925, esa corriente no cristalizó en esa norma que al propio tiempo que derogaba el Cuerpo de los Fueros y Observancias (disposición final artículo 78), tan sólo dedicaba a la tutela los artículos 8º y 9º. Lo que motivó el hecho de que salvo esas dos particularidades se continuara aplicando el Derecho común en materia de tutela. Y aunque en varios proyectos anteriores a la Compilación de 1967 se efectuaba un tratamiento más sistemático de la tutela, en cuanto a su delación, pluralidad de designaciones, contribución a las cargas, protutor y Consejo de familia y alguna otra particularidad, sin que en ninguno de esos proyectos ni en la Compilación, como hemos visto, se haya abordado el tema del ejercicio de la tutela, deferido tácitamente a la regulación del Código Civil, como en otras épocas, salvo en las muy concretas particularidades o referencias que en algún otro artículo de la Compilación, fuera del Capítulo de la tutela, se hacen a algún aspecto de ésta, como veremos.

Séptimo: Si a ello se añade que la exigüidad de las normas reguladoras de la tutela hace sumamente dificultosa la tarea de encontrar no sólo el espíritu que inspira esa regulación, sí que también la

finalidad que la preside, esa dificultad se acrecienta cuando se trata de indagar la costumbre y los principios generales del Derecho para integrar la peculiar normativa aragonesa, que nos permitan superar algunas de las numerosas lagunas que presenta la regulación de la tutela y, sobre todo, su ejercicio, en la Compilación. Y respecto del ejercicio de la tutela, salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 16 de la Compilación, creemos que en el ejercicio del poder de disposición del tutor sobre los bienes inmuebles de su pupilo, únicamente podrá ejercerlo en los casos y formas establecidos en la tutela deferida en testamento o en otro instrumento público (artículo 15 de la Compilación), por aplicación del principio «*Standum est chartae*», sancionado en el artículo 3º de la Compilación, por cuanto no existe norma imperativa que lo impida; antes al contrario, se halla expresamente permitido en el párrafo 2 del artículo 16, ya citado. Fuera de ese principio, creemos que no se conoce costumbre vigente en Aragón ni principio tradicionalmente observado o inspirador del Derecho histórico aragonés que permita la venta de bienes inmuebles del incapaz sin autorización judicial; al contrario, los usos sociales y familiares ponen de relieve que la recepción del Derecho del Código Civil en Aragón y la falta de normativa a este respecto, que se aceptaran las disposiciones del Código Civil, que antes de la reforma introducida por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, requería la previa autorización del Consejo de familia para la venta por el tutor de bienes inmuebles pertenecientes a su pupilo (artículo 269.5º del Código Civil vigente hasta esa reforma) y ahora requiere la autorización judicial conforme a lo dispuesto en el artículo 271.2º del Código Civil, suprimido como ha sido el Consejo de familia, al igual que ha desaparecido de la Compilación (artículo 19 sin contenido), después de la Ley autonómica de 1985, que introdujo «*ex novo*» la regulación de la Junta de Parientes en el Capítulo III, que muy pocas concordancias o semejanzas tiene con el suprimido Consejo de familia.

Octavo: No obstante lo expuesto en el anterior Fundamento Jurídico, si consideramos la cuestión planteada desde la óptica de la Junta de Parientes, de las

facultades y funciones que legalmente corresponden a este órgano parental, surgido del pacto y de la costumbre, en íntima vinculación con la Casa aragonesa, de tanto abolengo y arraigo hasta tiempos bien recientes en las regiones pirenaicas y hoy regulada, por primera vez, de una manera que se pretende sistemática en los artículos 20 a 22, ambos inclusive, de la Compilación, dado que el Apéndice se limitó a aludir a la intervención de dos parientes de los cónyuges — «los más cercanos, varones y de más edad» — para un supuesto determinado (artículo 58, párrafo 3º, del Apéndice de 1925), tampoco ni de la normativa legal ni de sus precedentes históricos, obtenemos disposición o costumbre alguna directamente aplicable al supuesto controvertido.

Legalmente, porque el Capítulo III (artículo 20 a 22 de la Compilación) que regula la Junta de Parientes en cuanto a su llamamiento, composición, constitución y funcionamiento (artículos 20 y 21), contempla tres supuestos distintos de llamamiento de ciertos parientes: a) por disposición de la Compilación (artículos 5º, 6º, 9º, 10, 13, 16, 17, 27, 31, 49, 85, 87, 103 y 117 de la Compilación); b) por costumbre, y c) por acto jurídico; parientes que reunidos en Junta intervendrán en aquellos asuntos familiares o sucesorios no sujetos a normas imperativas (artículo 20.1 de la Compilación). Ya hemos dicho que no existe disposición alguna que prevea la intervención de la Junta de Parientes en los actos de disposición de los bienes de un incapaz otorgados por el tutor, pues ni lo previsto en el artículo 13.2 ni lo dispuesto en los artículos 16.1 y 17 de la Compilación parecen ser directamente aplicables al supuesto a que se contrae el presente recurso. El primero de ellos, porque se está refiriendo a los administradores de los bienes del menor de 14 años y ni menciona al tutor —aunque comúnmente sea «administrador» — ni cabe aplicar esa particular norma, por analogía, al tutor del incapaz mayor de edad, que ha sido nombrado judicialmente y no en testamento o escritura pública. Y no cabe confundir, en cualquier caso, la asistencia para los actos de disposición de bienes de menores de edad, con las facultades del tutor que sólo pueden estar definidas en testamen-

to o escritura pública (artículos 15 y 16.2 de la Compilación) o, en su defecto, en el Código Civil.

Consuetudinariamente, tampoco se ha constatado la existencia de una costumbre que prevea la intervención de la Junta de Parientes en los supuestos de venta de bienes de incapacitados efectuada por el tutor, lo que parece lógico si se considera que la Junta o Consejo de Parientes es una institución aragonesa que surgió en íntima vinculación con la Casa aragonesa, a cuyo amparo se desarrolló la Junta de Parientes, que es de carácter típicamente familiar, aunque también se la atribuyan funciones en materia sucesoria. Y aun cuando se ha dicho que toda norma consuetudinaria o costumbre requiere un primer acto inicial que dé origen a la misma, no parece sea el acto más adecuado para iniciar una costumbre normativa, una resolución, de la naturaleza de la presente, cuando no existe precedente alguno que se conozca y cuando los usos sociales y familiares aparentan ser muy diferentes.

Noveno: Tampoco, creemos, que pueda extraerse un posible principio normativo desde el reiterado llamamiento que a la intervención de la Junta de Parientes efectúa la Compilación con preferencia a la autoridad judicial, porque esos llamamientos de la Junta de Parientes tienen una finalidad muy diversa en la propia Compilación y es muy variada la eficacia que a esa llamada reconocen los distintos preceptos que la imponen, siempre que tales actos no se hallen «sujetos a norma imperativa» (artículo 20.1 de la Compilación). Tales actos en los que la Compilación llama a la Junta de Parientes y, en su defecto, al Juez de Primera Instancia, podemos clasificarlos de la siguiente manera: a) actos relativos al ejercicio de la tutela, son los previstos en los artículos 5º, 16, 17 y 27 de la Compilación; b) actos que pueden estar relacionados o no con el ejercicio de la tutela (artículos 6º y 13.2 de la Compilación); c) actos relacionados con el ejercicio de la autoridad familiar carentes de contenido económico (artículos 9.2 y 3º y 10 de la Compilación), y d) otros actos de familia o sucesorios que no tienen relación con el ejercicio de la tutela ni de la autoridad familiar (artículos 31, 49, 85, 87, 103 y 117 de la Compilación).

Décimo: A los efectos perseguidos en la resolución de este recurso gubernativo, tan sólo ofrecen interés aquéllos que se han incluido en los apartados a) y b) de la clasificación que son los que con un contenido económico, se refieren o pueden referirse al ejercicio de la tutela del menor de edad (artículos 5º, 6º y 13 de la Compilación), ora a la tutela en general, con inclusión tanto de los menores como de los mayores de edad declarados incapaces (artículos 16 y 17 de la Compilación). Pues bien, sin necesidad de acudir a la diferencia doctrinal entre tutela «ad bona» (artículos 5º, 6º y 17 de la Compilación) y tutela «ad personam» (artículo 16), bastaría decir que ni de la hermenéutica de los preceptos que directamente se refieren al ejercicio de la tutela y que estamos examinando ni desde la exégesis más favorable a la búsqueda de un espíritu o principio informador de esas normas, puede fundadamente extraerse un valor jurídico uniforme que no ya sólo hunda sus raíces en lo que el artículo 1.1 de la Compilación denomina «principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico», sino que ni siquiera, en criterio del juzgador, puede considerarse que ese conjunto de normas cuyo examen estamos realizando, estén inspiradas por un principio general que permita fundar el llamamiento o intervención de la Junta de Parientes, con preferencia a la del Juez, en toda clase de actos de disposición de bienes inmuebles por parte del tutor de la persona sometida a tutela, ya se trate de un menor de edad, ora de un mayor de edad incapacitado; puesto que ni legal ni doctrinalmente es reducible a los mismos términos y limitaciones la capacidad de obrar de un menor, por razón de su edad, que la de una persona mayor de edad que ha sido declarada judicialmente incapaz. De ahí que entienda el juzgador que no cabe confundir la asistencia exigida en los artículos 5º y 6º de la Compilación con las facultades de disposición del tutor ni con la asistencia de la Junta de Parientes; ni pueda ser materia de interpretación extensiva o analógica a la tutela lo dispuesto en el número 2 del artículo 13 de la Compilación que faculta al «administrador» (y no cabe duda que el tutor del incapaz declarado judicialmente, es administrador de quien dispuso a título gratui-

to de bienes a favor del pupilo, según el artículo 16.2 de la Compilación), para disponer de los bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos «con autorización de la Junta de Parientes o del Juez de Primera Instancia»; pues no parece legítimo que ante la casi total ausencia de normas reguladoras de la tutela en la Compilación y su precedente legislativo más inmediato —el Apéndice de 1925—, la heterogeneidad que en esta materia se observa en Fueros y Observancias e, incluso, la parcial regulación de la tutela que se pone de manifiesto en los diversos proyectos de Compilación surgidos, antes y después del Apéndice hasta la promulgación de la Compilación, no permiten, a nuestro juicio, a partir de estos preceptos, que de forma asistemática y tan específica se refieren al tutor de los menores de edad, sean trasladables, sin más, a la tutela del incapacitado, con base solamente en el llamamiento de la Junta de Parientes para prestar su autorización a un acto de disposición de bienes raíces y construir todo un sistema o principio general de obligada observancia, función que si ciertamente corresponde investigar y decidir al intérprete obligado a aplicar el Derecho, ha de estar, en todo caso, fundada sobre bases sólidas, sobre «principios» generalmente aceptados por la doctrina y que no resulten extraños a la letra o al espíritu de la ley, sobre los que se asienta el principio de la seguridad jurídica que es un principio constitucional (artículo 9.2 de la Constitución Española), de obligatoria observancia, ni avalado por los usos o prácticas sociales o familiares aragoneses. De ahí que entendamos, pues, que este caso concreto no regulado en la Compilación, sin posibilidad legal de que pueda decirse que se halla amparado por la costumbre o por los principios generales que tradicionalmente inspiran el ordenamiento jurídico aragonés, haya de aplicarse el Código Civil, con carácter supletorio, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.1 y 2 de la Compilación y exigiendo el artículo 271 de dicho Cuerpo legal, la autorización judicial para que el tutor pueda enajenar bienes raíces de su pupilo mayor de edad declarado incapacitado, procede con desestimación del recurso, confirmar la nota calificadora del Registrador de la Propiedad.

Undécimo: Que conforme a lo previsto en los artículos 118 y 130 del Reglamento Hipotecario, no procede efectuar especial imposición de las costas causadas en la tramitación de este recurso; y sin que contra esta resolución quepa recurso, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 29.1 e) de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, del Estatuto de Autonomía de Aragón, en relación con lo preceptuado en la disposición adicional séptima de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Vistos los artículos citados.

El Excmo. señor don José Ramón San Román Moreno, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón,

ACORDÓ: La desestimación del recurso gubernativo interpuesto por el Notario don Pedro Martínez Viamonte, contra la calificación del Registrador de la Propiedad número 13 de Zaragoza, de fecha 28 de mayo de 1992, por la que se denegaba la inscripción de la escritura de compraventa otorgada por doña Purificación Pérez Falcón a favor de don José Asensio Asensio, sin efectuar especial imposición de las costas causadas en la tramitación del recurso y sin que contra la presente resolución proceda la interposición de recurso de alzada.

Así lo acordó, mandó y firma el Excmo. señor Presidente en la fecha inicialmente expresada.—Sigue la firma.

AUTO NÚM. 51

Auto del Presidente del TSJA de 24 de diciembre de 1992

661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL: MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL: Derechos adquiridos por terceros: Las capitulaciones matrimoniales, otorgadas vigente matrimonio, no perjudican en ningún caso los derechos adquiridos por tercero, que si conservan sus créditos contra el cónyuge deudor, también el cónyuge deudor responde con los bienes que le hubieren sido adjudicados, porque la responsabilidad real de la masa común no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados. Doctrinal legal del TS (Ss. 17 noviembre 1987, 28 abril 1988 y 25 enero 1989) tras-

ladable al régimen matrimonial legal aragonés, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1.1 y 2, 41.5, 42, 43.2, 46.1, 52.1 y 56.2 de la Comp.

6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: PASIVO: RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES: Después de la disolución de la comunidad legal: Todos los bienes comunes responden siempre, frente a terceros y responden los esposos con tales bienes, directamente frente al acreedor, por las deudas comunes. Y esa responsabilidad se prolonga más allá de la vigencia de la sociedad consorcial, al ser una responsabilidad personal y solidaria que, incluso, se extiende a los bienes privativos —«ultra vires»—, en ciertos supuestos (arts. 56.2 Comp. y 1.398.1 Cc.). EMBARGO DE BIENES COMUNES ADJUDICADOS AL CÓNYUGE NO DEUDOR: Falta de prueba de la condición consorcial de la deuda: Para que el acreedor de un cónyuge pueda hacer efectiva la responsabilidad sobre los bienes comunes adjudicados, tras la disolución de la comunidad legal, al otro cónyuge, tiene que haber demostrado, mediante la oportuna acción declarativa, que se trata de una deuda de la que responden los bienes comunes; faltando este requisito, el solo hecho de la notificación de la interposición de la demanda ejecutiva al cónyuge no deudor y la insuficiencia o ineffectividad del embargo trabado sobre los bienes comunes adjudicados al cónyuge deudor no santifica o sana la falta de acreditamiento de la calidad jurídica de la deuda ejecutada como deuda a cargo del patrimonio común, porque esa condición jurídica efectuada en un mandamiento librado en un juicio ejecutivo no prejuzga ni puede vincular al Registrador en el ejercicio de su función calificador. En consecuencia, se desestima el recurso gubernativo y se mantiene la nota del Registrador denegando la anotación preventiva de embargo por haberse dirigido el procedimiento contra persona distinta del titular registral.

6635: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES: Deudas comunes.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 1º, 2º, 37, 41, 42, 43, 46, 52 y 56 Comp.; 1.347, 1.365, 1.398, 1.399, 1.400, 1.401 y 1.402 Cc.; 1º, 18, 20, 38, 42, 43, 65 y 99 Lh.; 121, 140 y 144 Rh.

AUTO

En la ciudad de Zaragoza, a veinticuatro de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero: Mediante escrito presentado con fecha 14 de octubre del pasado año, en la Secretaría de Gobierno de este Tribunal Superior de Justicia de Aragón, doña Concepción Rodelgo Serrano, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de la compañía mercantil «Comercial Lyuma, S. A.», domiciliada en Huesca, interpuso recurso gubernativo al amparo de los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 111 y siguientes de su Reglamento, solicitando la revocación de la nota del señor Registrador de la Propiedad de Tamarite de Litera, extendida con fecha 15 de junio de 1992, en el mandamiento expedido por el Juzgado de Primera Instancia de Barbastro, en 20 de mayo del mismo año, y cuya nota dice textualmente: «DENEGADA la anotación preventiva de embargo resultante de este Mandamiento por el defecto insubsanable de haberse dirigido el procedimiento contra persona distinta del titular registral. Las fincas aparecen inscritas a favor de doña Carmen Dalmau Balasch, con carácter privativo, desde fecha de 11 de febrero de 1985, y en virtud de escritura de capítulos matrimoniales otorgada el 1 de febrero de 1985. Artículos 20-38 de la Ley Hipotecaria y 140-144 y concordantes del Reglamento Hipotecario y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado del 5 de enero de 1988, y 6 y 10 de noviembre de 1981. Contra esta calificación cabe interponer recurso gubernativo ante el Excmo. señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de cuatro meses, a contar desde esta fecha, en los términos prevenidos en el artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario, sin perjuicio de acudir ante los Tribunales de Justicia para que declaren la validez e inscribibilidad del presente documento, a tenor de lo previsto en el primero de los preceptos citados. TAMARITE DE LITERA a 15 de junio de 1992», y suplicando, igualmente, la anotación registral de dicho embargo preventivo con los efectos que procedan.

Segundo: Incoado el oportuno expediente, se le dio el trámite establecido por el Reglamento Hipotecario, participándose por el Registrador de la Propiedad de la imposibilidad de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 114 del Reglamento Hipotecario, por estar cancelado por caducidad el asiento de presentación referido y emitiéndose por el mismo y por el Juez de Primera Instancia de Barbastro el informe prevenido en el artículo 115, cuya unión al expediente, una vez devuelto éste, se acordó por resolución de fecha 2 de diciembre del pasado año.

Tercero: En la tramitación de este expediente se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La cuestión a resolver en el presente recurso gubernativo, versa sobre si procede o no revocar la nota del Registrador de la Propiedad, por la que deniega la anotación preventiva de embargo de determinadas fincas, interesada en mandamiento expedido al efecto, calificando de defecto insubsanable el embargo decretado en un procedimiento ejecutivo instado en el año 1988, no dirigido contra la esposa, a cuyo nombre se hallan inscritas las fincas embargadas, en concepto de bienes privativos, desde 11 de febrero de 1985, en virtud de la escritura de capitulaciones matrimoniales y de separación absoluta de bienes otorgada por los cónyuges y de liquidación de la comunidad consorcial, de la que formaban parte la mitad indivisa de los bienes atribuidos a la esposa, en virtud de esa liquidación. O si, por el contrario, ese embargo de bienes de la cónyuge, acordado en el procedimiento ejecutivo seguido contra el marido, notificado recientemente a la esposa, debe ser objeto del correspondiente asiento de anotación preventiva de embargo, como se acuerda en el mandamiento, por cuanto que según el recurrente, la deuda contraída por el cónyuge ejecutado tiene la consideración de «deuda consorcial», como fueron consorciales, en su origen, los bienes que ahora figuran registralmente como privativos de la esposa; y, en consecuencia, debe ser suficiente la notificación a la esposa de la existencia del pro-

cedimiento ejecutivo instado contra el marido, para que el mandamiento en el que se ordena la anotación preventiva del embargo de los bienes privativos de la cónyuge, tenga acceso al Registro, como entiende el recurrente.

