

REVISTA • DE

DERECHO  
CIVIL  
ARAGONÈS

II ♦ 1996 ♦ nº 2

La versión original y completa de esta obra debe consultarse en:  
<https://ifc.dpz.es/publicaciones/ebooks/id/1739>



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>.

**REVISTA DE  
DERECHO CIVIL ARAGONÉS**

*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 de la DGA



# REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

AÑO II / NÚM. 2



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

1996

Publicación número 1.812  
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 I, N° 1 (1995).— Zaragoza: Institución «Fernando el Católico», 1995. — 24 cm

Bianual

ISSN: 1135-9714

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: 1º los palos (cuatro) de Aragón; 2º la cruz de San Jorge con las cuatro cabezas de moros; y 3º 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.: 1135-9714

Depósito Legal: Z-3.869-95

Preimpresión: EBROLIBRO, S. L.

Impresión: INO REPRODUCCIONES, S. A.

---

IMPRESO EN ESPAÑA

**ÍNDICE**  
**RDCA, 1996, II (Nº 2)**

**ESTUDIOS**

GIMÉNEZ MARTÍN, Ricardo: «Intervención del Notario en la evolución del Derecho Aragonés» .....	9
LOPÉZ RAMÓN, Fernando: «Dictamen sobre titularidades concurrentes en los montes de Galve». ....	25
BERNAD MAINAR, Rafael: «Naturaleza y fundamento de la Junta de Parientes en el Derecho civil aragonés» .....	49
BIESA HERNÁNDEZ, María: «La legítima foral a través de la jurisprudencia» .....	61

**NOTAS Y CUESTIONES PRÁCTICAS**

CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «La institución hereditaria recíproca entre cónyuges sin descendientes. El art. 108.3 de la Compilación: su naturaleza jurídica y efectos en el Derecho interespacial» .....	99
ENCISO SÁNCHEZ, José Manuel: «El testamento de cónyuges aragoneses sin descendencia que desean instituirse herederos el uno al otro» ..	113

**COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: «Las comunidades familiares atípicas y la aplicación a las mismas del art. 34 de la Compilación. (A propósito de la Sentencia del TSJ de Aragón de 5 de julio de 1995)» ....	131
SÁNCHEZ- RUBIO GARCÍA, Alfredo: «El peculiar régimen de responsabilidad de los bienes comunes frente a tercero. (A propósito del Auto del Presidente del TSJ de Aragón de 24 de diciembre de 1992)» .....	153

**MATERIALES**

A) «Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho Civil de Aragón», Ponencia General elaborada por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil (Decreto 10/1996, de 20 de febrero) .....	175
--	-----

## Índice

B) «Breves observaciones del Colegio de Abogados de Huesca a la Memoria de Franco y López sobre codificación del Derecho civil aragonés». .....	197
---	-----

### NOTICIAS

A) Informe Anual del Justicia de Aragón - 1995. ....	213
B) Seminarios de jurisprudencia civil de la Cátedra «Miguel del Molino» de la Institución «Fernando el Católico» .....	214
C) Ciclo sobre «Fuentes y Legislación Aragonesa» del Centro de Estudios Registrales de Aragón. ....	215

### BIBLIOGRAFÍA

A) Recensiones:	
* VICARIO DE LA PEÑA, Nicolás: <i>Derecho consuetudinario de Vizcaya. Observaciones al proyecto de Apéndice del Código civil para Vizcaya y Alava</i> . (Comentario a las observaciones del Sr. Vicario y cuidado de la edición por Itziar Monasterio Aspiri), en «Colección de Textos Forales», vol. V. Diputación Foral de Vizcaya- Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, 554 págs., por Carmen Bayod López. ....	219
* COMISION COMPILADORA DEL DERECHO FORAL ARAGONÉS: <i>Informes del Seminario (1954-1958)</i> . El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, 3 vols. (núm. 4 de la Colección «El Justicia de Aragón»), por José Antonio Serrano García. ....	226
B) Repertorio de bibliografía. ....	231

### JURISPRUDENCIA

A) Sentencias de Juzgados aragoneses sobre Derecho civil aragonés (1994). ....	247
B) Indice acumulado de la jurisprudencia. ....	309



## **ESTUDIOS**

## INTERVENCIÓN DEL NOTARIADO EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ARAGONÉS\*

RICARDO GIMÉNEZ MARTÍN

*Notario de Zaragoza*

SUMARIO: I. LA FUNCIÓN NOTARIAL Y SU CONTRIBUCIÓN A LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PRIVADO. — II. STADUM EST CHARTAE. — III. INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN ELABORADAS A TRAVÉS DE LA PRÁCTICA NOTARIAL: A) LA JUNTA DE PARIENTES. — B) PACTO DE MUEBLES POR SITIOS O SITIOS POR MUEBLES. — C) SUCESIÓN PACCIONADA: a) PACTOS DE SUCESIÓN: *1. Pactos con carácter personalísimo sobre la propia sucesión, en capitulaciones matrimoniales. — 2. Pactos que se establezcan en escritura pública, por mayores de dieciocho años que sean consanguíneos o afines en cualquier grado o adoptivos. — 3. Pactos que se otorguen en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias.* b) PACTOS DE RENUNCIA. — D) FIDUCIA SUCESORIA. — IV. BIBLIOGRAFÍA.

Hablar en el Colegio Notarial de Zaragoza con motivo de su restauración, tras muchos años destinado a este fin, obliga a hablar de los Notarios y del Derecho aragonés

Pienso que el tema es sugerente y está por hacer. De él sólo haré un bosquejo y seré breve, como me lo han pedido.

---

\* El presente trabajo corresponde a la lección magistral pronunciada en el acto de inauguración del edificio del Colegio Notarial de Zaragoza el día 29 de octubre de 1995

## I. LA FUNCIÓN NOTARIAL Y SU CONTRIBUCIÓN A LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO PRIVADO

El quehacer cotidiano de los Notarios es redactar instrumentos. Este es nuestro oficio y fue el oficio y arte de los Notarios que nos precedieron. Notarios de Caja o Número de la ciudad de Zaragoza, nombrados por los Jurados, cuya existencia como Corporación reconocen ya las Cortes de Zaragoza de 1283, y junto a ellos los Notarios Reales, nombrados por el Rey.

Unos y otros nos legaron el tesoro inmenso del Archivo de Protocolos, que conserva el Colegio de Zaragoza —más de seis mil libros— que vienen, casi ininterrumpidamente, desde el año 1316, Protocolo del Notario don Domingo de la Figuera; y constituyen legítimo orgullo de quienes somos continuadores en ese arte notarial, que ha dejado en esos Protocolos multitud de aportaciones en la evolución del Derecho aragonés, y que esperamos siga contribuyendo a su desarrollo a través de quienes nos sucedan.

El Notariado ha respondido siempre a una de las exigencias que la Sociedad le demanda: que a falta de normas o insuficiencia de éstas que sirvan para resolver adecuadamente los fines que se propone alcanzar, redacte la escritura con los pactos, que siendo lícitos, resuelvan tal pretensión.

Recordaba nuestro Director General, en la clausura de las Jornadas sobre Fe Pública, celebradas en Madrid el pasado año que «el Notario es un profesional libre encargado de una función pública.» Ese carácter bifronte, inescindible, de nuestra profesión la sitúan en una privilegiada posición ante los actos jurídicos de la vida real, para interpretándolos fijarlos en el documento, contribuyendo con su repetición a que puedan alcanzar categoría de norma positiva.

No me voy a detener, con ser muy importantes en las funciones notariales que más directamente se relacionan con su carácter de funcionario público, cuáles son:

- El quehacer autenticador o documentador de hechos, de evidencia inmediata y directa.;
- Y el dotar al instrumento público que autoriza de una especial eficacia jurídica, lo que se llama fe pública. Que supone, de un lado, que los extremos sobre los que recae adquieran un valor probatorio especial (*pro veritate habetur*); y de otro, que el documento lleve aparejada ejecución, que le permiten acceder, caso de contienda, a un procedimiento judicial, que se inicia directamente en la fase ejecutiva.

Pilares esenciales para la seguridad jurídica, que constituye uno de los valores fundamentales del ordenamiento constitucional en todo Estado de Derecho.

Me interesa detenerme en su función como profesional del Derecho, función notarial por excelencia que, conllevando esos caracteres, es mucho más amplia y viene dada en razón a ser el Notario el que redacta y autoriza el docu-

mento —el *autor del documento*— interpretando la voluntad de los otorgantes y adecuándola al ordenamiento jurídico o completándolo. Así lo dice el art. 17 de la Ley «el Notario redactará las escrituras matrices» «el Notario ha de redactar (la escritura) sobre el contrato o acto sometido a su autorización». Y con mayor precisión y alcance, desde el Simposio Notarial de Barcelona de 1983, nos dice el art. 147 del R.N. «El Notario redactará el instrumento público conforme a la voluntad común de los otorgantes, la cual deberá indagar, interpretar y adecuar al ordenamiento jurídico, e informará a aquéllos del valor y alcance de su redacción».

Esta labor de redacción y autoría conlleva que el autor, sepa asesorar, sepa hacer el instrumento, por lo que necesariamente se exigirá que sea jurista y jurista cualificado, pues en el campo del Derecho nos movemos y el Derecho debemos conocer en profundidad. Que esa Fe Pública sea «ilustrada», como se ha venido en llamar ahora: cuanto mas sepamos, mejor lo haremos. No podemos olvidar que el verdadero cimiento y sostén de nuestra profesión está en prestar un servicio adecuado a la Sociedad, que así nos estimará necesarios.

La redacción del instrumento público unas veces será:

- sencilla, así cuando lo querido por las partes, de común acuerdo, se ajuste de lleno a lo regulado en la Ley;
- otras no tanto, así cuando haya que decidir entre uno u otro de los varios posible negocios reglados en la Norma general, o cuando haya que ir tomando reglas de distintos negocios regulados en la Ley; o cuando haya que completar el negocio incompleto o desfasado con la realidad del momento.
- pero otras veces, la redacción del instrumento para adecuarlo a la voluntad de los otorgantes obligará al Notario a crear negocios jurídicos atípicos, lo que constituye, como dice Rodríguez Adrados, el origen de la *función promocional del Notario*; su contribución a la evolución jurídica, cuando estos negocios, así moldeados alcancen, por su repetición, tipicidad social y terminen logrando una tipicidad legal.

Nos dirá el citado maestro «que la misión del Notario no es tanto controlar la legalidad, como buscar los cauces jurídicos predispuestos por el Ordenamiento para que esa voluntad produzca todos sus efectos; y, a falta de tales caminos, y si esa voluntad es lícita, la misión del Notario es hacer camino al andar.»

Se trata de imaginar nuevas soluciones para problemas de su tiempo, nos dirá Paz Arés, que llama al Notario «ingeniero transaccional» y «legislador sustituto», que establece un puente entre el mundo hipotético sin fricciones de la Ley y el mundo real, siempre complejo, a fin de que se logre el resultado deseado por las partes al menor coste posible.

Frente a las teorías positivistas, para las cuáles no hay lagunas en el Ordenamiento jurídico: «Todo el Derecho está en la Ley «(Omnipotencia del legislador); y si las hubiere habrían de ser colmadas con una interpretación



extensiva de la Ley. La realidad demuestra que existen tales lagunas, que surgen nuevas necesidades que, por esencia, no pueden estar contempladas en la Ley positiva. Y es ahí donde el Notario interviene.

Quiero inmediatamente aclarar que no pretendo defender a ultranza la escuela del Derecho libre, por mucha influencia «costista» que padezcamos en el Derecho aragonés. Las normas deben emanar de la Ley positiva y ésta ser función irrenunciable del Estado en las Cortes, libremente elegidas por el pueblo soberano. Pero tampoco debe caerse en el exceso de renunciar a todo contacto con la realidad, con las orientaciones teleológicas, con la jurisprudencia de intereses, con la práctica notarial, que cada una en su justa medida van aportando soluciones a las nuevas necesidades de la vida mucho antes de que la Ley las sancione.

En este quehacer del Notariado se encuentran prácticas notariales, muchas de ellas muy complejas, que alcanzaron valor de reglas de Derecho, así: la Propiedad Horizontal; Las Sociedades de Responsabilidad Limitada; muchas de las normas actuales del Sociedades mercantiles; el Procedimiento Extrajudicial de Ejecución hipotecaria, que pese a su apoyo legal desde 1909 y su relanzamiento reciente, no acaba de despegar; la condición resolutoria como garantía, a bajo coste, del pago del precio aplazado; las hipotecas de máximo y las en garantía del pago de letras de cambio y un largo etcetera.

Y actualmente hay prácticas notariales que están ahí vivas en el Protocolo, llenando vacíos legales, en espera de ser elevadas a la categoría de normas generales, así: la multipropiedad; las regulación de las urbanizaciones privadas; los convenios en uniones de hecho sobre vida en común, educación de la prole, relaciones económicas....

El Notariado Latino, en su Tercer Congreso París, 1954, se ocupó del tema de «La práctica Notarial creadora de reglas de Derecho» y una de sus conclusiones, que hoy podemos suscribir, fue:

«Que los Notarios por su diario contacto con el público están en excepcional situación para conocer sus necesidades jurídicas de orden privado y están en condiciones de proporcionar al legislador los elementos necesarios para establecer nuevas leyes, en las cuáles son los más naturales y calificados inspiradores.»

## II. STADUM EST CHARTAE

Esto que he dicho para el Notariado español, pienso que se puede aplicar con mayor razón al Notariado aragonés en su contribución a la evolución y elaboración de su Derecho, en razón:

- Por una parte, a ser el Derecho aragonés en gran medida Derecho consuetudinario, recogido en las Observancias, integradas por usos, cos-

tumbres, decisiones judiciales, prácticas del foro y de la notaría, opiniones de foristas, .... Cuerpo de Observancias que se editaron a continuación de los Fueros y que como tales fueron aplicados, e incluso llegaron a derogar Fueros, cuando éstos fueran anteriores a ellas.

Y son instituciones del Derecho de familia o del Derecho de sucesiones —que hoy constituyen la base principal del Derecho civil aragonés— las que con mayor frecuencia se han recogido en documentos notariales, como decía Martín Ballesteros «la pervivencia y reciedumbre de las costumbres aragonesas tiene uno de sus más claros exponentes en los Protocolos Notariales».

- Y de otra parte, porque el Derecho aragonés se ha configurado a través de la libertad civil: en la regulación de las relaciones jurídico privadas, que se consagra en el principio del «*standum est chartae*», síntesis de esa libertad civil y piedra angular y motor de todo el sistema jurídico aragonés.

El apotegma no está en los Fueros. Sí en las Observancias y casi en los mismos términos en que lo recogió más de quinientos años después la Compilación en su redacción de 1967. La Observancia número 16, de Iure Instrumetorum, de la edición mandada recopilar al Justicia Martín Diez Daux por las Cortes de Teruel de 1428 se dice :

« El Juez deberá atenerse siempre a la carta y juzgar según ella y según su contenido, a no ser que en la misma se contenga algún imposible o algo que vaya contra el derecho natural».

Afirmaciones similares se encuentran en Ordenamientos Jurídicos francos y germanos de la Baja Edad Media. Y respondían a una defensa de estos Derechos frente a la aplicación indiscriminada por jueces y juristas de un Derecho extraño, el romano en aquellos tiempos, que era el que realmente conocían los jueces y los dignatarios de la Corte. De ahí que el precepto fuera dirigido al juez, para que juzgase conforme a la carta y no en base al Derecho científico. Venía a ser, como ha puesto de relieve en profesor Delgado Echeverría, «la solución Real a la pugna entre un Derecho popular (autóctono) y el Derecho científico (importado)».

Y para que el Juez no se olvidase de juzgar conforme a la carta, nacieron y hoy subsisten las un tanto insólitas formulaciones en aquellos tiempos: de poder testar sin necesidad de institución de heredero; ser válida la institución de heredero en codicilo; «la afirmación» de consuetudine regnum *non habemus de patriam potestatem*; «la oposición» al nemo pro parte testatus por parte intestatus; el rechazo a la responsabilidad «ultra vires del heredero»; la validez de las donaciones universales y de las mortis causa; los pactos sobre la herencia futura; y un largo etcétera.

E incluso se dio un paso más al permitir los pactos contra el Fuero, «Pactos rompen Fueros» o «Pacto quita Fuero». O como dice el Derecho navarro, que tanto afinidad tiene con el nuestro, «Paramiento a Fuero vienze» o «Paramiento

Ley vienze», que hacen prevalecer la voluntad unilateral o contractual sobre cualquier fuente del Derecho. Ciertamente que nuestros Fueros contenían pocas normas imperativas y prohibitivas. Y así debe seguir interpretándose el actual Derecho aragonés, aun cuando su Compilación no lo diga expresamente, a diferencia de la Compilación navarra, «En razón a la libertad civil, esencial en el Derecho navarro, las leyes se presumen dispositivas.» (Ley 8).

Esta interpretación enlaza con la de Costa, que influido por el krausismo potenciaba el individuo, la familia y el municipio como líneas de defensa jurídico-política ante el totalitarismo estatal. Es un remedio, como nos dirá Vallet de Goytisolo, frente al proceso mecánico del acrecimiento del poder, que no se resuelve sólo con la separación de poderes, y exige la pluralidad de fuentes formales en la concreción del Ordenamiento Jurídico, evitando el monopolio estatal.

El Apéndice de 1925, redujo el principio al ámbito de los Capitulaciones matrimoniales.

La Compilación de 1967, que tanto debe al fallecido maestro Lacruz Berdejo y a muchos Notarios que no quiero citar aquí por temor a olvidar alguno, lleva el principio al Título Preliminar, bajo la rúbrica «Las normas en el Derecho civil especial de Aragón», y nos dice:

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

Lo que supone su reconocimiento como fuente del Derecho. Y que en aquellas materias de Derecho voluntario o dispositivo: primero, se aplicará, el pacto y subsidiariamente la norma; y segundo, que serán válidos los actos y negocios Jurídicos unilaterales o bilaterales aun cuando sean contrarios a la Ley, salvo que ésta sea imperativa o que el pacto resulte de imposible cumplimiento.

Ahora bien, esos pactos que se hacían costumbre o esas costumbres que se recogían en los pactos no han podido en Aragón integrarse en su Ordenamiento Jurídico positivo, desde hace muchos años, porque sus propios órganos legislativos estaban cegados y porque el legislador del Estado central propendía a un Derecho uniforme, tomando como modelo el castellano.

Y tuvieron que ser entre otros, claro está, los Protocolos Notariales donde se recogieran esos usos que iban adecuando las necesidades familiares y sucesorias a las exigencias de los nuevos tiempos. Lo que era posible legalmente al restablecer un Decreto, también de Nueva Planta, de 1711 los Fueros en materia de Derecho privado, que había derogado otro anterior de 1707. Pero no cabía que tales usos fueran elevados a categoría de Fuero al haberse derogado el Derecho público aragonés y con él disueltas las Cortes de Aragón.

La situación continuó así tras la publicación del Código civil en 1889. No aceptado por las Cortes que el Código fuera único para toda España, y en él se separasen dentro de cada institución las normas imperativas de las dispositivas, como

había pedido el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880/81, se adoptó la solución de un Código para toda España, con Apéndices para los territorios de Derecho foral en los que se contuvieran las instituciones que conviniera conservar en cada territorio. Y así, respecto de Aragón, el art. 13 del Código civil «dejó vigentes las disposiciones forales o consuetudinarias que lo estuvieran entonces».

El Apéndice de 1925 sólo sirvió para delimitar qué normas de Derecho aragonés estaban vigentes, derogar los Fueros y Observancias del Reino de Aragón y aplicar como supletorio el Código civil.

Con la Constitución de 1978, y la configuración del Estado de las Autonomías, la cuestión cambió totalmente:

a) se amparan y respetan los Derechos históricos de los territorios forales»; y  
b) se excluye de la competencia del Estado «la legislación civil, en lo que sea conservación, modificación o desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales, allí donde existan...así como la determinación de las fuentes de esos Derechos».

Concorde con este principio constitucional el Estatutos de Autonomía de Aragón, aprobado en 1982:

1º «Atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva en esas materias que le concede la Constitución» (art. 35,4);

2º Regula la relación entre el Derecho de la Comunidad y el del Estado, en las mismas materias en que es competente la Comunidad, y ordena la prelación de fuentes, anteponiendo el Derecho aragonés, y con él el pacto, al Derecho general del Estado (art. 42);

Y 3º regula el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que aun cuando la Constitución (art. 152) lo limita a las Autonomías surgidas por la vía del 151, entre las cuáles no está Aragón, fue previsto en el Estatuto (art. 28) y quedó definitivamente constituido por Ley de 1989, con competencia para conocer en recursos de Casación y Revisión el Derecho civil aragonés. Tribunal que en una importante Sentencia, las ha habido muy importantes, de 11 de julio de 1994, afirma que «la aplicación del principio normativo del «*standum est chartae*», sanciona la libertad civil que ha regido sin interrupción las relaciones familiares, económico matrimoniales, sucesorias y sociales en Aragón.»

### III. INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN ELABORADAS A TRAVÉS DE LA PRÁCTICA NOTARIAL

Contamos pues en Aragón:

- con un Derecho amparado en la libertad civil;
- un Derecho consuetudinario, uno de cuyos más claros exponentes son los Protocolos notariales;



- una organización Notarial que cuenta con unos antecedentes históricos muy antiguos y tiene, por su imparcialidad y competencia, un gran arraigo en la Sociedad y un alto prestigio;
- y unos órganos legislativos cegados desde hace casi trescientos años, lo que supuso que las adaptaciones de su Derecho a las necesidades nuevas se cobijaran fundamentalmente como pactos en escrituras públicas.

Circunstancias todas ellas que han supuesto una decisiva participación del Notariado en la elaboración y desarrollo de algunas instituciones del Derecho aragonés. No pretendo decir que sean creación íntegra del Notariado, pero sí que el Notariado las conservó, las moldeó conforme a cada momento y contribuyó con su perpetuación a que fueran recogidas como normas en la Compilación.

Al hablar de ellas me detendré sólo en mencionar los aspectos que juzgo más significativos de esa influencia notarial.

#### A) LA JUNTA DE PARIENTES

Institución consuetudinaria. Los supuestos legales en los Fueros y Observancias son sólo dos (en materias de dote y tutela), con una regulación muy escueta. Tampoco cabía, ni cabe constituirla de oficio por el Juez, que es precisamente lo que se trata de evitar. Su constitución queda siempre a voluntad de los particulares, expresada en la carta, generalmente capítulos matrimoniales. Con atribuciones arbitrales, consultivas y decisorias, de orden familiar, personal o sucesorio —en la práctica para cuantas cuestiones se hubieran previsto en el pacto— y que, en los casos más importantes se constituía bajo presencia notarial, bien en capítulos o en escritura.

Antes de la Compilación, para constituirla debía estar prevista su creación en capítulos o pacto sucesorio, única fuente de nacimiento y regulación. El Apéndice recogió sólo un supuesto de constitución: novación de capítulos matrimoniales, antes de transcurrir veinte años de casados, cuando los padres de los capitulantes hubieran fallecido, sustituyendo éstos, por dos parientes, uno de cada línea, los más próximos.

La Compilación, partiendo del mejor conocimiento de esta institución en los Protocolos de las comarca de Jaca, a través de Palá Mediano, y del Ribagorza, a través de Sapena Tomas, de los estudios del Seminario y de un trabajo del profesor Sainz de Varanda:

1º) permite que la constitución pueda tener como fuente la ley, la costumbre o el acto jurídico, éste en documento notarial.

2º) amplía los supuestos legales de constitución, más de quince, muchos de ellos entresacados de protocolos notariales del Alto Aragón. Así: modificación y revocación de pactos sucesorios; funciones fiduciarias, asistencia a herederos menores, en actos de disposición de bienes, cuando hay intereses contrapuestos con los progenitores, etc.

y 3ª) permite su funcionamiento sin necesidad de previa constitución, bajo fe notarial, para intervenir por una sola vez en asunto determinado, lo que era y es práctica notarial frecuente.

Visto el éxito de la institución, la reforma de 1985 amplió su cometido a poder decidir sobre varios asuntos determinados, en lugar de un solo, conservando en lo demás el texto anterior.

Pienso que esta institución ha servido a la reforma de la Compilación catalana de 1991 para regular la disposición o gravamen de los bienes de los menores adquiridos por título sucesorio, en los que no hará falta la autorización judicial del art. 166 del Código civil, bastando el consentimiento de los titulares de la patria potestad y dos parientes de los señalados en el art. 149 del Código de Sucesiones de Cataluña.

## **B) PACTO DE MUEBLES POR SITIOS O SITIOS POR MUEBLES**

El régimen económico matrimonial en Aragón era y es el de comunidad de muebles y adquisiciones. Históricamente, en la Observancia de Iure Dotium, la atribución del carácter común de los muebles podía evitarse, tratándose de aportaciones dotales de la mujer, quien al casarse podía aportar los muebles (entre ellos el dinero) como bienes sitios, en cuyo caso conservaba su propiedad y disposición y se restringía la comunidad conyugal; o, por el contrario, dar a los inmuebles el carácter de muebles, caso en que pasaban a la comunidad conyugal, ampliándose ésta y se administraban por el marido. En cualquier caso, pacto en capítulos matrimoniales otorgados ante Notario.

El Apéndice conservó el sistema matrimonial de bienes, y en relación al pacto, lo amplió: 1ª) pues al no hablar de bienes que pasasen al marido, se aplicó a las aportaciones de cualquiera de los cónyuges; y 2ª) reconoció como posible forma el pacto en capítulos matrimoniales o fuera de ellos, al casarse o después.

El sistema de comunidad de muebles, cuando éstos tenían un valor importante podía resultar injusto, lo que llevó al Seminario a ampliar la presunción legal de muebles por sitios, pero inicialmente sin incluir entre ellos el dinero. Lo injusto de tal situación, puesta de relieve por el Registrador Sr. Batalla González, acabó triunfando en la Compilación, que dio al dinero carácter de sitio, siempre que constase documentalmente su procedencia.

Los trabajos del Seminario no recogieron el pacto, quizás por estas ampliaciones a las excepciones a la comunidad o por entender que era cláusula libremente pactable en capítulos y fuera de ellos al amparo del «standum est chartae», lo que sucedía en la práctica notarial. La Comisión General de Codificación (en la que intervenían, entre otros, el Notario Pelayo Horé y un aragonés tan vinculado con el Notariado, como don Pablo Jordán de Urriés y

Azara) lo recogió y pasó a la Compilación. Como señala Enciso Sánchez, — autor de un profundo estudio sobre este pacto— fue acertado recogerlo porque se despeja cualquier duda que pudiera surgir sobre las posibilidades de la autonomía de la voluntad en la configuración del activo de la comunidad conyugal fuera de capítulos, con el único y razonable límite de la exigencia de escritura pública.

### C) SUCESIÓN PACCIONADA

Cuenta con escasas referencias en los Fueros y Observancias, siendo de destacar la aportación notarial en dos aspectos: que el pacto pueda contenerse tanto en capítulos matrimoniales, que es lo ordinario, como fuera de ellas, pero en escritura pública; y dar un alcance muy libre a su contenido, pero siempre dentro del ámbito familiar. Regulación, como paladinamente reconocía Palá Mediano, que no solo venía de los protocolos notariales, sino también de la influencia de los Derechos germánicos, suizo y alemán.

De las tres clases de pactos: los de sucesión (*pacta succedendo*); los de renuncia (*pacta de non succedendo*); y los que versan sobre la herencia de un tercero (*pacta de hereditate tertii*), sólo se admiten los de los grupos primero y segundo; los últimos quedan excluidos al exigir el texto legal que los pactos para que sean válidos han de versar «sobre la propia sucesión».

Me detendré sólo en lo que de la práctica notarial consuetudinaria ha podido pasar al Ordenamiento positivo.

#### a) PACTOS DE SUCESIÓN

*1. Pactos con carácter personalísimo sobre la propia sucesión, en capitulaciones matrimoniales.*

Es indudable que el nombramiento de heredero único de la Casa, hecho por los padres con ocasión del matrimonio de un hijo, generalmente primogénito, es cuestión pacífica y aceptada de antemano por los capitulantes, ha nacido de muy antiguo y en él, el Notario se limita a recogerlo.

Sí son notariales y el Notario ha de tener sumo cuidado en su redacción todos aquellos pactos que han de regular la continuidad de la Casa y la difícil convivencia de instituyente e instituido, sobre todo en la disposición de algunos inmuebles, exigiendo la intervención de ambos. Aspectos no regulados en el Fuero, algunos de los cuales pasaron de los protocolos notariales a la Compilación, como la atribución al instituyente de la facultad de disponer, cuando se reservó el «señorío mayor», pero con el consentimiento del instituido, para evitar, como decía LACRUZ BERDEJO, que éste pudiera ver perdido su trabajo de muchos años.

*2. Pactos que se establezcan en escritura pública, por mayores de dieciocho años que sean consanguíneos o afines en cualquier grado o adoptivos*

Tiene su apoyo en prácticas notariales el permitir su otorgamiento en escritura, fuera de capítulos; y muy posiblemente, el poder hacer extensivo el nombramiento a parientes tanto en línea recta, como colateral o adoptivos, sin limitación de grado, pero en todo caso parientes del instituyente, un cuando no lo diga el texto, pues en otro caso estaríamos fuera de «su propia sucesión» y se excedería del ámbito familiar. Posibilidades ambas asumidas por la Compilación.

*3. Pactos que se otorguen en el marco de la instituciones familiares consuetudinarias.*

A estas instituciones, que estaban en los Protocolos, se refiere el art. 33, cuya cita, no es «*numerus clausus*». De ellos tienen carácter de pacto sucesorio: *El acogimiento* y *La dación personal*, ambas instituciones, se vivieron en la práctica notarial, chocan hoy con barreras fiscales insuperables.

## PACTOS DE RENUNCIA

Aun cuando en Aragón no hay legítima individual y con lo favorecido en vida por el causante al descendiente directo se evita su preterición, es frecuente en la práctica acudir al Notario cuando los padres transmiten bienes a los hijos para colocaciones, negocios, carreras, etc, que los hijos, a cambio, renuncien a sus posibles derechos en la sucesión testada e intestada de sus progenitores. Renuncia que para que sea válida habrá de contar con la presencia de propio transmitente, para evitar, como señala LACRUZ BERDEJO, el «*ius poenitendi*» del renunciante.

## D) FIDUCIA SUCESORIA

Es otra de las instituciones consuetudinarias, nacida de una declaración de voluntad, amparada en el «*standum est chartae*» y contenida en escritura pública, capítulos matrimoniales, o testamento, y sin referencia en los Fueros y Observancias.

Como señala nuestro compañero Merino Hernández, autor de una documentada monografía, el Congreso de Zaragoza de 1880/81 admitió la fiducia a la par que rechazó por antiformal la herencia de confianza, que otros Derechos forales reconocen.

Antes de la Compilación, tuvo ocasión la DGRN en R de 16 de junio de 1965 de ocuparse de ella. Se cuestionaba la validez de un testamento otorgado en Tamarite de Litera en 1961, por una viuda junto con un pariente consanguíneo



de cada parte, amparado en una capitulación de 1914 en la que los contrayentes se facultaban para disponer en esa forma de sus bienes. La Resolución, tras reconocer que no hay Fuero ni Observancia que expresamente faculte que se confíe a terceras personas la confección del testamento, lo admite al amparo del «*standum est chartae*», y resuelve que el encargo puede ejecutarse tanto por actos inter vivos, como mortis causa, pese al carácter personalísimo del testamento, y entendió que la intervención de los parientes se limitaba a asistir al cónyuge supérstite.

Quizás la influencia de la institución en nuestro Derecho y de otras similares en otros derechos forales, movió al legislador del C. civil ya en su redacción inicial y con más vigor en su reforma 1981, a regular un supuesto similar en tema de mejora, en el art. 831, aun cuando con muchos condicionamientos. Mayor alcance y mayor parecido con la figura aragonesa tiene la recogida en el Estatuto de Jóvenes Agricultores de 1981.

Finalmente decir que esta contribución del Notariado en la elaboración del Derecho aragonés no lo ha sido sólo a nivel individual y anónimo, vertida en múltiples escrituras guardadas en estos Protocolos centenarios, sino también a nivel de Institución, haciéndose realidad la segunda Conclusión del antes citado Congreso Internacional del Notariado Latino, en París 1954:

« Que el legislador tome todavía más en consideración la parte importante que incumbe al Notariado en la formación del derecho y, en consecuencia, sea llamado a tomar parte en los trabajos de los organismos encargados de la elaboración de las leyes.»

Prueba de ellos son la colaboración del Colegio Notarial de Zaragoza en el Foro de Derecho aragonés; su presencia en todas las Comisiones de Juristas que han preparado los textos legales del Derecho civil aragonés; y en la actual Comisión, que cuenta con varios Notarios en su seno, en los trabajos sobre la reforma de la vigente Compilación.

Y termino en la confianza de que siga el Notariado español y el aragonés con él, a su lado y juntos siempre, acumulando en sus Protocolos experiencias jurídicas de la vida real, que sirviendo para solucionar necesidades de la Sociedad en cada momento, lleguen a integrarse en el viejo, pero siempre fecundo Derecho Civil de Aragón.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO LAMBAN, Mariano; *Notas para el estudio del Notariado en la Alta Edad Media de Aragón*. Anuario Derecho Aragonés, 1949/50.

ALONSO LAMBAN, Mariano; *Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón*. Revista Derecho Notarial Tomo V-VI, Madrid 1954.

- ARCO Y GARAY, Ricardo; *La institución del Notariado en Aragón*. Anuario Derecho Aragonés. 1944.
- BATALLA GONZÁLEZ, Manuel; *Derecho de la persona y de la familia. Del régimen económico conyugal*. Boletín Colegio Abogados de Zaragoza 1967.
- BURDIEL HERNÁNDEZ, Julio; *La Fe Pública*, Colegios Notariales de España, Madrid 1994.
- Tercer Congreso Internacional del Notariado Latino*, Revista Internacional del Notariado Latino, Madrid 1955.
- CASTÁN TOBEÑAS, José; *Función Notarial y elaboración Notarial del Derecho*, Madrid 1946.
- COSTA MARTÍNEZ, Joaquín; *La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses*. Guara. Zaragoza 1981.
- COSTA MARTÍNEZ, Joaquín; *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, Guara. 1981.
- COSTA MARTÍNEZ, Joaquín; *La vida del Derecho. Ensayo sobre el Derecho consuetudinario*. Guara, 1982.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel; *La sucesión contractual aragonesa. Comentarios*. Pórtico, Zaragoza 1978.
- CRISTÓBAL MONTES, Ángel; *La reserva de la facultad dispositiva a favor del instituyente en la sucesión contractual aragonesa*. Revista Crítica Derecho Inmobiliario 1978.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; «Joaquín Costa y el Derecho aragonés». *Libertad civil, costumbre y codificación*. Facultad de Derecho. Zaragoza 1978.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; «El Derecho aragonés». *Aportación jurídica a una conciencia regional*. Zaragoza 1977.
- ENCISO SÁNCHEZ, José Manuel; «El artículo 29 de la Compilación». *Terceros Encuentros Foro Derecho Aragonés*. Zaragoza 1994.
- Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*; Pascual Savall y Dronda y Santiago Penén y Debasa. Zaragoza 1991.
- ISABAL Y BADA, Marcelino; *Exposición y comentarios del cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón*. Zaragoza 1926.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis; *Objetivos y métodos en la Codificación aragonesa*. R. Crítica Derecho Inmobiliario, M. 1968.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis; *Derecho de Sucesiones*. Boch. 1971.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis; *El principio aragonés del «standum est chartae»*. Anuario Derecho Civil, Madrid 1986.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis; *Muebles por sitios y a la inversa*, Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón. Zaragoza, 1988.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis; *Los pactos sucesorios*. A. D. A. 1965/67.
- LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio; *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Edersa, Madrid 1987.
- LORENTE SANZ, José; *La norma en el ordenamiento jurídico aragonés*. Anuario Derecho Aragonés. Zaragoza 1944.

- MARTÍN BALLESTEROS Y COSTEA, Luis; *La norma en el ordenamiento jurídico aragonés*. Anuario Derecho Aragonés, 1944.
- MARTÍN BALLESTEROS Y COSTEA, Luis; «Las fuentes del Derecho foral y su problemática actual». *Homenaje a Francisco Palá Mediano*. Institución Fernando el Católico, Zaragoza 1974.
- MARTÍN BALLESTEROS Y COSTEA, Luis; *Más acerca del concepto y naturaleza del «Standum est chartae»*. Estudio Homenaje Profesor Castán Tobeñas, 1969.
- MERINO HERNÁNDEZ, José Luis; *Aragón y su Derecho*. Guara, Zaragoza 1978.
- MERINO HERNÁNDEZ, José Luis; *La fiducia sucesoria en Aragón*, Colección El Justicia de Aragón, Zaragoza 1994.
- MORALES ARRIZABALAGA, Jesús; «La derogación de los Fueros de Aragón, 1707- 1711». Colección Estudios Alto Aragoneses, Diputación de Huesca 1986.
- PALA MEDIANO, Francisco; *Los señores mayores en la familia altoaragonesa*, 2ª Semana de Derecho aragonés de Jaca, 1943.
- PALA MEDIANO, Francisco; *Notas para un estudio crítico del apotegma «Standum est chartae»*. Anuario Derecho Aragonés, 1944.
- PALA MEDIANO, Francisco; *El régimen familiar paccionado en la comarca de Jaca*, Anuario Derecho Aragonés, 1959/60.
- PALA MEDIANO, Francisco; *Derecho de sucesiones por causa de muerte*, Colegio Abogados de Zaragoza 1967.
- PAZ ARES RODRÍGUEZ, Cándido; *Seguridad jurídica y sistema notarial*. Colección Colegios Notariales de España, Madrid 1994.
- PELAYO HORE, Santiago; *Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón*, Anuario Derecho Civil, Madrid 1967.
- RIERA AISA, Luis; *Contribución de la práctica notarial a la formación de la norma jurídica*, Anuario Derecho Aragonés, 1961/62.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio; *Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial*. Revista Derecho Notarial 1963.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio; *El Notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad*. Revista Derecho Notarial 1980.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio; *La función notarial y los principios y valores constitucionales*. Revista Derecho Notarial 1983.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio; *El Notario y el documento notarial*. Junta Decanos Colegios Notariales de España. Madrid 1984.
- SAINZ DE VARANDA, Ramón; *El consejo de familia en el Derecho civil aragonés*. Anuario Derecho Aragonés 1953/54.
- SAPENA TOMÁS, Joaquín; *El pacto sucesorio en el Alto Aragón*. Revista Derecho Privado 1954.
- SAPENA TOMÁS, Joaquín; *Heredamientos forzosos*. Anuario Derecho Aragonés 1951/52.
- SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís; *De la Costumbre*. Comentarios a la Compilación de Derecho civil de Aragón. Zaragoza 1988.

*Intervención del notariado en la evolución del Derecho Aragonés.*

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.; *El hombre ante el totalitarismo*. Ed Speiro, SA Madrid 1978.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.; *Montesquieu, leyes, gobierno y poderes*. Ed Civitas, Madrid 1986

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.; *Voluntarismo y Formalismo en el Derecho*. Joaquín Costa antípoda de Kelsen. Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid 1986

## DICTAMEN SOBRE TITULARIDADES CONCURRENTES EN LOS MONTES DE GALVE

FERNANDO LÓPEZ RAMÓN  
*Catedrático de Derecho Administrativo*

SUMARIO: ANTECEDENTES: PRIMERO. CONSTITUCIÓN DE LA COMUNIDAD. — SEGUNDO. CARACTERES DE LA COMUNIDAD. — TERCERO. EL PROBLEMA DE LAS ROTURACIONES. — CUARTO. NUEVOS APROVECHAMIENTOS DE LOS MONTES. — QUINTO. CRISIS DE LA COMUNIDAD. — SEXTO. LA DECLARACIÓN MUNICIPAL DE LA NATURALEZA COMUNAL DE LOS MONTES. — CONSULTA. — DICTAMEN: I. PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS: A) *Copropiedad de los montes*. — B) *Servidumbre comunal de uso agrícola*. — C) *Apropiación por el Ayuntamiento*. — II. MATICES A LA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA: A) *Aprovechamientos comunales bajo formas jurídico-privadas*. — B) *Grado de coherencia con el Código Civil*. — C) *Significado de la presencia municipal*. — III. DISCREPANCIA CON LA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA SOBRE LA EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS VECINALES. — IV. ACCIONES DE DEFENSA: A) *Reivindicación*. — B) *Rendición de cuentas*. — C) *División de la cosa común*. — CONCLUSIONES.

Dictamen emitido por el Catedrático que suscribe, a solicitud de diversos accionistas de la Sociedad de Montes de Galve, conforme a los siguientes

### ANTECEDENTES

#### PRIMERO. CONSTITUCIÓN DE LA COMUNIDAD

Todos los montes del Ayuntamiento de Galve fueron declarados bienes nacionales y vendidos en pública subasta por aplicación de la legislación desamortizadora.

Los **anuncios** de la subasta se encuentran en el Boletín Oficial de Ventas de Bienes Nacionales de la Provincia de Teruel núm. 24, de 28 mayo 1894, donde, bajo los números 2416 a 2420, figuran los montes de Galve denominados Las Solanas, Val de Abril, La Calzada, Rochas Altas y Lomas y Zancada.

Importa destacar que en todos los montes existían enclavados de propiedad particular, cuya relación había sido certificada por el Secretario Municipal y que no fueron objeto de venta, según expresan los anuncios. Ahora bien, las partes de los montes que quedan para la venta, hasta un total de 3621 Ha. (727 Ha. de las 804 Ha. de Las Solanas, 669 Ha. de las 777 Ha. de Val de Abril, 610 Ha. de las 845 Ha. de La Calzada, 872 Ha. de las 1104 Ha. de Rocas Altas y 743 Ha. de las 1015 Ha. de Lomas y Zancada), «se enagenan en pleno dominio».

En **documento privado de 5 julio 1894**, D. Pedro José Pastor y dos más, en representación de la sociedad constituida por vecinos de Galve para la compra de los montes citados, encargaron a D. Carlos Marcos la comparecencia en la subasta, con arreglo a determinados límites.

Tras la subasta, la **escritura pública de venta judicial de 16 enero 1895** contiene la cesión de los montes por el apoderado de D. Carlos Marcos en favor de D. Domingo Franco y ocho más, todos vecinos de Galve.

Posteriormente, los adquirentes transmitieron parte de los montes a los restantes vecinos que participaban en la operación, según consta en **escritura pública de compraventa de 25 julio 1898**, otorgada ante el Notario de Villarroya de los Pinares D. Juan García y García.

La escritura fue liquidada por el Impuesto de Derechos Reales e inscrita en el Registro de la Propiedad de Aliaga. Sin embargo, dado que los libros del Registro de la Propiedad de Aliaga correspondientes al Municipio de Galve fueron destruidos durante la Guerra Civil y que la única copia conocida de la escritura es una transcripción del año 1910, realizada «de orden del Sr. Presidente de la Junta de Montes», para cualquier actuación judicial sería conveniente solicitar una copia de la escritura en el Archivo Notarial correspondiente.

Existe un **Libro de Altas y Bajas de Acciones**, abierto el 1 enero 1899 y cuya última anotación es, al parecer, de 26 mayo 1924. No se dispone de información sobre las razones del cese en las anotaciones ni sobre la posible existencia de otros libros de altas y bajas, aunque sí existe alguna relación de accionistas de fecha posterior.

## SEGUNDO. CARACTERES DE LA COMUNIDAD

La escritura contiene la división intelectual de los montes en «mil **acciones** o partes alicuotas iguales», transmitiéndose parte de ellas a D. Telesforo Gómez y 102 más, vecinos de Galve, quienes junto con los anteriores nueve propietarios formaron una comunidad de bienes.

El reparto de las acciones se produjo de forma desigual entre los comparecientes. Así los nueve vendedores (que habían recibido la cesión en la escritu-

ra de 16 enero 1895) se repartieron un total de 426 acciones, mientras que las restantes 574 acciones se distribuyeron entre los otros 103 comparecientes. Había accionistas con una acción, correspondiendo en cambio 109 al mayor accionista (estipulación 1ª).

La adquisición de las acciones se produjo a título oneroso, mediante precio de diez pesetas por acción (estipulación 2ª) y obligación de pagar a prorrata el plazo pendiente con el Estado (estipulación 4ª).

En la escritura figura un **pacto de indivisión** en los siguientes términos (estipulación 5ª):

«Ni los compradores ni los vendedores, ni sus respectivos derechohabientes podrán solicitar ni obtener en tiempo alguno la división material de las fincas que se describen en esta escritura puesto que en armonía con lo dispuesto en el Código Civil vigente todos los otorgantes consideran que si dichas fincas fuesen divididas se inutilizarían para el aprovechamiento de pastos y leñas que son los frutos que producen, y por tanto los condueños de dichas fincas estarán todos obligados a ponerlas y disfrutarlas, siempre proindiviso y también debe entenderse que cada una de las acciones es indivisible.»

La escritura de 1898 contiene, además de las anteriores estipulaciones, doce largas bases para el aprovechamiento y la administración de los montes.

Los **aprovechamientos de los accionistas** que se regularon expresamente fueron los de leñas y gamones para consumo familiar y para los hornos de pan y de yeso (base 1ª), pastoreo de ganados en función del número de acciones (base 2ª), mantenimiento del uso de las roturaciones existentes, aunque mediante el pago de ciertas cantidades (base 10ª), y el derecho de cazar, salvo que se decidiera acotar y arrendar el aprovechamiento cinegético de los montes (base 12ª). El no uso de algún aprovechamiento por los accionistas podía transformarse en un derecho al cobro de determinadas cantidades, como sucede con los pastos (base 3ª).

Los **vecinos de Galve no accionistas** («los vecinos que vayan siendo nuevos» y «los vecinos que siendo hoy de este pueblo no han querido ser accionistas», se dice en la base 1ª) únicamente podían acceder a los aprovechamientos de leñas y gamones mediante el pago de determinadas cantidades (base 1ª). Expresamente se rechazó la legalidad de las roturaciones llevadas a cabo por no accionistas (base 10ª):

«Como quiera que en cada una de las susodichas fincas existen algunos trozos de terreno roturado que son propios de todos los accionistas, o sea de la comunidad, por cuanto aunque ya estaban hechas las roturaciones antes de la compraventa de las mismas, estas no se dedujeron de la total cabida de los montes, aunque se compraron juntamente con ellas y los poseedores no las poseían sino arbitrariamente...» (...) «Si existiera hoy alguna roturación que la utilice quien no sea accionista, los otorgantes no le reconocen derecho alguno sobre el terreno roturado...»

Las **obligaciones del accionista** consisten, por una parte, en llevar a cabo los usos regulados conforme a las reglas establecidas en las correspondientes

bases y, por otra parte, en contribuir a los gastos de la comunidad con una cantidad mínima y por encima de ella en proporción al número de acciones (base 5ª).

Algunos accionistas parecen resultar afectados también por una obligación de contribuir a los gastos municipales (en la misma base 5ª):

«También todos los accionistas que posean ganado mayor o menor se obligan a donar al Ayuntamiento para cubrir parte de los gastos del presupuesto municipal de este pueblo la cantidad que éste pueda necesitar por no serle suficientes los recursos ordinarios para cubrir dichos gastos, siempre que la cantidad repartida para todas las reses que en el recuento resulten a los donantes, no grave a cada res menor con más de doce céntimos de peseta y con más de cincuenta céntimos de peseta a cada res mayor.»

La **transmisión de las acciones** se encuentra limitada por la regla de la indivisibilidad de cada una de ellas (estipulación 5ª) y ciertos condicionamientos a la enajenación, aunque sin limitaciones a la transmisión mortis causa (base 9ª).

La **administración** de la comunidad de bienes se atribuyó a una Junta, compuesta por el Alcalde de Galve y ocho accionistas distribuidos en función del número de acciones, los cuales deben designarse anualmente (base 6ª). La presidencia de la Junta corresponde al Alcalde si es accionista y si no al vocal que sea mayor accionista (base 6ª). Está previsto también el nombramiento de un Depositario y un Secretario (base 11ª).

### TERCERO. EL PROBLEMA DE LAS ROTURACIONES

Uno de los problemas centrales en la vida de esta comunidad de bienes, habitualmente denominada Sociedad de Montes, se relaciona con las roturaciones agrícolas llevadas a cabo por los vecinos.

Existe, al parecer, un llamado **Cuaderno de roturas del año 1905**, «donde están anotadas todas las roturas o rompidas que cada un vecino tiene en el término municipal de este pueblo». El Cuaderno atribuye a los vecinos parcelas de diversa extensión territorial. No existe constancia sobre quién realizó el Cuaderno ni a qué efectos. Da la impresión de que se trata de una relación de todas las roturaciones del Municipio, incluidos los enclaves de propiedad particular en los montes, realizada a efectos tributarios, puesto que expresa «dueños, partida donde radican, cabida... y valor» y además se dice que el Cuaderno fue «formado y liquidado en el año arriba expresado».

Por otra parte, algún vecino de los más viejos habla de una «**sentencia**» del **año 1924** que habría permitido a todos los vecinos la atribución de parcelas de igual extensión. Sin embargo, nadie ha podido localizar el texto de esa supuesta sentencia.

La documentación relativa a los aprovechamientos agrícolas de los montes se inicia en realidad con el **Acta de 19 marzo 1932**, que refleja una reunión a la que concurrieron vecinos y «mayoría de socios».



El Acta contiene un acuerdo votado por la mayoría de los asistentes, que atribuyó a cada vecino el aprovechamiento agrícola de un lote de «doce yugadas de terreno comunal» (base 1ª), correspondiendo a la Junta la concreción de los lotes y su atribución mediante sorteo (bases 1ª y 4ª). El derecho no era susceptible de transmisión mortis causa (base 3ª). Se reguló también el pago por los vecinos de un «derecho de roturas» (base 2ª) y se indicaba que cada vecino pagaría anualmente 10 pesetas en concepto de reparto de utilidades (base 5ª).

Como justificación del acuerdo se lee lo siguiente:

«...siendo públicos son muchos los vecinos de esta localidad que carecen de parcelas y con el único fin de normalizar los abusos realizados en los montes de este término y pudiendo hallar fácil satisfacción o remedio en la igualdad de parcelas dando a todos los vecinos una extensión asta el cupo de doce yugadas de terreno de los comunes de esta sociedad incluyendo el número de yugadas que cada cual tiene tomadas y como con el aprovechamiento vecinal de dichos terrenos, además de atender una necesidad de la mayoría de vecinos, podría tener el Municipio mayor ingreso o rendimiento del que actual obtiene por el concepto de aprovechamientos comunales sin resultar por esto desatendida la ganadería por la escasez de pastos y leñas único fin a que se hallan destinados los montes de esta sociedad según escritura otorgada en 29 de julio de 1898 y estando presentes en este acto los vecinos de esta localidad y tratándose de un asunto reservado a esta sociedad de montes y enterados de los beneficios que puede reportar la buena administración de sus intereses en el aprovechamiento de los mismos...»

Existen también unas **Normas de 31 marzo 1962**, sobre adjudicación de lotes, acordadas por la Junta con la mayoría de vecinos. Regulan las condiciones de reparto de los lotes de aprovechamiento agrícola entre los vecinos.

El concepto de vecino, en realidad, debe ser referido a los cabezas de familia, puesto que se establece la continuidad en el lote del cónyuge viudo (Normas 9ª y 10ª) y se determina que los «huérfanos solteros que vivan mancomunadamente, solamente tendrán un lote de parcelas para todos, mientras tengan una sola vivienda y vivan juntos» (Norma 11ª).

Por otra parte, las Normas aparecen encabezadas por el recordatorio de que los montes continúan perteneciendo a la comunidad de propietarios:

«1ª. Se advierte a todos los vecinos que la Junta es la única dueña y administradora de todas las parcelas y que puede acordar en todo momento lo que sea más conveniente para todo vecino.

2ª. Todos los vecinos que tienen lotes de parcelas, son únicamente usufructuarios de las mismas, para que las trabajen a usos y costumbres de la localidad y produzcan lo que más les interesa.»

#### CUARTO. NUEVOS APROVECHAMIENTOS DE LOS MONTES

La aparición de nuevos aprovechamientos de los montes incidió notablemente en la vida de la comunidad, determinando primero un cierto auge de la misma y después una situación de crisis.

Los nuevos aprovechamientos se reflejaron en el **contrato de 13 septiembre 1978**, entre la Junta y ARCITRAS, S.L., para la explotación de las arcillas de los montes.

En directa conexión con los ingresos generados por la explotación de arcillas, cabe citar una **relación de accionistas** fechada el 15 enero 1980, con expresión del número de acciones de cada uno y las cantidades que les correspondería cobrar, a razón de 90 pesetas anuales por acción, durante los años 1979 y 1980. No hay constancia, sin embargo, sobre si esas cantidades fueron efectivamente satisfechas.

Conviene también referir la existencia de uno o varios **Libros de ingresos y pagos** de la Junta. El ejemplar cuya copia se maneja tiene diligencia de apertura del Secretario fechada el 2 enero 1961 y comprende hasta 1983 inclusive, año en el que se registran unos ingresos de 4.752.175.- pesetas (procedentes, sobre todo, de la saca de arcillas y en menor grado del arriendo de lotes) y unos gastos de 1.878.773.- pesetas. En todos los ejercicios el Libro recoge el pago de la Contribución Rústica, que ha continuado pagándose por la Junta hasta el presente, ya como Impuesto de Bienes Inmuebles.

La existencia de tensiones comienza a reflejarse en el **Informe de 30 junio 1983** del Abogado de Teruel D. Antonio Julián Cativiela, sobre las características de la comunidad de bienes, presidencia de la Junta por el Alcalde y reparto entre los accionistas de los beneficios generados por la explotación de arcillas. Cabe destacar los siguientes párrafos:

«En resumen de todo lo anteriormente expuesto, y concretamente en relación al problema planteado sobre la Presidencia de la Junta y el reparto de la venta de arcillas, he de insistir que el Presidente nato de la Junta es el Alcalde del pueblo de Galve, pero siempre que éste sea accionista...

El importe de la venta de las arcillas tiene que ir al fondo común, y una vez pagados todos los gastos de la comunidad, los beneficios se reparten entre los accionistas con arreglo al número de acciones que tenga cada uno.

Por ello los beneficios de la comunidad del monte en modo alguno pueden ir a ingresar en las arcas municipales, pues existen unas perfectas diferenciaciones entre la Comunidad del Monte y el Ayuntamiento...»

En este mismo tiempo, tiene lugar la **inscripción de 5 octubre 1983** en el Registro de la Propiedad de Aliaga, por el procedimiento del art. 205 de la Ley Hipotecaria, de dos compraventas de 20 y 36 acciones de la comunidad.

## QUINTO. CRISIS DE LA COMUNIDAD

El año 1984 marcó el comienzo de una grave crisis de la comunidad. Así, diversos escritos demuestran el **enfrentamiento entre los Presidentes saliente y entrante** de la Junta administradora de los montes: citación de 21 enero 1984, del Alcalde al anterior Presidente, para que haga entrega de los libros de la comunidad; escrito de 25 enero 1984 del Presidente saliente, que exige distinguir la posición del Ayuntamiento y de la comunidad de bienes y proceder a la

convocatoria de junta general; acto de conciliación de 16 marzo 1984 ante el Juez de Paz de Galve; escrito de 31 octubre 1984, en el que ambos Presidentes llevan a cabo la entrega y recepción de los documentos de la comunidad, que se formaliza con asistencias letradas.

**Entonces se produjo un intento fallido de atribuir al Ayuntamiento una parte de los ingresos de la comunidad:**

En la sesión extraordinaria de 18 febrero 1985, celebrada conjuntamente por el Ayuntamiento y la Junta, según acredita el Libro de Actas Municipal, se acordó traspasar al Ayuntamiento el cincuenta por ciento de los ingresos de la comunidad procedentes de la explotación de las arcillas, para su inversión en obras de interés general, en sustitución de los ingresos correspondientes a la Tasa Municipal para vehículos de más de diez toneladas. Como justificación del acuerdo, el Acta recoge las siguientes manifestaciones del Alcalde y Presidente de la Junta:

«— De un lado la precaria situación económica del Ayuntamiento y la existencia de la Ordenanza de Tasa para vehículos de más de 10 T. de carga a razón de 15 pesetas por cada tonelada que exceda de diez, la cual afecta de una manera directa a los camiones de ARCITRAS.

— De otra, que la Ordenanza no ha sido aplicada hasta la fecha en razón a que la Empresa ARCITRAS, parece que no podría soportar el pago del 7 por ciento, del valor en venta de las arcillas que viene ingresando a la comunidad mas la Tasa referenciada, y

— Finalmente, que la Comunidad dispone de unos ingresos por extracción de arcillas relativamente importantes que corresponden al municipio de Galve, en el mas amplio sentido de la palabra, con parte de los cuales se podrían aportar las mejoras de carácter general necesarias para la población...»

La importancia de la decisión anterior determinó la citación por parte de la Junta a los accionistas, para una «asamblea informativa y consultiva», el 23 febrero 1985, con el objeto de informar sobre el «estudio de los posibles usos del dinero de esta Comunidad», fórmula ésta que se refería al reparto acordado el 18 febrero 1985, según consta en la información escrita proporcionada a los asistentes.

Mediante escritos de 28 febrero 1985, enviados por conducto notarial, varios accionistas denunciaron ante el Ayuntamiento y ante la Junta la nulidad del acuerdo de 18 febrero 1985 y pidieron la convocatoria de asamblea general de la comunidad.

La respuesta del Presidente de la Junta de 20 marzo 1985 al anterior escrito indicó, sin embargo, que el acuerdo de 18 febrero 1985 «no ha entrado en vigor», al no haberse ratificado por la asamblea general. También rechazó la nueva convocatoria de la asamblea general pretendida por los accionistas.

Hay constancia de las sucesivas **negativas a convocar junta general de la comunidad**, por parte del Alcalde y Presidente de la Junta. Así, la solicitud de 28 mayo 1986, que presentaron por conducto notarial varios accionistas, fue

denegada con fecha 10 junio 1986, sin que posteriormente se atendiese tampoco el escrito de 17 junio 1986, presentado también por vía notarial, solicitando la relación de accionistas.

Por último, conviene reflejar la existencia de **varios acuerdos de la Junta decidiendo ayudas económicas en favor del Ayuntamiento**, para finalidades determinadas, con fechas 21 septiembre 1985 (1.650.000.- de pesetas para la reparación de la iglesia parroquial), 9 junio 1988 (1.500.000.- de pesetas para la construcción y amueblamiento de la casa consistorial) y 7 octubre 1988 (2.000.000.- de pesetas para el nuevo cementerio municipal).

#### SEXTO. LA DECLARACIÓN MUNICIPAL DE LA NATURALEZA COMUNAL DE LOS MONTES

La situación de crisis de la comunidad, determinada por los enfrentamientos entre accionistas y el Alcalde (Presidente de la Junta), al hilo del intento de destinar con carácter permanente beneficios de la comunidad al Ayuntamiento, desembocará en la declaración de la naturaleza comunal de los montes llevada a cabo por el Ayuntamiento.

La decisión municipal se apoya en el **Dictamen de 29 enero 1992**, emitido por el Catedrático D. Antonio Embid Irujo a solicitud del Ayuntamiento, donde se mantiene como tesis principal, junto a otros extremos, que el aprovechamiento de los montes de Galve es un bien comunal susceptible de ser incluido en el Inventario de Bienes Municipal. El trabajo, con el rótulo «Dictamen sobre la naturaleza jurídica de los montes del Municipio de Galve (Teruel) y sobre la posición jurídica de su Ayuntamiento», ha sido publicado en el libro del prof. Embid titulado «La defensa de los comunales (Planteamientos generales a partir de la realidad aragonesa)», Madrid, edición conjunta de Editorial Civitas y Diputación Provincial de Zaragoza, 1993, págs. 67-254 (las págs. 200-254 contienen el anejo documental), publicación a la que se referirán las citas sucesivas.

Diversos acuerdos municipales se refieren a la **declaración de la naturaleza comunal de los montes**: así, el Acuerdo del Ayuntamiento de 7 marzo 1992, de conformidad con el Dictamen del Prof. Embid, incluyó los montes en el Inventario Municipal, pretendiendo también su inscripción en el Registro de la Propiedad; posteriormente, en la sesión del Ayuntamiento de 27 marzo 1992, el Alcalde dio cuenta de las gestiones infructuosas para lograr la cesión de una acción al Ayuntamiento, tal como también indicaba el citado Dictamen, con el objetivo de permitir la presidencia de la Junta por el Alcalde, que por primera vez en la historia no era titular de ninguna acción en la comunidad de los montes; el Acuerdo del Ayuntamiento de 10 abril 1992 distinguió entre la titularidad de los montes y las acciones («Dejar claro que una cosa es la titularidad de los Montes, que el Ayuntamiento considera de la titularidad municipal, y otra las denominadas acciones la validez de las cuales supone un problema jurídico complejo en el que no entra a pronunciarse por el momento»); el Acuerdo del Ayuntamiento de 26 abril 1992, decidió reclamar a la compañía arrendataria la renta por la explotación de arcillas en los montes; por fin, el Acuerdo del Ayuntamiento de 29 mayo 1992 decidió iniciar la reivindicación de los montes.

Inmediatamente empezaron las **impugnaciones y requerimientos**, judiciales o notariales, entre el Ayuntamiento y diversos accionistas: con fecha 30 julio 1992, el Concejal y accionista D. José Luis Hernández Talabante impugnó ante el Gobernador Civil de Teruel los anteriores Acuerdos Municipales, en contra de los cuales había votado; en la Resolución de 4 agosto 1992, el Gobernador Civil consideró que pertenecía al «ámbito judicial respectivo el dilucidar la titularidad del bien»; el 8 octubre 1992, se celebró en el Juzgado de Paz de Galve acto de conciliación sin avenencia, tras la demanda presentada por el Ayuntamiento contra varios accionistas, a fin de que reconocieran la naturaleza comunal de los montes; por requerimientos notariales de 28 octubre 1993, diversos accionistas titulares de un total de 581 acciones se dirigieron a los miembros de la última Junta constituida con arreglo a la escritura constitutiva de la comunidad (hecho que se produjo el 18 febrero 1988), para que manifestaran si continuaban perteneciendo a la Junta y otros extremos; y por nuevo requerimiento notarial de 5 diciembre 1993, los mismos accionistas se dirigieron a D. Miguel Ángel Herrero Gascón, Alcalde de Galve, para que manifestase si era titular de alguna acción de los montes.

Desde que se produjo la declaración de bienes comunales, el **Alcalde lleva a cabo la adjudicación de lotes en los montes**, como demuestra la adjudicación de 6 septiembre 1993.

A partir del 13 febrero 1990 y hasta el 14 marzo 1994 se han practicado diversas **inscripciones registrales**: 24 accionistas han procedido a la inscripción de los títulos de sus acciones, hasta un total de 530 (s. e. u o.), en el Registro de la Propiedad de Aliaga, conforme al procedimiento del art. 205 de la Ley Hipotecaria.

## CONSULTA

Interesa conocer la opinión jurídica del Catedrático que suscribe sobre las titularidades concurrentes en los montes de Galve, legalidad de su calificación como bienes comunales y acciones para la defensa de los derechos de los accionistas.

## DICTAMEN

### I. PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

En este caso, el estudio de los antecedentes permite formular directamente una interpretación o traducción jurídica de lo acaecido, partiendo de la idea de que, a veces, los actos y negocios jurídicos, contra toda previsión y prevención de los juristas, son lo que parecen y dicen ser.

Suficientes datos permiten, en efecto, sostener que los vecinos adquirentes de los montes de Galve configuraron una comunidad de bienes que continua existiendo, sin perjuicio de que se pueda identificar una servidumbre de utilidad comunal para el aprovechamiento agrícola de parcelas de doce yugadas por vecino cabeza de familia, servidumbre que no legitima la apropiación de los montes llevada a cabo por el Ayuntamiento al declararlos bienes comunales.

Analizaremos en este epígrafe los fundamentos de esa interpretación, dejando para el epígrafe siguiente el estudio de hipótesis diferentes.

#### *A) Copropiedad de los montes*

Al plantearse la necesidad de establecer un punto de partida para el análisis jurídico de las titularidades concurrentes sobre los montes de Galve, la configuración de una comunidad de bienes sometida al Derecho Privado, como consecuencia de las escrituras de venta judicial y compraventa de 16 enero 1895 y 25 julio 1898, parece un elemento seguro.

Se trata, en efecto, de una comunidad de bienes surgida por la adquisición pro indiviso de los montes de Galve, que llevaron a cabo un total de 112 vecinos de la localidad: 9 en la escritura de 1895 y 103 más en la de 1898. Los otorgantes adquirieron conjuntamente los montes, sin diferenciar fincas o partes físicas correspondientes a cada uno de ellos, atribuyéndose en cambio distintas participaciones ideales como condueños. Concurrían, por tanto, los requisitos de «pluralidad de sujetos, unidad en el objeto y atribución de cuotas» que, según dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 abril 1971, se establecen en el art. 392 del Código Civil para la configuración de la comunidad de bienes («Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa... pertenece pro indiviso a varias personas»).

Sin entrar todavía en el análisis de las características de esa comunidad de bienes sujeta al Derecho Privado, conviene ahora completar la configuración positiva con una delimitación negativa, aludiendo a figuras conceptualmente próximas o que pueden producir alguna confusión, como pueden ser la sociedad civil, la comunidad de pastos y los bienes comunales.

No fue un contrato de sociedad, lo formalizado en la escritura de 1898, puesto que los otorgantes no constituyeron ninguna forma de empresa. No se obligaron «a poner en común... bienes... con ánimo de partir entre sí las ganancias», conforme al tipo del contrato de sociedad que define el art. 1665 del Código Civil. La adquisición conjunta de los montes se produjo sin ningún objetivo común distinto del uso y disfrute de los bienes por los copropietarios, quienes fundamentalmente perseguían el objetivo de asegurar el aprovechamiento de leñas y pastos, conforme expresan en la estipulación 5ª de la escritura de 1898, al justificar el pacto de indivisión.

No se constituyó tampoco una comunidad de pastos, puesto que esta figura, recogida en los arts. 600 del Código Civil y 146 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón (con el nombre de alera foral o ademprio), presu-

pone lo que acertadamente la doctrina ha caracterizado como una relación recíproca de servidumbre. La relación instituida entre dos fincas (o entre los montes de dos pueblos), de manera que los ganados de ambos propietarios (o de los vecinos de ambos pueblos) puedan pastar en la otra finca (o en los montes del otro pueblo), constituye la verdadera comunidad de pastos, que está ausente en la configuración de la comunidad de bienes de nuestro caso. Si puede hablarse de comunidad de pastos es únicamente para identificar el objeto principal del aprovechamiento que originariamente llevaban a cabo los condueños. Todo lo cual no excluye la posible existencia de mancomunidades de pastos con pueblos cercanos, cuestión ajena a los temas que aquí interesa tratar.

No surgió, por último, ningún bien ni derecho vecinal ni comunal, ya que únicamente los llamados accionistas, esto es, los copropietarios, tenían derecho al aprovechamiento de los montes. El posible acceso de los vecinos de Galve no accionistas a ciertos usos menores, de leñas y gamones, se previó mediante el pago de determinadas cantidades (base 1ª en la escritura de 1898). Y aunque así no hubiera sido, debe recordarse que no existe ninguna incompatibilidad jurídica entre el régimen de propiedad privada y la configuración de situaciones que favorezcan a la ciudadanía; las ventajas acordadas en favor de los vecinos en la misma escritura de 1898 servirían, si acaso, para probar que la función social de la propiedad era practicada en algunos ámbitos antes incluso de que se impusiera normativamente.

#### *B) Servidumbre comunal de uso agrícola*

La existencia de unos usos agrícolas de los vecinos en los montes está demostrada en los documentos disponibles: Acta de 1932 y Normas de 1962. El Cuaderno de roturas de 1905, en cambio, no parece de utilidad a tal fin, puesto que da la impresión de ser una relación, a efectos tributarios, de todas las roturaciones existentes en el Municipio, incluidos los enclaves de propiedad particular en los montes (enclaves que no fueron objeto de venta, como expresaba el Anuncio de la subasta de 1894), las roturas practicadas por los accionistas (que la Junta podía permitir, conforme a la base 10ª de la escritura de 1898) y las roturas eventualmente realizadas por vecinos no accionistas (contra las que trata de reaccionar la misma base 10ª de la escritura de 1898). En cuanto a la sentencia o documento de 1924, mientras no aparezca, si es que existe, no cabe argumentar nada.

Acta de 1932 y Normas de 1962, esos son los documentos a considerar. Prueban la realidad de aprovechamientos agrícolas de los vecinos en los montes. Se trata de usos limitados a una parcela de doce yugadas para cada vecino cabeza de familia, siempre que lleve seis meses de residencia efectiva en el pueblo. No hay ninguna transmisión de dominio; simplemente se autoriza el uso de pequeñas parcelas cuya propiedad continua perteneciendo a los condueños.

Así, en el Acta de 1932, pese a su lenguaje y ambiente cuasi-revolucionarios, está claro que se atribuye terreno «de los comunes de esta sociedad», «para el

aprovechamiento de labores o roturación». Cuestiones que en las Normas de 1962 todavía resultan más diáfanas, pues comienzan diciendo:

«Se advierte a todos los vecinos que la Junta es la única dueña y administradora de todas las parcelas y que puede acordar en todo momento lo que sea más conveniente para todo vecino.» (Norma 1ª)

«Todos los vecinos que tiene lotes de parcelas, son únicamente usufructuarios de las mismas, para que las trabajen a usos y costumbres de la localidad y produzcan lo que más les interesa.» (Norma 2ª).