Segundo: La función calificadoradora del Registrador de la Propiedad, por lo que se refiere a los documentos judiciales se extiende no sólo a la regularidad formal y competencial de tales documentos (generalmente, mandamientos), sí que, también, a los contenidos dispositivos de dichos documentos (artículos 18, 65 y 99 de la L. H. y concordantes de su Reglamento), en relación con lo que conste en lo asientos del Registro, que también habrán de tener en cuenta al efectuar la calificación de los mismos (artículos 18, 65 y 99 citados). De ahí que, en principio, hallándose inscritas las fincas a las que se contrae el mandamiento en el que se ordena la práctica de la anotación preventiva de embargo sobre tales fincas, a nombre de la esposa del ejecutado, en concepto de bienes privativos de la misma, sea conforme a derecho la nota denegatoria de la anotación interesada, calificando el defecto de insubsanable, conforme a lo dispuesto en el artículo 20 de la L. H., en relación con lo preceptuado en los artículos 42.2, 43 y 65 y concordantes de dicha Ley.

Tercero: Pero el problema, en este caso (que se repite con harta frecuencia en nuestros días), no es tan simple como para darlo por definitivamente resuelto con esa sola y única motivación. Y ello debe ser así, porque en el recurso que se resuelve, se plantean toda una serie de problemas tan sugerentes como de trascendencia práctica en orden a la legítima tutela de los derechos subjetivos. Problemas, casi todos, de naturaleza jurídica, que traen su causa de la frecuencia con la que hoy se otorgan capitulaciones matrimoniales (tanto en los derechos especiales, como es el Derecho civil aragonés, como en las regiones regidas por el Derecho común, aun después de la modificación introducida en el Código civil por la Ley 11/1981, de 13 de mayo), pactándose un nuevo régimen económico-matrimonial, sin que se haga un previo inventario de bienes ni, desde luego, una relación de las deudas u obligaciones a cargo del patrimonio común de los

cónyuges. Constituyendo esa práctica viciosa un semillero de pleitos que, como en este caso ocurre, tienen su origen en el otorgamiento de capítulos matrimoniales de 1 de febrero de 1985, entre los cónyuges don Pedro Vidal y doña Carmen Dalmau, en cuya escritura pactaron la disolución del régimen matrimonial consorcial o ganancial (que de ambos se habla en el recurso), que hasta entonces había regido la sociedad conyugal y con la atribución de los bienes comunes a ambos cónyuges en concepto de privativos —entre ellos, se adjudicaron por mitades indivisas las 3 fincas a las que se contrae el mandamiento—; y pactaron el régimen de separación absoluta de bienes, por el que, al parecer, se rige el matrimonio.

Y entablado juicio cambiario ejecutivo por la sociedad, hoy recurrente, contra don Pedro Vidal, despachada ejecución, con fecha 31 de mayo de 1988, contra sus bienes, el 14 de junio de 1988 se embargó al ejecutado señor Vidal la mitad indivisa de las tres fincas que le habían sido adjudicadas al extinguirse el régimen matrimonial consorcial y después de numerosas incidencias (entre las que destaca la interposición de una demanda por la sociedad ejecutante contra el matrimonio Vidal-Dalmau en la que se ejercitaba la acción pauliana en petición de que se «declarara la rescisión de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges el 1 de febrero de 1985, dejándolas sin efecto y se decretara la cancelación de la inscripción causada en el Registro respecto de las tan repetidas 3 fincas», procedimiento declarativo que terminó por sentencia de 9 de junio de 1990, desestimatoria de la demanda, que ganó firmeza), se ha llegado a la situación actual en la que se interesó del Juzgado en el procedimiento ejecutivo que se notificará la existencia del procedimiento a la esposa, se procediera al embargo de la mitad indivisa de las tres fincas adjudicadas a la causante no deudora y se librara el mandamiento para la anotación preventiva de embargo, cuya anotación se ha denegado por el Registrador de la Propiedad, calificación que se impugna en el recurso, con base en la condición de bien ganancial que tuvieron esas fincas y en la consideración jurídica de deuda de la sociedad consorcial,

que se dice tiene la resultante de la acción cambiaria ejecutiva ejercitada contra el marido en su día. Hechos que aparecen fijados en el recurso y de las que ha de partir el Juzgador para la resolución de las cuestiones planteadas.

Cuarto: Si es cierto que, tanto en el Derecho civil aragonés (cuando el matrimonio se rige por el régimen matrimonial legal —que es el que se afirma rigió entre los cónyuges—, artículos 36 y siguientes de la Compilación del Derecho civil de Aragón), como en el sistema del Código civil (cuando ese matrimonio se rige por el régimen de gananciales, que también se invoca), tienen la consideración jurídica de bienes consorciales o gananciales, los bienes «que los cónyuges obtienen de su trabajo o actividad» (artículo 37.2 de la Compilación y 1.347.1 del Código civil), y todos los bienes comunes responden siempre frente a terceros y responden los esposos con tales bienes, directamente frente al acreedor, por las deudas comunes, entre otras, las contraídas, por cualquiera de ellos, «en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño de su profesión» (artículo 42 de la Compilación y 1.365.2 del Código civil). Y esa responsabilidad de los bienes comunes se prolonga más allá de la vigencia de la sociedad consorcial o de gananciales, al ser una responsabilidad personal y solidaria que, incluso, se extiende a los bienes privativos —«ultra vires»—, en ciertos supuestos (artículo 56.2 de la Compilación y 1.398.1 del Código civil y sentencias del Tribunal Supremo, entre otras, la de 17 de noviembre de 1987, 28 de abril de 1988 y 25 de enero de 1989, que proclama la doctrina reiterada de que las capitulaciones matrimoniales otorgadas vigente matrimonio, no perjudican en ningún caso los derechos adquiridos por terceros, que si conservan sus créditos contra el cónyuge deudor, también el cónyuge no deudor responde con los bienes que le hubieren sido adjudicados, toda vez que existe una responsabilidad real de la masa de bienes gananciales que no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados); esa doctrina legal es perfectamente trasladable al régimen matrimonial legal aragonés, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1.1 y 2, 41.5, 42, 43.2, 46.1, 52.1 y 56.2 de la Compilación del Derecho civil de Ara-

gón). Máxime cuando no se conoce de manera cierta, si el matrimonio Vidal-Dalmau se rigió por el régimen consorcial aragonés (artículo 36 y siguientes de la Compilación) o por sistema de la sociedad de gananciales, que es al que se remiten con mayor frecuencia. Pero en uno u otro caso, las diferencias —que existen, indudablemente, entre ellas, como más destacada la del artículo 56.1 de la Compilación, en relación con lo dispuesto en el artículo 1.398.1ª del C. c.—, carecen de relevancia, porque las normas maestras de uno y otro régimen económico-matrimonial, son muy similares; de ahí que se citen ambas normas al mismo tiempo, sin desconocer el carácter supletorio que tiene el Código civil, en defecto de norma, costumbre o principio informador del Derecho aragonés directamente aplicable (artículo 1.1 y 2 de la Compilación).

Quinto: Partiendo de esos principios legales, es evidente que ha de examinarse, en primer lugar, la condición jurídica de los bienes sobre los que se postula la anotación preventiva de embargo, que ha dado origen al recurso que nos ocupa. Y esa condición o calificación de bienes comunes (consorciales o gananciales) que cabe atribuir a la mitad indivisa de las fincas adjudicadas a la esposa en la liquidación de la sociedad o comunidad consorcial, aparece claramente reconocida y determinada, de suerte que ni ha sido discutida, ni cabe ponerla en cuestión, si se tiene en cuenta que en la propia escritura de capitulaciones matrimoniales y de liquidación de la comunidad consorcial, se atribuyeron a ambos cónyuges, en concepto de pago de su haber en la comunidad que se disolvía por pacto expreso de los mismos, a cada uno de ellos, la mitad indivisa de las fincas que ahora constituyen la materia del presente recurso. De manera que puede afirmarse que ha quedado acreditado el origen consorcial o común, de las cuotas indivisas que, en concepto de bienes privativos, fueron adjudicadas en la liquidación del consorcio conyugal, a cada uno de los cónyuges.

Sexto: Mas para que esas responsabilidades puedan hacerse efectivas sobre los bienes que tengan o hayan tenido la consideración de bienes comunes (consorciales o gananciales), en los supuestos de

liquidación voluntaria del régimen legal del matrimonio, por modificación pactada en escritura pública otorgada por los cónyuges y adopción, en este caso concreto, del régimen de separación absoluta de bienes, es necesario que la deuda que el acreedor pretende hacer efectiva sobre los bienes que, en su día, tuvieron la condición de consorciales o gananciales (como en este caso sucede con la mitad indivisa de las tres fincas adjudicadas a la esposa al disolverse la sociedad consorcial), tenga la condición jurídica de deuda de la que responden y a la que se hallan obligados los bienes comunes, es decir, que sean deudas que vinculan de una manera inequívoca y sin necesidad de una previa declaración al efecto, a los bienes comunes del matrimonio —sean deudas a cargo de los bienes de la sociedad conyugal o deudas consorciales o gananciales, tanto desde su vertiente activa como pasiva—, que vinculen a los bienes comunes de la sociedad conyugal por haberse contraído la deuda por cualquiera de los cónyuges en los casos en que, legalmente, pueda obligar los bienes comunes, antes de la disolución y liquidación del régimen económico consorcial o ganancial o liquidada ésta, la deuda tenga esa condición (artículos 42 y 43.2 de la Compilación y 1.398.1, 1.399, 1.400, 1.401 y 1.402 del C. c., y sentencias citadas en anterior Fundamento).

Séptimo: Y es, precisamente en el supuesto que es materia de esta resolución, ese requisito de la «condición jurídica de la deuda, como deuda exigible a cargo de los bienes comunes», el que no aparece acreditado. Y no está acreditada esa condición «sine qua non», de exigibilidad de la deuda, por ser «deuda común» del matrimonio Vidal-Dalmau contraída durante la vigencia del régimen legal económico matrimonial, según expone la sociedad recurrente, que cita, también, los preceptos relativos a la sociedad de gananciales «porque ni en el proceso declarativo en el que se ejercitó la acción rescisoria de las capitulaciones otorgadas por dichos cónyuges, modificando el régimen económico del matrimonio, se efectuó declaración alguna en tal sentido, dado que terminó por sentencia desestimatoria de la demanda, que ganó firmeza, ni el hecho de que se diga con inexactitud que en sus Funda-

mentos de Derecho se invoca esa condición de «deuda a cargo de los bienes comunes» podría obligar ni judicial ni extrajudicialmente, por que es conocida, por reiterada, la doctrina legal del Tribunal Supremo que mantiene que los fundamentos jurídicos de la sentencia no vinculan a los Tribunales, pues sólo la parte dispositiva de las sentencias firmes alcanzan su plena efectividad, obligando su contenido en juicio y fuera de él (sentencias de 23 de diciembre de 1987, 25 de febrero de 1988, 30 de octubre de 1989 y 27 de septiembre de 1991). Ni se conoce, ni puede conocerse en un juicio ejecutivo dirigido exclusivamente contra el marido como aceptante de las letras de cambio que sirven de título a la ejecución, la naturaleza o el origen común o privativo de la deuda, máxime cuando la disolución del consorcio conyugal tuvo lugar en febrero de 1985 y la demanda ejecutiva se presentó en el año 1988, según consta en el recurso, por mucho que se afirme que las cambiales que sirven de título a la ejecución eran renovación reiterada de otras anteriormente libradas y aceptadas. Y esa apariencia formal que permite dudar si la deuda es común o privativa, dada su fecha, sólo puede ser destruida mediante una declaración de que la deuda es a cargo de la sociedad matrimonial. A tal punto que si constase en el procedimiento que la deuda de cuya ejecución se trata había sido contraída vigente el régimen de gananciales o del consorcio aragonés, no existiría problema alguno ni para ordenar la expedición del mandamiento para la anotación preventiva de embargo, una vez notificado éste a la esposa, ni para la práctica del asiento registral (sentencias de 17 de noviembre de 1987 y 28 de abril de 1988).

Octavo: Por consiguiente, mientras no se obtenga una declaración judicial que afirme la exigibilidad de esa deuda a cargo de los bienes comunes o que tuvieron esa condición de bienes comunes, por tratarse de una deuda de la que responden los cónyuges con los bienes que fueron comunes del matrimonio, al tener la consideración de «deuda común» del matrimonio, es claro que no puede admitirse el recurso interpuesto contra la nota denegatoria de la anotación preventiva de embargo que se pretende, puesto que

esa nota denegatoria resuelve el tema registral con arreglo a lo dispuesto en la legislación hipotecaria (artículos 18, 20, 38 y 65 de la L. H., 140.1 y concordantes del R. H.); siendo, a este respecto, sumamente ilustrativo lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 38 de la L. H., en relación con lo preceptuado en el párrafo primero del expresado artículo; teniendo en cuenta, además, que los asientos registrales se hallan amparados por los Tribunales y producen sus efectos mientras no «se declare la inexactitud en los términos establecidos en esta Ley» (artículo 1º de la L. H.). Y sin que ello suponga indefensión, al amparo de lo previsto en el artículo 24 de la Constitución Española, por cuanto que la sociedad acreedora dispone de la oportuna acción declarativa para obtener el reconocimiento de la calificación de la deuda, como deuda «consorcial» o a cargo de la comunidad consorcial, ejecutable sobre los bienes comunes, aunque ésta haya sido liquidada y los bienes comunes hayan sido adjudicados, según se ha expuesto (artículos 42.2, 43.2 y 56.2 de la Compilación y 1.401 y 1.402 del C. c.); si bien no pueda dejar de reconocerse que, en no pocas ocasiones, entre los vericuetos legales, entre el tejer y el destejer de las complejas situaciones jurídicas a las que da lugar el cambio del régimen económico conyugal, los derechos de los acreedores tienen más de ficción que de realidad, y este supuesto puede resultar ilustrativo; todo ello por lo frecuente que resulta que, en las escrituras de disolución de la sociedad conyugal por cambio del régimen económico del matrimonio, se olvide, de un modo casi generalizado, la más mínima referencia al pasivo de la comunidad que se disuelve por pacto entre los cónyuges, omisión que perjudica frecuentemente los derechos de los acreedores.

Noveno: El solo hecho de que, a posteriori, se haya interesado la notificación de la interposición de la demanda ejecutiva a la esposa y la insuficiencia o ineffectividad del embargo trabado sobre los bienes comunes adjudicados al marido en concepto de privativos, a los efectos previstos en el artículo 144 del R. H., esa notificación no santifica o sana la falta de acreditamiento de la calidad jurídica de la deuda ejecutada como deuda a cargo

del patrimonio común o consorcial, porque esa condición jurídica efectuada en un mandamiento librado en un juicio ejecutivo, no prejuzga ni puede vincular al Registrador en el ejercicio de su función calificadora, según hemos visto, y se halla reiterado por las resoluciones de la Dirección General de 28 de octubre y 6 de noviembre de 1987 y 5 de enero de 1988, y «a contrario sensu» por la importante sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1987.

Décimo: Procede, en consecuencia, la desestimación del presente recurso gubernativo, sin que haya lugar a efectuar especial imposición de las costas causadas, de conformidad con lo previsto en los artículos 118 y 130 del R. H. Y dado que no se conoce, de una manera terminante, cuál sea el régimen económico matrimonial legal por el que se reguló el matrimonio Vidal-Dalmau, ha de entenderse que contra esta resolución puede interponerse recurso de alzada ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en el plazo de quince días, a partir de la fecha de notificación de esta resolución, en la forma que se expresa en el artículo 121 del R. H.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación y la jurisprudencia mencionada.

El Excmo. Sr. don José Ramón San Román Moreno, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón,

ACUERDA: Desestimar el recurso gubernativo interpuesto por la Procuradora doña Concepción Rodelgo Serrano, en nombre y representación de la sociedad Comercial Luyma S. A., contra la nota calificadora del Registrador de la Propiedad de Tamarite de Litera, por la que se denegaba la práctica de la anotación preventiva de embargo acordada en mandamiento expedido por el Juez de Primera Instancia de Barbastro, librado en el juicio ejecutivo 225/1988, por el defecto insubsanable de hallarse inscritas las fincas a favor de persona distinta de la del ejecutado; sin efectuar especial imposición cabe interponer recurso de apelación, en el tiempo y forma expresados en el último Fundamento de Derecho.

Así lo manda y firma en la fecha más arriba expresada, el Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

52

AUTO NÚM. 52*Auto del Presidente del TSJA de 17 de marzo de 1993*

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES: TUTELA; Disposición de inmuebles de pupilos mayores de edad. **5: FUENTES:** CODIGO CIVIL: Familia y Sucesiones: *Tanto del Derecho histórico como del vigente se desprende la necesidad de la autorización judicial para la disposición de bienes inmuebles del pupilo mayor de edad por el tutor; exigencia que coincide con la norma del artículo 271.2º del Cc. En cambio la exigencia del artículo 2.015 Lec. de que la enajenación se lleve a cabo en subasta pública resulta hoy legalmente innecesaria e improcedente. El auto contiene consideraciones de tipo general sobre la regulación aragonesa de la tutela, en Derecho histórico y vigente, y la aplicación del Derecho supletorio.*

DISPOSICIONES CITADAS: Fuero 2º «De tutoribus»; Observancia 6ª «De tutoribus»; arts. 8º y 9º Apéndice; 1º, 2º, 3º, 7º, 8º, 13, 15, 16, 17 y 18 Comp.; 2º, 269, 270, 271 y 272 Cc.; 2.015 Lec.

AUTO

En la ciudad de Zaragoza, a diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y tres.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero: Mediante escrito presentado con fecha 27 de enero del año en curso, en la Secretaría de Gobierno de este Tribunal Superior de Justicia de Aragón, doña Marta Molíns García-Atance, Notario de Castellote, interpuso recurso gubernativo al amparo de los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 111 y siguientes de su Reglamento, contra la nota de calificación de la Registradora de la Propiedad de Híjar a la Escritura de compraventa número 296, de fecha 3 de junio de 1992, en base a las alegaciones que en el mismo se contienen y que se sintetizan en las siguientes: 1) Que en 3 de junio de 1992 la Notario recurrente autorizó la escritura de compraventa, objeto del presente recurso, en la que compare-

ció al otorgamiento por la parte enajenante don Escolástico Castillo Azaneta, en su propio nombre y derecho, a los efectos de renunciar al derecho expectante de viudedad sobre la finca, que formaba parte del patrimonio privativo de su cónyuge, y como tutor de su esposa, declarada incapaz por sentencia firme, doña Josefa Pérez Clavero; 2) Que en la parte dispositiva del auto del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Alcañiz, de fecha 1 de abril de 1992, se disponía: «Se autoriza a don Antonio Escolástico Castillo Azaneta, como tutor de su esposa, doña Josefa Pérez Clavero, para efectuar la enajenación de los bienes señalados en los antecedentes de hecho»; 3) Que en esos antecedentes se dice «que se formuló escrito solicitando autorización para vender... un campo de regadío en la partida «Brazo de Villar» de Híjar, de 45 áreas, para con su importe pagar el precio de una vivienda comprada en Híjar, en la carretera de Alcañiz, número 19 duplicado, dada la permanente inmovilidad de la esposa»; 4) Presentada la escritura de compraventa, el día 19 de enero del año en curso, en el Registro de la Propiedad de Híjar, la titular del mismo la calificó denegando la inscripción, en los siguientes términos: «Denegada la inscripción de la finca a que se refiere el precedente documento por adolecer de los siguientes defectos: 1) Por no haberse realizado la venta de la finca en pública subasta de conformidad a lo establecido en el artículo 2.015 de la vigente Ley de Enjuiciamiento civil. 2) Por señalarse en el documento judicial que Antonio-Escolástico Castillo Azaneta queda autorizado para vender la mitad indivisa de la finca, cuando la sociedad de consorciales no es una comunidad romana o comunidad por cuotas indivisas.