Los datos invitan a configurar un derecho vecinal al aprovechamiento agrícola de pequeñas parcelas determinadas por la comunidad de propietarios de los montes. Posiblemente se trate de una de las servidumbres personales de utilidad comunal previstas genéricamente en los arts. 531 y 550 del Código Civil. En tal sentido, la Jurisprudencia ha incluido entre esas servidumbres atípicas el derecho de labrar cada tres años en determinadas porciones de una finca ajena (Sentencia del Tribunal Supremo de 20 octubre 1919) y la cesión de los pastos, barbechos y siembras, calificada de cesión del aprovechamiento parcial, al haberse reservado el concedente la propiedad de las tierras (Sentencia de 12 noviembre 1959).

Podría considerarse como una servidumbre voluntaria, aunque para respetar la exigencia del consentimiento de todos los copropietarios, establecida en el art. 597 del Código Civil, sería preciso entender que los copropietarios que no asistieron a la reunión de 19 marzo 1932 consintieron tácitamente en el establecimiento de la servidumbre; consentimiento que probablemente cabría deducir del hecho concluyente que constituye el sorteo periódico de lotes llevado a cabo por la Junta sin oposición de ningún condueño.

Subsidiariamente, parece que el derecho de servidumbre podría haberse adquirido por usucapión, al haber transcurrido los plazos más largos que para la prescripción de las servidumbres consignan los arts. 147 y 148 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

En todo caso, el Acta de 1932 y las Normas de 1962 deben ser consideradas como demostrativas del contenido de la servidumbre, bien porque constituyan propiamente el título de adquisición bien porque manifiesten el modo de ejercicio del derecho adquirido por usucapión.

La titularidad de la servidumbre de utilidad comunal adquirida por los vecinos podría atribuirse al Ayuntamiento con el carácter de bien comunal, si se admite la conocida tesis del Prof. Nieto, que incluye en el concepto de bienes tanto el dominio como los restantes derechos reales.

Pero debe estar claro que la eventual consideración como bien comunal de un derecho de servidumbre no puede en ningún caso servir para transformar ese derecho real limitado en dominio pleno ni aun para modificar parcialmente el contenido de la servidumbre. En concreto, cabe resaltar que la potestad municipal de ordenación de usos de los bienes comunales, al ejercerse sobre un derecho de servidumbre, tendrá su límite esencial en las características de la propia servidumbre, que no se podrá alterar ni hacer más gravosa, conforme a la prohibición del art. 543 del Código Civil.



*C) Apropiación por el Ayuntamiento*

La comunidad de propietarios constituida sobre los montes de Galve en 1895-1898 ha desarrollado su existencia hasta la actualidad. Los hechos demostrativos de esa realidad son abundantes, aun careciendo de la documentación completa de la Sociedad de Montes, que obra actualmente en el Ayuntamiento de Galve.

De tal manera, resulta que todos los años, al menos hasta 1988, se han designado los vocales de la Junta administradora entre las diversas categorías de accionistas previstas en la escritura de 1898; periódicamente la Junta ha realizado los repartos de parcelas para su roturación o aprovechamiento agrícola; siempre la comunidad ha percibido los ingresos que por roturas, aprovechamientos pecuarios, explotación de arcillas y demás conceptos le correspondían, celebrando los contratos pertinentes, como el de explotación de arcillas de 1978; igualmente ha pagado la Contribución Territorial primero y el Impuesto de Bienes Inmuebles después, así como otros gastos necesarios para la administración de los montes (laboreos, secretaría, abogado, etc.).

La evidencia de la continuidad de la comunidad surge incluso en aquellos momentos que cabría calificar como problemáticos: los vecinos lograron legitimar las roturaciones en 1932, pero no sin contar con la concurrencia de los accionistas (la «mayoría de socios», dice el Acta levantada), dado que se trataba de «terreno de los comunes de esta sociedad»; las Normas de 1962 evitarán cualquier duda, al ir encabezadas con la frase: «se advierte a todos los vecinos que la Junta es la única dueña y administradora de todas las parcelas»; cuando el Ayuntamiento persigue equilibrar su maltrecha economía con los fondos de la comunidad, no dejará de guardar las formas y buscar en todos los casos el acuerdo de la Junta (Acuerdos de 18 febrero y 21 septiembre 1985, 9 junio y 7 octubre 1988); incluso, para el supuesto más extremo, el fallido intento de atribuir al Ayuntamiento la mitad de los ingresos de la comunidad, no sólo se busca el acuerdo de la Junta administradora, sino que llega a convocarse asamblea general de la comunidad, no aplicándose el acuerdo de la Junta de 18 febrero 1985 al faltar la voluntad de los conductores; y llegados al momento posterior a la unilateral declaración por el Ayuntamiento del carácter comunal de los montes, veremos cómo el mismo Ayuntamiento pretende inútilmente adquirir por vía legítima la propiedad de una acción (sesión de 27 marzo 1992) y aun extrañamente, dado su comportamiento, llega a «dejar claro que una cosa es la titularidad de los montes, que el Ayuntamiento considera de la titularidad municipal, y otra las denominadas acciones la validez de las cuales supone un problema jurídico complejo en el que no entra a pronunciarse por el momento» (Acuerdo de 10 abril 1992).

Los conductores actuales, sucesores de los primitivos adquirentes, en ningún momento han dejado de sentirse y actuar como copropietarios de los montes. Por eso, al surgir las tensiones, con motivo de las apetencias municipales de los abundantes ingresos derivados de la explotación de las arcillas,

un grupo significativo de copropietarios inscribió sus títulos en el Registro de la Propiedad (las primeras inscripciones son de 5 octubre 1983, produciéndose el bloque importante de inscripciones a partir de 13 febrero 1990) y procedió a impugnar acuerdos que consideraba negativos para la comunidad y a solicitar reiteradamente la convocatoria de junta general y otros extremos (escritos de 28 febrero 1985, 28 mayo y 17 junio 1986, 28 octubre y 5 diciembre 1993).

No parece defendible, a la vista de estos datos, la hipótesis de una desaparición de la comunidad de bienes. La declaración de la naturaleza comunal de los montes (Acuerdo Municipal de 7 marzo 1992), así como las actuaciones posesorias manifestadas en la reclamación del pago por la explotación de arcillas (Acuerdo Municipal de 26 abril 1992) o en la adjudicación de lotes a los vecinos (6 septiembre 1993), todas esas actuaciones no son, en consecuencia, sino actos de apropiación ilegítima.

## II. MATICES A LA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA

Tras haber expuesto la interpretación de los hechos que parece adecuada, conviene pasar al análisis de la interpretación alternativa, que propone el Dictamen emitido por el Prof. Embid a solicitud del Ayuntamiento de Galve.

El enfrentamiento de opiniones jurídicas constituye el modo habitual de desarrollo del Derecho, tanto en su construcción científica como en su aplicación práctica. Enfrentamiento que, afortunadamente, lo es de ideas, de criterios, de visiones, nunca de personas. Surgen, así, discrepancias sobre la comprensión de los datos; surgen algunas discrepancias, claro, pues si las divergencias alcanzaran a todas o casi todas las opiniones, sería muy difícil llevar a cabo un verdadero debate jurídico.

Antes de referirse a las discrepancias, conviene, en todo caso, realizar algunos matices sobre cuestiones que, en la estructura del Dictamen del Prof. Embid, pueden resultar secundarias. Se trata de aspectos susceptibles de una diversidad de enfoques que conviene poner de relieve, frente al intento de ofrecer explicaciones sesgadas.

En este grupo de cuestiones, cabe incluir una serie de elementos que, sin negar la configuración originaria de una comunidad de bienes, servirían para poner de relieve, ya desde el inicio, una suerte de natural tendencia de aquella comunidad de bienes de Derecho Privado, constituida en 1898, a transformarse paulatinamente en una propiedad municipal caracterizada como bien comunal.

Tres son, al menos, los argumentos utilizados en esa línea por el Prof. Embid: en primer lugar, el empleo de formas jurídico-privadas para encubrir la pervivencia de los aprovechamientos comunales tradicionales; en segundo término, la incoherencia de las reglas de la comunidad de bienes con el régimen establecido en el Código Civil; y, en tercer lugar, la presencia del Ayuntamiento de Galve en la vida de la comunidad.

*A) Aprovechamientos comunales bajo formas jurídico-privadas*

El Dictamen del Prof. Embid recoge en diversos lugares la idea de que los adquirentes de los montes de Galve pretendían, en realidad, continuar bajo forma jurídico-privada los aprovechamientos comunales, de naturaleza jurídico-pública, que venían realizando. Idea que puede constituir elemento vertebrador del Dictamen, expresándose ya al inicio del mismo:

«En el caso de los bienes de Galve, la observación del devenir histórico durante algo más de cien años permite concluir, sin ninguna clase de duda, en la falta de datos que permitan pensar que, en algún momento, ha habido un sentimiento de propiedad privada en los miembros de la comunidad de bienes que hiciera negar a los vecinos considerados genéricamente su derecho al aprovechamiento» (pág. 69).

La comunidad de bienes sería, así, el «artificio que permitió la conservación en el uso público de unos bienes determinados» (pág. 69) o, como escribe en otro momento:

«...se trata de recurrir a la ficción de la compra... para continuar con el régimen de aprovechamientos comunales de unos bienes que, por los motivos que fuera, no han podido quedar excluidos de la desamortización.» (págs. 76-77).

Artificio o ficción empleado por los vecinos, a fin de evitar las consecuencias de la legislación desamortizadora sobre sus derechos de aprovechamiento de los patrimonios comunales, que constituye situación generalizada en España y singularmente, en Aragón (págs. 84 y sigs.), con diversidad de evoluciones posteriores, que van desde la partición entre los titulares a la cesión al Ayuntamiento, la confusión con el patrimonio comunal o la permanencia de la situación de titularidad y aprovechamiento jurídico-privados (págs. 89 y sigs.).

El anterior planteamiento contiene datos generales sobre la mecánica de la desamortización sobradamente conocidos por su tratamiento doctrinal. Nada se puede discutir sobre tales datos generales. En cambio, no parece tan fácil aceptar que esos datos generales resulten concretamente aplicables al caso de los montes de Galve, en especial a los efectos pretendidos de sostener una continuidad de su carácter comunal. Veamos:

1º) Para empezar, en ningún momento se ha demostrado que los montes de Galve fueran de aprovechamiento comunal, libre y gratuito para todos los vecinos, en el momento de su desamortización. Antes bien, el hecho de su venta debe hacer suponer que no concurría tal aprovechamiento, puesto que en caso contrario debería haberse aplicado el art. 2.9º de la Ley de Desamortización General de 1 mayo 1855, que exceptuó de la desamortización «los terrenos que son hoy de aprovechamiento común».

2º) No parece exacto hablar de la «ficción de la compra» de los montes, cuando se trató de una adquisición producida en pública subasta, formalizada en escritura pública, con un precio cierto efectivamente desembolsado por los adquirentes en distintas cuantías, liquidación del Impuesto de Derechos Reales, inscripción en el Registro de la Propiedad, etc.

3º) Fueran muchos o pocos, está fuera de duda que no todos los vecinos compraron los montes, como prueba la escritura de 1898 al referirse a «los vecinos que siendo hoy de este pueblo no han querido ser accionistas» (base 1ª). Y aunque probablemente la posibilidad de acceder a la propiedad de los montes estuvo abierta a todos los vecinos de Galve, ningún efecto jurídico especial cabe deducir de ahí. Por lo demás, resulta lógico que los vecinos de un pueblo se interesen en la adquisición de fincas situadas en su término municipal.

4º) También está fuera de duda que los vecinos adquirentes compraron participaciones diversas en los montes, de manera que había copropietarios con una acción y copropietarios con 109 acciones. No existió igualdad ni en las aportaciones para el pago del precio ni en los aprovechamientos principales de los montes, que se repartieron conforme a la regla de que «cada acción da facultad y derecho para entrar a pasturar con ocho cabezas de ganado lanar o cabrío o con las correspondientes de mular, caballar, asnal o vacuno, reducidos a lanar» (base 2ª de la escritura de 1898).

5º) La condición de vecino no resulta imprescindible para formar parte de la comunidad. Dice la base 7ª de la escritura de 1898 que «para poder aprovechar los pastos de las referidas fincas es preciso ser accionista de las mismas y ser vecino de Galve o terrateniente de este pueblo...». En el mismo sentido, cabe citar las reglas que transforman los derechos de aprovechamiento para los accionistas no vecinos en derechos al cobro de determinadas cantidades (base 1ª: «...pero si reside fuera del término municipal, no tendrá derecho a utilizar tales leñas y gamones y los conductos le entregarán del fondo común veinticinco pesetas una sola vez»; base 9ª: «Si alguno que no sea vecino con casa abierta en este adquiriese legalmente por títulos o actos mortis causa alguna acción de dichas fincas, solamente tendrá derecho a que los ganaderos del pueblo de Galve, le abonen anualmente por cada acción que tenga una peseta y sesenta céntimos»).

6º) Por último, conviene señalar que la idea del establecimiento de unos aprovechamientos comunales bajo formas jurídico-privadas, aunque fuera cierta, carecería de consecuencias jurídicas. En definitiva, el eventual predominio de un cierto sentido comunal o colectivo, en determinadas reglas de la comunidad de bienes, que en ningún caso llegan a configurar un derecho al uso gratuito por todos los vecinos, no podría servir para quebrar el hecho incontrovertible de la adquisición de la propiedad plena de los montes por particulares. Fueron tales adquirentes quienes libremente, como propietarios que eran, establecieron esas reglas, al objeto de aprovechar los montes de la manera que mejor les convino. ¿Por qué no habría de ser así, cuando los otorgantes quisieron establecer precisamente una comunidad de bienes? ¿Es preciso «sentir» de alguna manera especial el derecho de propiedad para ser propietario? El principio de libertad de pactos, reconocido en el art. 1255 del Código Civil, ampara suficientemente con carácter general el intento de los copropietarios de robustecer la comunidad que constituyeron.

*B) Grado de coherencia con el Código Civil*

Destaca también el Dictamen del Prof. Embid la existencia de un alto grado de incoherencia entre las notas de la comunidad de bienes constituida en 1898 y el régimen de la comunidad de bienes en el Código Civil.

Para llegar a esa conclusión, asegura (págs. 104-105) que la regulación de los arts. 392 y sigs. del Código Civil permite deducir, como notas esenciales de la comunidad de bienes, el carácter provisional de la misma (por la acción de división de la cosa común, art. 400 del Código, sin perjuicio de los supuestos de indivisibilidad del art. 401) y la distinción entre actos de administración y de disposición, a efectos de permitir su adopción por mayoría de condueños o por unanimidad de estos (arts. 397, 398 y 597 del Código Civil).

En el caso de los montes de Galve, ambas notas esenciales habrían resultado alteradas, en el momento constitutivo de la comunidad de bienes o en momentos posteriores, con el resultado de generar «una conflictividad latente innegable» (pág. 111).

La función de estas afirmaciones parece consistir en la preparación de un ambiente que permita comprender y aceptar pasos argumentales posteriores. Por ello, es conveniente realizar algunas apostillas:

1º) Aun admitiendo que, como sostiene la doctrina mayoritaria, el estado de comunidad resulte escasamente favorecido por el legislador, en todo caso, la provisionalidad de la situación de comunidad de bienes debe ser entendida como una facultad concedida a los comuneros y no como una obligación de estos. La acción de división de la cosa común del art. 400 del Código Civil pretende evitar la permanencia obligada y a perpetuidad (por tiempo que exceda de diez años) en la indivisión, pero no prohíbe la situación de indivisión sin límite de tiempo, a voluntad de los condóminos.

2º) Dejando para más adelante el análisis jurídico del pacto de indivisión contenido en la estipulación 5ª de la escritura de 1898, debe destacarse aquí que, hasta el momento, ningún copropietario ha ejercido la acción de división de la comunidad de los montes de Galve. La comunidad, que pretende caracterizarse como provisional y necesariamente conflictiva, por su supuesta oposición a los principios del Código Civil en la materia, resulta ser una comunidad de propietarios ya casi centenaria.

3º) Con respecto a la distinción entre actos de administración y de disposición de la comunidad de bienes, a efectos de exigir mayoría de los condueños o unanimidad (arts. 397 y 398 del Código Civil), debe señalarse que se trata de reglas de Derecho dispositivo, como la mayor parte de los preceptos del Código relativos a la comunidad de bienes. La doctrina entiende, así, que la remisión a la libertad contractual del art. 392.2 («A falta de contrato o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título») está condicionada en su alcance efectivo por una serie de normas de Derecho imperativo, entre las que ningún autor incluye, sin embargo, las de los arts. 397 y 398 (salvo la facultad de acudir al Juez contra los acuerdos de la mayoría, art. 398.3).

4º) En consecuencia con lo anterior, las diferencias entre actos de administración y disposición no pueden ser establecidas abstractamente, sin tener en cuenta las reglas pactadas para cada comunidad, que han podido alterar válidamente el régimen establecido con carácter subsidiario en los arts. 397 y 398 del Código Civil. En el caso de la Comunidad de los montes de Galve será necesario, concretamente, analizar el importante alcance de las facultades atribuidas a la Junta, en la base 6ª y concordantes de la escritura de 1898 («Para la administración de las fincas expresadas, para representar ante los tribunales y demás oficinas públicas a los condueños de dichas fincas en las reclamaciones y asuntos de interés colectivo y común y para todo cuanto se expresa en estas bases se nombrará anualmente una Junta...»).

5º) Por último, debe tenerse presente que, en el ámbito del Derecho Privado, la identificación de posibles infracciones de la legalidad carece de efectos si no se promueve la correspondiente acción por persona legitimada. No sería suficiente, por tanto, con resaltar una eventual incoherencia, entre las notas de la comunidad constituida en 1898 y el régimen de la comunidad de bienes en el Código Civil, para deducir de ahí la eventual nulidad, total o parcial, de la escritura de 1898. Sería preciso el ejercicio de acción por persona legitimada; cualidad que, por cierto, resultaría difícil atribuir a quien, como el Ayuntamiento de Galve, no fue parte (ni trae causa de quien fue parte) en la escritura de 1898.

En consecuencia, conviene rechazar la idea de una infracción del sistema de Derecho Civil patrio en la constitución de la comunidad de propietarios de los montes de Galve. No hay ni tan siquiera indicios de que se violentase el marco normativo aplicable con carácter imperativo. Además, de existir tales indicios, las correspondientes acciones sólo hubieran podido ser ejercitadas por persona legitimada, cualidad que, desde luego, no corresponde al Ayuntamiento de Galve.

### *C) Significado de la presencia municipal*

El tercer argumento utilizado por el Prof. Embid, para demostrar la natural tendencia de la comunidad de bienes constituida en 1898 a configurarse como un bien comunal, deriva de la presencia del Ayuntamiento de Galve en la vida de la comunidad. Con referencia al momento constitutivo, señala cómo el Ayuntamiento está presente en dos aspectos: en el organizativo, puesto que el Alcalde forma parte de la Junta administradora de los montes (base 6ª) y en el financiero, ya que los accionistas ganaderos resultan obligados a donar ciertas cantidades al Ayuntamiento (base 5ª). De esos datos deduce «la clara voluntad confesada por los compradores de los bienes de que el pase de los mismos al régimen jurídico-privado no puede ser absoluto porque, en ese caso, peligraría la misma institución municipal» (pág. 116).

Otros elementos que, en la vida de la comunidad, demostrarían la vinculación con el Ayuntamiento serían el Acta de 19 marzo 1932, que regula la roturación de los Montes con una cláusula en favor del Ayuntamiento (base 5ª: «Cada vecino pagará anualmente la cantidad de diez pesetas consecutivas que

ingresarán en el reparto de utilidades») y los acuerdos de la Junta de entrega de determinadas ayudas económicas en favor del Ayuntamiento (Acuerdos de 18 febrero y 21 septiembre 1985, 9 junio y 7 octubre 1988), de los que escribe:

«...en muy diversas actas de reuniones de la Sociedad de Montes de Galve... aparecen acuerdos o razonamientos de los que se desprende una voluntad inequívoca de configurar un régimen jurídico de los montes muy diverso del que tendría lugar en un sistema de pura propiedad privada.» (pág. 123).

No cabe discutir la realidad de contenidos documentales, aunque quizá sí quepa discrepar de las valoraciones realizadas sobre los mismos.

1º) Así, la presencia del Alcalde en la Junta demuestra, sin duda, la voluntad de permanencia de la comunidad de bienes, pero es ir demasiado lejos el considerarla un elemento determinante de la misma supervivencia del Municipio.

2º) En cuanto a la contribución de los accionistas ganaderos a los gastos municipales, prevista en la escritura de 1898 (base 5ª), parece configurarse como una declaración unilateral de acto de liberalidad, cuyo perfeccionamiento como donación hubiera requerido la aceptación por escrito del donatario, según exigen los arts. 618, 623, 629 y 632 del Código Civil. En todo caso, la eventual obligación derivada de aquella donación afectaba exclusivamente a los declarantes, todos los cuales han fallecido.

3º) La declaración del Acta de 1932, sobre el pago por los vecinos del reparto de utilidades, resulta, en verdad, enigmática, tanto por su contenido como por su contexto como por su forma (pues se incluye «por error voluntario y una vez terminado este contrato»). Entre las diversas explicaciones que cabría dar de ella, puede citarse su comprensión como una prestación que beneficiaría materialmente a los accionistas, al disminuir su contribución en el reparto de utilidades.

4º) Por último, los acuerdos de la Junta de 1985 y 1988 que atribuyen cantidades al Ayuntamiento para finalidades determinadas, no demuestran otra cosa que la realización de unas donaciones.

### III. DISCREPANCIA CON LA INTERPRETACIÓN ALTERNATIVA SOBRE LA EXPANSIÓN DE LOS DERECHOS VECINALES

Junto a los anteriores matices, que pretenden manifestar el carácter dudoso de determinadas interpretaciones, resaltando hechos o consideraciones que parecen más concluyentes, hay sin embargo una cuestión central en la que la discrepancia aquí formulada es radical. La cuestión se refiere a la expansión de los derechos vecinales: el derecho de los vecinos a ciertos aprovechamientos agrícolas se transforma en un derecho al rendimiento económico de otros usos de los montes y, en definitiva, en un completo derecho real de aprovechamiento y goce que conlleva la eliminación de la comunidad de bienes surgida en 1898. Ahí se encuentra el fundamento directo de la apropiación lle-

vada a cabo por el Ayuntamiento; por eso cabe prestar especial atención a la argumentación desarrollada sobre el particular.

El Prof. Embid añade, en efecto, a los derechos vecinales de aprovechamiento agrícola, unos «usos vecinales generalizados» (pág. 131), en apoyo de cuya existencia menciona la falta de reparto entre los accionistas de los ingresos procedentes de la explotación de arcillas (contrato de 1978):

«...clara voluntad permanentemente expresada de que los usos de estas tierras distintos de los de pastos, pertenecen como derecho propio a los vecinos y por ello les benefician directamente (atribución de parcelas para usos agrícolas) o indirectamente (utilización de cantidades económicas para servicios generales que evitan, así, una aportación o tributación de los vecinos).» (pág. 134).

Con estos aprovechamientos vecinales adicionales cabría configurar un derecho de los vecinos al completo aprovechamiento y goce de los montes, derecho que podría caracterizarse como bien comunal (págs. 142-144), incluyéndolo en el Inventario de Bienes Municipal (pág. 150) y procediendo a regular su uso mediante Ordenanza (pág. 155).

Expresamente se considera contenido del derecho real ganado por los vecinos:

«...la pretensión de que los rendimientos económicos de cualquier otro uso (ejemplo, las arcillas), reviertan en servicios y utilidades del común... (...) ...inequívocamente, tal derecho ha sido ganado por prescripción por el común de los vecinos cuando los fondos provenientes del arrendamiento de las arcillas han venido regularmente siendo utilizados para fines comunales» (pág. 157).

La discrepancia con estos planteamientos es radical:

1º) No parece cierto, para empezar, que los rendimientos de la explotación de las arcillas se hayan atribuido de manera generalizada ni al Ayuntamiento ni a los vecinos. Esporádicamente, en tres ocasiones por lo que nos consta (21 septiembre 1985, 9 junio y 7 octubre 1988), la Junta administradora ha decidido entregar al Ayuntamiento un total de 5.150.000.- pesetas para finalidades determinadas (iglesia, casa consistorial y cementerio).

2º) El intento de atribuir al Ayuntamiento la mitad de los ingresos de la comunidad por explotación de arcillas resultó fallido, tal como se ha relatado en los antecedentes, al no ratificar la asamblea general de propietarios el Acuerdo de 18 febrero 1985, según indica el Presidente de la Junta (y Alcalde) en escrito de 20 marzo 1985.

3º) Por otra parte, no resulta adecuado designar ni a los vecinos ni al común de vecinos como destinatarios de las aportaciones económicas producidas, que se han destinado al Ayuntamiento, constituyendo fuente de ingresos para la Hacienda municipal. En consecuencia, difícil será calificar esos ingresos como derecho o bien comunal.

4º) Aun en el caso de que se hubiera producido una atribución de los beneficios económicos de los montes al Ayuntamiento o a los vecinos, no habría



manera de encontrar otra causa del negocio jurídico que la entera liberalidad de la comunidad de propietarios donante, siendo imposible configurar, a partir de unas donaciones practicadas, ningún derecho a seguir percibiendo donaciones de contenido semejante.

5º) Al propietario corresponden todos los aprovechamientos lícitos de que sea susceptible su propiedad, conforme establece el art. 348 del Código Civil. La circunstancia de que tradicionalmente los propietarios de un predio lo hayan utilizado predominantemente para una finalidad determinada (en nuestro caso, los pastos; aunque también para leñas, gamones, caza y aprovechamientos agrícolas) no impide la atribución a los mismos propietarios de nuevas utilidades.

#### IV. ACCIONES DE DEFENSA

Descartada la tesis alternativa, se reafirma la interpretación inicialmente propuesta: los montes de Galve son propiedad de los condueños, que se agrupan en una comunidad de bienes desde el año 1898, sin perjuicio de que pueda identificarse una servidumbre de utilidad comunal para aprovechamiento agrícola. Se ha producido, por tanto, una apropiación ilícita de los montes por parte del Ayuntamiento, al incluirlos en su Inventario, disponer de los lotes, exigir el cobro de los derechos de explotación de arcillas, etc.

Conviene ahora plantearse las diversas acciones judiciales que cabría emprender en defensa de los derechos de los copropietarios. Acciones a plantear por cualquiera de los condueños de los montes. Lo cual significa que en todo caso deberá probarse la legitimación activa de quien litiga, como derechohabiente legítimo de uno de los condóminos primitivos.

##### *A) Reivindicación*

Pues bien, a la vista de los hechos acontecidos, parece aconsejable utilizar, en primer término, la acción reivindicatoria contra el Ayuntamiento. En caso de copropiedad, cualquier comunero está autorizado a ejercer la acción reivindicatoria, aprovechando los efectos favorables de la sentencia que se dicte a los demás condueños (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 abril 1896, 5 junio 1918, 28 abril 1923, 17 junio 1927, 9 junio 1953 y 31 enero 1973, entre otras).

Todos los requisitos tradicionalmente establecidos por nuestra Jurisprudencia para el éxito de la acción reivindicatoria concurren en este caso: dominio del actor, identificación de la finca y su posesión o detentación por el demandado (p. ej.: Sentencias del Tribunal Supremo de 21 febrero 1941, 18 abril 1974 y 26 mayo 1994).

En la misma demanda cabría incluso solicitar la designación judicial de un interventor de la explotación de los montes, que asegurara la integridad de los bienes litigiosos, tal como permite el art. 1419 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

*B) Rendición de cuentas*

Paralelamente, cabría que uno de los copropietarios ejerciera la acción de rendición de cuentas contra los administradores, tal como autoriza la Jurisprudencia (últimamente, Sentencias del Tribunal Supremo de 27 abril 1990 y 8 marzo 1993). En calidad de administradores habría que demandar a los miembros de la Junta administradora de los montes desde 1988 (año de la última designación conforme a lo previsto en la escritura de 1898) y a los sucesivos Alcaldes que han sido o han actuado como Presidentes de la Junta. La acción sería cauce idóneo para solicitar el reparto de los beneficios de la comunidad entre los comuneros en proporción a sus cuotas, según establece el art. 393 del Código Civil.

*C) División de la cosa común*

Por último, también cabría que cualquiera de los condueños planteara la acción de división de la cosa común, que debería dirigirse contra todos los restantes copropietarios, según viene exigiendo la Jurisprudencia (p. ej., Sentencias del Tribunal Supremo de 17 noviembre 1977 y 22 mayo 1993). No habría necesidad de dirigir la acción contra el Alcalde si no es copropietario. Tampoco contra el Ayuntamiento ni contra el común de vecinos, a pesar de la existencia de la servidumbre de utilidad comunal de aprovechamiento agrícola, dado que «la división de la cosa común no perjudicará a tercero, el cual conservará los derechos de hipoteca, servidumbre u otros derechos reales que le pertenecieran antes de hacer la partición», tal como establece el art. 405 del Código Civil y aplica la Jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 febrero 1989, 30 mayo 1990, 28 octubre y 18 noviembre 1994).

La acción divisoria, reconocida en el art. 400 del Código Civil, no puede ser negada a ningún copropietario, sean cuales sean los pactos en contrario que se aduzcan, según doctrina jurisprudencial reiterada: Sentencias del Tribunal Supremo de 31 diciembre 1985, 9 octubre 1986, 12 julio 1993 y 27 diciembre 1994, entre muchas otras. Únicamente cabe exceptuar a las comunidades germánicas admitidas por nuestro Derecho, como pueden ser la comunidad conyugal o los montes vecinales en mano común, que nada tienen que ver con nuestro caso.

Cuestión distinta es la relativa al posible carácter indivisible de la cosa común, por resultar en caso de división «inservible para el uso a que se destina» (art. 401 del Código Civil), lo que determina la solución legal de adjudicación a uno de los condueños indemnizando a los demás o venta del bien y reparto de su precio (art. 404).

El carácter indivisible es cuestión de hecho, como dice la Jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 17 abril 1986 y 21 marzo 1988), que últimamente se muestra proclive a admitir situaciones de indivisibilidad por el simple demérito que la división produciría en la cosa común. Así, se consideran indivisibles dos locales que precisan de obras de adaptación complicadas (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 febrero 1983), un aparcamiento de

vehículos configurado como unidad desde los planos «registral», «contractual» y «real y arquitectónico» (Sentencia de 20 noviembre 1985), una explotación hotelera (Sentencia de 19 octubre 1992), una vivienda de 140 metros cuadrados útiles (Sentencia de 12 julio 1993) o un balneario (Sentencia de 27 diciembre 1994).

Posiblemente es en el sentido anterior como debe interpretarse la estipulación 5ª de la escritura de 25 julio 1898, cuando prohíbe a los condueños «solicitar ni obtener en tiempo alguno la división material de las fincas» y justifica la prohibición, en línea con el supuesto de hecho del art. 401 del Código Civil, argumentando «que si dichas fincas fuesen divididas se inutilizarían para el aprovechamiento de pastos y leñas que son los frutos que producen».

## CONCLUSIONES

PRIMERA. Los adquirentes de los montes de Galve en 1895-1898 configuraron una comunidad de bienes, en la que continúan participando como condueños sus derechohabientes.

SEGUNDA. El común de vecinos de Galve y en su nombre el Ayuntamiento puede considerarse titular de una servidumbre de utilidad comunal para el aprovechamiento agrícola de los montes, conforme a las características establecidas en las Normas de 31 marzo 1962.

TERCERA. El Ayuntamiento de Galve se ha apropiado ilícitamente de los montes, al declararlos bienes comunales y realizar diversos actos posesorios que rebasan ampliamente cualquier posible contenido de la citada servidumbre de utilidad comunal.

CUARTA. Frente a los planteamientos anteriores, carece de consistencia considerar que se han empleado formas jurídico-privadas para encubrir la pervivencia de aprovechamientos comunales tradicionales, puesto que ni está probada esa circunstancia ni, de probarse, determinaría ningún efecto jurídico contra la comunidad de bienes.

QUINTA. Debe también rechazarse la idea de una posible infracción del régimen de las comunidades de bienes en el Código Civil, ya que no está acreditada la violación del marco normativo aplicable con carácter imperativo ni se han ejercitado nunca por las personas legitimadas las correspondientes acciones.

SEXTA. La presencia del Ayuntamiento en la constitución y desarrollo de la comunidad de bienes admite explicaciones diversas, resultando una mera especulación el considerarla demostrativa de una tendencia a configurar un bien comunal.

SÉPTIMA. Tanto bajo la óptica de los hechos como en el encuadre jurídico, resulta inaceptable la expansión de los derechos vecinales de aprovechamiento agrícola, hasta transformarlos en un completo derecho real de aprovechamiento y goce que conllevaría la eliminación de la comunidad de bienes.

OCTAVA. Cualquiera de los condueños puede plantear la defensa de sus derechos mediante el ejercicio de las acciones reivindicatoria, de rendición de cuentas y de división de la cosa común.

Tal es mi opinión que, como siempre, someto a cualquier otra mejor fundada en Derecho.

En Zaragoza, a veintiocho de julio de 1995.

# **NATURALEZA Y FUNDAMENTO DE LA JUNTA DE PARIENTES EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS**

**RAFAEL BERNAD MAINAR**  
*Profesor de Derecho Civil*

## **NATURALEZA**

El problema de la naturaleza jurídica de la figura ha sido, y sigue siendo, uno de los principales escollos a los que hay que enfrentarse a la hora de abordar el estudio de la institución de la Junta de Parientes. Y ello porque, dependiendo de la posición adoptada acerca de este arduo tema, deberemos pronunciarnos por la aplicabilidad de una u otra legislación, así como el procedimiento que ha de seguirse para poner en marcha el mecanismo de su actuación.

COSTA<sup>1</sup> opina que no nos hallamos ante «una simple rueda del organismo de la familia», como definen los Códigos europeos al Consejo de familia, ni que «su derecho sea una simple derivación del derecho referente a la tutela», puesto que supera con creces tales atribuciones tuitivas; la verdadera naturaleza del organismo descansa en la consideración de «un sistema, un verdadero círculo social que separa la familia del municipio y de la nación, y su derecho un verdadero derecho gentilicio».

Es decir, dicho autor parte de una noción quizás ya desfasada de la familia, a la que califica con la categoría de Estado autónomo del poder político, con

---

<sup>1</sup> La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses, Madrid, 1883, p. 225.

un carácter endogámico, capaz de generar y resolver conflictos, por su proximidad con el medio, al actuar in situ, lo que permite un mayor conocimiento de cada caso y circunstancia, en respuesta a un principio básico de nuestro Derecho, cual es el mayor contacto con la Casa.

Además, le confiere una nota que resalta el talante familiar de la figura, como es el de la gentilidad, el parentesco, como base de su significación, sin perjuicio de que admita, con carácter excepcional que elementos no parientes formen parte de la Junta, para facilitar, en ocasiones, su constitución, y agilizar su funcionamiento.

Según esta tesis, la Junta tendría esencia de Tribunal familiar, pues contribuiría a superar los problemas que se plantearan, pudiendo llegar a exceder ese mero actuar judicial, desembocando en una institución total, integradora, comprensiva y básica del Derecho familiar y sucesorio, con autonomía organizativa, normativa, y de funcionamiento.

No podemos aceptar de plano esta consideración, toda vez que la tachamos de anacrónica y un tanto mitificadora, sin restarle su mérito en el tiempo en el que fue expuesta, ni su valentía, brillantez y eficacia, demostrada en los logros conseguidos con posterioridad en cuanto a su observancia, seguimiento y conservación.

SAINZ DE VARANDA<sup>2</sup> distingue los diversos supuestos de actuación para atribuir una u otra naturaleza a la figura.

Así, cuando interviene en los actos de Derecho de familia, a pesar de la variedad de los casos realizados, entiende que la Junta tiene principalmente carácter de Tribunal.

En los supuestos de actuación como fiduciario, en los que deberá proceder a designar heredero, cree el referido jurista que su posición es análoga a la de los fiduciarios comisarios.

Tiene puntos de contacto con el fideicomiso en general, aunque dista tanto del fideicomiso universal romano, como del fideicomiso de confianza catalán en los términos que ya veremos más adelante.

También estima SAINZ DE VARANDA la diferencia con la especialidad del testamento por comisario, aunque reconozca su analogía, por ser encuadradas ambas en el marco de las que dejan la institución al arbitrio de un tercero.

Remarca el mismo autor el deslinde que debe efectuarse con las diversas modalidades de sustituciones hereditarias (ya vulgar, pupilar, ejemplar o fideicomisaria), así como con la figura del albaceazgo, que tiene funciones más limitadas que el Consejo, y, por último, de la institución del contador-partidor.

---

<sup>2</sup> El Consejo de Parientes, A. D. A. VII, 1953-1954, pp. 7 y ss.

Concluye su tesis defendiendo que, en este caso, nos hallamos ante una «institución de heredero remitida al arbitrio de un tercero», entendiendo por arbitrio un «sentido equitativo y prudente».

Al tratar el Consejo de Parientes como Tribunal familiar, SAINZ DE VARANDA opina que en tales actuaciones nos hallamos ante un compromiso, teniendo el Consejo el carácter de árbitro colegial, planteándose la cuestión de cuál sería la legislación y requisitos exigibles.

Niega la aplicación de los preceptos del Código Civil relativos al compromiso, por primar el Derecho foral al propio Código, y contar el primero con una mayor libertad de forma en cuanto a la institución compromisaria.

También rechaza la conveniencia de la L. E. C., puesto que una norma procesal no puede derogar otra de naturaleza material.

Por último, parece admitir la procedencia de la Ley de Arbitraje Privado de 1953, puesto que la definición genérica de su contenido engloba perfectamente la labor de los parientes, reuniendo los requisitos necesarios para su validez: poder de jurisdicción, contrato previo y sometimiento a la decisión adoptada.

Todo ello, sin perjuicio de las diferencias existentes entre el Consejo de Parientes y los extremos previstos por la Ley especial (capacidad, carácter de actuación, personas que lo pactan y acatan).

En suma, el autor se decanta por la consideración de la Junta como verdadero Tribunal familiar.

SAPENA<sup>3</sup> opina que no se puede calificar a la Junta de Parientes como Tribunal familiar, pues dentro de sus atribuciones no predomina la de juzgar y decidir sobre las controversias familiares, pues esta función es verdaderamente complementaria de la suya propia, aunque se exija en ocasiones para asegurar la efectividad de lo que pudiera legitimar.

Incluso, en el caso de sostener que se tratara de una actuación comparable a la Jurisdicción voluntaria, no podríamos hablar en puridad de un Tribunal, *sensu stricto*, ya que su intervención quasijurisdiccional no deriva de la norma que así lo impone, sino de la previa voluntad de las partes, que acuerdan someterse al arbitrio de determinadas personas con base en el prestigio de sus integrantes, en modo parejo cuando se recurre o acude a los amigables compondores o árbitros, con el objeto de evitar el pleito o litigio.

Para ello, se apoya en la consideración de que no se utiliza en ningún supuesto el término «Juez» o «Tribunal» para aludir a la Junta de Parientes y,

---

<sup>3</sup> Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, dirigidos por LACRUZ BERDEJO, 1988, p. 574.

aún más, cuando la autoridad judicial forma parte de la institución, adquiere una función meramente arbitral e interna, que le confiere un carácter decisorio por pertenecer a dicho órgano, y no por su propia función eminente y principalmente jurisdiccional.

Por tanto, sostiene SAPENA que se trata de un órgano consuetudinario con una función legitimadora de los actos con transcendencia patrimonial que el buen hacer y gobierno de la casa precise; es un órgano fiduciario al servicio de la Casa, para su conservación.

MERINO HERNÁNDEZ<sup>4</sup> concede a la figura una serie de caracteres, que definen la naturaleza que le atribuye dicho autor.

En primer lugar, habla de una institución «**típica y estrictamente familiar**», con lo que excluye ya de plano la posibilidad de que personas ajenas al círculo de parientes formen parte de la Junta, lo cual debatiremos, detalladamente, en el apartado correspondiente a la composición de la Junta.

También considera que estamos ante un órgano «**no meramente consultivo, sino decisor de aquellas cuestiones familiares o sucesorias, que se someten a su acuerdo y resolución**». En esta situación, funciona como si de un Tribunal familiar se tratase.

Cree MERINO que no se desvirtúa este carácter por el simple hecho de que sus resoluciones puedan recurrirse ante los Tribunales ordinarios; la autoridad judicial funciona como una segunda instancia.

Si el recurso no existe, la naturaleza de Tribunal se refuerza e intensifica, toda vez que cumple tales veces de forma exclusiva.

Otra nota caracterizadora de la figura es que «**no es un órgano de tutela**», como lo era el Consejo de familia francés, puesto que excede, en gran medida todas esas funciones.

Estima el mismo jurista que el campo de actuación de la Junta se delimita, en términos procesales, al ámbito de la Jurisdicción voluntaria, con un poder jurisdiccional claro y manifiesto.

BONET NAVARRO<sup>5</sup> cuestiona alguna de las afirmaciones vertidas con anterioridad, en juristas de talla tan excelsa como los aquí citados.

Para el reputado procesalista, la función de la Junta de Parientes es «**la decisión integradora de actos y soluciones jurídicas**».

Su actuación ni es un mero consejo, ni entra en el ámbito de la Jurisdicción Voluntaria. Actúa a modo de Tribunal familiar, sin serlo, puesto que los

---

<sup>4</sup> Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales, dirigidos por Albaladejo, Tomo XXXIII, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1986, pp. 237 y 238.

<sup>5</sup> Quintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, 1995



Tribunales sólo pueden ser creados por Ley Orgánica, y la Junta no tiene tal reconocimiento, por lo que no es un tribunal jurisdiccional público.

Podría decirse que se trata de un Tribunal Consuetudinario, pero tampoco la Ley Orgánica del Poder Judicial así lo entiende, pues solamente reconoce como tal al Tribunal de las Aguas de Valencia.

Plantea BONET si cabe el encuadramiento de nuestra figura en el arbitraje privado, toda vez que el Tribunal Constitucional<sup>6</sup> entiende que éste tiene la consideración de «**equivalente jurisdiccional**», si bien descarta tal indicio al afirmar que el arbitraje tiene naturaleza jurisdiccional, dada la eficacia de sus acuerdos.

Prosigue el Catedrático opinando que la Compilación no crea un arbitraje especial en nuestro caso concreto, sino que le atribuye a la Junta una función y labor distinta de la que le es propia por naturaleza.

En cuanto a la aplicabilidad de la nueva Ley de Arbitraje de 1988, se pronuncia el mismo profesor por admitir su cabida al amparo de la flexibilidad y amplitud de actuación del art. 3.2, en cuya virtud:

«Cuando en forma distinta de la prescrita en esta Ley dos o más personas pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y acepten expresa o tácitamente su decisión, después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato».

Ello significa que las partes sólo quedarán obligadas si aceptan la decisión expresa o tácitamente, con posterioridad.

En caso contrario, esto es, si no hay dicho acuerdo, el que pretenda exigir su cumplimiento deberá acudir, irremisiblemente, al correspondiente juicio ordinario.

Concluye BONET aseverando que la decisión de la Junta no es ni una sentencia ni un laudo arbitral, ni es óbice dicha actuación decisora para que actúe, en toda su extensión, la tutela judicial efectiva consagrada por el art. 24.1 de nuestra Carta Magna.

PASTOR OLIVER<sup>7</sup> califica a la Junta como órgano consuetudinario, flexible, inestable, familiar, y con facultades decisoras y no meramente asesoras o consejeras.

Con base en tales atributos, niega que las decisiones de la Junta puedan asimilarse a los laudos arbitrales, puesto que no cumplen los requisitos mínimos del arbitraje.

---

<sup>6</sup> Sentencia de 22 de Marzo de 1991.

<sup>7</sup> Quintos encuentros del Foro de Derecho Aragonés, 1995.

De una parte, trata de materias indisponibles, en las que interviene el Ministerio Fiscal en defensa de menores e incapaces, tema totalmente vetado al arbitraje (aspecto objetivo).

Desde una visión subjetiva, el árbitro debe ser imparcial, y el pariente integrante de la Junta puede presumir de todo menos de ser imparcial, por razones más que evidentes de interés en la familia, con lo que cabría su recusación en los mismos términos que lo sería recusable un juez (art. 17 L. A. P.).

Ante la negativa del encuadre en el arbitraje, recurre el Magistrado a ubicarlo en el campo del acuerdo o convenio entre las partes, si bien sólo le otorga eficacia en situaciones de Derecho pacífico, no litigioso, puesto que, de haber controversia, sus decisiones no pueden obviar el derecho de acudir en busca de tutela en la jurisdicción.

Es decir, se limita su funcionamiento al supuesto de Derecho pacífico; en otro caso, la Junta, para PASTOR OLIVER, deviene inútil y reiterativa y, prácticamente, se diluye, pues se acudirá, en último término, al Juzgado pertinente.

Concluye el mismo colaborador de la Ponencia<sup>8</sup> negando la posibilidad de que en el futuro, de lege ferenda, pueda llegar a ser la Junta de Parientes una Junta Arbitral, puesto que Aragón carecería de competencias legislativas en tal materia, ya que la jurisdicción existe para resolver controversias, como verdadero instituto de paz social, lo cual emana de la soberanía nacional y, por ende, es competencia exclusiva del Estado.

A la hora de pronunciarnos sobre la naturaleza jurídica de la Junta de Parientes, analizaremos las tesis vistas con anterioridad desde una perspectiva crítica.

Ya hemos abordado nuestra opinión acerca de la visión particular y original de COSTA, a la que hemos tachado de idealizadora y utópica, por basarse en una realidad un tanto mítica y apasionada.

Tampoco consideramos que podamos hablar de un Tribunal familiar, puesto que, en puridad, y siguiendo a BONET, no se trata de un órgano jurisdiccional, pues debe emanar y derivar de una Ley Orgánica su creación.

Sin embargo, a pesar de la afirmación precedente, podíamos situarlo en el campo rayano a la jurisdicción, siendo un órgano quasi jurisdiccional, pues no sólo asesora, sino que también decide.

No es descartable su semejanza a la denominada jurisdicción voluntaria en cuanto a su fundamento, ya que se quiere evitar un largo, costoso y farrañoso procedimiento, que dilata y dispendia fuerzas, ánimos y monedas.

---

<sup>8</sup> Segunda Ponencia, 1995, 21 de Noviembre.

No aceptamos su delimitación como órgano tutelar, pues excede dichas funciones en gran medida, siendo la actuación en tal área nimia y de escasa transcendencia.

Tampoco nos pronunciamos por una defensa de la figura del arbitraje, que recoja los moldes de la actuación parental, por las deficiencias subjetivas y objetivas apuntadas por PASTOR OLIVER.

Sin embargo, el espíritu de la Junta descansa en el denominado arbitraje de equidad, según «el leal saber y entender de sus miembros», y la función atribuida por la nueva legislación especial de arbitraje a los árbitros participa de la misma esencia originaria que movió a la Junta a su implantación y desarrollo, esto es, la descarga judicial y la primacía de la voluntad de los particulares como ingrediente necesario y suficiente para resolver las cuestiones planteadas.

Es decir, predicamos la existencia de una institución «*sui generis*», diferenciada por una serie de notas que le confieren un talante ecléctico, respecto de todas las posiciones doctrinales anteriormente expuestas y desarrolladas, que, sin ánimo taxativo, enumeramos a continuación, en lógica correlación con las características apuntadas al hablar del concepto de la Junta de Parientes:

1. Carácter consuetudinario;
2. Carácter fiduciario, puesto que se erige en depositario de la confianza de la familia y los familiares;
3. Ámbito de actuación familiar, eminentemente sucesorio y patrimonial;
4. Facultades consultivas y decisorias;
5. Flexibilidad de actuación y proceder;
6. Su asiento reposa en la autonomía de la voluntad y la libertad civil;
7. Su fin y objetivo último es la legitimación de actos de contenido y transcendencia patrimonial tendentes a la conservación de la Casa y la propia familia.

## FUNDAMENTO

La existencia de una figura tan específica responde a una serie de razones, que constituyen la esencia y verdadera justificación de su reconocimiento.

COSTA<sup>9</sup> radica su defensa en la «idea de restaurar aquel círculo social que en las primitivas edades existió entre la familia y la ciudad, o entre la familia y la tribu».

---

<sup>9</sup> La Libertad y el Congreso de Jurisconsultos de 1880, 1883, pp. 221.

Además de esta base histórica, introduce un argumento social y familiar importante, como es el hecho de que «las relaciones familiares son de índole tan especial, que sólo los que dentro de ella viven, pueden apreciarlas con exactitud y juzgarlas con pleno conocimiento de causa».

Incluso acude a cuestiones políticas para mantener su tesis, al afirmar «la necesidad de que la familia se mueva en un círculo más ancho que el que en la actualidad le confiere la ley civil».

Pero no acaban aquí los logros que nuestro insigne jurista vislumbra en la figura, puesto que aduce otra serie de razones del mantenimiento de la Junta de Parientes.

Añade la conveniencia de no dar entrada a los poderes públicos para dirimir las controversias suscitadas entre los familiares.

Además, recurre al argumento, siempre convincente, de la experiencia consuetudinaria, que ha impregnado el instituto en la idiosincrasia y modo de ser «natural e ingénito» de nuestro pueblo.

Se agregan otros incentivos al desarrollo de la figura, como es el propio interés del Estado y los poderes públicos de «descargar de atenciones y cuidados una buena parte de su actividad».

Por último, culmina el polígrafo aragonés con un elemento propio y arquetípico del Derecho aragonés que refuerza e intensifica la vigorosidad de la Junta: el régimen de la *charta*, que convierte este instituto en un órgano «económico y moralizador».

COSTA, en nuestra opinión, se excede en cantar las excelencias del objeto de su halago, pero no debemos obviar algunas de ellas como base de su existencia. Así, razones de naturaleza histórica y política, no se apartan de otras tesis más modernas que, de forma menos ardorosa, defienden a la Junta.

SAINZ DE VARANDA<sup>10</sup> busca las raíces existenciales de nuestra figura en razones principalmente prácticas y de utilidad, por los beneficios que puede aportar su admisibilidad, mayores en sus ventajas, que todos posibles defectos y rémoras que le sean propios.

Así, parte de dos temores ingénitos al pueblo aragonés para reconocer su utilización. De una parte, el horror a la sucesión intestada, con la incertidumbre y pésimas consecuencias económicas que genera (división de patrimonios); por otra, la aversión existente a la intervención de la justicia oficial.

Como puede entreverse, ambos recelos se entremezclaban y relacionaban, puesto que la sucesión intestada conducía irremisiblemente (en la actualidad, ya no, pues se permite la intervención notarial en las declaraciones de herederos) a la intervención judicial.

---

<sup>10</sup> El Consejo de Parientes, A. D. A. VII, 1953-1954, pp. 34 y 54.

Esta tesis teleológica cuenta con atisbos de viabilidad, puesto que descansa en la práctica y en las necesidades de la vida actual, y es esta finalidad su principal y mejor valedor, superando otras aplicaciones, ya desfasadas, más usuales y adaptadas a la realidad de los tiempos en que SAINZ DE VARANDA esgrimió tales justificantes, tan ajustados y convincentes.

SAPENA TOMAS<sup>11</sup> cifra el fundamento de la Junta de Parientes en el servicio que presta a la Casa, convirtiéndose en órgano depositario de la confianza de la familia, a fin de procurar la conservación de aquélla, puesto que la finalidad que su existencia justifica es la de **«servir a su continuidad, salvando así los posibles escollos que puedan surgir, tanto de las discrepancias entre familiares, como de las lagunas en la relación sucesoria»**.

De ahí, que entienda el propio autor que, atendiendo a los precedentes, sólo intervendría la Junta en tres casos posibles, que son los siguientes:

1. Cubrir el hueco producido por el fallecimiento del cónyuge heredero (casamiento en casa).
2. Fallar las divergencias surgidas entre las dos generaciones de instituyentes e instituidos, amos y jóvenes que en la Casa se reúnen para mantenerla.
3. Designar al nuevo heredero para transmitir la herencia a la generación siguiente.

En tiempos más recientes se ha unido un cuarto caso, el disponer de los bienes del heredero difunto para conservar la familia, mantener el patrimonio, incluso, a costa de la pérdida de algunos bienes cuando así convenga, o fuera necesario.

Conecta SAPENA con uno de los principios generales básicos del Derecho Aragonés, el de la conservación de la Casa, como una manera de arraigo a la tierra y de mantenimiento del patrimonio familiar.

Sin duda, el fundamento de la institución, originariamente, pudiera ser, entre otros, el que apunta SAPENA.

Pero intentar asignar tal ratio a la Junta de Parientes actual debe modularse y matizarse, por haber cambiado las circunstancias y necesidades desde su nacimiento hasta hoy.

No obstante, como ya veremos más adelante, este principio que sirve de apoyo a SAPENA puede ser el verdadero antecedente del fundamento que nosotros defenderemos sobre la existencia actual y desarrollo que debe cobrar la figura objeto de análisis.

---

<sup>11</sup> VV. AA. Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón, dirigidos por LACRUZ BERDEJO, Tomo I, D. G. A., Zaragoza, 1988, p. 573.

MERINO HERNÁNDEZ<sup>12</sup> recurre al criterio original de COSTA de la excusión que la Junta de Parientes supone para la actuación judicial, en la línea marcada por el principio de la autonomía doméstica o «selfgovernment civil», que según nuestras propias palabras instaura la denominada «**endogamia familiar**» como posible elusión de litigios interminables y de consecuencias desagradables para toda la familia, abogando por una solución in situ, sobre el terreno, con adaptación a la especialidad de cada grupo familiar, que será conocida, sin duda alguna, por sus miembros integrantes.

Destaca MERINO la excepcionalidad del movimiento que encarna la Junta de Parientes, frente a la tendencia mayoritaria y generalizada impuesta por el Derecho de familia, que CARBONNIER<sup>13</sup> reconoce con el apelativo de «**estatización**», tanto desde la perspectiva sustitutiva del Estado, que reemplaza a la familia, como desde la óptica controladora y fiscalizadora del propio Estado sobre el ente familiar.

MERINO no hace sino corroborar aquí su tesis sobre la naturaleza jurídica de la Junta, a la que inserta en el plano de la jurisdicción voluntaria, hoy incentivada por instancias europeas, dando cabida en su ejercicio al Notariado.

De todo ello, son muestra las últimas legislaciones habidas, que confirman lo expresado. Tal es el caso de la Ley de Arbitraje Privado de 5 de Diciembre de 1988, y la Ley de Reforma Procesal de 30 de Abril de 1992, que refuerzan la figura del arbitraje y confieren atribuciones quasi jurisdiccionales (jurisdicción voluntaria) al Cuerpo Notarial, respectivamente.

LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA<sup>14</sup> justifica la existencia de la Junta de Parientes con base en dos criterios significativos, interrelacionados y complementarios: de una parte, la agilización del tráfico jurídico; de otra, y consecuencia de la anterior, la economía.

La aceleración vertiginosa del tráfico jurídico impele a ampliar las funciones y atribuciones de la Junta; la oportuna intervención de la misma puede ocasionar dicha flexibilidad y agilidad, con la consiguiente ventaja y beneficio patrimonial.

Nos parece acertada tal postura, puesto que prima la cuestión práctica, y se adecúa a las necesidades de la vida cotidiana, con el objeto de establecer una institución eficaz, válida, provechosa, efectiva y consistente.

Nosotros, a la hora de buscar el fundamento de la figura, partimos de una evolución interpretativa del Derecho Aragonés, adecuando a la realidad social

---

<sup>12</sup> VV. AA. Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales, dirigidos por Albaladejo, Tomo XXXIII, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1986, p. 238.

<sup>13</sup> Jean Carbonnier, Derecho flexible, Tecnos, Madrid, 1974.

<sup>14</sup> Segunda Ponencia de los Quintos Encuentros del Foro de Derecho aragonés, celebrada el 21 de Noviembre de 1995.

determinada las normas que deben ser aplicadas, puesto que con LACRUZ, entendemos que «también la readaptación de la solución histórica es, ella misma, histórica».

Nos pronunciamos por un principio general de gran raigambre, y que hoy está siendo sostén de la más variada jurisprudencia. No es otro que el principio del FAVOR NEGOTII, que inculca la necesidad de hacer prevalecer la validez de los negocios en aras de la eficacia, eliminando cualquier perturbación, que pueda generar una rémora al tráfico jurídico.

Este principio se ha desarrollado sobremanera e, incluso, ha invadido terrenos específicos, tomando nombres particulares, según la materia de la que se tratara (favor matrimonii, favor testamenti).

Nos inclinamos por la afirmación de la existencia del principio citado como ya consagrado en nuestra legislación aragonesa, y aun no siendo exclusivo de la misma, forma parte de nuestro ordenamiento, excluyendo la posible intervención del Código Civil como supletorio, cuando aquél resulte invocado.

Es decir, a través del cauce de los principios generales del Derecho, podría ver luz un primer acto originario de una actuación consuetudinaria, que se vería, sin duda, secundada por las ventajas que alberga.

Un hecho deviene en costumbre a través de un precedente; al segundo rechazo, podría considerarse como contrario a la ley, por lo que se exige el conocimiento de los tribunales, los cuales podrán apreciar la existencia de la costumbre, y aplicarla como tal.

Por tanto, será la Magistratura y las Cortes las que formulen y solemnicen los hechos aceptados por la comunidad voluntariamente. De aquí que se le abra al Derecho Consuetudinario en Aragón un campo amplio para desarrollarse, siguiendo las necesidades sociales y económicas; instituciones desaparecidas o escasamente articuladas pueden cobrar su pulso jurídico y completar su relevancia.

# LA LEGÍTIMA FORAL A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA

MARÍA BIESA HERNÁNDEZ

*Abogado - Becaria del Justicia de Aragón 1994/1995*

*«Todos los hombres defienden antes sus costumbres que sus leyes»*

*Montesquieu*

SUMARIO: I. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LEGÍTIMA FORAL: 1. JURISPRUDENCIA ANTERIOR AL APÉNDICE: A) *Sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza*. — B) *Sentencias del Tribunal Supremo*. — C) *Aportaciones doctrinales*. — D) *Conclusiones*. — 2. DESDE EL APÉNDICE DE 1925 HASTA LA PROMULGACIÓN DE LA ACTUAL COMPILACIÓN ARAGONESA DE 1967: A) Los cambios en la regulación introducidos por el Apéndice: su reflejo en la jurisprudencia. — B) *Conclusiones*. — 3. JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA COMPILACIÓN: A) *Los cambios legislativos de la Compilación*. — B) *Examen de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993*. — II. CONCLUSIONES FINALES. — III. BIBLIOGRAFÍA.

## I. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LEGÍTIMA FORAL<sup>1</sup>

La finalidad del presente trabajo es el estudio y análisis jurisprudencial de la tradicional cláusula testamentaria de los diez sueldos jaqueses, cinco por bie-

---

<sup>1</sup> La *Jurisprudencia aragonesa* ha sido obtenida de los siguientes repertorios:

— 1845 a 1895: RIPOLLÉS Y BARANDA, Mariano: *«Jurisprudencia civil de Aragón, recopilada y ordenada según el Plan del CC»*, Zaragoza, 1897, 3 tomos.



nes muebles y cinco por sitios, que los padres atribuían en el Derecho histórico Aragonés a aquellos hijos no instituidos herederos que nada más recibían y que se denominó **legítima foral, formularia o simbólica**.

Vamos a realizar un repaso de cómo la Audiencia de Zaragoza y el Tribunal Supremo han ido respondiendo a las diferentes cuestiones y problemas que la legítima foral ha planteado así como, de forma complementaria, de las distintas aportaciones doctrinales que ha habido sobre la materia, siendo importante matizar, a modo de consideración previa, la influencia recíproca de Tribunales y autores, que unas veces caminarán paralelamente y otras en franca y directa oposición, por lo cual parece conveniente realizar un examen conjunto de unos y otros en aras de una mejor comprensión global del tema que nos ocupa.

## 1. JURISPRUDENCIA ANTERIOR AL APÉNDICE

A pesar de que hubo defensores de la vieja costumbre de la legítima foral, lo cierto es que la opinión generalizada, tanto en los ámbitos jurídicos como fuera de ellos, era considerarla como irrisoria e insuficiente. Ello provocó que se solicitara un suplemento de legítima, el cual se concedería en escasas ocasiones en los Tribunales aragoneses.

### *A- Sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza.*

En efecto, en las **sentencias de la Audiencia de 21 de enero de 1861, 7 de junio de 1862, 28 de noviembre de 1867, 6 de noviembre de 1878, 7 de junio de 1883 y 17 de junio de 1867** se repite una misma idea: *la facultad de los padres para determinar el «quantum» como estimen conveniente y que, en consecuencia, no cabe solicitar el suplemento de legítima*. De ahí que se admita la posibilidad de los padres (basada en los Fueros «De Testamentis nobilium» y «De Testamentis civium») de disponer a favor de alguno de sus hijos de todos sus bienes, dejando a los demás cuanto quisieren (léase legítima foral de los 10 sueldos), tal y

- 
- 1896 a 1926: SAINZ DE VARANDA, Raimón: «*Jurisprudencia del Derecho Civil Aragonés*», ADA, 1947-48.
  - 1926 a 1946: SANCHEZ DRONDA, José Joaquín y VALENZUELA LARROSA, José: «*El Apéndice Foral a través de la Jurisprudencia*», ADA, 1946.
  - Desde 1944: LORENTE Y SANZ, José: «*Crónica de jurisprudencia aragonesa, tribunal Supremo y Sala de lo Civil Territorial*», en todos los anuarios del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, CSIC, ADA.
  - Desde 1950 a 1967: BERGUA CAMÓN, Jesús: «*Foro Aragonés*», Jurisprudencia de los Tribunales de Aragón, en 17 tomos.
  - Desde 1968: COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA, «*Colección de jurisprudencia*», Complemento al BAZ.

*La jurisprudencia del TS* ha sido obtenida de los repertorios de ARANZADI y de CASALS-COLL DE CARRERA, «*Doctrina Foral del Tribunal Supremo*», Aguilar S.A., Madrid, 1952 (desde 1860 hasta 1948)

como reflejan las **sentencias de 9 de septiembre de 1863, 28 de noviembre de 1867, 15 de marzo de 1875, 6 de noviembre de 1878 y 10 de diciembre de 1879.**

El único requisito es que el *quantum sea una cosa cierta, determinada y libre (sentencia de 11 de marzo de 1883)*. No es necesario dejarla a título de institución ni tampoco hacerlo expresa y nominalmente con las palabras «por su parte legítima» o «en concepto y por vía de legítima» (**sentencias de 13 de julio de 1900 y 9 de julio de 1921, entre otras**).

Existen por contra otras sentencias (y así las de **30 de agosto de 1848, 4 de junio de 1853, 4 de junio de 1859 y 27 de mayo de 1891**) que hablan de un *quantum equivalente a una cosa proporcionada al caudal del testador, pudiendo pedirse de otro modo un suplemento*.

Estamos pues ante una *jurisprudencia vacilante*, que no se decanta definitivamente hacia ninguna tendencia concreta:

— *las sentencias a favor de la legítima foral* se basan en los Fueros y en la jurisprudencia del TS que hasta ese momento había sido respetuosa con la legítima foral.

Y así por ejemplo, la de **28 de noviembre de 1867**<sup>2</sup> habla del «uso de la omnímoda facultad del Fuero que, con las palabras «quantum eius placuerit relinquendo» autoriza a los padres a dejar cualquiera cantidad, por insignificante que sea, pudiendo un padre otorgar testamento instituyendo heredero a uno de sus hijos y señalar a otro, por derecho de legítima, la cantidad de diez sueldos jaqueses, sin que por ello pueda este último considerarse legalmente desheredado ni reclamar de nulidad contra dicho testamento»; la de **6 de noviembre de 1878**<sup>3</sup> subraya cómo *no existe preterición ni desheredación* de aquel al que se le han asignado los diez sueldos jaqueses, aunque no fuera la legítima proporcionada al caudal de los testadores» ya que, *si así fuera dejaría de ser «lo que le pareciere al padre»*, tal y como en este mismo sentido apunta la **sentencia de 7 de junio de 1862**.

Señala esta última que al no estar la legítima tasada depende de la voluntad del padre; por tanto, *una interpretación favorable a que la legítima sea proporcional al caudal hereditario la entiende rechazable* ya que «cualquiera que sea la importancia —matiza la sentencia— de las *razones de equidad y conveniencia* en que se apoya dicha interpretación, *nunca serán bastantes para justificar un fallo judicial*, puesto que han de fundarse, necesariamente, en ley o doctrina legal, citando aquella o determinando ésta con precisión.»

En igual manera se pronuncia la STS de **10 de abril de 1891**, indicando que ante la ausencia de una normativa concreta que taxativamente determine la

---

<sup>2</sup> Ver en igual sentido las de **15 de septiembre de 1858; 25 de enero de 1867; 2 de julio y 25 de enero 1868; 15 de marzo de 1875 y 10 de diciembre de 1879.**

<sup>3</sup> En la misma línea, ver las de **9 de septiembre de 1863 y 13 de julio de 1900.**

cuantía de las legítimas «no puede tomarse en Aragón como doctrina de jurisprudencia la de que sea necesario conceder, por equidad, un suplemento de legítima para nivelar la desigualdad entre el haber del heredero y los demás hijos.»

— Existe sin embargo una *corriente jurisprudencial contraria* en la que la Audiencia sí se muestra a favor del suplemento de legítima:

Y así, la sentencia de **4 de junio de 1859**<sup>4</sup> señala cómo los padres, a la hora de distribuir sus bienes, «deben hacerlo siempre *con discreción y prudencia y no de modo que, en los efectos, sea una desheredación*<sup>5</sup> infundada, como sucedería si consignaran solamente los diez sueldos jaqueses por bienes muebles y sitios como legítima que, por *práctica abusiva*, estableció la costumbre, o una cantidad tan módica que *no guardase proporción alguna con el caudal de la herencia*».

Cuando en estos casos se ha solicitado ante los Tribunales de Justicia el *suplemento de legítima se ha concedido*, por ser así *muy conforme* a los *principios de equidad y justicia y al genuino sentido del Fuero*, porque lo contrario sería defraudar la ley, o una simulada desheredación que no puede hacerse sin motivo grave».

En la misma línea se encuentra la **sentencia de 29 de mayo de 1891**:

«La legítima de los diez sueldos jaqueses obedece a una *práctica absurda, arbitraria y caprichosa, disconforme con el espíritu del Fuero* y está en pugna con las inspiraciones de la razón, con los fines sociales y con los sentimientos de la naturaleza, y *tratándose de un caudal considerable sería siempre infundada, abusiva y reclamable*».<sup>6</sup>

Así pues, mientras que en las sentencias favorables a la legítima foral se aludía a la libertad de los padres de distribuir los bienes como quisieren ante la ausencia de una normativa «ad hoc» que especificase una legítima tasada, en aquéllas otras que se inclinan hacia la condena de los diez sueldos y la conce-

---

<sup>4</sup> Sobre suplemento de legítima concedido por los Tribunales de Aragón, se citan también —como únicas hasta la promulgación del CC— las **sentencias de 30 de agosto de 1848 y 4 de junio de 1853**:

La primera de ellas trataba de un testamento por el cual un padre que tenía cuatro hijos dejaba a uno de ellos únicamente diez sueldos jaqueses, importando la herencia cinco mil duros aproximadamente. Se concedieron a ese hijo quince mil reales por vía de suplemento de legítima. En el apuntamiento consta el cómputo de la herencia bajo las reglas de reducción del quinto y tercio del Derecho de Castilla, pero se exceptúa un legado hecho al hijo heredero, demandado en el pleito.

La segunda se trataba del testamento de un padre que dejó dos onzas por vía de legítima a cada uno de sus tres hijos nombrando heredero al cuarto y de la nulidad del testamento de la madre de estos mismos hijos que dejaba diez sueldos a cada uno de los tres, nombrando heredero al cuarto, como el padre. Se declaró no haber lugar a suplemento respecto a la herencia del padre y sí en la de la madre, señalando a cada hijo la octava parte del remanente de dicha herencia materna.

<sup>5</sup> La sentencia de **21 de enero de 1861** habla *no de desheredación sino de preterición* «de todos aquellos con derecho a la herencia a los que solamente se les haya asignado la legítima foral de los diez sueldos.»

<sup>6</sup> Por **STS de 28 de enero de 1892** se declaró no haber lugar a la casación de la de 29 de mayo de 1891

sión de suplemento de legítima (mucho menos numerosas), se esgrimen argumentos de justicia y equidad que entienden subyacen en el espíritu de los Fueros y que deben inspirar a los padres para que repartan su patrimonio con discreción y prudencia, so pena de incurrir de otro modo en preterición o desheredación sin justa causa, según las sentencias, de aquellos con derecho a la herencia que tan solo reciban la legítima foral.

*B) Sentencias del Tribunal Supremo.*

También se ocupó el TS de esta cuestión con reiteración:

— *Antes del CC* declaró suficiente la legítima foral en varias ocasiones en **sentencias de 11 de marzo, 17 y 28 de junio de 1864, 8 de octubre de 1877 y 10 de diciembre de 1879**<sup>7</sup> en la que, resolviendo un recurso en que esta cuestión se ventilaba de lleno recogía como «el padre que al morir dejase a cada uno de sus hijos los diez sueldos jaqueses por legítima paterna, *cumplía con lo prescrito en la legislación especial de Aragón*».

— *Después de la promulgación del CC*, el TS insistió en su criterio en sentencias de **12 de octubre de 1901 y 30 de junio de 1905**, cuyo considerando 4º señalaba que «son tales las facultades del padre que, sin necesidad de desheredar a un hijo, puede privarle realmente de la herencia sin más que dejarle una legítima indeterminada, atribuyendo el carácter de heredero a aquel o aquellos de sus hijos a quienes prefiera».

---

<sup>7</sup> En las sentencias de **17 de junio de 1864 y 8 de octubre de 1877** sale a colación el tema de la prueba de la costumbre.