Segundo: Expone la recurrente que, en cuanto al primero de los defectos invocados, sólo es exigible la «autorización judicial» y no la subasta pública para la venta de la finca objeto de la compraventa calificada, alegando la recurrente al efecto los Fundamentos de Derecho que estimó oportunos; por lo que se refiere al segundo de los defectos, la apreciación de la Registradora de la Propiedad de que «don Antonio-Escolástico Castillo Azaneta queda autorizado para vender la mitad

indivisa de la finca...», es errónea por cuanto del testimonio del auto en cuestión resulta inequívoco que la autorización judicial abarca la totalidad de la finca, y que es igualmente erróneo calificar la finca como integrante del patrimonio o sociedad consorcial, por cuanto es claro que se trata de un bien privativo, invocando al efecto el artículo 38 de la Compilación de Derecho civil Especial de Aragón. La Notario recurrente acompañó con su escrito copia de la escritura pública, entre cuyos extremos figura certificación acreditativa de las anotaciones marginales en el Registro Civil de Híjar relativas a la declaración de incapacidad de doña Josefa Pérez Clavero y a la constitución de tutela en favor de su esposo, y testimonios de los autos de nombramiento de tutor y del de fecha 1 de abril de 1992, y terminó solicitando la revocación de la nota de la Registradora de la Propiedad.

Tercero: Incoado el oportuno expediente, se le dio el trámite establecido por el Reglamento Hipotecario, participándose por la Registradora de la Propiedad, mediante comunicación de fecha 8 de febrero pasado, haber practicado la anotación que previene el artículo 114 del Reglamento Hipotecario, y emitiendo posteriormente el informe que establece el artículo 115, en el sentido de desistir del segundo de los defectos indicados en la nota de calificación y de solicitar se dicte auto confirmando la misma en cuanto al primero de los defectos señalados, por las razones en cuanto al primero de los defectos señalados, por las razones expuestas en el referido informe, cuya unión al expediente, una vez devuelto éste se acordó por resolución de fecha 25 del mismo mes de febrero.

Cuarto: En la tramitación de este expediente se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Para la mejor comprensión y resolución de la cuestión jurídica que la interposición del recurso gubernativo plantea al juzgador, es necesario partir de aquellos hechos de transcendencia que han quedado fijados documental-

mente y en medida racionalmente suficiente, en este procedimiento y que son los que a continuación se expone: 1. Por sentencia de 21 de noviembre de 1989, pronunciada por el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Alcañiz, en juicio declarativo de menor cuantía, fue declarada la «incapacidad para gobernarse por sí mismo y administrar sus bienes, en relación con el artículo 210 del Código civil» de doña Josefa Pérez Clavero, a la que se sometía al régimen de tutela para la guarda de su persona y bienes, sentencia que ganó firmeza. 2. Por auto dictado en 10 de marzo de 1990 por el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Alcañiz «se nombró tutor de la incapacitada para la guarda y protección de su persona y administración de sus bienes y la represente en todos los actos que no pueda realizar por sí sola, a su esposo don Antonio Escolástico Castillo Azanella, el cual ejercerá la tutela teniendo en cuenta las prohibiciones a que se refiere el artículo 224 del Código civil y las limitaciones contenidas en los artículos 271 y 272 del mismo texto legal, relevándole de prestar fianza, debiendo hacer inventario de los bienes de la incapaz dentro del plazo de 60 días». 3. Por auto pronunciado en 1 de abril de 1992, en expediente de enajenación de bienes, se autorizó a don Antonio Escolástico Castillo Azanella, como tutor de su esposa doña Josefa Pérez Clavero para efectuar la enajenación de los bienes señalados en los antecedentes de hecho, entre los cuales se encontraba la finca denominada Campo de regadío en la partida «Brazo del Villar», de 45 áreas, para satisfacer con su importe el precio de una vivienda en la localidad de Híjar, dada la permanente inamovilidad de la esposa. 4. Mediante escritura pública otorgada ante la Notario de Híjar, con fecha 3 de junio de 1992, don Escolástico Castillo Azanella, que intervino en su propio nombre y derecho, y además, en representación de su esposa, doña Josefa Pérez Clavero, de 81 años de edad, como se acredita con las certificaciones que se incorporan a la matriz, mediante testimonio notarial, vende la finca Campo de regadío en la partida «Brazo del Villar», de 45 áreas, cuyos linderos se describen, no inscrita

en el Registro de la Propiedad, que doña Josefa adquirió por herencia de su difunta madre, por el precio de 250.000 pesetas, renunciando el esposo tutor al derecho expectante de viudedad sobre la finca enajenada de su cónyuge. 5. Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Híjar, fue denegada la inscripción por adolecer de los siguientes defectos: «1) Por no haberse realizado la venta de la finca en pública subasta de conformidad a lo establecido en el artículo 2.015 de la vigente Ley de enjuiciamiento civil. 2) Por señalarse en el documento judicial que Antonio-Escolástico Castillo Azanella queda autorizado para vender la mitad indivisa de la finca, cuando la sociedad de consorciales no es una comunidad romana o comunidad por cuotas indivisas». 6. Contra la nota de la Registradora de la Propiedad, interpuso en tiempo y forma recurso gubernativo la señora Notario autorizante de la escritura doña Marta Molins García-Atance, solicitando la revocación de la nota registral recurrida. 6. La señora Registradora de la Propiedad, al evacuar el preceptivo informe, desistió expresamente del segundo de los defectos contenidos en la Nota de calificación del documento notarial y solicitó que se dicte auto confirmando la nota denegatoria respecto del primero de los defectos señalados.

Segundo: Habiendo renunciado temporáneamente la señora Registradora de la Propiedad al segundo de los defectos en los que se fundaba para denegar la inscripción de la escritura de compraventa a que se contrae esta resolución, es visto que el debate, que se ha desenvuelto por cauces estrictamente jurídicos ha quedado planteado en los siguientes términos: Si es necesario para el reconocimiento de la eficacia registral del negocio jurídico de compraventa otorgado por el tutor de la incapacitada por resolución judicial dictada en juicio declarativo, nombrado y facultado judicialmente para la enajenación de una determinada finca rústica, perteneciente a su esposa incapaz a título de bien privativo, sin que esa venta se haya efectuado en subasta pública, como dispone el artículo 2.015 de la LEC, y entiende la señora Registradora de la Propiedad; o si, por el contrario, es suficiente con la autorización

judicial para que la escritura pública de compraventa surta todos sus efectos legales, sin necesidad de que la venta se celebre en subasta pública, conforme considere la señora Notario recurrente.

Tercero: Un tema previo que debe analizarse antes de entrar en el conocimiento y resolución de la cuestión planteada es el relativo al derecho aplicable. Evidentemente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Compilación es, en principio, aplicable al problema controvertido, la legislación aragonesa, por cuanto que la tutela se encuentra regulada en el Título III, Capítulo I, que bajo la rúbrica «De la tutela», comprende los artículos 15 al 18, ambos inclusive, de la Compilación; mas como quiera que en esa exageradamente parca regulación positiva de la tutela en la Compilación no se encuentra contemplado el supuesto de autos, ha de acudir el intérprete a la costumbre y a los principios generales en los que tradicionalmente se inspira el ordenamiento jurídico aragonés, como fuentes integradoras de su peculiar ordenamiento jurídico y, en defecto de tales normas y principios, habrá de acudir, como Derecho supletorio al Código civil (artículo 1.1 y 2 de la Compilación).

Si, como ya se dice en la resolución pronunciada por esta Presidencia en 29 de octubre de 1992, en ausencia de una norma positiva reguladora de la cuestión debatida, pasamos a examinar el Derecho histórico recogido en Fueros y Observancias, tampoco ellos ofrecen una regulación sistemática de la tutela, aunque sí más completa que la recuperada en la Compilación; de suerte que uno de los principios que pueden extraerse en la legislación regnícola hace referencia a la obligación de los tutores y curadores de «proceder bien y lealmente en el ejercicio de su cargo, procurando el bien, provecho y utilidad de sus pupilos» (Fuero 2, «De tutoribus»). Y por lo que respecta a la disposición de los bienes del pupilo por el tutor, tan sólo existe una fuente que se ocupe del tema —la Observancia 6ª del Libro V, que establece la necesidad de la autorización del Juez para la venta de bienes inmuebles del pupilo—. Y así lo ha venido entendiendo la doctrina foralista unánimemente.

Cuarto: La promulgación de las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y la actualmente vigente de 1881, provocaron un vivo debate sobre si tales leyes suponían la derogación o no del Cuerpo de los Fueros y Observancias; y esa controversia se acentuó aún más con la promulgación del Código civil, que con el tiempo representó la penetración y recepción del Derecho del Código civil en Aragón, en materia de tutela; recepción que se manifiesta en la limitadísima alusión a la tutela en el Apéndice de 1925, derogatorio del Cuerpo de Fueros y Observancias (artículo 78), que tan sólo dedicaba a esta institución los artículos 8º y 9º; lo que motivó el hecho de que salvo esas dos particularidades relativas a la delación de la tutela y a la capacidad de la mujer para ser tutora o protutora, continuara vigente la opinión doctrinal mayoritaria que se inclinaba por la aplicación del Derecho del Código civil en esta materia. Y aun cuando en la Compilación de 1967 y en la posterior Ley de las Cortes de Aragón de 21 de mayo de 1985 se ofrece una más amplia regulación de la tutela, sin embargo, ni es una regulación sistemática ni es completa, en tanto en cuanto que los artículos 15 a 18 acogen algunas de las peculiaridades del Derecho histórico, entre las que la más importante, a nuestro juicio, es la posibilidad de una regulación de los poderes del tutor en el ejercicio de su cargo, efectuada en testamento o escritura pública (artículo 15), en relación con el principio «*Standum est chartae*», hoy elevado a rango normativo (artículos 3º, 13.1, 15 y 16.2 de la Compilación).

Quinto: Pues bien, tanto del Derecho histórico —Observancia 6ª del Libro V— como del vigente se desprende la necesidad de la autorización judicial para la disposición de bienes inmuebles del pupilo por el tutor, como se comprueba respecto del cónyuge del ausente (7.3 y 8.1 de la Compilación), o con relación al «administrador» (y el tutor lo es) del menor de 14 años, aunque sea en defecto de la Junta de Parientes. Y esa exigencia de la necesidad de la previa autorización judicial para la disposición de bienes inmuebles por parte del tutor, que procedente del Derecho histórico no distingue, en esta materia, el tutor del curador, y que como principio inspirador e integrador del ordenamiento jurídico aragonés,

puede también extraerse de los artículos citados, aunque no se refieran específicamente a la tutela, coincide con la norma contenida en el artículo 271.2 del C. c. que dispone que «el tutor necesitará autorización judicial... 2º Para enajenar o gravar bienes inmuebles...».

Sexto: Si en este extremo de la exigencia y necesidad de la autorización judicial previa para la realización de actos de disposición sobre bienes inmuebles del menor o incapacitado por el tutor, se muestran de acuerdo tanto la señora Notario recurrente como la señora Registradora de la Propiedad, la discrepancia surge respecto del problema a que da origen lo dispuesto en el artículo 2.015 de la L. E. C. sistemáticamente colocado dentro del Título XI, «De la enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacción acerca de sus derechos» —que forma parte del Libro III de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que regula la denominada «Jurisdicción voluntaria». El artículo citado establece que «la autorización se concederá en todo caso bajo la condición de haberse de ejecutar la venta en pública subasta», salvo en las ventas hechas por el padre o madre con patria potestad. Requisito de la necesidad de la subasta pública para la enajenación de determinados bienes o derechos pertenecientes al pupilo o al incapacitado, que exigía el artículo 272 del Código, en su redacción anterior a la reforma introducida en el C. c. por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, que transformó el tradicional sistema de tutela de familia encarnado en el Código civil, por el denominado sistema de autoridad, en el que se someten a la decisión judicial no sólo, un importante haz de facultades-deberes reconocidas al tutor en el ejercicio de la tutela, ya sea en relación con la adopción de medidas de naturaleza personal afectantes al tutelado, bien por lo que se refiere a la concesión de la autorización judicial previa respecto de la realización por el tutor de aquellos actos o negocios jurídicos de disposición sobre determinados bienes o derechos; con desaparición total del inoperante Consejo de familia, que en el sistema del C. c. anterior a la reforma de 1983, constituía el órgano principal de la tutela. En él, al Consejo de familia se encomendaba la concesión de la autori-

zación al tutor para la válida realización, no sólo de aquellos actos relativos a la guarda y formación de la persona tutelada, sí que, también, de aquellos actos o negocios jurídicos que no fueran de ordinaria administración del patrimonio del pupilo (artículos 269 y siguientes del C. c., entre los que, a los efectos de esta resolución, cabe destacar el ya citado artículo 272 que imponía la obligatoriedad de que la enajenación se efectuara en subasta pública, concordante con lo previsto en el artículo 2.015 de la L. E. C. de 1881, que no debe olvidarse fue promulgada con anterioridad al Código civil, que data del año 1889).

Por el contrario, en la vigente regulación de la tutela en el Código civil, desde la reforma introducida por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sólo se exige la autorización judicial para la válida realización de los actos jurídicos que se enumeran en los artículos 271 y 272 de dicho Cuerpo legal, con audiencia del Ministerio Fiscal y del tutelado mayor de 12 años o cuando lo considere oportuno, pudiendo recabar los informes que le sean solicitados o estime pertinentes (artículo 273).

Séptimo: Es, pues, un problema que ha de resolverse desde la interpretación de la aparente colisión en la legislación vigente por la subsistencia de unas normas de Derecho procesal (de jurisdicción voluntaria), promulgadas con anterioridad a la legislación sustantiva que rige la materia que se ha promulgado con posterioridad y que, de alguna manera, entran en colisión con las de Derecho procesal; pues a pesar de las sucesivas reformas que se han producido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, con posterioridad al año 1881, permanecen esos preceptos con la misma redacción con la que nacieron en el año 1881. Y tan es así que el artículo 2.015 de la L. E. C. en su segundo párrafo «in fine» se sigue remitiendo al artículo 205 de la L. H., que no es el que hoy corresponde, sino el 192 de dicha Ley Hipotecaria; sin olvida que el propio precepto habla del «Promotor fiscal» como en tantos otros. Y ¿qué decir del artículo 2.011, que abre este Título y desde la promulgación de la Ley procesal mantiene el mismo texto, a pesar de las sucesivas reformas que desde el año 1983 se han producido en la Ley de E. C.¿; texto que

está en manifiesta desarmonización no ya sólo con el contenido del artículo 269 del C. c. en su redacción anterior a la reforma de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, sí que, también, lo que es más grave, con el texto de los vigentes artículos 271 y 272 del C. c.; sin olvidar que el artículo 2.011 se refiere a la licencia judicial, «licencia» gramatical que no tiene mayor trascendencia. Todas esas disfunciones y falta de correlatividad o armonía legislativa, que se acusan en los preceptos mencionados, sistemáticamente colocados dentro del Título dedicado a la enajenación de bienes de menores e incapacitados, en relación con los correlativos del Código civil, tanto en su redacción primitiva, como en la actual, se hace todavía más patente en otras instituciones reguladas dentro del Libro dedicado a la Jurisdicción Voluntaria, como se pone de manifiesto, entre otros, en el título VI, «Del modo de elevar a escritura pública el testamento o "codicilo" hecho de palabra», o en el VII, que trata de la protocolización «de las memorias testamentarias» o en el VIII, destinado a la regulación «De las informaciones para la dispensa de ley». Todas esas diferencias que se han puesto de relieve entre lo dispuesto en la legislación sustantiva y lo preceptuado en la legislación procesal, son una consecuencia de la inercia, de la pereza del legislador de todas las épocas por lo que se refiere a la pendiente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ya nació «vieja» en el año 1881, según un prestigioso procesalista y que, después de más de un siglo de vigencia, tan sólo ha sido objeto de reformas parciales entre las cuales, ni la más importante de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, ni la última operada por la reciente Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, ni han abordado estos temas ni han solucionado los numerosos problemas que se derivan de una ley procesal con más de un siglo de vigencia, totalmente incapaz de ofrecer soluciones racionales que la proliferación de procedimientos contenciosos o de jurisdicción voluntaria plantea, tanto a los órganos judiciales, como a los profesionales del Derecho y, sobre todo, a los justiciables; procedimientos que fueron establecidos por el legislador decimonónico para una sociedad muy distinta y distante de la

actual. De ahí que constituyan preceptos que están necesitados de que para su racional aplicación acuda el intérprete a una de las normas de más enjundia jurídica, como es el artículo 3.1 del Código civil.

Octavo: Si la mayor parte de la doctrina está en acuerdo en reconocer a las leyes de procedimiento una función instrumental e, incluso, muy relacionada con la naturaleza del derecho sustantivo al que, en caso necesario, ha de servir de cauce obligado para su efectividad, esa función instrumental está poniendo de relieve la categoría secundaria o adjetiva del procedimiento y, en consecuencia, de las leyes reguladoras del mismo. Y desde la perspectiva de la naturaleza adjetiva de las leyes procesales, ha de tratarse la cuestión de la prevalencia del Derecho material o sustantivo en cuanto exista alguna discordancia entre lo dispuesto en una u otra clase de leyes cuando regulen aspectos de una misma institución, cual sucede en esta materia relativa a la enajenación de bienes de incapacitados. Pues tanto por lo que se refiere a la clase de bienes que precisan de la autorización judicial para su válida enajenación por parte del tutor como por lo que se refiere a los requisitos y procedimiento para la obtención de esa autorización judicial, ha de tener prevalencia la legislación civil, sobre la procesal.

Pero es que, además, esas mismas materias están reguladas por una ley sustantiva posterior —ley 13/1983, de 24 de octubre, que modificó sustancialmente el instituto de la tutela en el C. c.— (dado que la Ley 10/1992, de 30 de abril, no introdujo reforma alguna en el Título XI del Libro III de la L. E. C.), ley posterior que, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2 del Código civil, deroga la anterior; ya que en el artículo citado, no sólo se regula la derogación expresa de las normas, sino la tácita al extender la derogación a «todo aquello que en la nueva ley, sobre la misma materia, sea incompatible con la anterior; notoria incompatibilidad ya puesta de manifiesto en anteriores fundamentos. En este tema de la subsistencia o vigencia de los artículos 2.011 y 2.015 de la L. E. C. la propia doctrina procesalista no se pronuncia con unanimidad, sino que se encuentra dividida; y es que si el Código civil dispone en los

artículos 271 y 272 que sólo es precisa la autorización judicial que ha de obtener el tutor cuando proyecte enajenar los bienes y derechos que en esos artículos y por el sistema del «*numerus clausus*» se relacionan y en el artículo 273 se establecen los requisitos «procesales» que han de cumplirse para la obtención de esa autorización judicial, que es de libre decisión del Juez, habrá de concluirse que la exigencia de la enajenación de esos bienes en pública subasta, resulta hoy, legalmente innecesaria e improcedente y no sólo por aplicación de lo dispuesto en el artículo 2.2 del C. c. (sentencias del T. S. de 28 de octubre de 1976 de la Sala Segunda y de 23 de julio de 1984), sino porque, dentro de la legislación sustantiva se ha derogado el artículo 273 del C. c. que exigía el requisito de la subasta.

Noveno: Esa tesis se confirma si se conjuga la naturaleza instrumental de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con la antigüedad de su promulgación y con el hecho de que el artículo 2.015 de la L. E. C. se haya mantenido invariable desde la promulgación de la Ley en 1881, al no haber sido modificado ni después de la entrada en vigor del Código civil en 1889 (nótese que en el sistema del C. C. anterior a la reforma, la autorización para la enajenación de los bienes de los incapacitados o menores correspondía al Consejo de familia, órgano que desaparecido de la tutela, ha dado origen a su sustitución por la autoridad judicial (artículos 269 del C. c. y hoy, artículos 271 y 272). Y que el propio Código civil en su artículo 272, según la redacción original de dicho precepto, hasta la reforma introducida por la Ley 13/1983, disponía la necesidad de que la enajenación de los bienes que en ese artículo se enumeraban, se llevase a cabo en subasta pública; exigencia hoy desaparecida del Código civil. Y si el tutor, antes y después de la reforma del instituto de la tutela, se hallaba y se halla obligado a «velar por el tutelado» (artículo 269) y a «ejercer la administración de sus bienes con la diligencia de un buen padre de familia» (artículo 270), la exigencia de que la enajenación se lleve a cabo en subasta pública, en todo caso, después de la concesión de la autorización judicial, aparte de no estar prevista en la legislación sustantiva, no añade nin-

guna garantía a la enajenación efectuada directamente por el tutor, máxime en casos como el contemplado en el recurso, en el que el tutor, de 81 años de edad, según consta en el expediente, vendió la finca para abonar el precio de una vivienda adquirida a causa de la «inamovilidad» de su esposa incapacitada. Pues como afirma uno de nuestros mejores procesalistas en materia de jurisdicción voluntaria, «el requisito de la venta en subasta pública ha sido suprimido, no sólo porque pueda entenderse que en el procedimiento de autorización pueden cumplirse las garantías necesarias para evitar el abuso de los derechos del tutelado, sino porque la práctica demuestra que en las condiciones actuales de nuestra sociedad, la subasta no es el medio más adecuado para obtener un precio mayor o mejores condiciones, sino justamente lo contrario, aparte de que su carestía absorbería y superaría en muchísimos casos el mayor precio que pudiera obtenerse».

Décimo: En consecuencia, procede admitir el recurso gubernativo interpuesto por la Notario otorgante de la escritura contra la nota denegatoria de su inscripción puesta en el cumplimiento de su función calificador por la señora Registradora de la Propiedad y revocar la nota recurrida, sin efectuar especial imposición de las costas causadas en el recurso, de conformidad con lo previsto en los artículos 118 y 130 del Reglamento Hipotecario. Y aun cuando la institución de la tutela se rige por lo dispuesto en la Compilación de Derecho aragonés, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 29.1 e) de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón, en relación con lo dispuesto en la Disposición Adicional séptima de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, contra la presente resolución no cabría recurso alguno, sin embargo, teniendo en cuenta que, en el presente caso, se ha aplicado como supletoria la legislación común, entiende el Juzgador que, en la duda, conforme a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional en materia de recursos, procede reconocer la posibilidad de la vía de alzada, prevista en el artículo 121 del Reglamento Hipotecario.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación.

El Excmo. Sr. don José Ramón San Román Moreno, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón,

ACUERDA: Admitir el recurso gubernativo interpuesto por la Notario doña Marta Molins García-Atance contra la nota calificadora de la Registradora de la Propiedad de Híjar, de la escritura de compraventa otorgada por la Notario recurrente con fecha 3 de junio de 1992, en cuya nota se denegaba la inscripción solicitada, por adolecer de los dos defectos que en dicha nota calificadora se contienen, respecto del segundo de los cuales ha renunciado expresamente en el procedimiento, la Registradora de la Propiedad; y debía revocar y revocaba la nota recurrida y en consecuencia, debía ordenar la práctica de la inscripción registral solicitada; sin efectuar especial imposición de las costas causadas en el recurso.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación, en la forma y plazo establecidos en el artículo 121 del Reglamento Hipotecario.

Así lo acuerda, manda y firma el Excmo. Sr. Presidente en la fecha más arriba expresada.

AUTO NÚM. 53

Auto del Presidente del TSJA de 22 de diciembre de 1993

6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: ACTIVO: BIENES PRIVATIVOS: *Atribución de privatividad en convenio regulador: La atribución de privatividad a un bien inmueble de la comunidad conyugal puede formalizarse en convenio regulador aprobado por sentencia declarando la separación, ya que se trata de un pacto válido en Aragón, con arreglo al axioma de la libertad civil, otorgado, con ocasión de la disolución de la comunidad conyugal, en «instrumento público» de conformidad con el artículo 52.1 de la Compilación, sin que quepa alegar la necesidad de escritura pública exigida por el artículo 29 de la Compilación.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 1º, 3º, 13, 23, 24, 25, 26, 29, 30, 410 52, 54 y 56 Comp.; 90, 91, 95, 103, 1.216, 1.218, 1.392 y 1.396 Cc.; 3º, 18 y 19 Lh.; 596, 597 y 598 Lec.

53

AUTO

En la ciudad de Zaragoza, a veintidós de diciembre de mil novecientos noventa y tres.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero: Mediante escrito presentado con fecha 22 de octubre del corriente año, en la Secretaría de Gobierno de este Gobierno de este Tribunal Superior de Justicia de Aragón, don Serafín Andrés Laborda, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don Antonio de la Torre Lezcano, interpuso recurso gubernativo al amparo de los artículos 66 de la Ley Hipotecaria y 111 y siguientes de su Reglamento, contra la nota de calificación de la Registradora de la Propiedad de Pina de Ebro (Zaragoza), extendida con fecha 6 de agosto de 1993 en el testimonio de la sentencia de separación y convenio regulador, expedido con fecha 3 de mayo del mismo año por el Juzgado de Primera Instancia número Seis de esta capital, en autos de separación conyugal, seguidos con el número 392/93, documento que se acompaña al recurso con el número 2, en base a las alegaciones que en el mismo se contienen y que se sintetizan en las siguientes: 1) Que mediante sentencia de 7 de abril de 1993, dictada por el Juez de Primera Instancia número Seis de Zaragoza en los autos de juicio de separación seguidos con el número 392/93, se decretó la separación y aprobó el convenio regulador propuesto y ratificado por los cónyuges don Antonio de la Torre Lezcano y doña Yolanda Garcés Briz, de fecha 22 de marzo de 1993. Que el párrafo último de la cláusula tercera de dicho convenio regulador recoge literalmente el siguiente pacto: «Ambas partes, conforme a lo establecido en el artículo 29 de la Compilación de Derecho civil de Aragón, dan a las fincas descritas en los párrafos anteriores el carácter de bien privativo de don Antonio de la Torre Lezcano». Que estas fincas fueron adquiridas por el señor De la Torre Lezcano para su sociedad consorcial, en fecha 15 de octubre de 1992, encontrándose inscritas en el Registro de la Propiedad de Pina de Ebro, respectivamente, al folio 136, del tomo 341, libro 14 de Fuentes de Ebro, finca número 2.181, la vivienda unifami-

liar, y al folio 138 de los mismos tomo y libro, finca número 2.181, el garaje. Que desde que se realizó la adquisición de las citadas fincas hasta el presente, el recurrente las ha estado poseyendo pacífica e ininterrumpidamente, siéndole asimismo otorgado el uso de las mismas en el convenio regulador suscrito por los cónyuges. A efectos probatorios acompaña bajo el número dos de los documentos, testimonio de la sentencia y convenio regulador de fecha 22 de marzo de 1993. 2) Que, a fin de inscribir el pacto matrimonial reseñado y, en su razón, inscribir asimismo a favor del señor De la Torre Lezcano la propiedad privativa de las fincas a las que se ha hecho referencia, fueron presentados en el Registro de la Propiedad de Pina de Ebro (Zaragoza) los títulos acreditativos, cuales son el testimonio de la sentencia de separación y convenio regulador mencionados anteriormente, expidiéndose asiento de presentación con fecha 4 de junio de 1993. Que examinados por la señora Registradora dichos títulos, se denegó la inscripción de las fincas en virtud de nota de 6 de agosto de 1993, que literalmente dice: «DENEGADA la inscripción de la restricción de la comunidad consorcial realizada previamente a la liquidación de la misma, respecto a la vivienda y garaje descritos en el precedente documento, por no constar en ESCRITURA PÚBLICA como exige el artículo 29 de la Compilación de Aragón. No cabe tomar anotación de suspensión». 3) Que la representación del recurrente entiende que el testimonio de la sentencia y el convenio regulador de separación son títulos suficientes para la inscripción del pacto matrimonial suscrito en dicho convenio y del otorgamiento privativo que, en base al mismo, se hace de las fincas a favor del señor De la Torre Lezcano. Que este planteamiento emana de considerar a los títulos mencionados documento público (artículo 1.216 del Código civil) y así, subsumibles en el mandato establecido en el artículo 29 de la Compilación aragonesa en referencia a la necesidad de escritura pública; entiende, además, que dicho planteamiento obtiene su refrendo en la escasa pero clara línea jurisprudencial generada por la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación a la inscripción de los

convenios reguladores aprobados por sentencia judicial y que es por todo lo indicado, por lo que, estando en desacuerdo con la nota del Registro de la Propiedad de Pina de Ebro, interpone el presente recurso gubernativo contra la citada denegación.

Segundo: La parte recurrente alegó los Fundamentos de Derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando «que teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan se sirva admitirlo y, a su vista, tenga por formulado recurso gubernativo por denegación de inscripción a instancia de don Antonio de la Torre Lezcano y tras los trámites de rigor en esta clase de recursos, dicte en su día Auto por el que se ordene la inscripción registral en el Registro de la Propiedad de Pina de Ebro (Zaragoza) del pacto matrimonial contenido en el último párrafo de la cláusula tercera del convenio regulador propuesto por mi representado y su cónyuge, ratificado por sentencia judicial firme, y en su consecuencia, se inscriba con carácter privativo a favor del señor De la Torre Lezcano las dos fincas objeto de dicho pacto, y cuya descripción aparece en el indicado convenio, procediendo a imponer las costas a la señora Registradora del Registro de la Propiedad de Pina de Ebro». En otrosí, solicitó la devolución de la copia de la escritura de poder.

Tercero: Por providencia de fecha 25 de octubre pasado, se tuvo por interpuesto el recurso, admitiéndose a trámite y acordándose la remisión de comunicación al Registrador de la Propiedad para la anotación a que se refiere el artículo 114 del Reglamento Hipotecario, en su caso, y para la emisión del informe establecido en el artículo 115, informe que, asimismo, se interesó del Ilmo. señor Magistrado-Juez de Primera Instancia número Seis de esta capital.

Cuarto: La Registradora de la Propiedad comunicó mediante oficio la imposibilidad de extender las notas marginales prevenidas en el último párrafo del artículo 66 de la Ley Hipotecaria y 114 de su Reglamento, por haber caducado el asiento de presentación, y recibidos los oportunos informes emitidos de conformidad con lo prevenido en el artículo 115, antes citado, por providencia de

fecha 27 de noviembre, próximo pasado, se acordó dejar el expediente sobre la mesa para la resolución que proceda.

Quinto: En la tramitación de este expediente se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Para el más acertado estudio del recurso gubernativo a que se contrae la presente resolución, considera el Juzgador que se ha de partir de unas premisas de hecho, acreditadas en el expediente, que son fundamentales, para ilustrar la cuestión jurídica debatida. Tales supuestos de hecho son los siguientes: 1. En proceso de separación matrimonial instado por doña Yolanda Garcés Briz, con el consentimiento de su cónyuge, don Antonio de la Torre Lezcano, ante el Juzgado de Primera Instancia de Familia número Cinco de Zaragoza, presentaron los cónyuges propuesta de convenio regulador, suscrita por los mismos y cuyo convenio fue aprobado en sentencia de 7 de abril de 1993, que decretaba la separación matrimonial de los citados cónyuges. 2. En la cláusula 1ª del citado convenio regulador, los cónyuges pactaban la separación total y absoluta de bienes y patrimonio; en la 2ª declaraban expresamente extinguido el derecho expectante de viudedad que recíprocamente pudiera corresponderles; en la 3ª, después de describir una vivienda y un garaje adquiridos durante el matrimonio, para su sociedad conyugal, pactaban que, conforme a lo establecido en el artículo 29 de la Compilación de Derecho civil de Aragón, dan a las fincas descritas en los párrafos anteriores el carácter de bien privativo de don Antonio de la Torre Lezcano. Y después de describir en la estipulación 4ª los restantes bienes muebles pertenecientes al matrimonio, se procedía a la liquidación y disolución de la «sociedad de gananciales», adjudicándose los bienes, dándose por pagados de su respectiva participación en la sociedad de gananciales». 3. Firme la sentencia en la que se declaraba la separación de dicho matrimonio, «aprobanda la propuesta de convenio regulador de la separación que se contiene en el documento de fecha 22 de marzo de 1993 que aparece unido a los autos», el cónyuge don Antonio de la

Torre Lezcano interesó se le expidiera testimonio del convenio regulador y de la sentencia pronunciada para su presentación en el Registro de la Propiedad de Pina de Ebro, en el que se hallaban inscritas las dos fincas urbanas que le habían sido adjudicadas, para la práctica de la correspondiente inscripción registral a título privativo y presentado el testimonio en el Registro, la Registradora de la Propiedad denegó la inscripción de la restricción de la comunidad consorcial realizada previamente a la liquidación de la misma respecto a la vivienda y garaje descritos en el precedente documento por no constar en ESCRITURA PÚBLICA como exige el artículo 29 de la Compilación de Aragón. Contra esa nota denegatoria de la inscripción, se interpuso en tiempo y forma el recurso que es materia de esta resolución.

Segundo: Aunque se haya discutido la naturaleza jurídica del convenio regulador, cuyo contenido se define en el artículo 90 del C. c., según la redacción dada al mismo por la Ley 30/1981, de 7 de julio, artículo que abre el Capítulo IX, dedicado a la regulación «De los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio», debe tenerse en cuenta que esa regulación es aplicable en Aragón conforme a lo dispuesto en los artículos 32.2 y 149.1.8 de la C. E.; 13.1 del C. c. y 1.2 de la Compilación, en todo aquello que no sea relativo al régimen económico matrimonial, que, en todo caso, se halla normado por la Compilación del Derecho civil de Aragón (artículos 149.1.8 de la C. E.; 1 de la Compilación y 13.1 del C. c.). Pues bien, si en el régimen del C. c. no es necesario que los pactos contenidos en un convenio regulador relativos al régimen económico matrimonial consten en escritura pública, sino que es suficiente a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, que en el mandamiento conste el testimonio del convenio regulador, aprobado judicialmente en el correspondiente proceso, por resolución judicial que haya ganado firmeza (Resoluciones de la D. G. de R. y del N. de 25 de febrero, 9 y 10 de marzo de 1988), esa cuestión que en el Derecho del C. c. está resuelta, ha de estudiarse, en el presente recurso, desde y dentro de la Compilación del Derecho civil de Aragón, por cuanto que las disposiciones de la Com-

pilación en cuanto al régimen económico del matrimonio, son de aplicación preferente y exclusiva en esa materia, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Compilación; de suerte que sólo tienen vigencia aquellas normas reguladoras del contenido y efectos del convenio regulador, en tanto en cuanto son normas de carácter general, tanto civil como procesal (artículos 81.1, 90 D), 91 y 103 del C. c. y Disposición Adicional sexta de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio), aplicables como Derecho supletorio en Aragón (artículo 1.2 de la Compilación). Así, pues, los efectos sustantivos y procesales que la legislación atribuye al convenio regulador, en Aragón, quedan limitados, en principio, a todos aquellos extremos que no tengan relación con el régimen económico matrimonial, que se rige, totalmente, por las normas del Derecho civil aragonés.

Tercero: Situados en el ámbito normativo propio de la Compilación, para la solución de la «quaestio iuris» debatida, ha de tenerse en cuenta que la nota denegatoria registral y el informe obrante en el procedimiento no cuestiona la validez intrínseca del pacto o acuerdo adoptado por los cónyuges en el convenio regulador de su separación matrimonial, por lo que se refiere a la atribución de la condición de bienes privativos del marido, a los dos bienes inmuebles adquiridos vigente matrimonio con el carácter de bienes consorciales, sino la «forma externa "ad solemnitatem"» que según el artículo 29 de la Compilación, que se cita tanto en el convenio regulador, como en la nota denegatoria de la inscripción registral solicitada con base en lo pactado en el citado convenio, ha de constar imperativamente en escritura pública.

Cuarto: El sistema de libertad de pacto para la ordenación del régimen económico del matrimonio, mediante el otorgamiento de capítulos matrimoniales que rige tradicionalmente en Aragón, se halla consagrado en el artículo 23.1 de la Compilación, que se refiere al régimen matrimonial paccionado, que admite la libertad de pacto sin otras limitaciones que las

que resulten preceptuadas en la Compilación y cuyo régimen económico paccionado se regula en el Capítulo II (artículos 25 a 35, ambos inclusive), a diferencia del régimen matrimonial legal, al que dedica el Capítulo III (artículos 36 a 59 de la Compilación), que rige el régimen económico matrimonial en defecto de pactos o capitulaciones (artículo 23.2 de la Compilación). De ahí que se haya dicho que el régimen económico paccionado, no es más que una de las modalidades de aplicación del principio normativo consagrado en el artículo 3º de ese Cuerpo legal, en el que se proclama, con carácter general, el principio de la libertad civil o de autonomía de la voluntad, al disponer que «conforme al principio "standum est chartae", se estará, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes, expresada en pactos o disposiciones siempre que no (...) sea contraria a norma imperativa aplicable en Aragón». Es de señalar que el régimen económico matrimonial por el que se regía el matrimonio De la Torre-Garcés, actualmente separado judicialmente, era el correspondiente al «régimen matrimonial legal» (artículos 36 a 59), según se halla reconocido en el procedimiento.

Quinto: Sobre esa base de regulación del régimen económico conyugal, con arreglo al régimen legal, también denominado «sociedad o comunidad tácita», es de ver que las normas aplicables a esa comunidad consorcial son las establecidas en los artículos 35 a 59 de la Compilación; de modo y manera que el artículo 29 de dicho Cuerpo legal, que se invoca en la estipulación 3ª del convenio regulador para justificar o legitimar la atribución al marido de dos inmuebles urbanos, en concepto de bienes privativos de éste, y en la nota denegatoria de la inscripción registral de esos bienes, no parece, en principio, aplicable al supuesto de autos, puesto que ese precepto se encuentra dentro del Capítulo dedicado a la regulación del régimen capitular o paccionado, en primer lugar; y, en segundo término, porque como claramente se desprende del propio artículo 29 los pactos a que el mismo se contrae se encuentran destinados a «extender o restringir» la comunidad consorcial. Y en nuestro caso, no se trata de extender o restringir la comunidad consorcial, sino de su liqui-

dación, por separación del matrimonio y, en consecuencia, disolución del régimen consorcial legal (artículo 52.2 de la Compilación, en relación con el artículo 1.392.3 del C. c.). Es la equivocada cita de ese precepto (artículo 29 de la Compilación), la que confunde la solución de esta cuestión, error que también se observa en otros pasajes del convenio regulador, en los que confundidamente se alude a la «sociedad de gananciales», que no es la reguladora del régimen económico del matrimonio, sino el régimen matrimonial legal, reglado en el capítulo II, del Título IV, del Libro I de la Compilación del Derecho civil de Aragón. Pues si, como acertadamente informa la señora Registradora de la Propiedad, el pacto a que se refiere el artículo 29 de la Compilación, de arraigada e ininterrumpida trayectoria histórica, puede ser una estipulación capitular (artículos 25.1, 26 y 29 de la Compilación) o consignarse fuera de capítulos (artículo 29 de la Compilación), aunque en uno y otro caso presupone la existencia de una comunidad consorcial, ya sea paccionada, ora legal y, en todo caso, el otorgamiento de escritura pública (artículos 25.2 y 29 de la Compilación); sin embargo, dada la libertad civil o de pacto, vigente en Aragón (artículo 3º de la Compilación), favorecedora o permisiva de todos aquellos pactos que no sean contrarios a norma imperativa vigente en Aragón, ningún precepto impide que el pacto consignado en el convenio regulador pueda tener una finalidad distinta a la de «extender o restringir la comunidad» o que se adopte con ocasión de la disolución de una comunidad matrimonial legal, que es el supuesto de autos.