En Aragón, está regulado en la Observancia 9ª «De Probationibus», siendo el juez, en virtud de esta regulación, el que debe analizar si tal uso existe o no. La duda está en si esta Observancia puede hacerse valer o no en la práctica de los Tribunales.

La costumbre debatida en estos pleitos era la de la legítima foral; en ninguno de los dos se invocó la Observancia más arriba citada ni hay constancia de que se propusiera o practicara prueba. Pero el TS tiene establecido como criterio que basta con que el Tribunal «a quo» no haga declaración acerca de la existencia de la costumbre para no tener en cuenta las supuestas costumbres alegadas. La obligación de enterarse «ex officio» de si la costumbre existe o no, no llega al Tribunal de casación y éste ha de partir, en su caso, del hecho de la existencia, que no le toca a él establecer, ISÁBAL, Marceliano «*Cuestiones de Derecho Foral*», RDP, 1916, pp. 254 a 256.

Este criterio del TS entra en conflicto con algo característico del Derecho Foral Aragonés que MARTÍN BALLESTERO remarca («*Concepto de Derecho Civil de Aragón*», Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix Barral, Barcelona, 1950, pág. 200):

en nuestra región, la costumbre es un derecho y no un hecho, y por este motivo debería ser conocida por el juzgador e indagada directamente por éste.

En todo caso, para que la costumbre tenga todo su valor y se antepusiera al Fuero es preciso:

- a) Que sea inmemorial .
- b) Racional y prescrita.
- c) Legítimamente probada, tal y como recoge la Observancia 9ª.

Existía pues un ambiente jurisprudencial favorable a la legalidad de la legítima foral con la afirmación enérgica e insistente de las amplísimas facultades paternas<sup>8</sup>, siendo ésta la ocasión en la que quizás el respeto al Derecho Foral que siempre ha caracterizado al TS haya llegado más alto, excediendo a las aspiraciones de los autores de nuestra región.<sup>9</sup>

Sin embargo, la **STS de 31 de diciembre de 1909** iniciará una novedad en la doctrina reiteradamente establecida por el TS, influido por corrientes doctrinales contrarias a la fórmula tradicional cuando se emplea como medio que excluye toda otra participación de un hijo en la herencia.

Esta sentencia tiene importancia por una indicación incidental que aparece en uno de sus considerandos. La cuestión principal del pleito estribaba en determinar si un padre puede imputar a un hijo como legítima lo que por él había gastado en su carrera y en la redención del servicio militar, además de 2500 pts. que el padre le había entregado al ir a tomar posesión de un Registro de la Propiedad que mediante oposición había ganado.

El TS pudo haberse limitado a decir que el padre había cumplido ya con todo ello con el quantum placuerit del Fuero. Sin embargo, el TS fue más allá, indicando como el padre, en el señalamiento de la legítima, debe obrar «conforme a las procedentes reglas de *un criterio racional*, teniendo en cuenta *la importancia de su caudal y las necesidades y condiciones de los legitimarios, excluyente de una desheredación encubierta*».

Años antes, en las **sentencias de 12 de octubre de 1901 y de 30 de junio de 1905**, había tenido ocasión de hacer una declaración semejante y no la hizo.

Era evidente que se producía un cambio importante en la postura del Supremo en la materia<sup>10</sup>.

El problema estaba aquí en que, a diferencia de Castilla, en Aragón no está tasada como en el CC la cuantía de la legítima (arts. 808 y 814), con lo cual el legitimario podría quedar descontento no ya sólo en los supuestos de legítima de 10 sueldos sino también en todos aquellos en los que no exista una distri-

---

<sup>8</sup> ISÁBAL, Marceliano, «*Enciclopedia jurídica española*», Tomo XXI, Seix Barral, Barcelona, pág. 256.

<sup>9</sup> BIBLIOTECA JUDICIAL, «*Legislación Foral de España, Derecho vigente en Aragón*», Tomo 2º, Madrid, 1888, pág. 135

<sup>10</sup> No tuvo sin embargo esta STS de 31 de diciembre de 1909 una influencia rotunda en la Audiencia de Zaragoza que, tras la sentencia de **15 de octubre de 1913**, en la que se muestra favorable a una legítima proporcionada al caudal hereditario (quizá influenciada por la proximidad en el tiempo de la del TS), se decanta después definitivamente en la 2ª década del siglo XX en favor de la validez de los testamentos que contienen la legítima foral.

Y así la sentencia de **9 de julio de 1921** indica cómo las disposiciones forales respecto a las legítimas se cumplen «bien por el señalamiento de los diez sueldos jaqueses que la práctica introdujo, bien por la obligación que se impone al heredero de dotar a los demás hermanos con relación al «haber y poder de la Casa», según la costumbre reiterada ha admitido en el Alto Aragón. En el mismo sentido se pronuncian las **sentencias de 24 de junio y 30 de mayo de 1922**.

bución igualitaria entre los hijos. Bastará que a cualquiera de ellos les parezca que lo que a él se le deja no es justo o proporcionado para que se dispare el número de pleitos.<sup>11</sup>

*C) Aportaciones doctrinales<sup>12</sup>*

La bibliografía jurídica aragonesa enmudece por más de 80 años entre los siglos XVIII y XIX, cobrando plena vigencia otra vez la polémica sobre la legítima foral en 1841, año en que se publican las «**Instituciones**» de **Franco y Guillén**, en las cuales se recoge la siguiente afirmación:

«El quantum placuerit es lo necesario para alimentos del hijo y dote de la hija, con arreglo a la posición de la Casa. Es nula la institución de un extraño, pues los padres deben dejar los bienes dentro del círculo de los hijos».

La obra es elemental pero gozará de gran prestigio en el futuro tanto por la sistemática como por el lenguaje, máxime teniendo en cuenta que la última era, prácticamente, el «Tyrocinium» de Lissa.<sup>13</sup>

Lo cierto es que su influencia resulta definitiva para las concesiones del suplemento de legítima otorgadas a mediados del siglo pasado y en aquellas sentencias que califican de desheredación sin justa causa el nombramiento de un extraño como heredero en perjuicio de los propios hijos (**sentencias de la Audiencia de Zaragoza de 8 de abril de 1878, 20 de mayo de 1882 y 29 de mayo de 1891; y del TS de 15 de diciembre de 1858, 11 de marzo y 17 de junio de 1864 y 8 de octubre de 1877**).

Alentado por la obra de Franco y Guillén, aparece en 1842 el «**Manual del Abogado Aragonés**» de **Del Plano**, obra de carácter práctico aunque de orientación romanista. Este autor se declara en la citada obra totalmente contrario a la legítima foral afirmando que en esos casos «pediría lo correspondiente a las circunstancias y a la situación y Estado de la Casa para su acomodo y alimentos como obligación indispensable del padre, y de este modo entendería el quantum del Fuero».

---

<sup>11</sup> ISÁBAL proponía como acertada solución al problema «o establecer partes alicuotas o completarse el organismo de la Sucesión de algún modo adecuado a evitar un peligro que dista de ser quimérico», Cfr. «*Cuestiones de Derecho Foral Aragonés*», RDP, n° 25, 1915, pág. 295.

Ver igualmente en esta materia su colaboración en «*Enciclopedia jurídica española*», Op. Cit., pág. 257.

<sup>12</sup> Las opiniones doctrinales que se van a exponer a continuación han sido extractadas de la RDP:

ISÁBAL, «*Cuestiones de Derecho Foral Aragonés*», 15 de octubre de 1915, núm 25, pp. 290, 291 y 295.

VIDIELLA, «*De la legítima de descendientes en Aragón*», 1918, núm. 56, pp. 144 a 147.

<sup>13</sup> «Se trata, en opinión de FAIRÉN («*El Derecho Aragonés desde el Decreto de Nueva Planta hasta el Código Civil*», RDP, 1945, pág. 432) de una obra magnífica, que contribuyó a facilitar y extender el conocimiento de la legislación aragonesa, precursora de Códigos por su forma y fondo ordenados y asombro aún hoy día de los estudiosos de Derecho Aragonés», .

Estos dos libros vinieron a llenar en parte un vacío que existía en la literatura jurídica de nuestro país, gozando por ello de una gran acogida.

Será a partir de ellos cuando muchos otros autores seguirán la línea marcada por Franco y Guillén y Del Plano, a diferencia de los Tribunales, sobre todo el TS que mantuvo durante todo el siglo XIX y principios del XX la tasa voluntaria del «quantum placuerit» en su puro tenor literal.<sup>14</sup>

En 1869 y 1873 aparecerían las obras de **Dieste y Jiménez** y la de **Andrés Blas**, editadas ambas en Madrid:

**Dieste**, abogado zaragozano, realiza un «**Diccionario de Derecho Civil Aragonés**» que sería de gran utilidad en el Colegio de Abogados de Madrid por ser difícil el estudio de los Fueros en los tratadistas. Este autor califica de *incompatible con la equidad, contraria a la sana moral, nula e insostenible la práctica de los diez sueldos* y de poco razonable y justa la institución de herederos a favor de extraños en detrimento de los hijos.

Contrarios a esta última se declaran también **Blas y Casajús**, afirmando el segundo que «el legislador no autorizó a los padres para defraudar los derechos de los hijos *burlando la legítima que les deben* con la caprichosa manda de los diez sueldos».

Después de las obras de Franco y Guillén y de Dieste, la práctica de los diez sueldos no dejaría de tener contradictores. Y así, **Gil Berges**:

«Aquello de los diez sueldos jaqueses inventado por la rutina de nuestros rúbulas ha adquirido carta de naturaleza y consistencia de verdad jurídica.....! Si hasta hemos visto defender con inusitado calor y con la pretensión de que el Fuero se entendía en su genuino espíritu el absolutismo de la testamentifacción, preteriendo a la prole o postergándola con ese farisaico señalamiento a la madre o a cualquiera otro extraño».

**Moner**: «No es verdad que la legítima de los hijos consista en una teja ni en diez sueldos».

**Martón**: «La práctica de los diez sueldos aplicada como expresión de la libertad civil y entendida en el concepto de tener a un padre por cumplido sus deberes paternos respecto a sus hijos no herederos nos parece *arbitraria y caprichosa, disconforme con el espíritu del Fuero y en pugna con las inspiraciones de la razón*, con los fines sociales y con los sentimientos de la naturaleza».

Pero quizá el más valioso opositor a la legítima foral y quien, en opinión de Isábal, de entre todos los escritores que de ella han tratado más furiosamente la ha censurado fue **Lafuente** en una Memoria leída en la Academia de Ciencias Morales y Políticas poco antes de la formación del CC y reproducida en el Tomo 2º de los «Estudios críticos sobre la Historia y el Derecho de Aragón» :

---

<sup>14</sup> Ya vimos cómo la Audiencia se muestra vacilante en esta materia en el S. XIX, y el TS no iniciaría un cambio, que tampoco duraría mucho tiempo, hacia criterios de justicia y equidad hasta la sentencia de 31 de diciembre de 1909.

«la desheredación solapada de los diez sueldos y la institución de extraños habiendo hijos es una *iniquidad antiforal*, una *depravación*, un embrollo de rábulas y miceros, una *torcedura feroz e irrisoria del «quantum placuerit»* un escollo en el que han naufragado muchas conciencias».

Este autor llega incluso a temer que muchos padres aragoneses y navarros hayan ido al infierno por los sueldos febles y jaqueses y las irrisorias robadas de tierra de los montes comunes y se asombraba de que el mismo TS hubiera sancionado lo que él denominaba «infamias».

Puede decirse sin temor al equívoco que la mayoría de los fueristas del siglo pasado y comienzos del nuestro se pronunciaban unánimemente por la negativa de la vigencia de los diez sueldos.

Así lo pone de relieve **Costa**<sup>15</sup>, quien sintetiza con estas palabras cual era el sentir de los escritores aragoneses de la época:

«Como tratadistas y como abogados *invocan los deberes de la paternidad*; tienen por *viciosa y contraria al espíritu de los Fueros* la práctica en que funda su autoridad tal legítima formularia, y *defienden por equidad el derecho a un suplemento de legítima*, en relación con la fortuna de la Casa y las circunstancias personales de cada hijo».

Sin embargo, aunque la mayoría de tratadistas critican esta práctica, lo cierto es que, en aquella época, revistió un carácter general y que sirvió de fundamento a no pocas sentencias del TS y de la Audiencia.

Así lo manifiestan **Pellicer y Guáu** y también **Isábal**, resaltando este último cómo la fórmula de los diez sueldos *no suele faltar en ningún testamento de la época*, siendo muy frecuente aún en los otorgados por quienes no tienen hijos pero que rara vez, habiéndolos, se deja reducida a los diez sueldos la participación de ninguno y si se hace es por motivos de desheredación que el padre no quiere desvelar. Lo cierto es que esta situación será llevadera en Aragón, en opinión de éste autor, gracias a la honradez natural del país y sus buenas costumbres, siendo poco frecuentes los casos en los que los padres dañen a su prole.

Sin embargo, ha quedado claro cómo los tratadistas aragoneses no están conformes con su legislación testamentaria y aspiran a su reforma, destacando dentro de este espíritu de cambio la labor del **Barón de Mora**.<sup>16</sup>

En 1886 aparece la Memoria que publica en su calidad de vocal de Aragón en la Comisión General de Codificación sobre las instituciones aragonesas que deben quedar subsistentes tras la Codificación civil, que entonces se encuentra ya en su última etapa.

---

<sup>15</sup> COSTA, «*Derecho consuetudinario y Economía Popular de España*», Tomo 1º, Libro 2º, Guara Editorial, Rep. Zaragoza, 1981, pág. 153.

<sup>16</sup> «Legislación foral de España», Op. cit., pág. 136.



En el capítulo dedicado a las legítimas, aunque se basa en el Derecho existente en Aragón, propone una serie de reformas, recogiendo en su artículo 103 la corriente doctrinal mayoritaria de la época:

«Aún cuando podrá instituir heredero a uno o más hijos, deberá dejar a cada uno de los restantes que no hubieren dado justo motivo para ser desheredados, una parte de la legítima proporcionada a la importancia de sus bienes, la cual queda a su prudente arbitrio señalar».

El Barón pretende con sus reformas «fijar la parte de la herencia de la que pueden disponer libremente los padres» y evitar, por una parte, los abusos que puedan cometer los padres de las grandes facultades que ahora tienen y, por otra, que a los hijos que pretendan obtener el suplemento de legítima les sea necesario recurrir, como ahora sucede, a los Tribunales.<sup>17</sup>

#### D) Conclusiones

Una vez estudiadas las sentencias de la Audiencia y el TS junto con las opiniones de los autores, resultan clarificadoras las siguientes **conclusiones de Isábal acerca del Derecho vigente en Aragón hasta el Apéndice en orden a la herencia:**

- 1ª) El padre puede instituir heredero a uno o varios de sus hijos. No puede instituir a un extraño.
- 2ª) A todo hijo no instituido heredero hay que dejarle una parte de sus bienes, lo que a su discreción quiera el padre.
- 3ª) Cualquiera que sea esa parte, el hijo no puede exigir que se le aumente por vía de suplemento de legítima<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> FRANCO Y LÓPEZ, Barón de MORA, «*Memoria sobre las Instituciones que deben quedar subsistentes en Derecho Civil Aragonés y reformas y adiciones que en ellas es conveniente establecer*». Zaragoza, 1886, pp. 51 y 52.

<sup>18</sup> Este punto de las Conclusiones de ISÁBAL es discrepante con la opinión doctrinal mayoritaria en aquel momento, pues se declara contrario a la posibilidad del hijo de solicitar suplemento y ello con independencia del «quantum» asignado.

Ya vimos cómo las opiniones a favor o en contra del suplemento iban en íntima relación con la cuestión de la legalidad o ilegalidad de la legítima foral, de modo que la condenación de ésta última suponía la admisión de suplemento.

Isábal defendía por contra la libertad de testar de modo que si la voluntad del testador se ajustaba a la legalidad foral, la petición de suplemento de legítima no era admisible.

Se basa este autor en las Conclusiones del Congreso de Jurisconsultos Aragoneses celebrado el 4 de noviembre de 1880, en las cuales se recogía la negación del suplemento a los que se consideraban perjudicados en la porción hereditaria, por entender que «esta reclamación era atentatoria al derecho de libertad de testar que tienen los padres.»

De la misma opinión es RICO GAMBARTÉ, «*Alimentos como suplemento de legítima en la legislación aragonesa*», ADA, 1951-52, pág 224, quien considera acertada la línea seguida por Isábal mostrándose favorable a la libertad de testar.

- 4ª) Sólo puede privarse a un hijo de toda participación en los bienes hereditarios cuando haya incurrido en alguno de los casos legales de desheredación.
- 5ª) En favor de extraños puede disponer el padre de 1/3 de sus bienes; los otros 2/3 han de ser para los hijos.<sup>19</sup>
- 6ª) Solamente el instituido heredero tiene la representación del causante y de la universalidad de la herencia.

## 2. DESDE EL APÉNDICE DE 1925 A LA PROMULGACIÓN DE LA ACTUAL COMPILACIÓN ARAGONESA DE 1967.

### *A) Los cambios de regulación introducidos por el Apéndice.*

El proyecto de Apéndice al CC correspondiente al Derecho Foral de Aragón se publicó el 26 de febrero de 1924 y fue aprobado por R. D. de 7 de diciembre de 1925.

La regulación de la materia legitimaria recibe un adecuado tratamiento histórico y recoge, en su artículo 30<sup>20</sup>, la opinión unánime en aquel momento de que no era posible dejar toda la herencia a extraños si existen herederos forzosos, limitándose a 1/3 la disponibilidad en favor de aquellos.

---

<sup>19</sup> Efectivamente, ya la **STS de 8 de octubre de 1887** se había pronunciado por primera vez en este sentido, fijándose como legítima global de todos los hijos los 4/5 de la herencia y estableciéndose el quinto restante como de libre disposición, tal y como ocurría entonces en Castilla y aplicando dicha legislación en tanto que Derecho supletorio del Derecho Foral Aragonés en materias silenciadas por los textos forales.

Pero al promulgarse el CC, la porción legitimaria tuvo que ajustarse a los preceptos del mismo. Y por este motivo, la **sentencia de 7 de mayo de 1903** sentó la doctrina, que ya no suscitaría contradicciones posteriores, de la libre disposición de 1/3 de los bienes, de lo cual se infiere que son 2/3 los que constituyen la cuota de la legítima global de los hijos, que sería la que posteriormente el Apéndice de 1925, recogiendo la corriente jurisprudencial mayoritaria, establecería en el primer párrafo de su artículo 30.

<sup>20</sup> **Artículo 30 :**

«Los aragoneses que al morir no dejen descendientes legítimos pueden disponer libremente por testamento de todos los bienes en que consista su patrimonio líquido. Esta disposición libre se reduce a un tercio del caudal hereditario cuando existan tales descendientes capaces de heredar, sea su número cual sea. Cuando los descendientes sean dos o más, entre ellos podrá el testador *distribuir discrecional y desigualmente* los dos tercios de dicho caudal que como legítima corresponden a la descendencia.

El heredero forzoso que por la distribución resulte en caso de pedir alimentos, tendrá expedito este derecho, arregladamente al artículo 142 CC contra los sucesores del ascendiente en proporción con las respectivas participaciones en la herencia forzosa.

El descendiente legítimo que sea capaz de heredar excluye de esta herencia forzosa a los que por su mediación desciendan del testador, y éste podrá señalar la cantidad o porción de bienes que le plazca para cada uno de los que están en el grado más próximo y de los que, siendo de ulterior generación, representan a los de aquel grado, fallecidos o incapacitados para la Sucesión».

Sin embargo, el artículo 30 plantea problemas respecto a los derechos concretos que cada hijo pudiera tener por separado pues indica que cuando sean dos o más, podrá el testador distribuir, discrecional o desigualmente, los 2/3 del caudal que como legítima les corresponde, sin especificar nada más.

El Apéndice si bien supuso por un lado un paso importante al prescindir de la ya fosilizada leyenda de los diez sueldos y fijar un límite al arbitrio paterno a la hora de distribuir los bienes, tal y como habían estado solicitando ya la mayoría de fueristas desde finales del S. XIX y posteriormente la jurisprudencia, pronto dejó claro que no iba a ser suficiente para dar respuesta a todos los problemas que iba a plantear la delimitación de los derechos de los legitimarios, sustituyéndose la ya tradicional discusión acerca de la interpretación de las palabras de los Fueros «*quantum eis placuerit*» por las del Apéndice «*discrecional o desigualmente*».

Resulta significativa en este sentido la sentencia de la **Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 2 de junio de 1933**:

Tras poner de manifiesto todas las discrepancias surgidas acerca del verdadero alcance del «quantum» de los Fueros y tras reconocer la existencia de tratadistas y de sentencias reiteradas del TS a favor de la legítima foral, afirma cómo «*con el correr de los tiempos no prevalecieron tales opiniones y criterios, mudanza interpretativa que se produjo, sin duda, a manera de reacción y remedio opuestos a la abusiva corruptela desnaturalizadora del propósito y sentido de los Fueros y al perseverante influjo de los juristas al condenar, casi por unanimidad, por absurda y perniciosa, la creencia de que fuesen los diez sueldos jaqueses la legítima de cada hijo en Aragón.*»

La sentencia de la Audiencia subraya así mismo cómo ese cambio se produjo igualmente en la STS de 31 de diciembre de 1909, que si bien respetaba en principio la libertad de testar, la suavizaba después con criterios de justicia y equidad, de tal manera que el reparto de bienes entre los no herederos se realizaría «conforme al caudal hereditario y las condiciones y necesidades de los legitimarios, excluyentes de una desheredación encubierta, con cuya doctrina —continúa la sentencia— coincide sustancialmente la que implica la facultad que el Apéndice en su artículo 30 concede al testador para que distribuya la legítima que a la descendencia corresponde discrecional y desigualmente».

En esta misma línea, la **sentencia de la Audiencia de 15 de julio de 1937** entiende por discrecional «lo que proceda con arreglo a las reglas de la *prudencia*, equivalente a la *templanza, moderación y buen juicio* que han de presidir esas desigualdades».

Sin embargo, curiosamente, interpreta a renglón seguido que el derecho de alimentos que regula el apartado 2º del artículo 30 para el heredero presupone el que puedan darse grandes desigualdades a la hora de repartir los bienes, lo cual hace posible deducir —siempre según la sentencia— una mayor libertad para el padre que la que se desprende del apartado 1º del artículo 30. Y, paradójicamente, ello sirve de punto de apoyo para admitir la posibilidad de

legítimas exiguas (5 pts. es la de este caso concreto), sin entender que ello constituya una desheredación.

Ya en 1928, en sentencia de la Audiencia de 15 de octubre se había defendido la libertad absoluta de testar y la legítima foral (basándose en sentencias del TS de 15 de diciembre de 1858, 17 de junio de 1864 y 2 de julio de 1868), apartándose de los criterios de equidad y justicia que el mismo TS había defendido en STS de 31 de diciembre de 1909.

Pero resulta cuando menos comprensible, pues tan sólo hacía tres años de la entrada en vigor del Apéndice. Parece sorprendente, sin embargo, que en la de 1937 se vuelvan a defender legítimas irrisorias tomando como base además el derecho de alimentos del artículo 30, cuya finalidad es, precisamente, acabar con aquéllas.<sup>21</sup>

Se trata en todo caso de una sentencia aislada, pues el criterio mayoritariamente seguido por la Audiencia sería el de descalificar la legítima foral:

*«no rige en el Derecho Aragonés, ni regía en la época anterior a su estado actual la legítima de los diez sueldos, ni tenía por consiguiente eficacia legal alguna la asignación de la misma, por ser viciosa y desconocedora del verdadero espíritu de los Fueros», sentencia de 2 de junio de 1933.*

Y ello se reflejará igualmente en la negativa a la posibilidad de instituir herederos a extraños habiendo hijos legítimos, dejando a estos últimos tan sólo legítimas irrisorias, siendo ya la jurisprudencia anterior al Apéndice la que establecería un límite.<sup>22</sup>

Con anterioridad, este tipo de liberalidades quedaban al arbitrio y discreción de los padres, porque nuestros mayores, respetuosos ante el santuario de la familia y haciendo honor a los padres aragoneses, no creyeron necesario establecer un límite matemático que nunca podría ajustarse a los supuestos o necesidades de cada caso particular.<sup>23</sup>

Sería el Apéndice el que, recogiendo la corriente jurisprudencial mayoritaria que inició la STS de 7 de mayo de 1903<sup>24</sup>, resolvería el problema, estableciendo en su primer párrafo el llamado tercio de libre disposición.

Pero no sólo el primer párrafo del Apéndice iba a ser innovador; el segundo también iba a establecer algo que hasta ese momento no había tenido regulación en el Derecho Foral Aragonés: **el derecho de alimentos**.

---

<sup>21</sup> Y así, indica JUNCOSA como en materia de legítimas ya el Proyecto del Apéndice prescinde «de la antiforal y absurda leyenda de los diez sueldos, adoptando un sistema de legítimas muy semejante al del CC», *«El Proyecto del Apéndice aragonés al CC»*, RGLJ, tomo 144, pág. 442.

<sup>22</sup> Ver comentario a la STS de 8 de octubre de 1887, pág. 23, nota al pie.

<sup>23</sup> LORENTE SANZ, *«Dictámenes»*, ADA, 1963-64, pág. 369.

<sup>24</sup> En el mismo sentido, ver sentencias de la Audiencia de Zaragoza de 5 de febrero de 1935 y del TS de 28 de octubre de 1935.

Autoriza este precepto al legitimario que quedara en situación desfavorable a pedir alimentos al que fue nombrado heredero. Se trata de una regulación nueva que no tiene una base histórica en los Fueros pero sí consuetudinaria, concretamente en una inveterada costumbre del Alto Aragón de nombrar a un solo heredero con el fin de evitar la desmembración del patrimonio familiar, dejando a los demás lo mínimo que la ley exija y justificándose de este modo las legítimas y dotes exiguas, históricamente cifradas en sueldos jaqueses.<sup>25</sup>

El instituido tiene como obligación alimentar a los hermanos mientras trabajen en la Casa y dotarlos «al haber y poder» de la misma si contraen matrimonio.

Así lo explica la **sentencia de la Audiencia de 26 de enero de 1909**:

«Se considera costumbre del Alto Aragón que los alimentos debidos a título invocado han de recibirse en la Casa del que los presta, y el alimentista contribuirá con su trabajo al acrecentamiento de los intereses de la Casa, para que le sirva en todo o parte de dote el caudal que vaya adquiriendo, con el fin de ser dotado al haber y poder de la Casa cuando contrajere matrimonio. El obligado a dar la pensión puede optar entre darla o recibir y mantener en su propia Casa al alimentista, como a mayor abundamiento establece el artículo 149 del CC».<sup>26</sup>

De aquel primer momento de los diez sueldos jaqueses con los que el padre podía pagar la legítima de los hijos a la solución del Apéndice han transcurrido varios siglos<sup>27</sup>; y para llegar a ésta, ha habido detrás un largo y lento proceso que recibe definitivamente su plasmación en un cuerpo legal en el derecho de alimentos, cuyo antecedente jurídico más cercano lo encontramos en el Proyecto del Apéndice de 1904, artículo 226<sup>28</sup>.

En este artículo se vislumbra el cambio desde el suplemento de legítima hacia el auxilio por vía de alimentos que recoge el artículo 30 del Apéndice, el cual modifica el sistema tradicional establecido, con una medida de transac-

---

<sup>25</sup> Esta imposibilidad de fraccionamiento constituye una motivación con un contenido, aparte de material, espiritual, pero, en todo caso, de fuerza indudable para la defensa de la legítima formularia.

<sup>26</sup> Igualmente, **sentencias de la Audiencia de 9 de julio de 1921, 24 de junio de 1922, 2 de junio de 1962 y 25 de febrero de 1963**.

<sup>27</sup> RICO GAMBARTÉ, «Alimentos como suplemento de legítima», ADA 51-52, pp. 229 a 233.

Asimismo, ver en igual modo la **sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 2 de junio de 1962**.

<sup>28</sup> *Artículo 226*.

«No se dará en Aragón a favor de los descendientes la acción de suplemento de legítima, cualquiera que sea la cantidad o porción de bienes que en tal concepto les dejen sus descendientes.

Podrán, sin embargo, si dicha legítima resulta irrisoria en proporción a la cuantía de la Sucesión, reclamar del heredero u herederos un auxilio por vía de alimentos»

ción entre nuestra costumbre del Alto Aragón (heredamientos en una sola mano) y el sistema de legítimas del CC<sup>29</sup>.

Con anterioridad al Apéndice ya examinamos cómo una gran mayoría doctrinal y también algunas sentencias defendían el suplemento de legítima cuando los bienes que se dejaban al hijo eran manifiestamente insuficientes; y, con relación al Cuerpo legal de 1925 **las sentencias de la Audiencia de 2 de junio de 1933 y la de 15 de julio de 1937** aludían a criterios de justicia y equidad a la hora de distribuir el padre sus bienes, matizando la discrecionalidad que a aquél concede el 30 del Apéndice con las reglas de la prudencia y moderación.

Hubo también, según pone de manifiesto **Lacruz**, alguna opinión entre los autores que está en la línea de las sentencias citadas, entendiendo que el «*discrecionalmente*» del artículo 30 incluía ciertas dosis de discreción en el reparto, siendo indiscreto dejar a los hijos no herederos una parte simbólica del patrimonio.

Pero la opinión mayoritaria, tanto doctrinal como jurisprudencial, se inclinaría más adelante, de modo concluyente, por el respeto a la libertad absoluta de testar, sin perjuicio del derecho a pedir alimentos, siendo este último criterio el que recogerá la Compilación vigente.<sup>30</sup>

Y así, existen numerosas sentencias de la Audiencia que avalan lo anteriormente dicho respecto a la libertad de testar (**29 de abril de 1958, 22 de abril de 1963**), siendo especialmente significativas en relación al artículo 30 del Apéndice y al derecho de alimentos las siguientes:

**22 de febrero de 1961:** «El Apéndice del Derecho Foral Aragonés establece de una forma clara y terminante en su artículo 30 que el testador, cuando existan herederos forzosos, distribuirá las 2/3 partes de su herencia discrecional y desigualmente; estos son los términos de dicho artículo, por lo que *bastaría que a uno de los herederos hubiera dejado un sólo céntimo y a los demás todo el caudal hereditario, para que no hubiere preterición*, puesto que ha sido llamado a la herencia y nadie, absolutamente nadie, podría impugnar la institución, porque *está ajusta-*

---

<sup>29</sup> Debe recordarse como el artículo 815 CC permite al heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda, solicitar el complemento de la misma.

<sup>30</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, «*Las legítimas en la Compilación*», RCDI, marzo-abril 1968, pág. 508 y, de similar contenido, en «*Derecho de Sucesión por causa de muerte: De las legítimas; De la Sucesión Intestada*», BC AZ, julio 1967, pág. 148; asimismo, ver en igual modo VALLET DE GOYTISOLO, «*Los complementos de legítima*», (Derecho civil de Aragón), ADC, 1973, pp. 41-42.

Sin embargo, resulta interesante destacar cómo esta opinión mayoritaria se aparta del significado etimológico de la palabra «*discrecional*»:

»no regulado con precisión, de modo que se deja a la *prudencia o discreción* de la persona o autoridad que ha de aplicar o utilizar la cosa de que se trate», entendiendo por *prudencia* «la moderación en el comportamiento para acomodarlo a lo que es sensato, discreto o exento de peligro», MOLINER, María, «*Diccionario del uso del español*», Ed Gredos, pp. 1012 y 873.

*da a la ley, y si el que percibiera ese solo céntimo careciere de medios de fortuna, podría solicitar de los demás alimentos, en la forma que se autoriza el en 2º párrafo de dicho artículo.»*

Vemos por tanto que la legítima aragonesa puede quedar reducida a la mínima expresión de la moneda española.

Así lo afirman igualmente **las sentencias de 11 de mayo de 1964 y de 25 de febrero de 1963:**

**11 de mayo de 1964:** «la legítima individual con carácter forzoso es prácticamente desconocida en Derecho Aragonés, por cuanto *puede consistir en una cantidad insignificante* ya que el artículo 30 sólo ordena con carácter necesario la legítima global de los descendientes, pero a renglón seguido ordena que ésta puede distribuirse desigualmente entre ellos».

**25 de febrero de 1963:** «Que si los padres en Aragón pueden instituir heredero a uno de sus hijos, dejando a los demás lo que los plazca de sus bienes (doctrina sancionada en sentencias del TS de 15 de diciembre de 1858, 11 de marzo y 17 de junio de 1864 y 25 de mayo de 1868) y no se da acción para el suplemento de legítima (como sancionó el mismo Tribunal en las de 15 de diciembre de 1858, 12 de octubre de 1901 y 30 de junio de 1905), sin contravenir a las disposiciones forales y en uso de la omnímoda facultad de los Fueros que les autorizan para dejar cualquier cantidad por insignificante que sea, *pudo el padre otorgar testamento instituyendo en heredero al demandado y señalar a los otros por vía de legítima foral la cantidad de costumbre, que por voluntad propia quiso que fuera de 25 pts.*».

### *B) Conclusiones*

A la vista de todo lo expuesto hasta el momento en nuestro estudio doctrinal y jurisprudencial de la legítima foral y antes de adentrarnos en la situación posterior a la promulgación de la Compilación, vamos a hacer una **breve sinopsis de la evolución de la materia** que hemos examinado hasta ahora:

En base a la libertad de testar típica en Derecho Aragonés (recogida ya en el Fuero de Jaca de 1127 y principalmente en los Fueros «De Testamentis nobilium» de 1307 y «De Testamentis civium» de 1311, las Observancias 1ª y 2ª «De rebus vincutatis» y el fuero 2º «De exhaeredatione filiorum»), pueden los padres instituir heredero a uno solo de los hijos, dejando a los demás lo que les plazca de sus bienes, doctrina sancionada por el TS en numerosas sentencias (**15 de diciembre de 1858, 11 y 17 de marzo de 1864, 13 de noviembre de 1866, 25 de mayo de 1864, 13 de noviembre de 1866 25 de mayo de 1868, 19 de noviembre de 1904 entre otras...**) y por la *Audiencia de Zaragoza* (sentencias de 21 de enero de 1861, 7 de junio de 1862, 28 de noviembre de 1867, 6 de noviembre de 1878, 7 de junio de 1883, 17 de junio de 1867, 9 de septiembre de 1863, 15 de marzo de 1875, 10 de diciembre de 1879...).

Ahora bien, mientras algunos foralistas entendían que lo que permitían los Fueros era instituir heredero a un hijo a la par que obligaba a dejar una cantidad cualquiera a los otros hijos, pudiéndoles privar de la legítima dejando a

salvo los alimentos, para otros la libertad de testar no quita la obligación de alimentar a los hijos; se pone en cuestión, como resultado de estas divergencias, la legalidad de los diez sueldos jaqueses y surgieron acciones de petición de suplemento de legítima, por influencia doctrinal y quizás también del artículo 815 CC.

Esta línea de opinión no fue aceptada de modo concluyente ni por la Audiencia ni por el TS, cuya innovadora sentencia de 31 de diciembre de 1909 no obtuvo después una prolongación en el tiempo por lo que a su contenido defensor de criterios de racionalidad y equidad se refiere .

Tampoco lo entendió así la doctrina, que se inclinó por la libertad absoluta y la legítima simbólica, a salvo del derecho de alimentos del desheredado.

Con todo ello, se llega a la conclusión de que en Aragón, en este momento inmediatamente anterior a la entrada en vigor de la Compilación:

—El padre puede instituir heredero a uno o a varios hijos.

—Al hijo no heredero el padre tiene que dejarle alguna cantidad a discreción.

—Y cualquiera que fuese la parte que el padre dejase al hijo, éste no puede solicitar suplemento de legítima, pudiendo solamente pedir alimentos, posibilidad equivalente a la de vivir en la Casa el hijo soltero no heredero que no percibió legítima en las costumbres del Alto Aragón.<sup>32</sup>

### 3. JURISPRUDENCIA POSTERIOR A LA COMPILACIÓN.

#### *A) Los cambios legislativos de la Compilación.*

La promulgación de la Compilación Aragonesa de Derecho Civil el 8 de abril de 1967 supuso algunos cambios importantes en cuanto a la regulación del tema que nos ocupa:

1ª) Respecto al tan debatido *derecho de alimentos* que tienen los descendientes inmediatos que en la distribución de los bienes se hayan quedado en situación legal de pedirlos, *no se denomina ya legítima individual* (como ocurría en el Anteproyecto de 1961 en su artículo 70 y en el de 1962 en el artículo 67).

El profesor **Lacruz** sin embargo los califica de legítima material individual de muy especial naturaleza. Pero esta opinión no puede ser mantenida a la vista del artículo 119 de la Compilación. Ello se debe a que en este último se recoge un concepto amplio de legitimario, mientras que en el 121 (regulador

---

<sup>31</sup> Y así, unos pocos años más tarde, en **STS de 24 de febrero de 1915**, se admite que la testadora dejase 5 pts. a aquellos parientes que quería dejar excluidos de la herencia.

<sup>32</sup> Señala **LACRUZ** que incluso ni siquiera en esas costumbres la legítima sea un mero símbolo y sí una cantidad de cierto valor, pero modesta con relación al patrimonio o bien prestaciones equivalentes como el pago de una carrera, establecimiento mercantil, aprendizaje de un oficio, etc, Op. cit. (BCAZ), pág 148.



del derecho de alimentos), quedan excluidos los descendientes con mediación de persona capaz de heredar, que también son legitimarios según el artículo 119.<sup>33</sup>

No puede darse por tanto a este derecho de alimentos la denominación de legítima sino que es en todo caso un complemento a la misma y responde a los mismos criterios que inspiraban las peticiones de suplemento de legítima anteriores a la promulgación del Apéndice.

Se dan respecto a la redacción de éste último ciertos retoques en la Compilación que disminuyen algunos de los inconvenientes que se habían planteado:

Y así, mientras en el Apéndice parecía desprenderse que el derecho de alimentos se producía en todo caso de exigua asignación a uno de los legitimarios, con la Compilación parece necesario que el legitimario se encuentre en situación de pedir alimentos y que lo asignado en la herencia no baste para cubrir sus necesidades para que surja el derecho a reclamarlos de los herederos, siendo por tanto en adelante excepcional que se produzca esta depresiva relación alimenticia entre hermanos.

La naturaleza de este derecho de alimentos es la misma que la del regulado en el CC; y puesto que el propio artículo 121 ni determina cuando se produce la situación legal de pedir alimentos ni tampoco se puede hallar esa definición en otros artículos en la Compilación, habrá que acudir al CC como derecho supletorio, en concreto al artículo 142.<sup>34</sup>

Por tanto, cuando el legitimario aragonés en sentido estricto no tenga cubiertas algunas de las necesidades a las que se refiere el 142 CC, estará en situación legal de pedir alimentos, primeramente a los sucesores del causan-

---

<sup>33</sup> *Artículo 119 CA:*

«Dos terceras partes del caudal fijado conforme al artículo 818 CC 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 atribuirle a uno solo*, con las modalidades establecidas en este capítulo.»

*Artículo 121 CA:*

«Aquellos descendientes sin mediación de persona capaz de heredar que en la distribución de los bienes hereditarios queden en situación legal de pedir alimentos, podrán reclamarlos de los sucesores del causante, en proporción a los bienes recibidos.»

<sup>34</sup> *Artículo 142 CC:*

• Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras no sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causas que no le sean imputables.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo.»

te en proporción a los bienes recibidos; y, en su defecto, se pasa a aplicar el régimen del CC en la parte que regula la obligación de alimentos entre parientes.<sup>35</sup>

2º) Otro cambio fundamental que introduce la Compilación Aragonesa en materia legitimaria es la redacción del *precepto de la mención formal*:

Bastará para cumplir con la misma que los legitimarios no favorecidos en vida del causante o que no resulten favorecidos en la Sucesión Intestada sean *nombrados o mencionados al menos en el testamento que los excluya*, artículo 120 de la CA.

Se habla única y exclusivamente de *nombrar y mencionar. Nada más.*

En los Anteproyectos de 1961 (artículo 71), 1962 (artículo 72) y 1963 (artículo 68) se hablaba de realizar la mención «al menos con expresión que de a entender que el testador ha tenido en cuenta su existencia al asignar las legítimas».

Pero ya el Anteproyecto de 1965 abandonaba este criterio, recogiendo en su artículo 118 una redacción muy similar a la del actual 120 de la CA, diferenciándose tan sólo en la sustitución de la palabra «legitimarios» por la expresión equivalente « aquellos descendientes sin persona intermedia capaz de heredar »:

- Por tanto, si la CA excluye toda necesidad de referencia patrimonial *no será necesario declarar expresamente que a determinados legitimarios se les excluye de la legítima*, bastará su simple nombramiento o mención para evitar la preterición.

---

<sup>35</sup> Sin embargo, la aplicación de la normativa del derecho de alimentos del CC, que tiene una finalidad y fundamento distintos al previsto en la CA, junto con la escueta regulación de esta institución en la legislación aragonesa, traen consigo que los resultados sean a veces inconvenientes y, con frecuencia, insuficientes.

De ahí la necesidad de una normativa que desarrolle el 121 CA, tal y como se recoge en la Exposición de Motivos del Borrador de propuesta de reforma del citado artículo que ha realizado la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, órgano consultivo de la DGA creado por Decreto 1621/1994 de 12 de julio para el asesoramiento en lo que a modificaciones de la Compilación se refiere.

El objetivo principal de esta propuesta es buscar un mecanismo que resuelva definitivamente los conflictos originados por la concurrencia del derecho aragonés de alimentos del 121 CA y el regulado por los artículos 142 y ss. Para ello la reforma aborda distintos puntos como son la preferencia del 121 sobre la obligación de alimentos entre parientes del CC (que se mantiene como subsidiario); buscar un concepto de alimentos más cercano a la situación social actual; posibilidad de incluir como alimentante no sólo a los beneficiarios por causa de muerte (herederos y legatarios) sino también a los donatarios; fijar un límite cuantitativo a los alimentos y realizar una enumeración expresa de sus causas de extinción.

Es de esperar que tal reforma se acometa próximamente, dado el importante papel del derecho de alimentos en el Derecho Sucesorio Aragonés.

- Y, por otro lado, si la CA también elimina el término «legítima individual», estableciendo tan solo un derecho de alimentos con la regulación que hemos examinado, queda claro que *el legitimario* (siempre que el testador cumpla con las prescripciones legales respecto de la legítima global o colectiva), *no tiene derecho a ninguna atribución patrimonial, ni siquiera simbólica*.

**B) Examen de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993.**

Conviene tener en presentes estas dos conclusiones para examinar la única sentencia representativa que, en relación con la legítima foral o formularia, existe en este período que abarca desde la promulgación de la CA hasta la actualidad, y que no es otra que la polémica **STSJA de 30 de septiembre de 1993**, debido a los distintos motivos que pasamos a examinar.<sup>36</sup>

Su origen está en un recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Zaragoza en autos de juicio declarativo de menor cuantía sobre preterición testamentaria.

La *falta de mención formal* es el núcleo del argumento de los recurrentes, constituyendo el objeto principal del recurso la forma en que debe de hacerse esa mención:

Si basta con la *mera referencia* a la existencia del legitimario en cualquier parte del testamento (expositiva o dispositiva) *o si la mención ha de tener o no una referencia patrimonial*.

La sentencia distinguirá, en sus fundamentos 4º y 5º, *dos formas de mención*, a saber:

- a) Exclusión expresa del legitimario.
- b) **Con legítimas simbólicas.**

Si ya antes de entrar a abordar su estudio puede resultar cuando menos sorprendente el planteamiento de estas cuestiones a la vista de la actual regulación del 120 de la CA, más bien de paradójicas se pueden calificar las soluciones dadas a las mismas en tanto que suponen ignorar el estado del sistema legitimario aragonés vigente.

- a) Exclusión expresa del legitimario en la parte dispositiva.

De las dos cuestiones más arriba mencionadas, y en relación con la primera de ellas —el lugar donde debe de hacerse la mención del legitimario— la

---

<sup>36</sup> Tras haber realizado una exhaustiva búsqueda por los diferentes repertorios jurisprudenciales de sentencias relacionadas con el tema del presente estudio, no he hallado ninguna, a excepción de la mencionada, que lo aborde desde la entrada en vigor de la Compilación, siendo las sentencias que existen en materia legitimaria a partir de entonces únicamente sobre litigios sobre imputación y contenido de la legítima.

sentencia, partiendo de que según el 122 CA constituye preterición la falta de mención formal del legitimario, deduce que no es suficiente cualquier mención sino que es necesaria una mención formal (fundamento nº 4).

Por este motivo, subraya que «debe realizarse en la parte dispositiva, aunque sea para manifestar que a determinado legitimario o legitimarios no se les deja nada, y ello porque lo que debe de tenerse en cuenta es que el testador, precisamente al tiempo de asignar las legítimas, no olvidó la existencia de alguno de aquellos».

El artículo 120 CA, no exige en ningún momento que la mención sea «formal»; y dentro de las normas dedicadas a la protección de la legítima en la Compilación Aragonesa, el adjetivo «formal» solamente aparece en el artículo 122 («Preterición o desheredación formal»), referida a la falta de mención de todos los legitimarios, entendiéndose por tales en Aragón a todos los descendientes, no siendo por tanto aplicable el citado precepto cuando se trate de descendientes sin persona intermedia capaz de heredar (legitimarios en sentido estricto) a los que, de manera exclusiva, se refiere el artículo 120 y a los que, en caso de preterición o desheredación singular, les es aplicable el artículo 123 de la Compilación.<sup>37</sup>

Pero es que además, en Derecho de Sucesiones (y en mayor medida en el aragonés con el principio «standum est chartae» sancionado en el artículo 3º de la CA<sup>38</sup>), la ley suprema es la voluntad del causante, siempre que no sea contraria a normas imperativas o prohibitivas.

Y ni en el Derecho Aragonés ni en el CC existe norma alguna que determine en qué parte del testamento deben mencionarse. Bien al contrario, el CC (aplicable supletoriamente en Aragón en virtud del artículo 1. 2º de la CA) considera al testamento como un solo acto<sup>39</sup>, tanto en su vertiente temporal como documental, sin diferenciar, en lo que a este último sentido respecta, partes distintas, con contenido y eficacia propios.

---

<sup>37</sup> En relación con el artículo 120 CA, ORIA DE RUEDA, Galo Alfonso, («*Legítimas, preterición y desheredación en el Derecho Foral Aragonés*», BCAZ, núm. 131), entiende que, el único requisito será que exista voluntad de excluir, explícita o implícitamente, a los legitimarios, y nombrándoles y mencionándoles según los casos.

Sólo de este modo se dará cumplimiento a la legítima formal y se evitarán los efectos que, para la preterición o desheredación singular, prevé el artículo 123 CA.

<sup>38</sup> *Artículo 3º CA:*

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

<sup>39</sup> Arts. 658, 679, 695 y 699 CC.

En relación con el principio de unidad de acto que rige los testamentos, ver la interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 2-3-94.

Esta diferenciación tan solo depende del estilo del Notario autorizante; y es evidente que un negocio jurídico de trascendental importancia como es el testamento no puede tener su validez dependiente de algo tan arbitrario y variable como es el modo de redactar un Notario, siendo esto último perfectamente posible por otro lado pues la ley solamente regula la forma y no el estilo.<sup>40</sup>

Retomando el hilo conductor de la sentencia, y abordando ahora la segunda de las cuestiones planteadas, se decanta por la necesidad de una *referencia patrimonial excluyente* en la parte dispositiva del testamento:

«.....aunque sea para manifestar que a determinado legitimario o legitimarios no se les deja nada, pues lo que debe de tenerse en cuenta es que el testador, al tiempo de asignar las legítimas, no olvidó la existencia de alguno de aquellos.»

Esta necesidad de referencia patrimonial aparece en el Apéndice y en los Anteproyectos del 61, 62 y 63 de la CA; pero se abandona de modo concluyente en el del 65 y en la redacción definitiva de la CA.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> BELLOD FDEZ. DE PALENCIA, Elena, «La legítima formal aragonesa, la preterición y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993, BCAZ, núms. 134-135, pág. 1279. publicado igualmente en RCDI, mayo-junio, núm. 622.

<sup>41</sup> Artículo 30 del Apéndice.

«El descendiente que sea capaz para heredar excluye de esta herencia forzosa a los que por su mediación desciendan del testador y *éste podrá señalar la cantidad o porción de bienes* que le plazca para cada uno de los que estén en el grado más próximo.»

Se deduce del texto la necesidad de una atribución patrimonial de los descendientes sin persona intermedia capaz de heredar (legitimarios) para cumplir así con el requisito de la legítima formal.

Sin embargo, en el artículo 71 del Anteproyecto de Compilación Aragonesa de 1961 (y en la misma línea se encuentran los artículos 72 del Anteproyecto de 1962 y 68 del de 1963, todos ellos redactados por la Comisión de Jurisconsultos nombrada por el Ministerio de Justicia) señala:

«El legitimario que desciende del causante sin mediación de una persona capaz de heredar, cuando no hubiera sido favorecido en vida del causante o mediante la sucesión ab intestato, *deberá ser mencionado en el testamento, al menos con expresión que dé a entender que el testador ha tenido en cuenta su existencia al asignar las legítimas.*»

Son precisamente estos artículos el antecedente directo del definitivo 120 de nuestra Compilación actual, y en ellos se refleja claramente un avance innovador, pues se pasa de la necesidad de una *atribución patrimonial* a la *referencia patrimonial*, es decir, de tener que señalar determinados bienes (a voluntad del testador, dentro de los límites legales) para cada legitimario, a tener que *mencionar* simplemente a estos últimos, de un acto de disposición a un acto formal, en definitiva.

Pero al indicar cómo debe efectuarse dicha mención, se rinde, indirectamente, un tributo al Apéndice («al menos con expresión que dé a entender que el testador ha tenido en cuenta su existencia al asignar las legítimas»), pues todavía no queda desligada la mención de la atribución de bienes, lo que conlleva para la primera un indudable matiz patrimonial.

La eliminación de toda referencia patrimonial tanto positiva como negativa, es decir, tanto para los casos de inclusión como los de exclusión de la legítima de algún legitimario, se produciría de forma definitiva en el artículo 188 del Anteproyecto de 1965, realizado por la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, cuya redacción será adoptada por la definitiva Compilación Aragonesa con la única modificación de la sustitución de la palabra «legitimarios» por la expresión «aquellos descendientes sin mediación de persona capaz de heredar»:

Por tanto, ya no es preciso decir que no se deja algo. El único requisito será cumplir con la voluntad del testador y será suficiente con que exista intención por parte de aquél de excluir a los legitimarios, ya sea expresa o tácitamente, bastando en este último caso con no incluir.

Y así es evidente que si el testador nombra a todos sus hijos pero luego atribuye bienes a algunos de ellos, será porque no los quiere beneficiar, aunque expresamente no lo diga. No resultaría coherente en estos casos, por tanto, exigir una exclusión expresa, puesto que tácitamente, la voluntad del testador queda patente.

Se apoya la sentencia al exigir esta exclusión expresa en el artículo 667 del CC que define al testamento como un acto de disposición de bienes para después de la muerte. Y si bien esto es así en gran número de supuestos, no debe olvidarse cómo igualmente es posible que existan testamentos con disposiciones no patrimoniales, perfectamente válidos y admitidos tanto en el CC como en la CA.<sup>42</sup>

En relación con el tema del presente estudio, resulta quizá más interesante la otra forma que propone la sentencia para evitar la preterición:

#### **b) Las legítimas exiguas**

«No contradice lo antes expuesto que la práctica siga manteniendo el *sistema de asignaciones simbólicas* a los legitimarios que realmente resultan excluidos de la herencia, *práctica que está en línea de lo que ha sido doctrina constante con ante-*

---

#### *Artículo 188:*

«Los legitimarios no favorecidos en vida del causante o que no lo resulten de la Sucesión Intestada de éste, necesariamente habrán de ser *nombrados o mencionados al menos* en el testamento que los excluya.»

Apunta LACRUZ que «pareció bien a la Comisión Aragonesa, y antes al Seminario que preparó sus trabajos, que el puro rito de dejar una cantidad simbólica podía refundirse con la mención, ya que aquél carecía realmente de contenido», Ops. cit., pág 524 (RCDI) y pág. 143 (BCAZ).

En efecto, la Comisión del Anteproyecto de 1965 avanza de la legítima material individual a la legítima formal, dejando claro que el legítimario no tiene derecho a asignación patrimonial alguna (simbólica o no); y es que, individualmente para sí mismo, cada uno de los hijos apenas tiene derecho a algo, pues basta con que cualquiera otro de los descendientes haya recibido bienes en cuantía no superior a los 2/3 de legítima para que nada pueda solicitar el que nada recibió, con una pequeña excepción, subrogado de la tradicional cláusula de los diez sueldos: si en la distribución queda en situación legal de pedir alimentos, podrá reclamarlos de los sucesores del causante, en proporción a los bienes recibidos.

<sup>42</sup> Existen una gran cantidad de ejemplos en uno y otra:

120 CC: Testamento en el que se reconozca un hijo en filiación no matrimonial.

223 y 224 CC: Testamento que designa tutor testamentario.

164 y 227 CC: Testamento que designa administrador testamentario.

291 CC: Nombramiento de curadores.

18 CA: Nombramiento de protutor.

223 CC Y 15 CA: Nombramiento de tutor..., etc

rioridad a la CA», afirma el Fundamento 4º de la sentencia en su último párrafo, citando a continuación jurisprudencia que así lo confirma.

El mismo argumento vuelve a repetirse en el Fundamento 5º, último párrafo, in fine:

«... y no contradice la norma la tendencia de que se siga atribuyendo una cantidad simbólica al legitimario, evitando con ello la preterición de acuerdo con lo antes establecido de que *el nombramiento o mención formal puede efectuarse de esta forma o bien excluyendo expresamente de la herencia al legitimario.*»

Para sustentar su criterio en favor a la utilización de legítimas irrisorias para realizar la mención legitimaria y evitar de este modo la preterición, la sentencia se apoya en dos elementos:

- 1) Jurisprudencia a favor de la legítima foral.
- 2) La práctica notarial.

1) Las sentencias citadas en el fundamento 4º de la sentencia son todas de fechas anteriores a la promulgación del Apéndice: STS de 20 de mayo de 1904 y de la Audiencia de 9 de julio de 1921 y 24 de junio de 1922.

Ya analizamos en el apartado dedicado a la jurisprudencia anterior al Apéndice cómo la tendencia dominante en aquellos años fue la defensa a ultranza de las facultades del padre para distribuir sus bienes como tuviera por conveniente ante la ausencia de regulación específica en los Fueros del «quantum».

Si bien el Apéndice intentó con su regulación prescindir ya de la legítima foral, su redacción no fue acertada en absoluto, trasladando el viejo debate de la interpretación del «quantum eis placuerit» al de las palabras «discrecional y desigualmente» con las que el legislador califica la potestad del padre de distribuir los 2/3 de los bienes.

Ello propició no pocas discusiones doctrinales y jurisprudenciales acerca del alcance y significado de dichas palabras y de si realmente podían suponer algún límite a la posibilidad de que el testador dejara a alguno de sus hijos con casi todos sus bienes y al resto con legítimas insignificantes.

La opinión mayoritaria se decantaría hacia la libertad de testar y las legítimas exiguas, dejando siempre subsistente el derecho de alimentos.

Pero también en numerosas sentencias de finales de los 50 y principios de los 60 defendían la posibilidad de establecer legítimas formularias, quizás como un claro reflejo de las opiniones antes mencionadas.

Es el caso de las sentencias comentadas en el apartado dedicado a la jurisprudencia posterior al Apéndice de **29 de abril de 1958, 22 de febrero de 1961, 11 de mayo de 1964 o 22 de abril de 1963.**

Lo cierto es que las mismas bien podrían servir de punto de apoyo a la tesis sostenida por el TSJA en su sentencia además de las que en ella se mencionan de fechas anteriores al Apéndice. Sin embargo, tanto unas como otras tiene

algo en común: el ser *anteriores a la CA*. Y su artículo 120 es claro y no deja lugar a dudas sobre la suficiencia del nombramiento o mención para evitar la preterición.

Tanto la jurisprudencia citada por la sentencia del TSJA de fecha anterior al Apéndice como la que mencionamos de los años 50 y 60 se dictaron en un momento en el que no existía regulación de un mecanismo concreto para evitar la preterición de los legitimarios en sentido estricto. De ahí que aún tuviera sentido el que las atribuciones patrimoniales simbólicas permanecieran todavía y fueran el cauce para evitar eventuales impugnaciones de testamentos por preterición.

Pero tras la CA de 1967 ya no se puede hablar, si nos atenemos a la estricta legislación vigente, más que de mención formal: hoy ya no es necesaria ninguna legítima formularia.

La única legítima material y tangible regulada en la CA, tras la supresión de la legítima individual y la refundición, como señaló **Lacruz**, de las legítimas exiguas con la mención, es la colectiva a favor del grupo de descendientes legítimos. Los padres no tienen obligación de distribuirla por igual e incluso pueden dejar a alguno sin nada. Ahora bien, dentro de ese grupo, los legitimarios en sentido estricto (descendientes sin persona intermedia capaz de heredar) serán los únicos que tendrán derecho a que sean mencionados en el testamento o pacto sucesorio: si son preteridos serán llamados a una porción en el caudal igual a la del menos favorecido por el testador; y si quedan en situación legal de pedir alimentos, podrán reclamarlos de los sucesores del causante. Nada más.

La CA supone, en definitiva, el paso decisivo de la legítima formularia a la legítima formal (nombrar o mencionar<sup>43</sup>), cuyo cumplimiento no es obligatorio, pues precisamente se configura como un sustitutivo de la atribución patrimonial que en el Apéndice sí parecía necesaria a la vista de la redacción del 30.3º para cumplir con el derecho-deber de la mención formal de los legitimarios en sentido estricto.

---

<sup>43</sup> «*Nombrar*» supone que el testador o instituyente llama a los legitimarios con sus nombres o apellidos o bien con otras expresiones nominales con las que sean conocidos. Supone una identificación o designación perfecta y específica. ORIA DE RUEDA (Op. cit., pág.43) opina que por extensión cabría entender que se ha producido cuando la mención es equivalente y lo es cuando el descendiente es único, porque entonces la identificación es perfecta.

«*Mencionar*» comprende referencias no nominales, de carácter genérico. Puede decirse que, mientras el nombramiento es «lo más», la mención es «lo menos.» Se refiere al sujeto pasivo de la mención por la determinación de algunas de sus circunstancias especificadoras, generalmente la de parentesco, como por ejemplo, «mi hijo mayor», «mi hijo el militar»....

El magistrado GIL NOGUERAS (coponente de «*Las legítimas en Aragón*», Actas de los Terceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, edita El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, pág. 65) entiende que no obstante lo más arriba indicado, no serían suficientes las menciones hechas «por referencia», como por ejemplo «Dejo a mi hija Raquel el campo en que solía jugar con mi hijo Juan» sin otra mención en el testamento para éste último.



Ya no ha lugar, por tanto, a la utilización de viejas fórmulas tradicionales que hoy no tienen fundamento alguno.

2) Pero también se alude en la sentencia a la *práctica testamentaria* como otro elemento para abogar por la vigencia actual de la cláusula foral.

Es cierto que en la actual práctica notarial testamentaria se utiliza esta fórmula o la exclusión expresa para alejar el fantasma de la preterición.<sup>44</sup>

Pero debemos tener aquí presente que uno de los fundamentos esenciales de la institución y función notarial es velar en aras de una seguridad jurídica que evite en la medida de lo posible pleitos futuros. Es por este motivo por el que los Notarios buscan ante todo exactitud y claridad en la redacción de documentos, intentando con ello alejar la posibilidad de litigio.

Si a ello añadimos la inercia derivada del uso de viejas fórmulas notariales que se siguen empleando por costumbre, como consecuencia de un arrastre histórico o por la simple creencia de que lo que sobra no daña, tenemos como resultado la utilización todavía en nuestros días de una cláusula testamentaria que no está sancionada legalmente, que no es necesaria en absoluto para la validez del testamento y que constituye en definitiva un anacronismo que no es sino un modo retórico de decir que nada se deja.

No ha habido ninguna sentencia posterior en la materia hasta el momento de cerrar el presente trabajo; y en tanto que no exista jurisprudencia en sentido contrario, lo lógico es que los Notarios y los profesionales del Derecho respeten el contenido de la sentencia aunque lo desaprueben, precisamente para evitar pleitos objetivamente previsibles y reducir al mínimo la posibilidad de posibles impugnaciones de los testamentos.

Y como de los dos medios previstos por la sentencia para efectuar el nombramiento o mención formal de los legitimarios (atribución patrimonial simbólica o exclusión expresa) el más sencillo técnicamente es el de la legítima foral, pues el del nombramiento o mención del descendiente para excluirlo (y además en la parte dispositiva del testamento) supone un mayor esmero en la redacción, lo más posible es que el futuro de la práctica notarial testamentaria esté dominado por un creciente nº de legítimas exiguas, reforzándose así la tesis del TSJA basada en un criterio que la CA ya había superado, exigiendo solamente su art. 120 el nombramiento o mención del descendiente sin mediación de persona capaz de heredar, sin necesidad de referencia patrimonial alguna, para cumplir con la legítima formal y evitar así la preterición.

Es cierto, por otro lado, que autores de la talla del profesor **Lacruz** han defendido su uso, y que su influencia ha contribuido a que la legítima foral perdurase hasta la actualidad; pero este autor la admite solamente desde un

---

<sup>44</sup> Respecto a la práctica notarial testamentaria y su influencia en esta sentencia, me he basado en el excelente artículo de E. BELLOD, Op. cit., pp. 1288 a 1292.

punto de vista práctico y para evitar objeciones que califica de «infundadas», no porque considere que la Compilación así lo exija.<sup>45</sup>

**Oria de Rueda** no comparte en absoluto esta opinión, pues entiende que la esencia de la legítima foral es material y no formal.

Para este autor, el legislador de la Compilación sobrevaloró la perfección del Derecho Común y su fuente romana en detrimento de la de nuestro Derecho Foral:

«El legislador suprimió la legítima foral, creación de trascendencia capital inspirada en el espiritualismo y expresión de la libertad civil aragonesa, porque vio equivocadamente en ella un formulismo, los diez sueldos jaqueses, y porque su voluntad era desformalizar el Derecho; y en este afán paradójicamente acudió en busca del Derecho romano (éste sí que era formal), y de su regulación de la preterición como omisión de pura forma: pero el juicio no fue justo. La legítima foral era material y su sustancia no era forma sino contenido; nunca consistió en los diez sueldos jaqueses ni tampoco fue este su límite inferior. Pero el legislador no alcanzó a ver su aspecto positivo, la libertad de distribución, entendió sólo el negativo, cuánto era lo mínimo que podía dejarse al descendiente para cubrir con el expediente legal».<sup>46</sup>

No deja de ser ésta una opinión interesante que añade una visión crítica nueva acerca de la legítima foral. Sin embargo, no comparto la idea de una eventual naturaleza material de ésta :

la legítima colectiva, entendida como un derecho de legítima global a favor de los hijos, aparece en los Fueros de 1307 y 1311 regulada específicamente, junto con la posibilidad de instituir a un solo hijo heredero y dejar a los demás lo que les pareciese a los padres.

Resulta evidente que si el punto de apoyo fundamental de los heredamientos en una mano y sus paralelas legítimas exiguas hasta mediados del S. XX era la conservación del patrimonio familiar y el intentar evitar la desmembración del mismo, poca esencia material tenían aquéllas.

La única legítima material real era el patrimonio familiar en manos del heredero; y si los demás recibían por toda legítima 10 sueldos, o una cantidad mayor o menor pero muy alejada de lo que en proporción al caudal hereditario correspondería a cada hijo, está claro que se trata de legítimas de índole puramente formal, pues la verdadera intención del testador aquí no es dejar algo sino, precisamente, no dejarlo, sin dar más explicaciones y, sobre todo, sin tener que acogerse a las causas legales de desheredación tasadas en los Fueros.

El que el legislador tomara el referente romano para la regulación de la preterición como omisión de forma podrá ser más o menos acertado. Pero así fue, y como la legítima formularia no es sino un rito simbólico, muy literario

---

<sup>45</sup> LACRUZ, Ops. cit., pp. 524 (RCDI), 152 (BCAZ). Igualmente, ver en el mismo sentido del citado autor «*Preterición e injusta desheredación en el Derecho Aragonés Vigente*», ADC, XXI, 1968, pág. 513.

<sup>46</sup> ORIA DE RUEDA, Op. cit., págs 48 y 49.

si se quiere pero ya vacío, a través del cual se indicaba que a nada más del caudal hereditario podía aspirar el que la recibía, y ésta es precisamente la finalidad de la mención formal regulada en el 120 CA, parece totalmente coherente su definitiva supresión, incluso como cauce para efectuar aquélla.

No se trata, en todo caso, de una cuestión pacífica; y precisamente por las diferentes dudas que suscita (junto con las renovadas con la sentencia comentada más arriba del TSJA), provoca el que muchos Notarios sigan incluyendo la legítima simbólica en los testamentos.<sup>47</sup>

Es por estos motivos por los que se impone una profunda revisión de la Compilación Aragonesa en este punto, donde se establezca una regulación que elimine cualquier sombra de duda acerca de la conveniencia o no de atribuir legítimas formularias.

En Aragón, la preterición tiene carácter enunciativo y no dispositivo; y no tiene ningún sentido revestir los testamentos o los pactos sucesorios de formalismos que nada aportan a su validez y que suponen el oscurecimiento de la voluntad lícita del testador, que constituye, en definitiva, la norma suprema a la que deberá ajustarse toda Sucesión.<sup>48</sup>

## II. CONCLUSIONES FINALES

En la siguiente gráfica se podrá obtener una visión global de toda la evolución jurisprudencial examinada.<sup>49</sup>

El eje vertical representa el número de sentencias y el horizontal los años por décadas, con excepción de tres fechas relevantes por los siguientes motivos:

---

<sup>47</sup> MERINO Y HERNÁNDEZ, «Aragón y su Derecho», Guara Ed., pág. 142.

En igual opinión, GARCÍA AMIGO, «Comentarios al CC y a las Compilaciones Forales», Tomo XXXIV, Vol.2, Ed. RDP, Madrid, 1888, pág 24; y MARTÍNEZ CORTÉS, en el coloquio subsiguiente a la ponencia «Las legítimas en Aragón», Terceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Op. cit., pág. 88.

<sup>48</sup> Existen numerosos pronunciamientos jurisprudenciales en este sentido, destacando entre los más recientes la **sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 6 de abril de 1992** ( «El testamento constituye una *unidad donde está plasmada la voluntad del testador*» ) y el más categórico de la resolución de la **Dirección General de los Registros y el Notariado de 10 de diciembre de 1991:**

*«la voluntad del testador expresada en el testamento es la ley de la Sucesión»*

<sup>49</sup> En la elaboración de la gráfica se ha atendido exclusivamente para la determinación y clasificación de las sentencias la admisión o rechazo de la legítima foral en las mismas, independientemente de cual fuera el objeto principal del pleito.

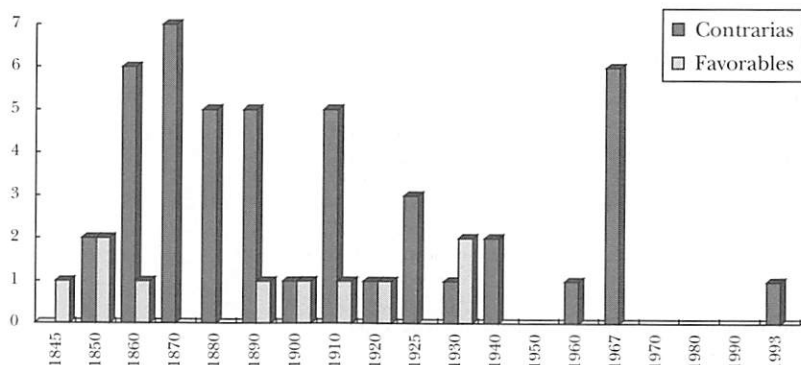
En este sentido, debe matizarse que:

a) La aceptación de la cláusula foral por los Tribunales no llevaba aparejada también el que se admitiera la posibilidad de instituir heredero a un extraño con tal de que el testador dejara a sus hijos con la legítima foral pues, como ya ha quedado reflejado en páginas anteriores, tanto la Audiencia en doctrina reiteradísima así como el TS entendieron que era contrario al espíritu de

- 1925: Fecha de aprobación del Apéndice.
- 1967: Fecha de aprobación de la Compilación Aragonesa.
- 1993: Fecha de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

**GRÁFICA-RESUMEN DE LITIGIOSIDAD DE LA LEGÍTIMA FORAL<sup>50</sup>**

*Sentencias desde 1849 hasta 1993 de la Audiencia Territorial,  
de la Audiencia Provincial de Zaragoza  
y del Tribunal Supremo<sup>51</sup>*



los fueros «De Testamentis» y a la letra del Fuero 2º «De Exhaeredatione Filiorum» que recoge las únicas causas de desheredación que puede utilizar el causante.

b) Dentro del grupo de sentencias favorables a la legítima foral, he creído oportuno incluir aquellas que hacen referencia a la costumbre del Alto Aragón de los heredamientos en una mano con obligación del instituido heredero de alimentar a los hermanos mientras permanezcan en la Casa y dotarlos «al haber y poder» de la misma si contraen matrimonio, pues esta forma de ordenación de la Sucesión traía de forma paralela el establecimiento de legítimas forales para los hijos *no instituidos*, y el que las dotes fueran exiguas, todo ello mirando siempre en favor de la conservación del patrimonio familiar y de la transmisión de la Casa de generación en generación.

c) Por último, las sentencias contrarias a la legítima foral recogen los casos en que los Tribunales concedieron suplemento de legítima al entender que se producía la preterición o desheredación, según las sentencias, de todos aquellos con derecho a la herencia a los que solamente se les haya asignado la legítima foral de los diez sueldos.