Sexto: Dentro del régimen matrimonial legal los dos inmuebles a que se contrae el recurso, tenían la condición de comunes o consorciales (artículo 37.1 de la Compilación). Ahora bien, ya se ha dicho que estamos ante un supuesto de disolución de la comunidad conyugal por separación del matrimonio (artículo 52.2 de la Compilación, en relación con el artículo 1.392.3 del C. c.); en esa situación de disolución de la comunidad conyugal, tanto en el aspecto personal como en el económico matrimonial, la voluntad de los cónyuges adquiere una relevancia que no cabe

desconocer, pues trasciende tanto al ámbito privado de los cónyuges (disolución de la vida en común y de los efectos que en el orden personal como en el patrimonial comporta), como al público del proceso (que, en estos casos, requiere la presentación de un convenio regulador y la aprobación judicial del mismo, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 90, 91, 95 y 103 del C. c.); sin olvidar el interés de los terceros que sistemáticamente se desconoce, y no pocas veces se defrauda (artículos 41.5 y 56.2 de la Compilación). Si el convenio regulador es una figura jurídica extraña al Derecho aragonés, sin embargo como requisito de procedibilidad, en algunos de los procesos sobre nulidad, separación y divorcio, cualquiera que sea el estatuto personal de los cónyuges, es condición necesaria para la iniciación y tramitación de esos procesos, sometido al control y a la aprobación judicial, en su caso, en la sentencia que ponga fin al procedimiento (artículos 91, 95 y 96 del C. c.). Pues bien ese convenio regulador, en tanto en cuanto que supone un acuerdo o pacto de los cónyuges, que se extiende, entre otros extremos, a «la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio» (artículo 90 D) del C. c.), como pacto, es válido en Aragón, con arreglo al axioma de la libertad civil que no sólo informa todo el Derecho aragonés (artículo 3º de la Compilación que consagra el principio del «*Standum est chartae*»), sino que se extiende, también, al régimen económico del matrimonio (artículo 23 de la Compilación); pactos que son válidos, cualquiera que sea la forma que adopten, salvo que se exija un requisito de forma «*ad solemnitatem*». Y a este respecto, debe notarse que para la validez de la disolución voluntaria de la comunidad consorcial el número 1 del artículo 52 de la Compilación exige que la voluntad de los cónyuges sea expresada en «instrumento público».

Séptimo: Es claro, pues, que nos encontramos ante un supuesto de separación judicial, de disolución y liquidación pactada de la comunidad consorcial, de bienes por la que se regía el matrimonio; disolución y liquidación del régimen matrimonial legal aragonés, pactada por los cónyuges en convenio regulador otor-

gado conforme a lo previsto en el artículo 90 del C. c. y en la Disposición Adicional sexta de la Ley 30/1981, de 7 de julio, aprobado judicialmente en la sentencia firme que puso término al proceso, a partir de cuya fecha no sólo produce sus efectos la separación de los cónyuges, sino los pactos estipulados por ellos en el convenio regulador aprobado, entre los cuales se encuentra la disolución y liquidación del régimen matrimonial legal (artículos 52.2 de la Compilación, en relación con lo dispuesto en los artículos 1392.3, 1396, 90 y 95 del C. c.). Si la disolución de la comunidad legal, en los supuestos de sentencia firme de separación judicial, no ofrece duda alguna (artículo 52 de la Compilación), tampoco debe ofrecerla el hecho de la liquidación de la comunidad consorcial, cuando ésta ha sido pactada en el convenio regulador y éste ha sido aprobado en la sentencia firme de separación, puesto que, como se ha dicho, en Aragón rige el principio general de la libertad civil o de autonomía de la voluntad, que informa todas las instituciones aragonesas, entre ellas, las relativas al régimen económico matrimonial (artículos 23, 24, 25, 26, 29, 30, 33, 52.1, 54 y concordantes de la Compilación). De ahí, que ese pacto en virtud del cual los cónyuges De la Torre-Garcés convinieron la disolución del régimen económico matrimonial de su sociedad conyugal tácita y adoptar el de separación absoluta de bienes (estipulación 1ª del convenio regulador); declarar expresamente extinguido recíprocamente el derecho expectante de viudedad (cláusula 2ª); reconocer a los dos inmuebles descritos en la estipulación 3ª la condición de privativos del marido, cambiando su consideración de «gananciales?», con la que se adquirieron constante matrimonio y atribuirlos al marido, como privativos de éste; procediendo a la liquidación de la comunidad y adjudicación de los bienes a favor de los cónyuges, que se dan por pagados «de su participación en la sociedad de gananciales», toda esa serie de pactos, se presentan o son intrínsecamente válidos y eficaces, de suerte que la equivocada cita del artículo 29 de la Compilación, como las referencias que se realizan a la «sociedad de gananciales», son puras equivocaciones, que no vinculan ni pueden condicionar la reso-

lución del recurso; pues con independencia del carácter capitular o fuera de capítulos que puede tener ese pacto, es lo cierto que, en este caso, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 52.2 de la Compilación, en relación con los artículos antes mencionados del C. c., que no exigen que esa clase de pactos consten en escritura pública. Pero es que la innecesariedad e inexistencia de que estos acuerdos consten en escritura pública, se encuentra reconocida en la propia Compilación cuando dispone que la comunidad legal se disolverá «Por voluntad de ambos cónyuges expresada en instrumento público» (artículo 52.1 de la Compilación); estableciendo una importante diferencia, no sólo de matiz, sino de una mayor trascendencia legal, respecto de aquellos otros preceptos que, referidos al régimen matrimonial, exigen e imponen la obligatoriedad de su otorgamiento en escritura pública, como forma «ad solemnitatem» (artículos 25.2 y 29 de la Compilación). Por lo que no existe ningún obstáculo que impida, con base en el principio de la legalidad (artículo 18 de la L. H.), que ese pacto tenga acceso al Registro de la Propiedad, por el sólo y simple hecho de que la disolución de la comunidad consorcial legal, como consecuencia de la separación del matrimonio, judicialmente acordada, sea simultánea a su liquidación y a la atribución de los bienes consorciales, con un determinado carácter, a los cónyuges. Cuando, como se ha visto, esta clase de situaciones se regulan en el artículo 52 de la Compilación, que sólo exige que cuando la disolución de la comunidad legal tenga su origen en la voluntad de ambos cónyuges, se exprese en instrumento público.

Octavo: No es preciso profundizar en la diferencia entre el «instrumento público» (género) y la «escritura pública», las actas y demás documentos que autorizan los Notarios (que son las especies de ese género que se conoce como instrumento público, según el artículo 144 del Reglamento notarial); como no es posible identificar la figura del «instrumento público» a que se refiere el artículo 52.1 de la Compilación con el instrumento público notarial, más caracterizado que en los términos que lo utiliza ese artículo, equivaldría al contenido de una escritura pública (artículos 144 y 156 y

siguientes del Reglamento notarial); el sentido en el que el artículo 52.1 de la Compilación exige el otorgamiento de la voluntad de los cónyuges en «instrumento público», no puede ser otro que el de referirse a «documento público» (artículos 1.216 y 1.218 del C. c. y 596, 597.4 y 598.1 de la L. E. C.); y evidentemente entre tales documentos públicos, se halla la sentencia judicial firme y, desde luego, el convenio regulador en ella aprobado (artículos 1.216 y 1.218 del Código civil y artículos 596.7, 597.4 y 598.1 de la L. E. C.). Y aunque sería deseable que esa clase de convenios, cuando ofrecen alguna complejidad o como en este caso sucede, requieren un mayor conocimiento de la aplicación del Derecho civil aragonés, se otorgarán en escritura pública, en evitación de problemas que, frecuentemente surgen del documento privado, como la Compilación autoriza que en los supuestos de disolución de la comunidad legal, sea suficiente que la voluntad de los cónyuges conste en «instrumento público» y esa definición evidentemente cuadra al convenio regulador aprobado en sentencia judicial que ha ganado firmeza, que obvia la necesidad de que esa clase de pactos conste en escritura pública, habrá de concluirse que el convenio regulador presentado en un proceso de separación matrimonial, constituye documento público, como lo es el testimonio legalmente expedido por el fedatario judicial (artículos 279 y 281.1 de la LOPJ; 596.7 y 598.1 de la L. E. C.; 95 del C. c.; 3º y 18 de la L. H., y 100 del R. H., y Resoluciones de la D. G. de R. y N. de 25 de febrero, 9 y 10 de marzo de 1988).

Noveno: Procede, en consecuencia, admitir el recurso gubernativo interpuesto contra la nota denegatoria de la Registradora de la Propiedad y ordenar la inscripción del título presentado al que se refiere dicha nota denegatoria; sin que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 del Reglamento Hipotecario, haya lugar a la imposición de las costas del recurso y sin que contra esta resolución quepa recurso en vía gubernativa, con arreglo a lo preceptuado en la Disposición adicional séptima de la LOPJ y en el Artículo 29.1 e) del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Vistos los artículos citados y demás de aplicación.

El Excmo. Sr. don José Ramón San Román Moreno, Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón,

ACUERDA: Con admisión del recurso gubernativo interpuesto por el Procurador don Serafin Andrés Laborda, en nombre y representación de don Antonio de la Torre Lezcano contra la nota denegatoria de la Registradora de la Propiedad de Pina de Ebro, debía acordar y acordaba la cancelación de dicha nota, y ordenar y ordenaba a la Registradora de la Propie-

dad de Pina de Ebro la práctica de la inscripción de los dos bienes inmuebles a que se refiere el convenio regulador aprobado judicialmente, en su condición de privativos de don Antonio de la Torre Lezcano. Sin efectuar especial imposición de las costas causadas en el recurso, que cierra definitivamente la vía gubernativa.

Así lo acuerdo, mando y firmo resolviendo definitivamente el recurso gubernativo, en Zaragoza en la fecha «ut supra».

ÍNDICE ACUMULADO DE JURISPRUDENCIA

EXPLICACIÓN PREVIA: EL «ÍNDICE DE CLAVES»

El lector habrá observado que tanto en la clasificación de las referencias de bibliografía reciente como en la presentación de cada una de las sentencias y en el índice acumulado de jurisprudencia que sigue a continuación, se ha empleado un mismo sistema de ordenación «numérico-conceptual»; se trata de un sistema que parte de clasificar decimalmente las materias propias del Derecho civil aragonés, siguiendo el orden de exposición de la Compilación, y anteponer al índice resultante unos apartados destinados a clasificar la bibliografía sobre los antecedentes de la Compilación, la historia del Derecho aragonés, los temas comunes a todos los Derechos forales y otros temas generales relacionados con el Derecho civil aragonés. De esta forma un mismo índice sirve para clasificar la bibliografía (histórica, general o sobre el Derecho vigente) y la jurisprudencia.

En la presentación de las sentencias y en el índice acumulado de jurisprudencia la clave numérico-conceptual puede venir especificada con uno o varios conceptos, y cada uno de éstos puede venir precisado con uno o varios subconceptos. En cualquier caso, siempre se facilita una descripción sumaria del contenido de la sentencia.

El citado índice de clasificación, que podemos llamar *índice de claves*, es el siguiente:

A) SOLO PARA LA BIBLIOGRAFÍA:

0: BIBLIOGRAFÍA.

1: TEMAS COMUNES A TODOS LOS DERECHOS FORALES.

1.1: LA CODIFICACIÓN Y LOS DERECHOS FORALES.

1.2: LA CUESTIÓN FORAL HASTA LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

1.3: LOS DERECHOS FORALES EN LA CONSTITUCIÓN Y LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA.

1.4: LA CASACIÓN FORAL.

- 1.5: LA VECINDAD CIVIL.
 - 1.6: PROBLEMAS DE DERECHO INTERREGIONAL..
 - 2: HISTORIA DEL DERECHO ARAGONÉS.
 - 2.1: FUENTES.
 - 2.2: HISTORIA HASTA 1707.
 - 2.3: HISTORIA POSTERIOR A 1707.
 - 3: TEMAS GENERALES.
 - 3.1: EXPOSICIONES DE CONJUNTO.
 - 3.2: JURISTAS ARAGONESES.
 - 3.3: TEMAS VARIOS.
 - 4: LA COMPILACIÓN Y SUS ANTECEDENTES.
- B) PARA BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA**
- 5: FUENTES
 - 6: PERSONA Y FAMILIA
 - 61: PERSONA Y FAMILIA EN GENERAL
 - 62: PERSONAS. EDAD
 - 63: AUSENCIA
 - 64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES
 - 65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES
 - 66: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL
 - 661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL.
 - 662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO
 - 663: RÉGIMEN MATRIMONIAL. LEGAL.
 - 6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL. LEGAL.: ACTIVO
 - 6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL. LEGAL.: PASIVO
 - 6633: RÉGIMEN MATRIMONIAL. LEGAL.: GESTIÓN
 - 6634: RÉGIMEN MATRIMONIAL. LEGAL.: DISOLUCIÓN
 - 6635: RÉGIMEN MATRIMONIAL. LEGAL.: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN
 - 67: COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA
 - 68: VIUDEDAD
 - 681: EL DERECHO DE VIUDEDAD
 - 682: EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD
 - 683: EL USUFRUCTO VIDUAL
 - 7: DERECHO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE
 - 71: EN GENERAL. MODOS DE DELACIÓN. NORMAS COMUNES
 - 711: DERECHO DE SUCESIONES EN GENERAL.
 - 712: MODOS DE DELACIÓN
 - 713: ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA
 - 714: BENEFICIO LEGAL DE INVENTARIO

- 715: RESERVA DE BIENES
- 716: COLACIÓN
- 717: SUSTITUCIÓN LEGAL
- 718: CONSORCIO FORAL
- 72: SUCESIÓN TESTAMENTARIA
 - 721: SUCESIÓN TESTAMENTARIA EN GENERAL
 - 722: TESTAMENTO ANTE CAPELLÁN
 - 723: TESTAMENTO MANCOMUNADO
- 73: SUCESIÓN PACCIONADA
- 74: FIDUCIA SUCESORA
 - 741: FIDUCIA SUCESORA: DISPOSICIONES GENERALES
 - 742: FIDUCIA SUCESORIA COLECTIVA
- 75: LEGÍTIMAS
- 76: SUCESIÓN INTESTADA
- 8: DERECHO DE BIENES
 - 81: DERECHO DE BIENES EN GENERAL
 - 82: RELACIONES DE VECINDAD
 - 83: LUCES Y VISTAS
 - 84: SERVIDUMBRES
- 9: DERECHO DE OBLIGACIONES
 - 91: DERECHO DE OBLIGACIONES EN GENERAL
 - 92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA
 - 93: CONTRATOS SOBRE GANADERÍA
- 10: DERECHO TRANSITORIO
- 0: OTRAS MATERIAS

5: FUENTES

CÓDIGO CIVIL

• DERECHOS REALES

S. APT 10 enero 1994

Servidumbre de paso: a tenor del Cc. la servidumbre de paso, por ser discontinua, sólo puede adquirirse mediante título o negocio jurídico, y ello sin perjuicio de la posibilidad de invocar la prescripción inmemorial anterior a la publicación de Cc.; en el Derecho aragonés, estas reglas no se aplican, pudiendo adquirirse este tipo de servidumbre por prescripción sin necesidad de título ni de buena fe.

19 1996, II (nº 1º).

S. APT 8 abril 1994

Servidumbre de paso: a tenor del Cc. la servidumbre de paso, por ser discontinua, sólo puede adquirirse mediante título o negocio jurídico, y ello sin perjuicio de la posibilidad de invocar la prescripción inmemorial anterior a la publicación del Cc.; en el Derecho aragonés, estas reglas no se aplican, pudiendo adquirirse este tipo de servidumbre por prescripción sin necesidad de título ni de buena fe.

21 1996, II (nº 1º).

S. APZ 9 julio 1994

Servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia: se ha de considerar aplicable a Aragón el art. 541 Cc., si bien integrado en las peculiaridades del Derecho aragonés; son signos aparentes de servidumbre, a los efectos del art. 541 Cc., los que reconoce como tales la Compilación en el art. 148. No ha lugar a este tipo de servidumbre pues al enajenarse un único dominio en dos titularidades distintas no había signo alguno de servidumbre de luces y vistas según lo que por éstos se entiende en la Compilación

35 1996, II (nº 1º).

S. TSJA 9 noviembre 1991

Carta fundacional de la casa completada con pacto de institución de heredero contenido en escritura de compraventa y documento privado. Irrevocabilidad unilateral del pacto de institución. Derecho de los hijos no instituidos a permanecer y poseer o coposeer los bienes de la casa: posesión continuada durante

más de año y día, de manera pacífica y no interrumpida eficazmente; posesión que no puede ser destruida por el juego de las presunciones legales (arts. 448, 449 y 464 Cc.)

4 1995, I

S. TSJA 13 febrero 1992

Nulidad de la venta de un bien copropiedad del patrimonio común y el privativo del esposo por haber sido realizada sin el consentimiento del otro comunero (la esposa). Se requiere unanimidad de los copartícipes ex art. 397 Cc.

5 1995, I (nº 1º).

(nº 1º).

• DISPOSICIONES TRANSITORIAS

S. TSJA 29 mayo 1991

Aplicación al testamento mancomunado otorgado bajo el Apéndice de los arts. 95 y 108 Compilación (pacto al más viviente), al haberse producido el fallecimiento de ambos esposos vigente la Compilación (disp. trans. 12ª Comp. y disp. trans. preliminar, 1ª y 2ª C.c.).

3 1995, I (nº 1º).

• FAMILIA Y SUCESIONES

A. PRES. TSJA 29 octubre 1992

Es precisa la autorización judicial para la enajenación de bienes raíces por el tutor de un mayor de edad declarado incapaz, de vecindad foral aragonesa, debiendo aplicarse el art. 271.2 del Cc., sin que pueda sustituirse tal autorización judicial por la de la Junta de Parientes, tal como establece para el menor de edad el art. 13 de la Compilación, refiriéndose con carácter general al administrador de sus bienes. Se trata de un caso concreto no regulado en la Compilación, al que se aplica el Cc. como Derecho supletorio an no existir tampoco costumbre ni principio general tradicional aragonés que le sea de aplicación

50 1996, II (nº 1º).