Debe subrayarse en todo caso que los suplementos que aparecen con posterioridad a 1925 se refieren a petición de alimentos, los cuales serán fijados por el artículo 30.2º del Apéndice para el legitimario que quedara en situación desfavorable, y cuya esencia es la misma que los suplementos de legítimas de legislaciones anteriores.

<sup>50</sup> Del total de sentencias halladas en relación con la materia objeto del presente estudio —55— encontramos 46 favorables a la legítima foral (83,3%) y tan sólo 9 (16,7%) desfavorables.

<sup>51</sup> *Sentencias favorables a la legítima foral:*

Audiencia	Tribunal Supremo	Tribunal Superior de Justicia de Aragón
15 de septiembre de 1858	15 de diciembre de 1858	30 de septiembre de 1993
21 de enero de 1861	11 de marzo de 1864	

Hasta 1925, fecha de la aprobación del Apéndice, existe una gran variedad de textos legales que trae como consecuencia una gran inseguridad jurídica a la hora de determinar la normativa aplicable.

Ello provoca un alto índice de litigiosidad en la que el objeto de debate se centra en torno a la libertad de testar, la interpretación de los Fueros de 1307 y 1311 y la posibilidad o no de las legítimas forales y de las concesiones de suplementos.

---

*Sentencias favorables a la legítima foral (continuación)*

<i>Audiencia</i>	<i>Tribunal Supremo</i>
7 de junio de 1862	17 de junio de 1864
9 de septiembre de 1863	28 de junio de 1864
17 de junio de 1867	25 de mayo de 1868
28 de noviembre de 1867	2 de julio de 1868
25 de enero de 1868	8 de octubre de 1877
2 de julio de 1868	10 de diciembre de 1879
15 de marzo de 1875	28 de enero de 1892
8 de abril de 1878	12 de octubre de 1901
6 de noviembre de 1878	7 de mayo de 1903
10 de diciembre de 1879	19 de noviembre de 1904
20 de mayo de 1882	30 de junio de 1905
11 de marzo de 1883	24 de febrero de 1915
7 de junio de 1883	28 de octubre de 1935
29 de mayo de 1891	
10 de abril de 1891	
13 de julio de 1900	
26 de enero de 1903	
9 de julio de 1921	
24 de junio de 1922	
30 de mayo de 1922	
15 de octubre de 1928	
5 de febrero de 1935	
29 de abril de 1958	
22 de febrero de 1961	
2 de junio de 1962	
25 de febrero de 1963	
22 de abril de 1963	
11 de mayo de 1964	
25 de febrero de 1965	

*Sentencias contrarias a la legítima foral*

<i>Audiencia</i>	<i>Tribunal Supremo</i>
30 de agosto de 1848	31 de diciembre de 1909
4 de junio de 1853	15 de octubre de 1913
4 de junio de 1859	
21 de enero de 1861	
29 de mayo de 1891	
2 de junio de 1933	
15 de julio de 1937	

La Audiencia de Zaragoza reafirma con carácter mayoritario la potestad paterna de hacer uso de la libertad que los Fueros les conceden como crean conveniente, reducida a la práctica de dejarles los diez sueldos jaqueses cuando no les instituían herederos.

Y así, el número de sentencias en favor de las legítimas exiguas y denegando suplementos resulta significativamente aplastante (36) frente al de aquéllas que conceden suplemento (4), siendo tres de ellas (4 de junio de 1859, 30 de agosto de 1848 y 4 de junio de 1853) el resultado de la influencia de la obra de Franco y Guillén, y la cuarta (29 de mayo de 1891) de la del recién promulgado CC.

Las sentencias favorables a la legalidad de la legítima foral se fundamentan en una interpretación literal del «quantum eis placuerit» de los Fueros y en el vacío legal existente en relación a la concreción de aquél, así como en la jurisprudencia del TS.

Lo cierto es que si examinamos la evolución de éste último en el tema que nos ocupa, hasta 1909 vemos como se decanta de modo concluyente hacia la libertad de testar, materializada en las facultades del padre de distribuir sus bienes como estime oportuno y aceptando como válidas las legítimas forales.

Sería la STS de 31 de diciembre de 1909 la que fijaría un punto de inflexión en el criterio del Supremo Tribunal, estableciendo como baremos a la hora del reparto patrimonial el caudal hereditario y la situación personal de cada legitimario, y calificando de desheredaciones encubiertas la atribución de aquellas legítimas exiguas.

Es clara aquí la decisiva influencia del CC y de su sistema de distribución igualitaria de los bienes, con su legítima estricta y su tercio de mejora. Pero más patente resulta la de la opinión doctrinal que mayoritariamente se había pronunciado en contra de la legalidad de la legítima foral y de la posibilidad de instituir herederos a los hijos habiendo extraños, dejando a los legitimarios tan solo con legítimas irrisorias.

La STS de 31 de diciembre de 1909 tenía como contrapartida el que aumentase considerablemente el índice de litigiosidad pues, ante la ausencia de regulación tasada de la cuantía legitimaria, cualquier legitimario insatisfecho podría impugnar el testamento .

Este problema queda definitivamente zanjado con la promulgación del Apéndice, que fija ya un tercio como de libre disposición y la posibilidad de distribuir lo dos restantes «desigual y discrecionalmente». Este texto legal busca erradicar la necesidad de atribuciones patrimoniales simbólicas para evitar pretericiones y lo cierto es que lo consigue hasta comienzos de la década de los 50, condenando la Audiencia la práctica de los diez sueldos y siguiendo los criterios de racionalidad y justicia de la STS de 31 de diciembre de 1909 que, paradójicamente, había rechazado en sentencias muy próximas a la promulgación del Apéndice y en los que el mismo TS no había vuelto a incidir con posterioridad.

Ningún problema traería la regulación del tercio de libre disposición, pues ya la opinión general de los autores se había inclinado hacia la condena de la institución de heredero para extraños y más sobre todo tras la promulgación del CC; tampoco supuso ningún conflicto el paso del suplemento de legítima hacia el derecho de alimentos del 30.2º del Apéndice para aquel legitimario que quedara en situación desfavorable.

Sin embargo, la imprecisa regulación de la potestad paterna de distribuir los dos tercios restantes de los bienes pasaría factura a los pocos años:

En efecto, si bien algunos autores se inclinarían hacia un reparto prudente y moderado de los bienes en proporción al caudal, la opinión mayoritaria doctrinal y también jurisprudencial se iría en la década de los 50 en favor de la libertad de testar típicamente aragonesa, quedando siempre a salvo el derecho de alimentos.

Este sería el criterio acogido en la Compilación vigente que regularía ya un mecanismo concreto para evitar la preterición, la mención formal, alejando ya de modo definitivo la necesidad de referencias patrimoniales.

De ahí la polémica suscitada por la STSJA de 30 de septiembre de 1993 que defiende la legítima foral como medio para la realización de la mención formal.

El artículo 120 habla solamente de nombrar o mencionar, es decir, o designación nominal o genérica. Pero ambas se bastan por sí solas para evitar la preterición. Exigir, como hace la sentencia, referencias patrimoniales o exclusiones expresas, supone hacer caso omiso de la legislación reguladora en la materia y de la opinión doctrinal casi mayoritaria.

No puede alegarse como se ha hecho para defender la sentencia que ésta da un criterio interpretativo del significado de la mención formal, pues es bien claro el contenido de la misma. Y si existen dudas al respecto, y por ellas los Notarios siguen usando legítimas simbólicas, es como consecuencia de un arrastre histórico de aquéllas y quizá también de una cierta inercia, pero no porque el 120 las provoque.

Es evidente a la luz del mismo que el nombramiento o mención tienen entidad suficiente para evitar pretericiones; y si aún así existen dudas y se busca una seguridad jurídica, la solución se encuentra en una reforma de la Compilación en este sentido, para delimitar una mención suficiente que es la que, en definitiva, buscaba el legislador.

Pero no resulta admisible que por buscar ésta se desemboque en una mención formalista ni, mucho menos, en fórmulas tradicionales que, como espero haya quedado patente de la lectura del presente estudio, resultan ya superadas y de difícil ubicación en el contexto jurídico actual.

Por estos motivos, entiendo necesario un esfuerzo conjunto de jueces, autores y demás profesionales del Derecho en general para salir del acantonamiento en un modelo jurídicamente fenecido y para conseguir una solución a

un problema que se ha prolongado en exceso y que siembra dudas e incertidumbres en una de las áreas del Derecho Civil Aragonés de más peso específico, de mayor complejidad técnica y, por qué no decirlo también, de gran movimiento económico: el Derecho de Sucesiones.

### III - BIBLIOGRAFÍA

- ALBADALEJO (director), Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, Tomo XXXIV, Vol. 2º, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1988.
- BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, La legítima foral aragonesa, la preterición y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 30 de septiembre de 1993, BCAZ, números 134-135; igualmente, en RCDI, número 622, mayo-junio.
- BERGUA CAMÓN, Foro Aragonés, Jurisprudencia de los Tribunales de Aragón, en 17 tomos.
- BIBLIOTECA JUDICIAL, Legislación Foral de España, Derecho vigente en Aragón, Madrid, 1888, con prólogo de Gil Berges.
- BLAS Y MELENDO, Derecho Civil Aragonés ilustrado con la doctrina de los autores forales, con el Derecho común y con la jurisprudencia aragonesa del Tribunal Supremo, 2ª edición, Zaragoza, 1898.
- CALATAYUD SIERRA, MARTÍNEZ LASIERRA Y GIL NOGUERAS, Las legítimas en Aragón, Actas de los Terceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, edita El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994.
- CASALS COLLDECARRERA, Doctrina Foral del Tribunal Supremo, Aguilar, Madrid, 1952.
- CASTÁN TOBEÑAS, Derecho Civil de Aragón, Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo 1º, Seix Barral, Barcelona, 1950.
- CASTÁN TOBEÑAS, El Derecho Civil de Aragón, Observaciones al Proyecto del Apéndice, RGLJ, Tomo 144, 1924.
- COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA, Colección de Jurisprudencia aragonesa, de 1968 a 1971 y de 1974 a 1976, como complemento al Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.
- COLEGIO DE ABOGADOS DE ZARAGOZA, Jurisprudencia aragonesa, en 1972, 1973 y 1974 como suplemento al BCAZ; desde 1978 hasta hoy, como suplemento del Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón (BCAA), continuación del BCAZ.
- COSTA, Derecho consuetudinario y Economía popular de España, Tomos 1 y 2, Guara Editorial, Rep. Zaragoza, 1981.
- COSTA, La libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses, Guara Editorial, Rep. Zaragoza, 1981.
- COSTA, Derecho consuetudinario del Alto Aragón, RGLJ, Tomo 61, Madrid, 1880.
- DEL PLANO, Manual del Abogado Aragonés, por un jurisconsulto de Zaragoza, Madrid, 1842.



DIESTE Y JIMÉNEZ, Diccionario de Derecho civil aragonés, Madrid, 1869.

*Estudios sobre Derecho sucesorio aragonés*, Trabajos del Seminario de Derecho Foral, curso 85-86, Departamento de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, Edita Secretariado de Publicaciones.

FAIRÉN GUILLÉN, El Derecho aragonés desde el Decreto de Nueva Planta hasta el Código Civil, RDP, 1945.

FRANCO Y LÓPEZ, BARÓN DE MORA, Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho Civil Aragonés y reformas y adiciones que en ellas es conveniente establecer, escrita con arreglo a lo dispuesto en el RD de 2 de febrero de 1880, Zaragoza, 1886.

FRANCO Y LÓPEZ, BARÓN DE MORA, Adición a la Memoria que sobre las instituciones civiles de Aragón presentó al Gobierno de S. M. en 1880, con arreglo a lo dispuesto en el RD de 1 de febrero del propio año, Zaragoza, 1893.

FUENTE Y PERTEGAZ, La distribución de la legítima en Aragón, 1ª Semana de Derecho Aragonés, Jaca, 1942.

FUENTE Y PERTEGAZ, Derecho Foral de Aragón, Conferencias en la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1936.

GARCÍA ATANCE, La libertad de testar y legítimas en Aragón, ADA, XIII, 1965-67.

ISÁBAL Y BADA, Exposición y Comentario de los Fueros y Observancias del Reino de Aragón, derogados por el Apéndice español, prologado por A. Maura y editado por el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, Zaragoza, 1926.

ISÁBAL Y BADA, Concepto de Derecho Civil de Aragón, Enciclopedia Jurídica Española, Seix Barral, Barcelona, 1950.

ISÁBAL Y BADA, Derecho Foral Aragonés, RDP, 15 de mayo de 1918, nº 56.

ISÁBAL Y BADA, Derecho Foral Aragonés, RDP, julio y agosto de 1917, números 46 y 47.

ISÁBAL Y BADA, Cuestiones de Derecho Foral Aragonés, RDP, 15 de julio de 1914, nº 9.

ISÁBAL Y BADA, Cuestiones de Derecho Foral Aragonés, RDP, 15 de octubre de 1915, nº 25.

ISÁBAL Y BADA, Cuestiones de Derecho Foral Aragonés, RDP, 15 de septiembre de 1916, nº 36.

JUNCOSA MOLINS, La Codificación del Derecho Foral Aragonés, Obsevaciones al Proyecto del Apéndice al Código Civil, publicado por la Comisión Foral Aragonesa reunida en virtud del RD de 24 de abril de 1899, Zaragoza, 1909.

JUNCOSA MOLINS, El Proyecto del Apéndice Aragonés al Código Civil, RGLJ, tomo 144, 1924.

LACRUZ BERDEJO, J. L., Derecho de Sucesión por causa de muerte: De las legítimas; De la Sucesión Intestada, BCAZ, nº 26, julio 1967.

LACRUZ BERDEJO, J. L., Las legítimas en la Compilación, RCDI, marzo-abril, 1968.

LACRUZ BERDEJO, J. L., Preterición e injusta desheredación en el Derecho Aragonés vigente, ADC, XXI, 1968.

- LISSA Y GUEVARA, *Tyrocinium Jurisprudentiae forensis, seu Animadversiones theoricopracticae juxta foros aragonum in IV libros Institutionum iuris imperatoris Iustiniani*, Zaragoza, 1788.
- LORENTE SANZ, *El Anteproyecto de Compilación y el Proyecto de ley en la Comisión General de Codificación y en las Cortes españolas*, ADA, XIII, 1965-67.
- LORENTE SANZ, *Crónica de jurisprudencia aragonesa*, Tribunal Supremo y Sala de lo Civil Territorial, en todos los anuarios de Derecho Aragonés desde 1944 hasta 1976.
- LORENTE SANZ, *Dictámenes*, ADA, 1963-64
- LORENTE SANZ Y MARTÍN BALLESTERO, *La norma en el ordenamiento jurídico aragonés*, ADA, 1944.
- MARTÍN BALLESTERO, *La Casa en el Derecho Aragonés*, Estudios de Derecho Aragonés, CSIC, Zaragoza, 1944.
- MARTÍN BALLESTERO, *Concepto de Derecho Civil de Aragón*, Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix Barral, Barcelona, 1950.
- MOLINO, *Repertorium fororum et observantiarum regni Aragonum, una pluribus cum determinationibus consilii Justitiae Aragonum, practicis atque cautelis eisdem fideliter annexis*, Caesaraugustae, 1585.
- MERINO HERNÁNDEZ, *Aragón y su Derecho*, Ed. Guara, Zaragoza, 1980
- MOLINER, *Diccionario del uso del español*, Ed. Gredos.
- MONER, *Una voz salida del Congreso de Jurisconsultos aragoneses y sesiones celebradas en Zaragoza en 1880 y 1881*, Rivagorza, Fonz, 1881.
- MONER, *Legítimas aragonesas*, RGLJ, Tomo XXIV, 1864.
- MONEVA Y PUYOL, *Introducción al Derecho Hispánico*, Colección Labor, s/f edición.
- NAVARRO VIÑUALES, DELGADO ECHEVERRÍA Y BATALLA CARILLA, *Instituciones aragonesas necesitadas de urgente reforma en materia sucesoria*, Actas de los Cuartos Encuentros de Derecho Aragonés, edita El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995.
- ORIA DE RUEDA, *Legítimas, preterición y desheredación en el Derecho Foral Aragonés*, BCAZ, nº 131.
- PALÁ MEDIANO, *Concepto de Derecho Civil de Aragón*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix Barral, Tomo 1º, Barcelona, 1950.
- Proyecto de Código Civil de Aragón* (Apéndice primero de Código Civil General), Imprenta del Hospicio, Zaragoza, 1899, conocido como «Proyecto Ripollés» y publicado también como anexo al «Discurso de apertura del año académico 1928-29 de D. Gil Gil y Gil sobre «Precedentes inmediatos y ligera crítica del Apéndice al Código Civil, correspondiente al Derecho Foral de Aragón, Universidad de Zaragoza, 1928.
- Proyecto de ley en el cual se contienen como Apéndice del Código Civil General las instituciones forales y consuetudinarias que conviene conservar en concepto de excepción al mismo Código para el territorio de Aragón*, Establecimiento tipográfico del Hospicio, Zaragoza, 1904, conocido como «Proyecto Gil Berges» publicado también como anexo al citado discurso de Gil Gil y Gil.
- RICO GAMBARTÉ, *Alimentos como suplemento de legítima en la legislación aragonesa*, ADA, 51-52.

- RIPOLLÉS Y BARANDA, *Jurisprudencia civil de Aragón*, recopilada y ordenada según el Plan del Código Civil, 3 tomos, 1854-1895, Zaragoza, 1897.
- SAINZ DE VARANDA, *Jurisprudencia de Derecho Civil Aragonés*, 1896 hasta 1926, ADA, IV, 1947-48.
- SAVALL Y PENÉN, *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, edición en facsimil, dirigida por Delgado Echeverría, edita El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1991.
- SESSÉ Y PIÑOL, *Decisionum Sacri Senatus Regii Aragonum, et Curiae Domini Justitiae Aragonum, causarum civilium et criminalium*, edición completa de Francfort, 1619, en dos tomos.
- VALENZUELA LARROSA Y SANCHO DRONDA, *El Apéndice Foral Aragonés a través de la jurisprudencia*, ADA, III, 1946.
- VALLET DE GOYTISOLO, *El deber formal de instituir herederos a los legitimarios y el actual régimen de preterición en los Derechos Civiles*, ADC, XX, 1967.
- VALLET DE GOYTISOLO, *Los complementos de legítima*, Derecho Civil de Aragón, ADC, XXVI, 1973.
- VIDIELLA Y JASSA, *De la legítima de descendientes en Aragón*, RDP, 1918.

# **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.

**LA INSTITUCIÓN HEREDITARIA RECÍPROCA  
ENTRE CÓNYUGES SIN DESCENDIENTES.  
EL ART. 108.3 DE LA COMPILACIÓN:  
SU NATURALEZA JURÍDICA Y EFECTOS  
EN EL DERECHO INTERESPACIAL.**

ADOLFO CALATAYUD SIERRA  
*Notario*

**SUPUESTO DE HECHO QUE SE PLANTEA**

*Andrés y Berta, cónyuges aragoneses sin hijos, otorgan en 1990 un testamento mancomunado en el que se limitan a instituirse herederos universales recíprocamente. El testamento lo otorgan en Barcelona, donde se trasladaron a vivir desde Zaragoza por razones laborales 8 años antes. En 1994, y como consecuencia de un accidente de circulación en un viaje de Zaragoza a Barcelona, donde siguen residiendo, fallecen Andrés instantáneamente y Berta seis horas más tarde. No dejan hijos. Como parientes más próximos están tres hermanos de Andrés y un sobrino de Berta, hijo de un hermano premuerto. Se plantea la cuestión de quién heredará los bienes que dejan, adquiridos todos por Andrés por herencia de sus padres.*

**PRESUPUESTOS DE QUE SE PARTE**

A la vista de los hechos expresados, son los siguientes:

1. La vecindad civil de ambos cónyuges al tiempo de otorgar el testamento era la aragonesa, puesto que, aunque residían en Cataluña, no habían adquirido todavía dicha vecindad civil, por no llevar 10 años de residencia (art. 14.5.1º Código Civil).
2. La validez del testamento mancomunado otorgado en Cataluña no plantea dudas, puesto que los cónyuges aragoneses pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón (art. 94.1 de la Compilación).

3. La vecindad civil de los cónyuges al fallecer es la catalana, por llevar, entonces sí, 10 años de residencia en Cataluña sin declaración en contrario durante ese plazo. No puede considerarse que el hecho de otorgar testamento mancomunado en Cataluña equivalga a una declaración favorable a seguir siendo aragoneses; el argumento de que al ejercer un derecho que tienen como tales aragoneses están haciendo una manifestación contraria a la adquisición de la vecindad civil catalana no es válido porque las declaraciones relativas a la vecindad civil tienen que ser expresas, además de que se deben hacer constar en el Registro Civil.
4. Por tanto, la ley que rige sus sucesiones es la catalana (art. 9.8 Código Civil).
5. Andrés fallece antes que Berta. Lo que a efectos sucesorios implica que la sucesión de Andrés se abre antes que la de Berta y ésta al haber sobrevivido a aquél puede sucederle, a diferencia de lo que sucedería si estuviéramos ante un caso de comoriencia (art. 33 Código Civil). Ésta es la solución que da el Código Civil y es también la que rige en Cataluña y en Aragón ante la falta de una regulación específica. Sin embargo, a mi juicio, no deja de ser discutible atender a efectos sucesorios al orden de los fallecimientos incluso aunque se hayan producido con ocasión de un mismo acontecimiento y con muy poco tiempo de intervalo. En efecto, no resulta justo que el destino de una sucesión varíe completamente por haber muerto una persona unos minutos antes que la otra, incluso aunque sea con ocasión de un mismo siniestro. En mi opinión, sería más justo que si el causante y el heredero fallecen con una diferencia de tiempo pequeña, a efectos sucesorios se considerara una situación equivalente a la de la muerte simultánea.
6. No hay legitimarios, puesto que no existen descendientes, ni tampoco ascendientes, que en el Derecho Catalán también serían legitimarios.

### CUESTIÓN A RESOLVER

Quién sucede al fallecer Berta.

La solución será muy distinta, como vamos a ver, según que se aplique el Derecho Aragonés o el Derecho Catalán. Veamos lo que dispone cada uno de esos Derechos y luego examinaremos cuál de ellos se aplica en este caso.

#### A) LA SOLUCIÓN CONFORME AL DERECHO CATALÁN

Al no haber una norma que regule este supuesto específicamente, tendremos que estar a las reglas sucesorias generales, conforme a las cuales:

- a. Al fallecer Andrés antes que Berta, sin dejar legitimarios, bajo testamento en el que se han instituido recíprocamente herederos, el derecho a la herencia del primero pasará a la segunda. El hecho de que los bienes procedan todos de los padres de Andrés es irrelevante, puesto que no hay ninguna norma que imponga por tal razón un destino diferente.
- b. Al fallecer Berta, y puesto que en su testamento no se dispuso sustitución alguna, se abrirá su sucesión intestada, a la que será llamado exclusivamente el sobrino de ella. Como Berta no aceptó la herencia de Andrés, surgirá el llamado «derecho de transmisión», o con más precisión la transmisión del «ius delationis», por la que pasará al heredero de ella la facultad de aceptar o repudiar dicha herencia (art. 29 del Código de Sucesiones, similar al 1.006 del Código Civil). En suma, **todos los derechos a la herencia de Andrés pasarán al sobrino de Berta.**

A estos efectos son indiferentes las siguientes circunstancias:

- Que su fallecimiento se haya producido sólo seis horas después que el de Andrés. Lo mismo habría sucedido si hubiera fallecido un minuto después siempre que tal cosa pudiera demostrarse. Como ya hemos dicho antes, la ley atiende sólo al orden de los fallecimientos, con independencia del tiempo transcurrido entre uno y otro. Ya discrepé antes de este criterio legal.
- Que los bienes de Berta proceden de su marido y a su vez que éste los había heredado de sus padres.

A idéntica solución se habría llegado en Derecho común y en general en el resto de los Derechos españoles, con la única excepción del Derecho vizcaíno, que establece un principio de troncalidad muy acentuado.

Creo que la solución no resulta la más acertada porque seguramente no es lo que normalmente desean los cónyuges que se instituyen herederos recíprocamente para el fallecimiento del sobreviviente de los dos. En efecto, lo más razonable es creer que si lo hubieran pensado mejor habrían tratado de beneficiar a las respectivas familias en función de la procedencia de los diversos bienes; esto es lo que habitualmente habrían deseado la mayoría de los matrimonios en tales circunstancias. Lo que pasa es que hay casos en que o bien lo olvidan o bien rehuyen plantearse la cuestión de quién heredará lo que quede al fallecer ambos. Para esos casos, el legislador debe dar una solución que se ajuste lo máximo posible a lo que más probablemente es la voluntad de la mayoría de las personas.

## B) LA SOLUCIÓN EN EL DERECHO ARAGONÉS

Nuestro Derecho sí que da una regla específica para estos supuestos, aunque lo haga partiendo de una base que creo que es muy discutible, la asimilación de la recíproca institución hereditaria entre cónyuges al pacto al más viviente. Sin embargo no es éste el lugar para comentar tal asimilación. Nos

centraremos en la solución que se da al supuesto que estamos examinando: el fallecimiento del segundo de los cónyuges que se han instituido herederos recíprocamente y que no han dejado descendientes.

Concretamente, es el apartado 3 del art. 108 «Pacto al más viviente», regulador de la institución recíproca entre cónyuges, el que dispone:

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

Ciertamente, esta norma se encuentra en sede de sucesión paccionada, pero es también aplicable a la institución recíproca entre cónyuges en testamento mancomunado en los términos del art. 95:

«Se entenderá, salvo declaración en contrario, que la institución mutua y recíproca entre cónyuges produce los mismos efectos que el «pacto al más viviente» regulado en esta Compilación».

O sea, al fallecer el primero de los cónyuges, hereda el que sobrevive. Pero al morir el segundo sin haber dispuesto de los bienes que hubiera heredado del primero, en dichos bienes heredan no los sucesores abintestato del segundo sino los que en tal momento hubieran sido llamados a la sucesión del primero. Se trata pues de una solución muy diferente a la que veíamos antes.

Centrándonos en el caso que estamos estudiando:

- a. Al fallecer Andrés, el derecho a su herencia pasa a Berta. Ésta podría —si no hubiera fallecido inmediatamente después— haber dispuesto de todos los bienes heredados «por cualquier título», es decir, por acto entre vivos o por causa de muerte.
- b. Al morir Berta, y dado que no ha dispuesto de los bienes, el derecho a los mismos pasa «a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido», es decir, **heredarán dichos bienes los hermanos de Andrés**.

La solución de la Compilación me parece impecable y hay que aplaudir al legislador aragonés que dio solución a una cuestión que ni siquiera han sido capaces de plantearse los demás Derechos vigentes en España. No se trata de una solución arbitraria sino muy bien fundada en el sentido común y en lo que casi con seguridad habrían previsto la inmensa mayoría de los testadores o disponentes si lo hubieran pensado.

### C) LA NATURALEZA JURÍDICA DEL MECANISMO DEL ART. 108.3

Esta interesante regulación de la Compilación plantea muchas cuestiones y ahora no es posible examinarlas todas. Vamos a centrarnos únicamente en su naturaleza jurídica, es decir, cómo se produce el fenómeno que regula el art.



108.3, porque de ello dependerán sus efectos y régimen jurídico. Y, además, porque de cómo se interprete dependerá también en buena medida la solución definitiva al supuesto de hecho que hemos planteado al principio, es decir, si hay posibilidad de aplicarla a pesar de que la sucesión, según se ha dicho, se rige por el Derecho Catalán.

Básicamente, son dos los grupos de tesis que se han sostenido:

1. La primera tesis consiste en que estamos ante una especie de **sustitución fideicomisaria de residuo** dispuesta por la ley. Así, entre otros, MERINO HERNÁNDEZ (en Comentarios Edersa, Tomo XXXIV, Vol. 1º, pág. 264). Es decir, el cónyuge sobreviviente adquiere los bienes pero sujetos a tal sustitución a favor de las personas que resulten llamadas a la herencia del primero al fallecer aquél. En consecuencia, tales personas a quien realmente heredan es al premuerto y no al sobreviviente. Así se debería deducir, entre otras cosas, del tenor del propio precepto, que dispone que los bienes heredados por el sobreviviente del premuerto pasarán a «las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido». O sea, se está hablando de la sucesión del cónyuge premuerto. Lo cual tiene importantes efectos sustantivos y fiscales:
  - Entre los sustantivos, podemos citar (a) que los requisitos de capacidad sucesoria se deberán reunir frente al cónyuge premuerto pero no frente al sobreviviente del que se reciben directamente los bienes; y (b) que no estamos ante un supuesto de sucesión intestada del cónyuge sobreviviente, por lo que probablemente no será precisa la declaración de herederos como título sucesorio, bastando con una acta notarial de notoriedad acreditativa de qué personas están llamadas en ese momento a la sucesión del primero.
  - Y desde el punto de vista fiscal, tendremos lo siguiente: (a) por un lado, el cónyuge sobreviviente que hereda deberá tributar como si hubiera adquirido el pleno dominio, puesto que tiene facultades de disposición, pero se conserva el derecho a la devolución del impuesto si no dispone de los bienes (art. 26-d de la Ley del Impuesto de Sucesiones); y por otro lado, (b) al fallecer el cónyuge sobreviviente, los llamados a la herencia del premuerto tributarán en función de su grado de parentesco con este último, no con aquél, lo cual será más beneficioso, puesto que dicho parentesco será normalmente más próximo en cuanto al premuerto.
2. La segunda tesis consiste en considerar que se trata de una regla que determina una **sucesión especial del cónyuge viudo** en cuanto a los bienes recibidos del premuerto. Es decir, tales bienes formarán parte de la sucesión del cónyuge sobreviviente y las personas llamadas a la sucesión del primeramente fallecido los heredarán de aquél, no de éste. Las consecuencias de esta tesis las podemos examinar por comparación con las expresadas para la tesis anterior: los requisitos de capacidad sucesoria se deberían tener en cuenta respecto del cónyuge sobreviviente, en vez

de en relación al premuerto; será imprescindible la declaración de herederos, notarial o judicial, según los casos; y en el plano fiscal, tendríamos dos sucesiones diferentes: la que se produce del primero de los cónyuges al segundo, y la de éste a los llamados a la sucesión de aquél, para la que se atendería al parentesco de éstos con el cónyuge sobreviviente; es decir, el coste tributario sería mucho mayor que con la primera de las tesis.

Como opiniones más recientes dentro de esta línea podemos citar las siguientes:

- La de SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA (en «El pacto al más viviente en la Compilación de Derecho Civil de Aragón», como parte de la Ponencia «Sucesión paccionada y pacto al más viviente» en los Segundos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, noviembre-diciembre de 1992, Actas, El Justicia de Aragón, 1993, págs. 85-86). Este autor rechaza la figura del fideicomiso de residuo por la ausencia del origen voluntario y por considerar que falta el efecto del art. 784 del Código Civil de que el fideicomisario es heredero desde el mismo momento de la apertura de la sucesión. Según él, se trata de una figura singular no equiparable a ninguna de las figuras sucesorias típicas y estima más propio considerar que estamos ante la sucesión del segundo de los cónyuges en fallecer y que lo que se produce es un llamamiento legal completamente anómalo que no se funda en el parentesco con el causante sino con aquel de quien recibió los bienes.
- La de GARCÍA-RODEJA FERNÁNDEZ (en «Dos supuestos de sucesión intestada. Cuestiones procesales en relación a la troncalidad», como parte de la Ponencia «La sucesión intestada: aspectos concretos», también en los Segundos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, publicada en las mismas Actas). Igualmente cree que se trata de una figura especial de sucesión abintestato o sucesión legal específica, una especial regulación de la sucesión del cónyuge sobreviviente en cuanto a parte de los bienes que pueden integrar su herencia. Según él, en la redacción del artículo debería sustituirse la expresión «personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido» por la de «personas que en su caso hubiesen heredado en tal momento al cónyuge primeramente fallecido», que, a su juicio, es lo que sin duda pretendió decir el legislador, insistiendo en que no hay duda de que éstas no son llamadas a la herencia del primer cónyuge sino a la del segundo, si bien su determinación se efectúa por una vinculación familiar, en la situación de ese instante, con la persona de quien vienen los bienes.

También este autor rechaza expresamente la tesis del fideicomiso, que estima totalmente insostenible, por los siguientes argumentos: (a) que el cónyuge sobreviviente es evidente que ya heredó al premuerto, agotando su sucesión, sin condicionamiento legal alguno u obligación de reservar; (b) que no existe posibilidad legal de abrir la herencia de una persona en dos fechas o momentos distintos; y (c) que es imposible hablar

de la existencia de un fideicomiso de residuo, al no existir pacto estableciéndolo, como se deduce del art. 111 de la Compilación y de la regulación sobre la sustitución fideicomisaria del Código Civil, añadiendo que no es serio hablar de la posibilidad de un fideicomiso legal, máxime sobre la base del escueto precepto analizado.

Además apoya este autor su tesis en la Sentencia de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 29 de mayo de 1991 (dicha Sentencia puede examinarse en el número 1 de esta Revista, págs. 253-263), que habla de la sucesión legítima del cónyuge sobreviviente.

Examinadas estas dos grandes opiniones, veamos cuál es la **tesis más acertada**, a nuestro juicio. Y he de decir que me inclino por el primer grupo de soluciones, si bien con algunos matices que veremos en seguida. En efecto, en mi opinión, no estamos ante una sucesión especial del cónyuge sobreviviente, sino ante parte del mecanismo sucesorio del premuerto. Lo que el legislador ha hecho al crear una norma como la que estamos estudiando puede explicarse, según creo, así:

1. El legislador actúa interpretando por vía de integración la voluntad incompletamente expresada por los cónyuges testadores o disponentes. Es decir, no es que se pretenda establecer ningún destino obligado para los bienes, sino suplir la que, ante una imprevisión de los cónyuges, es probablemente su voluntad. Se parte de la base de que si los cónyuges no han incluido en el título sucesorio el destino ulterior de los bienes ha sido por un olvido y que en circunstancias normales lo que seguramente habrían querido los cónyuges sin descendientes si lo hubieran pensado mejor es atender al origen familiar de los bienes, y por ello el legislador lo que hace es integrar la voluntad incompletamente expresada.

Por supuesto, cualquier disposición de los cónyuges sobre el destino final de los bienes o sencillamente excluyendo lo que esta norma dispone la hará inaplicable. A estos efectos, la voluntad en contra no es preciso que sea completamente explícita, bastando que se infiera del contenido del título sucesorio por los procedimientos legales de interpretación de la voluntad de los testamentos o contratos sucesorios.