A. PRES. TSJA 17 marzo 1993

Tanto del Derecho histórico como del vigente se desprende la necesidad de la autorización judicial para la disposición de bienes inmuebles del pupilo mayor de edad por el tutor; exigencia que coincide con la norma del art. 271.2.º del Cc. En cambio la exigencia del art. 2.015 Lec. de

que la enajenación se lleve a cabo en subasta pública resulta hoy legalmente innecesaria e improcedente. El auto contiene consideraciones de tipo general sobre la regulación aragonesa de la tutela, en Derecho histórico y vigente, y la aplicación del Derecho supletorio.

52 1996, II (nº 1º).

S. TSJA 25 marzo 1992

Inaplicación de los arts. 1.344, 1.375 y 1.377 Cc.

6 1995, I (nº 1º).

S. TSJA 23 marzo 1993

El art. 1.318 Cc. no es contradictorio con la normativa aragonesa, pero su contenido esencial coincide con el art. 46 Comp. El art. 1.394 Cc., que fija la fecha de disolución de la sociedad conyugal, es de aplicación plena en Aragón. Los arts. 1.396, 1.397 y 1.398 Cc. son aplicables como complemento de las normas de la Compilación (art. 55): por su mayor pormenorización y por la regulación más actual de algunos extremos; incluso como complemento necesario de la remisión del art. 52.2 Comp.

10 1995, I (nº 1º).

• *OBLIGACIONES Y CONTRATOS*

S. TSJA 22 enero 1990

La aplicación de los llamados «gastos legítimos» que señala el art. 1.518 Cc. al retracto de abolorio nunca ha sido cuestionada.

1 1995, I (nº 1º).

S. TSJA 18 diciembre 1990

El principio «standum est chartae» está limitado por el art. 633 C.c. que impone la forma pública en las donaciones de inmuebles, en concordancia con la tradición jurídica aragonesa.

2 1995, I (nº 1º).

S. TSJA 9 noviembre 1991

Posibilidad de los instituyentes de revocar el pacto de institución de heredero por incumplimiento grave de cargas: abandono de la casa por el heredero instituido. Intransmisibilidad de la acción del art. 647 C.c. a los herederos del donante o disponente.

4 1995, I (nº 1º).

• *PARTE GENERAL*

S. TSJA 10 abril 1995

Mala fe: no puede deducirse que los esposos firmantes del contrato de opción hayan tenido mala fe por no hacerse expresa mención del estado civil de los mismos. Abuso de Derecho: en cuanto a la actuación de las esposas que han invocado la nulidad del contrato de opción de compra, tal circunstancia no puede apreciarse por no darse los requisitos que configuran el abuso de derecho. Fraude de ley: la impugnabilidad del contrato por parte de las esposas no disponentes no supone el ejercicio de un derecho prohibido por el ordenamiento.

2 1996, II (nº 1º).

COSTUMBRE

• *JUNTA DE PARIENTES*

S. TSJA 13 junio 1995

Es correcta la composición de la Junta de parientes al dar entrada a representantes de las distintas casas de la misma rama familiar, siguiéndose de este modo la costumbre establecida en el Valle de Gistain, criterio que también es acogido en el art. 115.2 Comp.

3 1996, II (nº 1º).

• *LEGÍTIMA FORMAL*

S. TSJA 30 septiembre 1993

Las normas que establecen la «legítima formal» no necesitan ser integradas con la costumbre

12 1995, I (nº 1º).

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

• *RETRACTOS*

S. TSJA 22 enero 1990

La norma contenida en el art. 1.618.2 Lec. es aplicables a los supuestos de toda clase de retractos.

1 1995, I (nº 1º).

«STANDUM EST CHARTAE»

• *INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO*

S. TSJA 29 septiembre 1992

La sentencia recurrida ha cumplido con la función que al juzgador atribuye el principio «standum est chartae» de estar y juzgar según la única carta existente a los fines del litigio.

8 1995, I (nº 1º).

S. TSJA 13 junio 1995

En materia de fiducia sucesoria la doctrina y la jurisprudencia han venido entendiendo que «estar a la carta» posibilita una interpretación razonablemente rigurosa de las disposiciones que autorizan al cónyuge y a los parientes o a éstos sólo para nombrar heredero único de la Casa. No debe olvidarse que el principio *standum est chartae* está dirigido al juez a quien le impone la obligación de estar a lo pactado por las partes y, en ocasiones, debe complementarse con la costumbre aragonesa, que con las disposiciones de la Compilación y los principios generales en los que se inspira el ordenamiento jurídico aragonés, integran el Derecho civil de Aragón.

3 1996, I (nº 1º).

• *LÍMITES*

S. TSJA 18 diciembre 1990

El principio «standum est chartae» está limitado por el art. 633 C.c. que impone la forma pública en las donaciones de inmuebles, en concordancia con la tradición jurídica aragonesa.

2 1995, I (nº 1º).

S. TSJA 5 julio 1995

Los litigantes —un matrimonio y el tío de los cónyuges— efectivamente se asociaron poniendo en común sus propios bienes semovientes y su actividad para la explotación ganadera. Junto a ello, se pactó también que una de las partes contratantes —el tío de los cónyuges— pasaría a vivir con la familia de su sobrino —su esposa e hijos— quienes le cuidarían y asistirían. Este pacto, aunque no constituye una Institución consuetudinaria del art. 33 Comp., es posible, en cuanto contrato atípico, al amparo de la libertad del pacto, siempre que lo convenido no vaya en

contra de las normas imperativas aplicables en Aragón o resulte de imposible cumplimiento; como así se desprende del art. 3 Comp.

4 1996, II (nº 1º).

TRADICIÓN JURÍDICA

S. TSJA 18 diciembre 1990

La tradición jurídica aragonesa, recogida en los arts. 1º y 2º Comp., exige forma «ad substantiam» para la validez y eficacia de las donaciones de bienes inmuebles.

2 1995, I (nº 1º).

6: PERSONA Y FAMILIA

65: RELACIONES PARENTALES
Y TUTELARES

JUNTA DE PARIENTES

• *DISPOSICIÓN DE INMUEBLES DE PUPILLOS
MAYORES DE EDAD*

A. PRES. TSJA 29 octubre 1992

Es precisa la autorización judicial para la enajenación de bienes raíces por el tutor de un mayor de edad declarado incapaz, de vecindad foral aragonesa, debiendo aplicarse el art. 271.2 del Cc., sin que pueda sustituirse tal autorización judicial por la de la Junta de Parientes, tal como establece para el menor de edad el art. 13 de la Compilación, refiriéndose con carácter general al administrador de sus bienes. Se trata de un caso concreto no regulado en la Compilación, al que se aplica el Cc. como Derecho supletorio al no existir tampoco costumbre ni principio general tradicional aragonés que le sea de aplicación.

50 1996, II (nº 1º).

• *FIDUCIA*

S. APH 30 julio 1994

Composición de la junta de parientes para designar heredero del causante: Compo-

sición inadecuada según la voluntad de aquél: nulidad absoluta; anulabilidad. Prescripción de la acción. Adquisición por usucapión del heredero

15 1996, II (nº 1º).

S. TSJA 13 junio 1995

Composición de la Junta de parientes para designar heredero de la Casa según la voluntad del causante expresada en capítulos matrimoniales.

3 1996, II (nº 1º).

TUTEIA

• DISPOSICIÓN DE INMUEBLES DE PUPILLOS MAYORES DE EDAD

A. PRES. TSJA 29 octubre 1992

Es precisa la autorización judicial para la enajenación de bienes raíces por el tutor de un mayor de edad declarado incapaz, de vecindad foral aragonesa, debiendo aplicarse el art. 271.2 del Cc., sin que pueda sustituirse tal autorización judicial por la de la Junta de Parientes, tal como establece para el menor de edad el art. 13 de la Compilación, refiriéndose con carácter general al administrador de sus bienes. Se trata de un caso concreto no regulado en la Compilación, al que se aplica el Cc. como Derecho supletorio al no existir tampoco costumbre ni principio general tradicional aragonés que le sea de aplicación.

50 1996, II (nº 1º).

A. PREST. TSJA 17 marzo 1993

Tanto del Derecho histórico como del vigente se desprende la necesidad de autorización judicial para la disposición de bienes inmuebles del pupilo mayor de edad por el tutor; exigencia que coincide con la norma del art. 271.2.º del Cc. En cambio la exigencia del art. 2.015 Lec. de que la enajenación se lleve a cabo en subasta pública resulta hoy legalmente innecesaria e improcedente. El auto contiene consideraciones de tipo general sobre la regulación aragonesa de la tutela, en Derecho histórico y vigente, y la aplicación del Derecho supletorio.

52 1996, II (nº 1º).

661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL

MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL

• DERECHOS ADQUIRIDOS POR TERCEROS

A. PRES. TSJA 24 diciembre 1992

Las capitulaciones matrimoniales, otorgadas vigente matrimonio, no perjudican en ningún caso los derechos adquiridos por terceros, que si conservan sus créditos contra el cónyuge deudor, también el cónyuge no deudor responde con los bienes que le hubieren sido adjudicados, porque la responsabilidad real de la masa común no desaparece por el hecho de que hayan sido adjudicados. Doctrina legal del TS (Ss. 17-11-1987, 28-4-1988 y 25-1-1989) trasladable al régimen matrimonial legal aragonés, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1.1 y 2, 41.5, 42, 43.2, 46.1, 52.1 y 56.2 de la Compilación.

51 1996, II (nº 1º).

• INOPONIBILIDAD A TERCEROS

S. APZ 10 mayo 1994

La modificación del régimen económico matrimonial no afecta a los derechos ya adquiridos por terceros. Responsabilidad de los bienes comunes por las deudas posteriores a la celebración del matrimonio de uno de los cónyuges.

33 1996, II (nº 1º).

RÉGIMEN PACCIONADO Y RÉGIMEN LEGAL

• NATURALEZA

S. APZ 26 octubre 1994

Renuncia de uno de los cónyuges a liquidar la sociedad, así como a su participación en los bienes consorciales y a la viudedad foral y universal concedida por su esposa: nulidad: contravención de norma imperativa; desprecio del derecho de terceros. No se puede renunciar a practicar la liquidación de la sociedad conyugal con carácter anticipado. La comunidad conyugal es una comunidad de tipo germánico. Son válidas la renuncia a la viudedad foral y al legado del usufructo.

42 1996, II (nº 1º).

662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO

INSTITUCIONES FAMILIARES CONSUETUDINARIAS

• COMUNIDAD FAMILIAR

S. TSJA 5 julio 1995

Entre las partes contratantes —un matrimonio y el tío de uno de los cónyuges— ha existido un contrato atípico —de contenido «do ut des» y con clara preponderancia del elemento «familiar»— que creó una situación permanente de comunidad familiar que se prolongó durante nueve años, comunidad que fue disuelta de mutuo acuerdo y a su liquidación le es de aplicación el art. 34 Comp.

4 1996, II (nº 1º).

• DACIÓN PERSONAL

S. TSJA 5 julio 1995

El contrato concertado entre las partes, por el que un matrimonio se asocia con el tío de uno de los cónyuges, aportando éste su patrimonio e industria, comprometiéndose los otros a asistirlo y cuidarlo formando una única familia, teniendo lugar el reparto de beneficios entre ellos, no está comprendido en los que enunciativamente señala como instituciones consuetudinarias el art. 33 Comp.

4 1996, II (nº 1º).

• JUNTAR DOS CASAS

S. TSJA 29 septiembre 1992

Consortio universal entre matrimonios o «juntar dos casas» con previsión hereditaria de unidad y fiducia sucesoria. Incumplimiento de la cláusula capitular que regula la sucesión en el patrimonio del consorcio familiar: infracción del principio *standum est chartae*.

8 1995, I (nº 1º).

6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: ACTIVO

S. APH 15 diciembre 1994

Activo: naturaleza privativa o común de determinados bienes; carácter común de las

mejoras realizadas a costa del caudal común sobre bienes privativos de uno de los cónyuges; los bienes enajenados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro se han de computar en el activo actualizando el importe de venta. Pasivo: deuda contraída por uno de los cónyuges antes del matrimonio para adquirir un bien común. Separación matrimonial: Los gastos de educación y crianza de los hijos son a cargo del caudal común, siendo su régimen jurídico el establecido en el art. 90 Cc. y no el del art. 41.1 Comp.

18 1996, II (nº 1º).

BIENES COMUNES

S. APH 26 julio 1994

Bienes que integran el activo de la comunidad: rentas percibidas por inmuebles comunes, así como un vehículo sobre el que se aplica la presunción de comunidad.

14 1996, II (nº 1º).

BIENES PRIVATIVOS

S. APH 13 diciembre 1994

Piso y garaje ajeno comprado a precio aplazado por ambos cónyuges en estado de solteros. Naturaleza privativa del bien: pertenece por mitad a cada uno de los cónyuges. El precio aplazado de dicho piso y garaje satisfecho constante matrimonio y hasta la disolución de dicho vínculo es una deuda que por mitad deben ambos cónyuges a la sociedad conyugal. No es relevante que sólo el marido o su madre pagasen efectivamente el inmueble para que dicho bien sea en su mitad indivisa titularidad del cónyuge que nada pagó, pues en todo caso habrá que presumir que esto es una donación de un cónyuge a otro o en el peor de los casos, para el cónyuge que nada pago, un préstamo.

17 1996, II (nº 1º).

• ATRIBUCIÓN DE PRIVATIVIDAD EN CONVENIO REGULADOR.

A. PRES. TSJA 22 diciembre 1993

La atribución de privatividad a un bien inmueble de la comunidad conyugal puede formalizarse en convenio regulador aprobado por sentencia declarando la separación, ya que se trata de un pacto válido en Aragón, con

arreglo al axioma de la libertad civil, otorgado, con ocasión de la disolución de la comunidad conyugal, en «instrumento público» de conformidad con el art. 52.1 de la Compilación, sin que quepa alegar la necesidad de escritura pública exigida por el art. 29 de la Compilación.

53 1996, II (nº 1º).

RETRACTO

S. APH 12 noviembre 1994

Ejercicio del retracto de abolorio; requisitos: la venta con pacto de retro del bien objeto de retracto no hace perder al bien el carácter de troncal, pues aún retraído constante matrimonio sigue siendo un bien privativo de uno de los cónyuges. Moderación por el tribunal del ejercicio del derecho de retracto. No procede el retracto por falta del fundamento de esta institución: conservar unidas las propiedades pertenecientes a la familia.

16 1996, II (nº 1º).

PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD

S. APZ 19 diciembre 1994

Presunción de comunidad. Son bienes comunes los adquiridos constante matrimonio a título oneroso. Testamento mancomunado: Posibilidad de revocar las propias disposiciones. Testamento abierto realizado por el cónyuge supérstite: Ineficacia: el cónyuge supérstite no puede alterar la disposición testamentaria que su consorte haya otorgado conjuntamente con él mediante testamento mancomunado. Nulidad de la aceptación de la herencia.

44 1996, II (nº 1º).

6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: PASIVO

S. APZ 11 julio 1994

El demandado apelado vende un inmueble privativo, haciéndose cargo de los gastos de comunidad los compradores, siendo esta deuda a cargo del vendedor. De la reintegración de la misma a los compradores responde el patrimonio privativo del cónyuge deudor.

36 1995, I (nº 1º).

S. APH 15 diciembre 1994

Activo: naturaleza privativa o común de determinados bienes; carácter común de las mejoras realizadas a costa del caudal común sobre bienes privativos de uno de los cónyuges; los bienes enajenados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro se han de computar en el activo actualizando el importe de la venta. Pasivo: deuda contraída por uno de los cónyuges antes del matrimonio para adquirir un bien común. Separación matrimonial: Los gastos de educación y crianza de los hijos son a cargo del caudal común, siendo su régimen jurídico el establecido en el art. 90 Cc. y no el de art. 41.1 Comp.

18 1996, II (nº 1º).

CARGAS DEL MATRIMONIO

• GASTOS DE LITIGIOS DE UN CÓNYUGE

S. APH 26 julio 1994

Litisexpensas: carga de la sociedad conyugal.

14 1996, II (nº 1º).

S. TSJA 23 marzo 1993

Los gastos de litigio de un cónyuge frente a terceros o contra el otro cónyuge se incluyen en el art. 41.1 Comp., siempre que se efectúen en relación con la familia. Además, concurren en el caso motivos de equidad y puede aplicarse la doctrina de los actos propios.

10 1995, I (nº 1º).

DEUDAS COMUNES

S. TSJA 25 marzo 1992

Deudas comunes derivadas de la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión de cada cónyuge.

6 1995, I (nº 1º).

DEUDAS DE GESTIÓN

S. APZ 25 abril 1994

Tercería de dominio interpuesta por un cónyuge sobre inmueble perteneciente al consorcio conyugal; no se le reconoce legitimación en calidad de tercerista; falta de acreditación

de la naturaleza de la deuda; responsabilidad de los bienes comunes por deudas de gestión.

32 1996, II (nº 1º).

DEUDAS POSTERIORES PRIVATIVAS

S. APZ 10 mayo 1994

La modificación del régimen económico matrimonial no afecta a los derechos ya adquiridos por terceros. Responsabilidad de los bienes comunes por las deudas posteriores a la celebración del matrimonio de uno de los cónyuges.

33 1996, II (nº 1º).

• EMBARGOS DE BIENES COMUNES

S. APZ 21 febrero 1994

Tercearía de dominio interpuesta por la mujer contra el embargo de unas acciones y cuentas corrientes comunes por deudas privativas del marido. Admisión parcial del recurso. Procede la tercearía y se suspende el embargo sobre las acciones manteniéndose sobre la mitad de los depósitos en cuenta corriente.

28 1996, II (nº 1º).

S. APZ 28 junio 1994

Tercearía de dominio interpuesta por un cónyuge sobre inmueble perteneciente al consorcio conyugal; no procede alzar el embargo sobre la mitad indivisa de un inmueble común dada la naturaleza de la sociedad conyugal.

34 1996, II (nº 1º).

• VIVIENDA HABITUAL

S. TS 18 febrero 1995

Embargabilidad por deudas contraídas por uno solo de los cónyuges sobre la mitad indivisa de la vivienda familiar. No procede la tercearía de dominio interpuesta por la esposa al haberse adquirido el inmueble antes de la celebración del matrimonio, no correspondiendo por tanto derecho de propiedad alguno sobre el inmueble en favor de la tercearía.

5 1996, II (nº 1º).

EMBARGO DE BIENES COMUNES ADJUDICADOS AL CÓNYUGE NO DEUDOR

• FALTA DE PRUEBA DE LA CONDICIÓN CONSORCIAL DE LA DEUDA

A. PRES. TSJA 24 diciembre 1992

Para que el acreedor de un cónyuge pueda hacer efectiva la responsabilidad sobre los bienes comunes adjudicados, tras la disolución de la comunidad legal, al otro cónyuge, tiene que haber demostrado, mediante la oportuna acción declarativa, que se trata de una deuda de la que responden los bienes comunes; faltando este requisito, el solo hecho de la notificación de la interposición de la demanda ejecutiva al cónyuge no deudor y la insuficiencia o ineffectividad del embargo trabado sobre los bienes comunes adjudicados al cónyuge deudor no santifica o sana la falta de acreditamiento de la calidad jurídica de la deuda ejecutada como deuda a cargo del patrimonio común, porque esa condición jurídica efectuada en un mandamiento librado en un juicio ejecutivo no prejuzga ni puede vincular al Registrador en el ejercicio de su función calificadora.

51 1996, II (nº 1º).

RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES

• DESPUÉS DE LA DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD LEGAL

A. PRES. TSJA 24 diciembre 1992

Todos los bienes comunes responden siempre, frente a terceros y responden los esposos con tales bienes, directamente frente al acreedor, por las deudas comunes. Y esa responsabilidad se prolonga más allá de la vigencia de la sociedad consorcial, al ser una responsabilidad personal y solidaria que, incluso, se extiende a los bienes privativos —«ultra vires»—, en ciertos supuestos (arts. 56.2 Comp. y 1398.1 Cc.)

51 1996, II (nº 1º).

6633: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: GESTIÓN

ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES COMUNES

S. APH 20 enero 1994

Nulidad de venta de local comercial perteneciente al consorcio conyugal por falta de

determinación del precio y por haber sido enajenado, en 1962, por el marido como representante de la sociedad conyugal; anulabilidad; prescripción adquisitiva.

8 1996, II (nº 1º).

S. TS 24 mayo 1995

Presupuesta la validez de los pactos documentados por las partes y del contenido real de los mismos ha de prosperar la petición de la parte actora de que dicho documento se eleve a escritura pública. En consecuencia se desestima lo solicitado de la parte demandada que pretendía la nulidad de tales acuerdos alegando la falta de consentimiento de la esposa de uno de los contratantes, puesto que aun siendo preciso el consentimiento de ambos cónyuges para realizar actos de disposición sobre bienes gananciales, es doctrina jurisprudencial que el consentimiento de la mujer puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio y también inferido de las circunstancias concurrentes.

7 1996, II (nº 1º).

S. TSJA 18 junio 1992

La autorización del marido a la esposa para que, en nombre y representación suya, pudiera vender el negocio común comprende, salvo prueba en contrario, la facultad de disponer (opción de compra) de todos sus elementos patrimoniales, incluido el local.

7 1995, I (nº 1º).

S. TSJA 23 marzo 1993

Administración de bienes comunes por uno de los cónyuges: evolución legislativa y continuidad de la administración individual del marido al tratarse de ingresos de su actividad mercantil. Posibilidad de pacto en contrario.

10 1995, I (nº 1º).

S. TSJA 5 julio 1995

Aunque el actor contrató con el marido y aunque éste contrató sólo, evidentemente lo hizo en nombre de la sociedad conyugal y la esposa ha prestado un consentimiento tácito, que aparece evidenciado por su aquietamiento durante todo el tiempo que ha durado el contrato.

4 1996, II (nº 1º).

• *BIENES INCLUIDOS EN EL TRÁFICO HABITUAL DE LA PROFESIÓN DE UN CÓNYUGE*

S. TSJA 25 marzo 1992

Legitimación individual de cada cónyuge para la administración y disposición de los bienes comunes incluidos en el tráfico habitual de su profesión: no es necesario demandar al otro. Derecho transitorio.

6 1995, I (nº 1º).

S. TSJA 10 abril 1995

Opción de compra otorgada por uno sólo de los cónyuges sobre bienes consorciales: anulabilidad por falta de consentimiento uxorio al no haberse demostrado que este acto de enajenación pertenezca al tráfico habitual de la profesión, arte u oficio del cónyuge disponente. No procede aplicar a este supuesto el art. 42 Comp., pues el cónyuge disponente no ha ejercitado «facultades legales».

2 1996, I (nº 1º).

BIENES EN COPROPIEDAD

S. TSJA 13 febrero 1992

Nulidad de la venta de un bien copropiedad del patrimonio común y el privativo del esposo por haber sido realizada sin el consentimiento del otro comunero (la esposa). Se requiere unanimidad de los copartícipes ex art. 397 Cc.

5 1995, I (nº 1º).

GESTIÓN DE LOS BIENES PRIVATIVOS

• *RESPONSABILIDAD*

S. APZ 11 julio 1994

El demandado apelado vende un inmueble privativo, haciéndose cargo de los gastos de comunidad los compradores, siendo esta deuda a cargo del vendedor. De la reintegración de la misma a los compradores responde el patrimonio privativo del cónyuge deudor.

36 1996, II (nº 1º).

6634: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: DISOLUCIÓN

SEPARACIÓN LEGAL

S. APH 15 diciembre 1994

Activo: naturaleza privativa o común de determinados bienes; carácter común de las mejoras realizadas a costa del caudal común sobre bienes privativos de uno de los cónyuges; los bienes enajenados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro se han de computar en el activo actualizando el importe de venta. Pasivo: deuda contraída por uno de los cónyuges antes del matrimonio para adquirir un bien común. Separación matrimonial: los gastos de educación y crianza de los hijos son a cargo del caudal común, siendo su régimen jurídico el establecido en el art. 90 Cc. y no el del art. 41.1 de la Comp.

18 1996, II (nº 1º).

6635: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN

COMPETENCIA

S. APZ 24 septiembre 1994

Liquidación y adjudicación de bienes de la sociedad de gananciales: Inventario y distribución de los bienes de la sociedad conyugal realizada por el Juez de instancia. Falta de competencia de los Juzgados de familia para realizar esta actuación.

39 1996, II (nº 1º).

S. APZ 14 noviembre 1994

Liquidación y adjudicación de bienes de la sociedad de gananciales: Inventario y distribución de los bienes de la sociedad conyugal realizada por el Juez de instancia. Falta de competencia de los Juzgados de familia para realizar esta actuación.

43 1996, II (nº 1º).

INVENTARIO

S. TSJA 23 marzo 1993

En relación al inventario son aplicables los arts. del Cc. como complemento de las nor-

mas de la Compilación. Es de plena aplicación para la fijación de la fecha de liquidación el art. 1.394 Cc. Doble contenido del inventario del art. 55 Comp. pensado para los casos en que la liquidación deriva del fallecimiento de uno de los cónyuges. Obligación del administrador de rendir cuentas de su gestión.

10 1995, I (nº 1º).

LIQUIDACIÓN POR EL CÓNYUGE FIDUCIARIO

A. PRES. TSJA 3 octubre 1989

La transmisión, atribución y asignación por un cónyuge, nombrado fiduciario en testamento mancomunado, de un bien de la sociedad conyugal a uno de los hijos, en cuanto entraña una simplificada operación de disolución del consorcio y del patrimonio conyugal, puede ser formalizada directamente por el fiduciario, sin que ello implique desconocimiento ni infracción de las disposiciones relativas a la liquidación del patrimonio consorcial ni a las normas registrales que establecen el principio de especialidad.

47 1996, II (nº 1º).

RENUNCIA

S. APZ 26 octubre 1994

Renuncia de uno de los cónyuges a liquidar la sociedad conyugal, así como a su participación en los bienes consorciales y a la viudedad foral y universal concedida por su esposa: nulidad: contravención de norma imperativa; desprecio del derecho de terceros. No se puede renunciar a practicar la liquidación de la sociedad conyugal con carácter anticipado. La comunidad conyugal es una comunidad de tipo germánico. Son válidas la renuncia a la viudedad foral y al legado del usufructo.

42 1996, II (nº 1º).

RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES

• DEUDAS COMUNES

A. PRES. TSJA 24 diciembre 1992

Todos los bienes comunes responden siempre, frente a terceros y responden los

esposos con tales bienes, directamente frente al acreedor, por las deudas comunes. Y esa responsabilidad se prolonga más allá de la vigencia de la sociedad consorcial, al ser una responsabilidad personal y solidaria que, incluso, se extiende a los bienes privativos —«ultra vires»—, en ciertos supuestos (arts. 56.2 Comp. y 1398.1 Cc.).

51 1996, II (nº 1º).

681: EL DERECHO DE VIUDEDAD

FUENTES

S. TSJA 11 julio 1994

La viudedad tiene su propio sistema de fuentes en el art. 75.1 Comp., si bien, antes de la posible aplicación del Cc., han de ser tomados en consideración los principios generales en los que tradicionalmente se ha inspirado el ordenamiento jurídico aragonés. En principio, no admite otras fuentes de interpretación o integración que las propias del Derecho aragonés.

13 1995, I (nº 1º).

LIMITACIONES

S. TSJA 11 julio 1994

El art. 73.1 contiene una restricción legal imperativa que impone que el usufructo viudal no puede exceder de la mitad del valor del caudal hereditario. De la imperatividad de la norma, y de la concurrencia de las circunstancias en ella prevista, se deriva la ineficacia absoluta de la disposición testamentaria (válida) que establece un «usufructo viudal universal».

13 1995, I (nº 1º).

• DESCENDENCIA ANTERIOR

S. APZ 7 marzo 1994

La renuncia al derecho expectante de viudedad no implica la renuncia al derecho de viudedad foral; límites al usufructo viudal concurriendo el cónyuge viudo con descendencia del premuerto. Nulidad parcial de una cláusula testamentaria por lesionar la legítima.

30 1996, II (nº 1º).

NATURALEZA

S. TSJA 11 julio 1994

Institución unitaria, aunque diversa en su forma evolutiva y en su contenido jurídico; de carácter familiar o acentuadamente familiar; inspirada en el «favor viduitatis» y enraizada en el pueblo aragonés.

13 1995, I (nº 1º).

PRINCIPIOS

S. TSJA 11 julio 1994

La viudedad es un derecho inalienable, renunciable, reducible en su extensión, e inspirado en el principio del «favor viuditatis»

13 1995, II (nº 1º).

682: EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD

ENAJENACIÓN DE BIENES AFECTOS

S. TS 24 mayo 1995

Presupuesta la validez de los pactos documentados por las partes y del contenido real de los mismos ha de prosperar la petición de la parte actora de que dicho documento se eleve a escritura pública. En consecuencia se desestima lo solicitado de la parte demandada que pretendía la nulidad de tales acuerdos alegando su falta de renuncia al derecho expectante de viudedad, pues este derecho se regirá por lo preceptuado en el art. 76 Comp.

7 1996, II (nº 1º).

EXTINCIÓN

S. APZ 11 julio 1994

Adquisición de un bien privativo sin que mediase por parte del otro cónyuge renuncia al derecho expectante de viudedad. Extinción del derecho expectante de viudedad respecto del esposo no enajenante: para tal acción sólo está legitimado el cónyuge titular del bien pri-

vativo, siempre que su cónyuge se negara a la renuncia por motivos injustificados.

36 1996, II (nº 1º).

S. TSJA 4 abril 1995

Puede acordar también la extinción del Derecho expectante de viudedad el Juez de Primera Instancia, a petición expresa del propietario de los bienes, si el cónyuge titular del expectante se encuentra incapacitado o se niega a la renuncia con abuso de derecho (art. 76.2.2.º Comp.) La acción para solicitar tal renuncia subsidiaria, corresponde al cónyuge enajenante y no a un tercero (aunque sea propietario de los bienes), habida cuenta de que lo que el Juez suple no es el consentimiento o la enajenación de bien privativo, sino la renuncia al derecho expectante.

1 1996, II (nº 1º).

RENUNCIA

S. APZ 7 marzo 1994

La renuncia al derecho expectante de viudedad no implica la renuncia al derecho de viudedad foral; límites al usufructo viudal concurriendo el cónyuge viudo con descendencia del premuerto. Nulidad parcial de una cláusula testamentaria por lesionar la legítima.

30 1996, II (nº 1º).

• NO ES PRECISA EN LA DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO

A. PRES. TSJA 22 octubre 1992

No es precisa la renuncia al expectante derecho de viudedad por parte de los cónyuges de los comuneros casados para que, al extinguirse el condominio sobre unas fincas y adjudicarse las mismas a los comuneros, quede extinguido el expectante que los cónyuges de los comuneros ostentaban sobre su respectiva cuota. Y ello, no porque la disolución de comunidad no pueda equipararse a la enajenación de la que habla la Compilación, sino porque, de sostenerse lo contrario, se llegaría a la contradictoria situación de una concurrencia de derechos expectantes de viudedad sobre las antiguas cuotas indivisas y sobre los bienes adjudicados.

48 1996, II (nº 1º).

683: EL USUFRUCTO VIDUAL

EXTINCIÓN

• PRESCRIPCIÓN

S. APH 20 enero 1994

Nulidad de venta de local comercial, perteneciente al consorcio conyugal, por falta de determinación del precio y por haber sido enajenado, en 1962, por el marido como representante de la sociedad conyugal; anulabilidad; prescripción adquisitiva; usufructo viudal. Se desestima el recurso.

8 1996, II (nº 1º).

• RENUNCIA

S. APZ 26 octubre 1994

Renuncia de uno de los cónyuges a liquidar la sociedad conyugal, así como a su participación en los bienes consorciales y a la viudedad foral y universal concedida por su esposa: nulidad; contravención de norma imperativa; desprecio del derecho de terceros. No se puede renunciar a practicar la liquidación de la sociedad conyugal con carácter anticipado. La comunidad conyugal es una comunidad de tipo germánico. Son válidas la renuncia a la viudedad foral y al legado del usufructo.

42 1996, II (nº 1º).

7: DERECHO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

714: BENEFICIO LEGAL DE INVENTARIO

RESPONSABILIDAD POR LEGADOS

S. APZ 18 julio 1994

Nombramiento de heredero universal con la carga de pagar un legado. Este excede del caudal relicto de la herencia. Beneficio de inventario: el heredero sólo responde por legados hasta donde alcance el caudal relicto.

37 1996, II (nº 1º).

721: SUCESIÓN TESTAMENTARIA EN GENERAL

NULIDAD DE TESTAMENTO

• COACCIÓN

S. APZ 2 marzo

Se admite el recurso de apelación contra la sentencia de instancia por la que se declaraba la nulidad de testamento abierto por vicios de la voluntad (coacción sobre el causante). Prueba insuficiente; se afirma la validez del testamento por la que se declara heredera de la causante a una sola de las hijas; habiendo sido la otra nombrada en el testamento.

29 1996, II (nº 1º).

723: TESTAMENTO MANCOMUNADO

REVOCACIÓN

S. APZ 19 diciembre 1994

Presunción de comunidad. Son bienes comunes los adquiridos constante matrimonio a título oneroso. Testamento mancomunado: posibilidad de revocar las propias disposiciones. Testamento abierto realizado por el cónyuge supérstite: Ineficacia: el cónyuge supérstite no puede alterar la disposición testamentaria que su consorte haya otorgado conjuntamente con él mediante testamento mancomunado. Nulidad de la aceptación de la herencia.

44 1996, II (nº 1º).

S. TSJA 29 mayo 1991

Validez del testamento mancomunado de institución recíproca entre cónyuges otorgado en 1958 y nulidad de los testamentos posteriormente otorgados por la esposa, vigente la Compilación, por no haber notificado notarialmente al marido la revocación unilateral ex art. 19 Apéndice.

3 1995, I (nº 1º).

73: SUCESIÓN PACCIONADA

HEREDAMIENTO DE CASA ARAGONESA

S. TSJA 9 noviembre 1991

Carta fundacional de la casa completada con pacto de institución de heredero contenido en escritura de compraventa y documento privado. Irrevocabilidad unilateral del pacto de institución. Derecho de los hijos no instituidos a permanecer y poseer o coposeer los bienes de la casa: posesión continuada durante más de año y día, de manera pacífica y no interrumpida eficazmente; posesión que no puede ser destruida por el juego de las presunciones legales (arts. 448, 449 y 464 Cc.)

4 1995, I (nº 1º).

PACTO AL MÁS VIVIENTE

S. TSJA 29 mayo 1991

Aplicación al testamento mancomunado otorgado bajo el Apéndice de los arts. 95 y 108 de la Compilación (pacto al más viviente), al haberse producido el fallecimiento de ambos esposos y vigente la Compilación, que regula por primera vez el pacto al más viviente. El art. 108.3 Comp. consagra y refuerza el principio de troncalidad.

3 1995, I (nº 1º).

REVOCACIÓN

S. TSJA 9 noviembre 1991

Posibilidad de los instituyentes de revocar al pacto de institución de heredero por incumplimiento grave de cargas: abandono de la casa por el heredero instituido. Intransmisibilidad de la acción del art. 647 Cc. a los herederos del donante o disponente.

4 1995, I (nº 1º).

VALIDEZ

S. TSJA 29 septiembre

Invalidez del documento privado en el que se pacta que un hijo será heredero y otro legatario de la mitad de los bienes del consorcio familiar: infracción de la previsión heredi-

taria de nombramiento de heredero único.
Defecto de forma.

8 1995, I (nº 1º).

741: FIDUCIA SUCESORIA: DISPOSICIONES GENERALES

CÓNYUGE FIDUCIARIO

- *LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO CONYUGAL*

A. PRES. TSJA 3 octubre 1989

La transmisión, atribución y asignación por un cónyuge, nombrado fiduciario en testamento mancomunado, de un bien de la sociedad conyugal a uno de los hijos, en cuanto entraña una simplificada operación de disolución del consorcio y del patrimonio conyugal, puede ser formalizada directamente por el fiduciario, sin que ello implique desconocimiento ni infracción de las disposiciones relativas a la liquidación del patrimonio consorcial ni a las normas registrales que establecen el principio de especialidad.

47 1996, II (nº 1º).

SITUACIÓN DE PENDENCIA

S. TSJA 29 septiembre 1992

La hipotética nulidad de la designación de heredero por los fiduciarios no abre la sucesión intestada sino que origina la continuación de la situación de pendencia hasta que los fiduciarios cumplan el encargo en la forma adecuada. En el término «hijos», una vez fallecidos, cabe incluir a los «nietos».

8 1995, II (nº 1º).

S. TSJA 21 mayo 1993

El testamento en el que se establece la fiducia sucesoria, aunque no se haya hecho uso de la facultad fiduciaria, sirve para acreditar la condición de herederos en sentido amplio, y por ello, la legitimación procesal, de los llamados con expectativa de suceder. Cualquiera de ellos puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad de «llamados».

11 1995, I (nº 1º).

742: FIDUCIA COLECTIVA

CONSTITUCIÓN

S. TSJA 13 junio 1995

La nulidad de pleno derecho de los capítulos matrimoniales en los que se designa heredera de la casa por no haberse constituido la Junta de parientes según se estableció por los instituyentes en unos capítulos matrimoniales anteriores es desestima, puesto que la composición de la Junta en la forma en que se hizo para designar heredera fue correcta.

3 1996, II (nº 1º).

S. APH 30 julio 1994

Composición de la junta de parientes para designar heredero del causante: Composición inadecuada según la voluntad de aquél: nulidad absoluta; anulabilidad. Prescripción de la acción. Adquisición por usucapción del heredero.

15 1996, II (nº 1º).

75: LEGÍTIMAS

LEGÍTIMA FORMAL

- *PRETERICIÓN SINGULAR*

S. TSJA 30 septiembre 1993

La preterición en el Derecho histórico: obligación de dejar algo a cada uno de los hijos («quantum eis placuerit»). La Compilación sólo exige que sean nombrados o mencionados en el testamento que los excluya: dicha mención «formal» ha de realizarse necesariamente en la parte «dispositiva» del testamento para evita la preterición, salvo que se prefiera una asignación simbólica o hayan recibido ya liberalidades imputables en la legítima.

12 1995, I (nº 1º).

LESIÓN DE LA LEGÍTIMA

- *USUFRUCTO VIVIDUAL*

La renuncia al derecho expectante de viudedad no implica la renuncia al derecho de

viudedad foral; límites al usufructo viudal concurriendo el cónyuge viudo con descendencia del premuerto. Nulidad parcial de una cláusula testamentaria por lesionar la legítima.

30 1996, II (nº 1º).

8: DERECHO DE BIENES

83: LUCES Y VISTAS

RÉGIMEN NORMAL

• AUSENCIA DE VOLADIZOS

S. APZ 18 octubre 1994

Falta de voladizos: excluye la existencia de signo aparente de servidumbre. La mera apertura de huecos sobre predio contiguo, así como la construcción sobre él cerrándolos, son relaciones de vecindad legalmente permitidas.

41 1996, II (nº 1º).

• DERECHO DEL VECINO A EDIFICAR O CONSTRUIR

S. APH 7 marzo 1994

Se declara el derecho del apelante a mantener las obras realizadas en su terraza, mediante las cuales quedan cerradas las ventanas abiertas en el fundo colindante, que recaían sobre la terraza de aquél.

9 1996, II (nº 1º).

S. APH 6 mayo 1994

Construcción de un muro que cierra parte de una gran ventana y que se superpone por el tejado de la casa de los demandantes ocasionando diversos daños: reparación de los perjuicios con demolición del muro construido en la parte que causa daños, pero no así en cuanto tapa la ventana de los actores.

11 1996, II (nº 1º).

S. APZ (SECC. 5.ª) 27 diciembre 1994

Construcción metálica con uralita que cierra los huecos abiertos en pared de la finca

colindante: no se exige a la construcción una determinada importancia o alcance. Perjuicio: no se demuestra: las relaciones de vecindad permiten el cerramiento de los huecos abiertos en el fundo colindante.

46 1996, II (nº 1º).

• FACULTAD DE ABRIR HUECOS

S. APH 30 mayo 1994

Relaciones de vecindad: diferencia entre huecos para luces y vistas y puertas destinadas al paso. El recurrente pretende que se declare su derecho a tener abierta una puerta que da al fundo colindante. La Sala declara no haber lugar a su pretensión, pues dicho hueco es una puerta cuyo destino es el paso, y no un hueco para luces. Prospera la acción negatoria de servidumbre de paso interpuesta por el demandante apelado, ordenando la Sala el cierre de dicha puerta.

12 1996, II (nº 1º).

• REJA Y RED

S. APZ 20 abril 1994

Apertura de huecos para recibir luces y vistas desde el otro fundo: meras relaciones de vecindad. La falta de reja y red en los mismos no es un signo aparente de servidumbre que permita su adquisición por prescripción de la misma. Prescripción: no prescribe la facultad del dueño del predio colindante para exigir la protección de aquellos huecos. Servidumbre de vertiente de tejado.

31 1996, II (nº 1º).

SERVIDUMBRE

• APLICACIÓN DEL ART. 541 CC.

APZ 9 julio 1994

Servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia: se ha de considerar aplicable en Aragón el art. 541 Cc., si bien integrado en las peculiaridades del Derecho aragonés; son signos aparentes de servidumbre, a los efectos del art. 541 Cc., los que reconoce como tales la Comp. en el art. 148. No ha lugar a este tipo de servidumbre pues al enajenarse un único dominio en dos titularidades distintas no había signo alguno de servidum-

bre de luces y vistas según lo que por éstos se entiende en la Compilación.

35 1996, II (nº 1º).

• *NATURALEZA*

S. APT 25 octubre 1994

Ventanas abiertas en pared propia sobre finca colindante; existencia o no de voladizos; límite discutido común a las dos fincas: imposibilidad de llevar a cabo las distancias señaladas según los arts. 582 y 583 Cc. a los efectos de problemas de reja y hierro y red. Calificación de la servidumbre en positiva o negativa: para ser positiva el voladizo ha de recaer en fundo ajeno; la simple apertura de huecos habrá de estimarse como negativa.

26 1996, II (nº 1º).

• *SIGNOS APARENTES*

S. APT 25 octubre 1994

Ventanas abiertas en pared propia sobre finca colidante; existencia o no de voladizos; límite discutido común a las dos fincas: imposibilidad de llevar a cabo las distancias señaladas según los arts. 582 y 583 Cc. a los efectos de problemas de reja de hierro y red. Calificación de la servidumbre en positiva o negativa:

26 1996, II (nº 1º).

S. APZ 17 octubre 1994

Servidumbre de luces y vistas: construcción de pared tapando una ventana de grandes dimensiones; son signos aparentes de servidumbre los voladizos sobre fundo ajeno, no los meros huecos abiertos en la pared propia aun desprovistos de reja y red. Servidumbre negativa; Usucapión: *dies a quo*: desde la existencia de un acto obstructivo no han transcurrido 10 años para su usucapión.

40 1996, II (nº 1º).

S. APZ 18 octubre 1994

Falta de voladizos: excluye la existencia de signo aparente de servidumbre. La mera apertura de huecos sobre predio contiguo, así como la construcción sobre él cerrándolos, son relaciones de vecindad legalmente permitidas.

41 1996, II (nº 1º).

S. APZ (SECC. 2.ª) 27 diciembre 1994

Servidumbres: Los voladizos que recaen sobre fundo ajeno son un signo aparente de servidumbre. Adquisición: 10 años entre presentes. Los huecos abiertos en pared propia sin estar protegidos con reja y red no constituyen signos aparentes de servidumbre, sino sólo incumplimiento del régimen ordinario de propiedad, que da lugar a exigir la colocación de la adecuada protección

45 1996, II (nº 1º).

• *USUCAPIÓN*

S. APZ 17 octubre 1994

Servidumbre de luces y vistas: construcción de pared tapando una ventana de grandes dimensiones; son signos aparentes de servidumbre los voladizos sobre fundo ajeno, no los meros huecos abiertos en la pared propia aun desprovistos de reja y red. Servidumbre negativa; Usucapión: *dies a quo*: desde la existencia de un acto obstructivo no han transcurrido 10 años para su usucapión.

40 1996, II (nº 1º).

S. APZ (SECC. 2.ª) 27 diciembre 1994

Servidumbres: Los voladizos que recaen sobre fundo ajeno son un signo aparente de servidumbre. Adquisición: 10 años entre presentes. Los huecos abiertos en pared propia sin estar protegidos con reja y red no constituyen signos aparentes de servidumbre, sino sólo incumplimiento del régimen ordinario de propiedad, que da lugar a exigir la colocación de la adecuada protección

45 1996, II (nº 1º).

84: SERVIDUMBRES

DE MEDIANERÍA

S. APT 16 mayo 1994

Servidumbre de medianería: improcedencia. Pared situada entre dos fincas colindantes: vertido de escombros por el demandado en terreno existente con apoyo en la pared privativa de la casa propiedad del actor.

22 1996, II (nº 1º).

• **USUCAPIÓN**

S. APT 26 enero 1994

Acciones declarativas de propiedad y reivindicatoria. Propiedad sobre pared medianera y obras de alzamiento sobre la misma; usucapión de servidumbre aparente: 10 años. Se desestima la acción reivindicatoria del actor.

20 1996, II (nº 1º).

S. APT 18 octubre 1994

Servidumbre de medianería: se condena a los demandados a retranquear respecto de la pared del actor la puerta metálica abierta, de forma que dicha pared quede libre de puertas y anclajes.

25 1996, II (nº 1º).

DE PASO

• **USUCAPIÓN**

S. APH 25 abril 1994

Servidumbre de paso: Usucapión de servidumbres aparentes: es aparente la servidumbre de paso cuando se ejerce por camino o carril.

10 1996, II (nº 1º).

S. APT 10 enero 1994

Servidumbre de paso: a tenor del Cc. la servidumbre de paso, por ser discontinua, sólo puede adquirirse mediante título o negocio jurídico, y ello sin perjuicio de la posibilidad de invocar la prescripción inmemorial anterior a la publicación del Cc.; en el Derecho aragonés, estas reglas no se aplican, pudiendo adquirirse este tipo de servidumbre por prescripción sin necesidad de título ni de buena fe.

19 1996, II (nº 1º).

S. APT 8 abril 1994

Servidumbre de paso: a tenor del Cc. la servidumbre de paso, por ser discontinua, sólo puede adquirirse mediante título o negocio jurídico, y ello sin perjuicio de la posibilidad de invocar la prescripción inmemorial anterior a la publicación del Cc.; en el Derecho aragonés, estas reglas no se aplican, pudiendo adquirirse este tipo de servidum-

bre por prescripción sin necesidad de título ni de buena fe.

21 1996, II (nº 1º).

S. APT 7 septiembre 1994

Servidumbre de paso: la adquisición por usucapión de la mismas dista mucho del Derecho común. Usucapión: no se aplican para su adquisición los requisitos de la posesión inmemorial del art. 148 Comp., dictado para las servidumbres no aparentes; no se aplican las reglas generales de la prescripción del dominio y de los demás derechos reales, sino lo dispuesto en el art. 147 de la Compilación.

24 1996, II (nº 1º).

S. APT 18 octubre 1994

Servidumbre de paso voluntariamente constituida; ampliación de la servidumbre por uso reiterado agravando la servidumbre previamente constituida sobre el fundo sirviente: adquisición por usucapión de exceso, no procede: abuso en el uso de la servidumbre meramente tolerado por el dueño del fundo sirviente.

25 1996, II (nº 1º).

S. APT 7 noviembre 1994

Servidumbre de paso: usucapión: no procede por no haberse cumplido el plazo exigido por la ley.

36 1996, II (nº 1º).

S. APZ 23 julio 1994

Servidumbre de paso: posibilidad de adquisición por prescripción de esta servidumbre: necesidad de probar el tiempo para su adquisición; no basta como signo aparente de servidumbre la apertura de puertas al fundo colindante cuando el paso esta obstaculizado por vallas.

38 1996, II (nº 1º).

DE VERTIENTE DE TEJADO

S. APZ 20 abril 1994

Apertura de huecos en un fundo para recibir luces y vistas desde el otro: meras relaciones de vecindad. La falta de reja y red en los mismos no es un signo aparente de servi-

dumbre que permita su adquisición por prescripción de la misma. Prescripción: no prescribe la facultad del dueño del predio colindante para exigir la protección de aquellos huecos. Servidumbre de vertiente de tejado.

31 1996, II (nº 1º).

USUCAPIÓN

S. APT 26 julio 1994

Construcción de una tubería para humos que pasa por la bodega propiedad de los demandantes y se engarza con la chimenea de éstos. Acción negatoria de servidumbre: las servidumbres voluntarias se han de construir con la voluntad de los dueños del fundo sirviente. No hay prescripción adquisitiva por no haber transcurrido el plazo exigido por la ley

23 1996, II (nº 1º).

S. TSJA 27 diciembre 1994

Los arts. 147 y 148 Comp., que regulan los requisitos para usucapir las servidumbres y la correlativa extinción de ese derecho real, son directa y preferentemente aplicables respecto de la regulación de esta materia en el Código civil.

14 1995, I (nº 1º).

9: DERECHO DE OBLIGACIONES

91: DERECHO DE OBLIGACIONES EN GENERAL

DONACIÓN

• FORMA

S. TSJA 18 diciembre 1990

Donación de hacienda agrícola en documento privado: inexistencia del negocio por la necesidad de forma pública para la validez de la donación de inmuebles, según la tradición jurídica aragonesa

2 1995, I (nº 1º).

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA

S. TSJA 4 noviembre 1992

Fuentes históricas; presupuestos y finalidad; legitimación activa; prueba de la troncalidad; ejercicio conjunto; interpretación restrictiva; moderación equitativa del ejercicio del retracto por los Tribunales.

9 1995, I (nº 1º).

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

S. APH 12 noviembre 1994

Ejercicio de retracto de abolorio; requisitos: la venta con pacto de retro del bien objeto de retracto no hace perder al bien carácter de troncal, pues aún retraído constante matrimonio sigue siendo un bien privativo de uno de los cónyuges. Moderación por el tribunal del ejercicio del derecho de retracto. No procede el retracto por falta del fundamento de esta institución: conservar unidas las propiedades pertenecientes a la familia

16 1996, II (nº 1º).

• LEGITIMACIÓN ACTIVA

S. APH 3 junio 1994

Derecho de abolorio: El mantenimiento de los bienes en la familia durante dos generaciones no se pierde por las transmisiones a título oneroso entre los parientes del cuarto grado y pertenecientes a la misma línea familiar.

13 1996, II (nº 1º).

• TRONCALIDAD DE LOS INMUEBLES

S. APH 3 junio 1994

Derecho de abolorio: El mantenimiento de los bienes en la familia durante dos generaciones no se pierde por las transmisiones a título oneroso entre los parientes del cuarto grado y pertenecientes a la misma línea familiar.

13 1996, II (nº 1º).

FORMA: REQUISITOS DE LA DEMANDA

S. TSJA 22 enero 1990

Improcedencia del retracto parcial; infracción de las normas sobre consignación o afianzamiento del precio y resarcimiento de gastos legítimos. Voto particular: inexistencia de retracto parcial y cumplimiento de los requisitos de la demanda de retracto.

1 1995, I (nº 1º).

10: DERECHO TRANSITORIO

RÉGIMEN MATRIMONIAL. LEGAL: GESTION

S. APH 20 enero 1994

Nulidad de venta de local comercial perteneciente al consorcio conyugal por falta de determinación del precio y por haber sido enajenado, en 1962, por el marido como representante de la sociedad conyugal; anulabilidad; prescripción adquisitiva.

8 1996, II (nº 1º).

S. TSJA 25 marzo 1992

Aplicación del art. 48.2.1 en la redacción de 1985 a actos de disposición realizados con anterioridad sin el consentimiento del otro cónyuge.

6 1995, I (nº 1º).

S. TSJA 10 abril 1995

No es aplicable a este supuesto el art. 48.2 Comp. (1985), pues el contrato de opción de compra quedó concluso estando vigente el art. 51 Comp. (1967). Con todo, y aunque el art. 51 Comp. (1967) no comprendía las excepciones de posibilidad de actuación o legitimación frente a terceros de cada uno de los cónyuges, la doctrina científica había venido a admitir la solución hoy contenida en el art. 48.2, si los bienes se encuentran en el tráfico habitual de la profesión arte u oficio del disponente, cuestión de hecho apreciable por el Tribunal de instancia, que no concurre en este caso.

2 1996, II (nº 1º).

TESTAMENTO MANCOMUNADO

S. TSJA 29 mayo 1991

Aplicación al testamento mancomunado otorgado bajo el Apéndice de los arts. 95 y 108 Comp. (pacto al más viviente), al haberse producido el fallecimiento de ambos esposos vigente la Compilación.

3 1995, I (nº 1º).

0: OTRAS
MATERIAS

CASA

S. TSJA 18 diciembre 1990

Cedida una hacienda, como un «todo», con la pretensión de perpetuar así el patrimonio familiar, no cabe separar de ese todo la maquinaria y los semovientes para romper la unidad del negocio gratuito.

2 1995, I (nº 1º).

S. TSJA 9 noviembre 1991

Estudio del origen, naturaleza y régimen jurídico de la casa aragonesa. Obligación del instituido heredero de convivencia y trabajo en y para la casa.

4 1995, I (nº 1º).

CASACIÓN FORAL

S. TSJA 27 diciembre 1994

Utilización arbitraria del Derecho civil aragonés por el recurrente en casación, puesto que la supuesta existencia de una servidumbre de paso (se alega infracción de los arts. 147 y 148 Comp.) carece de influencia en el caso de autos al haber sido «aceptado» en el pleito «el dominio del camino».

14 1995, I (nº 1º).

RECURSO GUBERNATIVO

• *PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN*

A. PRES. TSJA 26 octubre 1992

Se desestima el recurso de reposición y se confirma el acuerdo de la Presidencia del TSJA por el que se denegaba la admisión a trámite del recurso gubernativo por haber transcurrido con exceso el plazo de cuatro meses para la interposición del mismo (art. 113 Rh). Se trata de un plazo de derecho necesario, que expirado o vencido no puede suspenderse o abrirse de nuevo a capricho del interesado (que, como en el caso, presenta de nuevo en el Registro el documento ya calificado con nota denegatoria de la inscripción por adolecer de defectos insubsanables), o del órgano al que corresponda admitirlo o resolverlo.

49 1996, II (nº 1º).

VECINDAD CIVIL

• *ADQUISICIÓN POR RESIDENCIA DECENAL*

S. TS 20 febrero 1995

El recurrente sostiene que el mero transcurso de los diez años opera «ipso iure» en punto a la adquisición de la vecindad civil, mientras que la sentencia recurrida cree, con apoyo en el art. 225.2 del RRC, que el cómputo de dicho plazo ha de acontecer durante la mayoría de edad. El TS considera oportuno conceder a la tesis del recurrente una superior consistencia que a la defendida por el Tribunal «a quo», porque la norma del art. 225.2 RRC está en pugna con la prevenida por el Cc. Pero, no obstante, el TS ratifica la falta de prueba del transcurso de los diez años exigido para la adquisición de la vecindad catalana.

6 1996, II (nº 1º).

NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES

1. Los trabajos que se remitan para su publicación en la «Revista de Derecho civil aragonés» habrán de ser inéditos y no estar pendientes de publicación en otra revista.
2. Los trabajos se remitirán mecanografiados a doble espacio, por una sola cara, en papel DIN A 4, con 30 a 35 líneas de entre 60 y 70 espacios en cada página. La extensión máxima, para la sección de estudios, será de cuarenta páginas.
3. Los trabajos se presentarán por duplicado, precedidos por una hoja en la que se hagan constar: título del trabajo, nombre del autor (o autores), dirección, número de teléfono (y de fax y dirección de correo electrónico, si procede), situación académica o profesional y nombre de la institución académica a que pertenece, si es el caso.

El trabajo mismo irá encabezado por su título, nombre del autor o autores, profesiones o cargos que hayan de figurar en la publicación e institución a la que pertenezcan.

4. Las notas, referencias bibliográficas, abreviaturas, subrayados, etc., se harán de acuerdo con las normas usuales en publicaciones jurídicas españolas. Además de las notas a pie de página o en sustitución de ellas podrá incluirse al final una breve referencia bibliográfica orientativa sobre la materia objeto de estudio en el trabajo.

Ejemplos de citas bibliográficas en notas a pie de página:

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*. Librería Bosch, Barcelona, 1963, págs. 272 y stes.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Contribución a la metodología del Derecho privado de Aragón», *Anuario de Derecho aragonés*, 1945, pág. 118, nota 7.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, «Comentario al artículo 2», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, vol. I, Zaragoza, 1988, págs. 211 y stes.

Los trabajos se dividirán en epígrafes, con la siguiente secuencia: I, 1, A, a.

5. Se encarece la presentación de los originales en su versión definitiva y con la mayor pulcritud. De ser posible, se ruega adjunten disquete informático, con indicación del sistema y procesador de textos utilizado. Si no expresan deseo en contrario, se enviará a los autores pruebas de imprenta para su corrección, con señalamiento de un breve plazo pasado el cual la Revista se encargará de ella.
6. Los trabajos no solicitados por la Revista carecerán de remuneración económica. El autor recibirá gratuitamente 25 separatas de su artículo y un ejemplar del número en que se publique.
7. A todos los autores que envíen originales a la Revista se les remitirá acuse de recibo. El Consejo de Redacción decidirá, en un plazo no superior a dos meses, la aceptación o no de los trabajos recibidos. Esta decisión se comunicará al autor, con indicación, en su caso, del número de la Revista y fecha en que previsiblemente se publicará.
8. Envío de originales a la siguiente dirección:

Secretaría de la REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS
Institución «Fernando el Católico»
Excma. Diputación de Zaragoza
Plaza de España, 2
50071 ZARAGOZA (España)



INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO»



EXCMA. DIPUTACIÓN DE ZARAGOZA