Por lo demás, normas de naturaleza interpretativa-integradora de la voluntad insuficientemente expresada, de características similares a la que a mi juicio se contiene en este precepto, son relativamente frecuentes en el Derecho sucesorio. No es posible ahora detenernos exponiendo todos los supuestos en que se acude a esta técnica por parte del legislador, pero podemos citar algunos ejemplos: la presunción de que la sustitución fideicomisaria implica la vulgar consagrada expresamente en el Derecho Catalán y Navarro y por la Jurisprudencia para el Derecho común, las normas de los arts. 767, 768, 769, 770 y 771 del Código Civil, los arts. 141 a 145 del Código de Sucesiones de Cataluña, etc. En la propia Compilación de Derecho Civil de Aragón existe alguna disposición de este carácter, como el mismo art. 95 que estamos estudiando, al presumir, salvo declaración en contrario, que la interpreta-

ción mutua y recíproca entre cónyuges produce los efectos del «pacto al más viviente», o el art. 141, al establecer la sustitución legal, también salvo disposición en contrario. Se trata pues de una técnica habitual, que por tanto no ha de producir rechazo en cuanto que tal.

2. Y la solución material que utiliza el legislador no es exactamente la sustitución fideicomisaria de residuo, sino lo que se denomina en términos jurídicos «sustitución preventiva de residuo». Según los autores que han estudiado esta figura, aunque presenta grandes similitudes con la sustitución fideicomisaria de residuo tiene una naturaleza diferente, puesto que lo único que se pretende es prever el abintestato del heredero.

Esta figura aparece regulada expresamente en el Código de Sucesiones de Cataluña (ver arts. 250 y 251). Respecto de Aragón, hay que decir que aunque no tiene una regulación completa, tampoco resulta completamente ajena a la Compilación, ya que el artículo 125.2 de la misma, al tratar de los gravámenes sobre la legítima ya se refiere a ella, al permitir «los establecidos para el caso de fallecer todos los legitimarios sin descendencia, y sólo relativamente a los bienes de que cada uno no hubiere dispuesto». Por tanto, no cabe duda de la admisibilidad general de la figura. Y, sobre la base de lo dicho antes, tampoco ha de parecer descabellado que la ley la pueda presumir por la vía de interpretación-integración. En efecto, en mi opinión, el legislador parte de que al no haber dicho nada los cónyuges sobre el destino ulterior de los bienes, no deben limitarse las facultades dispositivas, incluso por causa de muerte, del cónyuge sobreviviente, pero para el caso de que éste no las ejercite, lo más lógico es considerar implícita en la voluntad de los cónyuges el establecimiento de esa sustitución preventiva de residuo.

Los efectos prácticos de esta tesis son los ya examinados en relación con el primer grupo de opiniones: a quien se sucede es al primer cónyuge. Creo que las consecuencias de esta tesis son las más razonables, y que los que resultan excesivos son los efectos y el coste a los que nos lleva la idea de la doble sucesión.

Los argumentos en contra de esta tesis, antes expuestos, creo que tienen contra argumentos suficientes. (a) Por un lado, el hecho de que en principio el fideicomiso deba ser expreso no implica que en ciertos casos el propio legislador no pueda considerarlo implícito en la voluntad de los testadores o disponentes. (b) Por otro, no puede hablarse de doble apertura de la sucesión en dos momentos diferentes, puesto que, admitido que estamos ante una sustitución preventiva de residuo, en ella por definición existe una doble apertura, primero la de la sucesión y luego la de la post-sucesión. (c) Y tampoco creo que es obstáculo que aparezcan como herederos personas llamadas a la sucesión del primero de los cónyuges en el momento de fallecer el segundo, puesto que hoy se admite en Derecho Sucesorio la posibilidad de llamar a personas cuya determinación se llevará a cabo en un momento posterior a la apertura de la sucesión, y que incluso nacerán después de ésta; y, precisamente, como no

plantea ninguna duda es a través de una sustitución fideicomisaria o una sustitución preventiva de residuo.

En cuanto a la **Sentencia de 29 de mayo de 1991 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón**, se trata de una resolución interesante, que se refiere a varias cuestiones y que requeriría un comentario detallado. Centrándonos únicamente en lo que aquí interesa, es preciso decir que esta Sentencia lo que hace es resolver un problema de Derecho intertemporal: el testamento mancomunado en que los cónyuges se instituían recíprocamente herederos se había otorgado en 1958, durante la vigencia del Apéndice —que no preveía expresamente la solución del art. 108.3—, pero la sucesión se abre ya vigente la Compilación (ambos cónyuges fallecen en 1986). La cuestión es muy interesante y creo que para su correcto enfoque hay que tomar partido sobre el tema examinado de la naturaleza jurídica: si se parte de que estamos ante una sucesión especial del cónyuge sobreviviente, lógicamente habrá que estar a la ley vigente en el momento de la apertura de dicha sucesión, mientras que si partimos de la otra tesis la respuesta podría ser muy diferente. Sin embargo, el Tribunal no entra directamente en la cuestión de la naturaleza jurídica del mecanismo sucesorio del art. 108.3 de la Compilación, y se centra en si su aplicación supone atentar contra derechos ya adquiridos con arreglo a la legislación anterior (conforme a la Disposición Transitoria preliminar del Código Civil), llegando a la conclusión de que no hay tal atentado y por ello procede aplicar el art. 108.3. De todos modos, la Sentencia parece partir de la base de que estamos ante una sucesión especial del cónyuge sobreviviente y es por ello por lo que no se plantea más dificultades para aplicar el régimen vigente en el momento de la apertura de la sucesión, aun siendo distinto del existente al otorgarse el testamento.

En mi opinión, los razonamientos a través de los cuales la Sentencia llega a la solución no son demasiado acertados. Concretamente, creo que pueden hacerse aquí las siguientes consideraciones:

1. El examen que la Sentencia hace del régimen de Derecho Transitorio aplicable al caso es un tanto simple, ya que no afronta directamente la verdadera cuestión: la naturaleza jurídica del mecanismo previsto en el art. 108.3. Lo que pasa es que la conclusión a la que la Sentencia llega tiene que arrancar necesariamente, como se ha dicho, del presupuesto de que estamos ante una sucesión especial del cónyuge sobreviviente. Y de hecho, como se ha indicado antes, esta Sentencia es utilizada por GARCÍA-RODEJA FERNÁNDEZ para defender esa tesis.
2. Partiendo de la opinión que he defendido acerca de la naturaleza jurídica del mecanismo, se trata de una norma interpretativa del testamento o contrato sucesorio, que integra éste considerando implícita en la voluntad de los cónyuges el establecimiento de una sustitución preventiva de residuo a favor de quienes resulten ser herederos del primeramente fallecido al fallecer el segundo. Y creo que las normas interpretativas se deben regir por la ley del testamento o contrato sucesorio, es decir, la vigente en el momento de su otorgamiento —en este caso, el

Apéndice—, no por la ley del momento de la apertura de la sucesión. En efecto, el testamento o contrato sucesorio, con sus criterios interpretativos, debe quedar cerrado al otorgarse, ya que los testadores o contratantes y el Notario que lo haya redactado habrán tenido en cuenta las reglas interpretativas vigentes entonces y conforme a ellas podrán haber decidido incluir determinadas previsiones o por el contrario omitirlas, por no ser indispensables; y por ello el cambio legislativo posterior no debe alterar esas reglas en cuanto a ese testamento o contrato sucesorio, porque ello podría llevarnos a vulnerar la voluntad de los testadores o contratantes. El espíritu del principio de conservación de los negocios, que es probablemente el más importante de todo régimen de Derecho Transitorio, lleva a respetar el título sucesorio anterior a la reforma ya interpretado e integrado conforme a la legislación vigente al tiempo del otorgamiento.

3. De algún modo, el Tribunal parece intuir la cuestión que acabamos de plantear, pero la despacha diciendo que «la forma de evitar los efectos que el precepto prevé es la declaración expresa en contrario acerca de su aplicación, declaración que no se produjo por parte de ninguno de los cónyuges, pese al tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Compilación hasta el fallecimiento de ambos». Si se profundiza un poco en estas afirmaciones surge el desconcierto, ya que a la vista de ellas cabe preguntarse ha querido decir el Tribunal que si el fallecimiento se hubiera producido poco tiempo después de haber entrado en vigor la Compilación la solución habría sido la contraria? ¿Es que se ha demostrado en el caso objeto de la Sentencia que los testadores conocieron el cambio legislativo habido y no obstante decidieron no modificar el testamento? ¿Tiene toda persona que ha hecho testamento obligación de estar al corriente de todos los cambios legislativos que puedan afectar a la forma en que se deben interpretar los testamentos?
4. El argumento en mi opinión más sólido para alcanzar la conclusión a la que llega la Sentencia es la defensa de que con el régimen vigente en el Apéndice tal vez podía sostenerse que había razones para llegar a la misma solución, sobre la base de la costumbre y los principios generales en que tradicionalmente se ha inspirado el Derecho Aragonés. Y lo cierto es que antes de la Compilación ya había autores que defendían para el «pacto al más viviente» o bien la solución que luego consagró ésta o bien la de que al fallecer el segundo de los cónyuges se dividieran todos los bienes de ambos, con independencia de su procedencia, por mitad entre los parientes de uno y otro (al efecto, puede verse CRISTÓBAL MONTES, Ángel, «La sucesión contractual aragonesa», Libros Pórtico, Zaragoza, 1978, págs. 144 y stes.).

La Sentencia de algún modo recoge este argumento, al indicar que el art. 108.3 «no hace sino consagrar y reforzar el viejo principio de la troncaldad del Derecho Aragonés que tiende a mantener en el grupo familiar bienes que pertenecían a su primitivo propietario». Pero a continuación añade que «el pacto al más viviente como tal aparece regulado

por primera vez en la Compilación, pues la referencia que de él se hacía junto con otras instituciones en el Apéndice de 1925 (artículo 60) no era una regulación propiamente dicha sino una mera remisión a los usos locales respectivos para interpretar pactos referidos a la sociedad conyugal», de donde deduce que es el régimen de la Compilación el que hay que aplicar. Es decir, parece dar a entender que habría que ir a la regulación de la Compilación incluso aunque llegáramos a la conclusión de que procede aplicar el régimen anterior a ésta, por una especie de falta de concreción y materialización legislativa en el Derecho anterior a aquélla. Se olvida así la importancia que en el Derecho Aragonés tiene la costumbre como fuente del Derecho, aplicable por sí y con independencia de su materialización positiva. Y es que, si estimáramos que procede aplicar el Derecho anterior a la Compilación, lo que habría que hacer es determinar qué se disponía en él sobre la materia y no acudir al expediente cómodo de ir al Derecho vigente.

#### D) POSIBLE APLICACIÓN DEL ART. 108.3 AL CASO.

Examinadas las soluciones que al supuesto de hecho planteado dan el Derecho Catalán y el Aragonés y la naturaleza jurídica de la norma que regula la cuestión en este último, veamos cuál de los dos Derechos se aplica para la resolución del caso planteado.

Aquí creo que se pueden hacer las siguientes consideraciones:

1. Como se ha indicado al principio, la ley que rige las sucesiones de ambos cónyuges es la catalana, ya que tal era su vecindad civil al fallecer y el primer inciso del art. 9.8 del Código Civil dispone en este punto que:

«La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren».

Esta norma vale también para el ámbito del Derecho Interregional, si bien sustituyendo el punto de conexión de la nacionalidad por el de la vecindad civil (art. 16.1. 1º del Código Civil). Pues bien, con arreglo a este principio, tendríamos que ir a la solución que se deduce del Código de Sucesiones de Cataluña, ya examinada antes.

2. Ahora bien, si partimos de la conclusión a la que se ha llegado al examinar la naturaleza jurídica del mecanismo contenido en el art. 108.3 de la Compilación, creo que podrá defenderse la aplicación de esta regla a pesar de que la herencia se rija por la ley catalana. En efecto, recordemos una vez más que a nuestro juicio se trata de una norma interpretativa del testamento o contrato sucesorio, que integra éste considerando implícita en la voluntad de los cónyuges el establecimiento de una sustitución preventiva de residuo a favor de quienes resulten ser herederos del primeramente fallecido al fallecer el segundo. Y creo que las normas interpretativas se deben regir por la ley del testamento o con-

trato sucesorio, es decir, la aplicable al otorgarse —en este caso, la aragonesa—, no por la ley aplicable al abrirse la sucesión. Tal solución que antes patrocinaba respecto del Derecho intertemporal es también válida, a mi juicio, para el Derecho interespacial, y ello por las mismas razones que entonces se exponían: el testamento o contrato sucesorio forma una unidad con sus criterios interpretativos, de modo que alterar los criterios de interpretación de una disposición sucesoria podría llevar a vulnerar la voluntad de los testadores o contratantes.

Además, en el ámbito del Derecho interespacial creo que existe un apoyo a esta interpretación en el importantísimo segundo inciso del art. 9.8:

«Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rijan la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última».

Esta regla resuelve así uno de los conflictos móviles que pueden surgir en el ámbito sucesorio como consecuencia del cambio de la ley personal desde el momento del otorgamiento de un determinado acto de disposición por causa de muerte hasta el momento del fallecimiento del otorgante. Y se resuelve siguiendo de nuevo el principio de conservación del negocio, que de hecho puede casi dejar sin efecto la ley sucesoria, con el único límite de las legítimas, convirtiendo de este modo en excepción lo que es la regla general.

Pues bien, en lo que nos interesa aquí, creo que puede afirmarse que si como consecuencia de esta norma las disposiciones ordenadas bajo el imperio de la ley aplicable en el momento del otorgamiento conservan su validez, hay que entender que dentro del espíritu de dicha norma está salvaguardar también los criterios interpretativos vigentes entonces.

Por tanto, será de aplicación al caso planteado el art. 108.3 de la Compilación Aragonesa, que nos lleva a la solución descrita bajo la letra B).

## E) CONCLUSIONES

A la vista de todo lo dicho, podemos establecer las siguientes conclusiones, a modo de resumen, sobre la forma de actuar del art. 108.3 de la Compilación:

1. El citado artículo dispone para el caso de la institución recíproca entre cónyuges sin descendientes que al fallecer el segundo de ellos los bienes que hubiera heredado del premuerto y de los que no hubiera dispuesto el sobreviviente pasarán a las personas llamadas en tal momento a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido.

Dicha regla, que no aparece en ningún otro de los Derechos Civiles vigentes en España, resulta muy adecuada, por responder a razones bien



fundadas en lo que normalmente habría sido la voluntad de los cónyuges que ni la previeron ni la excluyeron.

2. Respecto a su naturaleza jurídica, estamos ante una norma interpretativa del testamento o contrato sucesorio, que integra éste considerando implícita en la voluntad de los cónyuges el establecimiento de una sustitución preventiva de residuo a favor de quienes resulten ser herederos del primeramente fallecido al fallecer el segundo. En consecuencia, estos herederos del primeramente fallecido le heredan a él, y no al cónyuge sobreviviente, con las consiguientes consecuencias desde el punto de vista sustantivo y desde el prisma fiscal.

No es acertada, por tanto, la tesis que parte de que lo que hay es una sucesión especial de cónyuge sobreviviente, al que heredarían directamente las personas llamadas a la sucesión del primero, tesis que parte por tanto de que los bienes del primero que fallece sufren una doble sucesión, con las extraordinariamente onerosas consecuencias fiscales que de ello se deducen.

3. Son además consecuencias de la caracterización expresada las siguientes:
  - Al tratarse de una norma interpretativa, no regirá cuando los cónyuges hayan determinado cualquier destino diferente para los bienes.
  - Dicha norma se aplicará siempre y cuando estuviera vigente en el momento del otorgamiento del testamento o del contrato sucesorio, con independencia de que posteriormente la ley aplicable a la sucesión, es decir, la del momento del fallecimiento, estableciera otra solución, puesto que como toda norma interpretativa debe regirse por la ley aplicable al título sucesorio, o sea, la aplicable en el momento de su otorgamiento.

# EL TESTAMENTO DE CÓNYUGES ARAGONESES SIN DESCENDENCIA QUE DESEAN INSTITUIRSE HEREDEROS EL UNO AL OTRO

JOSÉ-MANUEL ENCISO SÁNCHEZ

*Notario.*

SUMARIO: I. JUSTIFICACIÓN Y PROPÓSITO. — II. SUPUESTO DE HECHO CONTEMPLADO. — III. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. LA CLASE DE TESTAMENTO: TESTAMENTOS INDIVIDUALES O TESTAMENTO MANCOMUNADO Y LOS DISTINTOS EFECTOS SEGÚN LA CLASE DE TESTAMENTO OTORGADO. — IV. TESTAMENTOS INDIVIDUALES: EFECTOS: 1. FALLECIMIENTO DEL PRIMER CÓNYUGE. — 2. FALLECIMIENTO DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE. — 3. COMORIENCIA DE AMBOS CÓNYUGES. — V. TESTAMENTO MANCOMUNADO: EFECTOS: 1. FALLECIMIENTO DEL PRIMER CÓNYUGE. — 2. FALLECIMIENTO DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE: A. *Caudal del cónyuge supérstite formado sólo por bienes no procedentes de herencia del cónyuge premuerto.* — B. *Caudal del cónyuge supérstite formado sólo por bienes procedentes de herencia del cónyuge premuerto.* — C. *Caudal del cónyuge supérstite formado por ambas clases de bienes.* — D. *Determinación de las personas que en el momento del fallecimiento del cónyuge sobreviviente están llamadas a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido:* a. Criterios existentes. — b. Consecuencias según la clase de criterio seguido. — c. Criterio adoptado. — E. *Supuesto de inexistencia de herederos ab intestato del cónyuge premuerto en el momento del fallecimiento del cónyuge sobreviviente.* — F. *Supuesto de hijos habidos por el cónyuge sobreviviente con posterioridad al fallecimiento del primer cónyuge.* — 3. COMORIENCIA DE AMBOS CÓNYUGES. — 4. EXCLUSIÓN POR LOS TESTADORES DE LOS EFECTOS DEL PACTO AL MÁS VIVIENTE. — 5. CUESTIONES DE CARÁCTER INTERTEMPORAL. — VI. CONCLUSIONES EN ORDEN A LA PRÁCTICA: 1. ASESORAMIENTO ADECUADO. — 2. CONSTANCIA DOCUMENTAL EN EL TESTAMENTO: A. *Testamentos individuales.* — B. *Testamento mancomunado:* a. Conformidad de los testadores con los efectos del pacto al más viviente. — b. Voluntad de los testadores de excluir los efectos del pacto al más viviente. — 3. CONSTANCIA EN LAS DECLA-

RACIONES DE HEREDEROS AB INTESTATO: A. *Con testamentos individuales*. — B. *Con testamento mancomunado*. — C. *Consecuencias de la falta de distinción de las clases de bienes en la composición del caudal relicto del cónyuge sobreviviente y las distintas personas beneficiarias de los mismos*: a. Consideraciones generales. — b. Cuestiones procesales. — 4. FORMALIZACIÓN DE LA ESCRITURA DE HERENCIA AL FALLECIMIENTO DEL PRIMER CÓNYUGE EN FAVOR DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE. — 5. FORMALIZACIÓN DE LA ESCRITURA DE HERENCIA AL FALLECIMIENTO DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE. — 6. ENAJENACIONES DE BIENES INMEDIATAMENTE SUBSIGUIENTES A LA FORMALIZACIÓN DE LA HERENCIA DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE.

## I. JUSTIFICACIÓN Y PROPÓSITO

Estas Notas - acorde con la Sección de Práctica en que se incluyen en la Revista -, no pretenden ser un estudio sobre la situación que les sirve de título sino el planteamiento y resolución en el orden jurídico-práctico de un supuesto de hecho concreto y frecuente: el testamento de los cónyuges aragoneses sin descendientes que desean instituirse herederos el uno al otro y sus efectos, con base en los preceptos de la Compilación Aragonesa y supletorios del Código Civil, completados con escuetas y precisas referencias doctrinales y jurisprudenciales recientes, y atendiendo a este aspecto primordial:

- la diferencia de efectos sustantivos, una vez fallecido el cónyuge supérstite conservando bienes procedentes de la herencia del premuerto y sin haber dispuesto de los mismos por nuevo testamento (o pacto sucesorio), según la clase de testamento —individuales o mancomunado— otorgado por los testadores, propiciada por la aplicación alternativa de la normativa general de la sucesión intestada aragonesa y/o del juego de los artículos 95 y 108-3º de la Compilación.

Surgidas de la experiencia profesional, tratan de evitar o prevenir sorpresas o efectos no contemplados y quizá no deseados por los testadores, que, puedo atestiguar, no son infrecuentes, y no sólo para los herederos de uno y otro cónyuge sino incluso para los profesionales del Derecho que, de una u otra forma, intervenimos en el iter del supuesto contemplado (asesoramiento y otorgamiento del / los testamentos, ulteriores declaraciones de herederos ab intestato, formalización de las herencias correspondientes, subsiguientes enajenaciones de los bienes, inscripciones registrales).

El juego de los artículos 95 y 108-3º de la Compilación ha sido objeto de estudio y atención tanto en obras de carácter general como en el contexto del estudio de instituciones determinadas. Por ceñirnos sólo, por su carácter teórico-práctico y como más próximos en el tiempo, a los Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, recordemos, dentro de los Segundos Encuentros de 1.992, la Ponencia del catedrático don Ángel Cristóbal

Montes «Sucesión paccionada y Pacto al más viviente» y la intervención en la misma, como coponentes y luego en los coloquios, del abogado y profesor don Alfredo Sánchez Rubio y del notario don Jose-María Navarro Viñuales, y, dentro de la Ponencia del notario don José-Luis Merino «La sucesión intestada: aspectos concretos», la intervención del magistrado coponente don Vicente García-Rodeja con la posterior participación también de ambos en los coloquios, y en los Terceros Encuentros de 1.993, en el coloquio subsiguiente a la Ponencia del fiscal don Fernando García Vicente sobre «El Testamento Mancomunado», la intervención de quien esto suscribe.

Como referencias jurisprudenciales pueden citarse:

- la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 29 de mayo de 1.991 (que casa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª, de 14 de noviembre de 1.990).
- la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, de 28 diciembre de 1.992.
- la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 30 de octubre de 1.995.
- el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, de 16 de diciembre de 1.995.
- los Autos de Declaraciones Judiciales de Herederos ab intestato del Juzgado de Primera Instancia número Trece de Zaragoza de 30 de mayo, 27 de junio y 17 de octubre de 1.995, y del Juzgado de Primera Instancia de Monzón de 22 de mayo de 1.991.
- la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de abril de 1.986.

La circunstancia de que, pese a ello, la práctica de despacho continúe acreditando que el supuesto sigue originando sorpresas y/o suspicacias (estas últimas por parte de personas que ven frustradas sus expectativas sucesorias, siempre proclives además a erigirse en intérpretes auténticos post mortem de la «verdadera» intención de sus difuntos deudos que, casualmente y como inevitable servidumbre de la condición humana, coincide con sus propios intereses) constituye la justificación de estas Notas.

## II. SUPUESTO DE HECHO CONTEMPLADO

Cónyuges aragoneses sin descendientes que desean instituirse herederos en pleno y libre dominio el uno al otro en testamento, sin limitación alguna y sin querer prever ningún tipo de sustitución.

### III. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. LA CLASE DE TESTAMENTO: TESTAMENTOS INDIVIDUALES O TESTAMENTO MANCOMUNADO Y LOS DISTINTOS EFECTOS SEGÚN LA CLASE DE TESTAMENTO OTORGADO

Tales cónyuges pueden para ello optar o haber optado entre:

1. Otorgar sendos testamentos individuales del mismo tenor, instituyendo cada cónyuge heredero al otro.
2. Otorgar testamento mancomunado, instituyéndose mutua y recíprocamente herederos el uno al otro, o, por utilizar una expresión frecuente en los Protocolos que tiene el encanto del lenguaje histórico, «esto es el premoriente al sobreviviente».

Los cónyuges, legos en derecho, pueden entender o haber entendido que hacerlo de una u otra forma, teniendo voluntad e intención de instituirse herederos el uno al otro, de exactamente igual. No es así, como sabemos y vamos a reseñar sucintamente.

### IV. TESTAMENTOS INDIVIDUALES: EFECTOS

Otorgamiento de sendos testamentos individuales en los que cada cónyuge instituye heredero al otro sin limitación alguna y sin ordenar ninguna sustitución. En este caso:

#### 1. FALLECIMIENTO DEL PRIMER CÓNUGE

Fallecido uno de los cónyuges, el sobreviviente, como heredero universal del premuerto, adquiere la totalidad de los bienes y derechos integrantes de su haber hereditario, en pleno dominio y libre disposición inter vivos y mortis causa.

#### 2. FALLECIMIENTO DEL CÓNUGE SOBREVIVIENTE

Y fallecido después el cónyuge sobreviviente, conservando bienes procedentes de la herencia del premuerto y sin haber dispuesto de los mismos por nuevo testamento (o pacto sucesorio), y devenido ineficaz el único testamento otorgado por premoriencia del heredero sin sustituto y abierta en consecuencia su sucesión intestada, (arts. 1º-1 y 2, 127 y ss, 135 y concordantes de la Compilación en relación con el art. 912-3º del Código Civil) dichos bienes heredados del premuerto pasan a los herederos abintestato del cónyuge fallecido en segundo lugar, conforme a las normas generales de la sucesión intestada aragonesa de los artículos 127 a 136 bis de la Compilación y preceptos supletorios del Código Civil.

Así es, porque no se producen en este supuesto de sendos testamentos individuales los efectos del pacto al más viviente que examinaremos en el epígrafe siguiente, pues entendemos, con Merino Hernández, que la Compilación sólo autoriza dicho pacto (o remite a sus efectos en el caso contemplado) en instrumentos otorgados conjuntamente por ambos cónyuges, como se desprende, aparte del propio carácter de la institución, de que incluye el pacto al más viviente y sus efectos entre las dos típicas instituciones mortis causa mancomunadas como son el pacto sucesorio y el propio testamento mancomunado.

En este supuesto, cualquiera que sea la composición del caudal relicto del cónyuge fallecido en segundo lugar (bienes «propios» en el sentido de aportados, adquiridos o procedentes de su participación en el consorcio conyugal y/o bienes procedentes de la herencia del cónyuge premuerto incluida su participación en el consorcio conyugal) se siguen las reglas generales de la sucesión intestada aragonesa de los artículos 127 a 136 bis de la Compilación y supletorios del Código Civil.

### 3. COMORIENCIA DE AMBOS CÓNYUGES

En tal supuesto, como no hay transmisión de derechos hereditarios de uno a otro cónyuge (presunción de comoriencia del artículo 33 del Código Civil), ambos cónyuges fallecen intestados por haber devenido ineficaces sus respectivos testamentos (art. 912-3º del Código Civil) y a cada uno le suceden por separado, en cuanto a sus respectivos bienes, sus propios herederos abintestato conforme a las normas generales de la sucesión intestada aragonesa (arts. 127 a 136 bis de la Compilación y supletorios del Código Civil).

## V. TESTAMENTO MANCOMUNADO: EFECTOS

Otorgamiento de testamento mancomunado en el que los cónyuges se instituyen mutua y recíprocamente herederos el uno al otro sin ninguna limitación y sin ordenar sustitución alguna. En tal caso:

### 1. FALLECIMIENTO DEL PRIMER CÓNYUGE

Fallecido uno de los cónyuges, el sobreviviente, como heredero universal del premuerto, adquiere la integridad de su haber hereditario en pleno dominio y libre disposición, inter vivos y mortis causa. (arts 95 y 108-3º, inciso primero, de la Compilación).

## 2. FALLECIMIENTO DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE

Y fallecido después el cónyuge sobreviviente conservando bienes procedentes de la herencia del premuerto y sin haber dispuesto de ellos por un nuevo testamento (o pacto sucesorio), devenido ineficaz el único testamento otorgado por premoriencia del heredero sin existir sustituto y abierta en consecuencia su sucesión intestada (arts. 1º-1 y 2, 127 y ss, 135 y concordantes de la Compilación en relación con el art. 912-3º del Código Civil), dichos bienes heredados del premuerto pasarán sin embargo a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido (arts 95 y 108-3º, inciso segundo, de la Compilación).

Se produce así lo que Sánchez Rubio califica de reversión, como figura singular no equiparable a ninguna de las figuras sucesorias típicas, Merino Hernández considera como una suerte de sustitución fideicomisaria de residuo legal, Navarro Viñuales con referencia a un sector doctrinal como una sustitución preventiva de residuo, y García-Rodeja como sucesión abintestato o legal específica o recuperación familiar de los bienes por entender que ni concurren los presupuestos de la sustitución fideicomisaria (que ha de ser expresamente establecida lo que imposibilita la existencia de un fideicomiso legal tácito) ni cabe hablar propiamente de troncalidad al menos en el sentido tradicional y legal.

En este supuesto, pueden concurrir en el caudal relicto del cónyuge fallecido en segundo lugar distintas clases de bienes por razón de su procedencia y cada grupo de bienes con distinto tratamiento legal y diferentes personas beneficiarias de los mismos:

### *A. Caudal del cónyuge supérstite formado sólo por bienes no procedentes de herencia del cónyuge premuerto*

Caudal formado exclusivamente por bienes «propios» del cónyuge supérstite en el sentido antes indicado de aportados, adquiridos o procedentes de su participación en el consorcio conyugal: regirán las normas generales de la sucesión intestada aragonesa citadas precedentemente, ( arts 127 a 136 bis de la Compilación y pertinentes preceptos supletorios del Código Civil ) y los bienes pasarán a los herederos abintestato del cónyuge fallecido en segundo lugar.

### *B. Caudal del cónyuge supérstite formado sólo por bienes procedentes de herencia del cónyuge premuerto*

Caudal constituido únicamente por bienes procedentes de la herencia del cónyuge premuerto: pasarán todos ellos a los que en ese momento —óbito del cónyuge fallecido en segundo lugar— fuesen herederos abintestato del cónyuge premuerto, conforme al citado art. 108-3º de la Compilación.

### *C. Caudal del cónyuge supérstite formado por ambas clases de bienes*

Caudal formado por bienes «propios» en el sentido antes indicado y por bienes procedentes de la herencia del cónyuge premuerto: los primeros

pasarán a los herederos ab intestato del cónyuge fallecido en segundo lugar, conforme a los preceptos generales citados de la sucesión intestada aragonesa, y los segundos pasarán a los que en ese momento —el fallecimiento del segundo cónyuge— sean llamados a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido conforme al artículo 108-3º de la Compilación, es decir, a los herederos abintestato, en tal momento, del cónyuge fallecido en primer lugar.

*D. Determinación de las personas que en el momento del fallecimiento del cónyuge sobreviviente están llamadas a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido*

Determinación de quiénes son las personas que en tal momento —fallecimiento del cónyuge supérstite— y conforme al artículo 108-3º de la Compilación son llamadas a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido.

(aclaramos, aunque ya se ha dicho antes, que la expresión «personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido» la referimos en estas Notas sólo a los herederos ab intestato del cónyuge primeramente fallecido, pues ya hemos indicado que partimos, como supuesto de hecho, de testamento sin ulteriores previsiones sucesorias por parte de los cónyuges).

a. Existen dos criterios al respecto:

- a'. Entender que tales personas heredan al segundo cónyuge, es decir al cónyuge sobreviviente, aunque sea a través de una vinculación familiar con la persona del primer cónyuge que es de donde proceden los bienes, y que por tanto procede considerar como tales a los ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado del primer cónyuge y determinados en la forma prevenida por los artículos 935 a 955 del Código Civil, por remisión al mismo de los artículos 127 y 135 de la Compilación, entendiendo que tales bienes no son «troncales» en el sentido de los artículos 132 y 133 de la Compilación por cuanto la troncalidad ha sido interrumpida al haber pasado tales bienes por título hereditario del cónyuge premuerto al cónyuge sobreviviente que, a estos efectos, es extraño a la familia del primer cónyuge (García-Rodeja).
- b'. Entender, por el contrario, que tales personas heredan al primer cónyuge, como una especie de sustitución fideicomisaria de residuo de carácter legal (Merino Hernández) o como una sustitución preventiva de residuo (García Viñuales), en cuyo caso para la determinación de tales personas se aplicarán preferentemente las normas específicas de la sucesión intestada aragonesa, y por tanto, las normas sobre troncalidad de los artículos 132 y 133 de la Compilación si concurrieran los requisitos previstos por los mismos en cuanto al título por el que hubiesen ingresado los bienes en el patrimonio del cónyuge premuerto, y subsidiariamente las normas de los artículos 935 a 955 del Código Civil.



**b. Consecuencias según la clase de criterio seguido**

La adopción de uno u otro criterio puede conducir al mismo resultado o a resultados diferentes, dependiendo del título en cuya virtud ingresaron dichos bienes en el patrimonio del cónyuge premuerto y de los parientes que le sobreviven. Exponemos un supuesto de hecho ilustrativo en relación con un inmueble heredado del cónyuge premuerto por el cónyuge sobreviviente:

En el momento del fallecimiento del cónyuge supérstite, sobreviven el padre y un hermano del cónyuge premuerto; veamos en este caso las consecuencias de adoptar uno u otro criterio ejemplificando dos orígenes distintos de dicho bien:

- el bien ingresó en el patrimonio del cónyuge premuerto porque lo compró a un extraño siendo soltero: cualquiera que sea el criterio adoptado de los dos citados, dicho bien pasará al padre como heredero abintestato del primer cónyuge, conforme a lo dispuesto en los artículos 127 y 135 de la Compilación y 935 y 937 del Código Civil.
- el bien ingresó en el patrimonio del cónyuge premuerto porque se lo donó su madre: si adoptamos el criterio reseñado precedentemente a la letra a', pasará al padre como heredero abintestato del cónyuge premuerto, determinado conforme a los arts. 127 y 135 de la Compilación y 935 y 937 del Código Civil, pero si seguimos el criterio reseñado a la letra b', al ser bien troncal, pasará al hermano como heredero troncal abintestato del primer cónyuge, determinado conforme a lo dispuesto en los arts 127 y 132 de la Compilación.

Y, sin olvidar tampoco, las distintas consecuencias, de seguir uno u otro criterio, en orden a la no limitación de grado en los parientes colaterales que sean herederos troncales cuando se trata de bienes troncales «de abolorio» conforme al artículo 133 de la Compilación, frente al criterio de limitación al cuarto grado de colaterales en la sucesión intestada del artículo 954 del Código Civil.

**c. Criterio adoptado**

De ambos criterios, habida cuenta del innegable carácter troncal y familiar de la institución, parece más conforme y seguro el segundo. Es el que adopta la Sentencia del T.S.J.A. de 29 de mayo de 1.991 según la cual los arts. 95 y 108-3º de la Compilación «no hacen sino consagrar y reforzar el viejo principio de la troncalidad del derecho aragonés que tiende a mantener en el grupo familiar bienes que pertenecían a su primitivo propietario», y también el que adopta la Sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 30 de octubre de 1.995; y, en el mismo sentido, la Resolución de la D.G.R.N. de 23 de abril de 1.986 entiende en relación con los artículos 95 y 108-3º de la Compilación que la norma, «respetando el principio de troncalidad», se aparta precisamente del criterio de la mayoría de la doctrina anterior a la Compilación que, con base en la Observancia 19 «de iure dotium» y en la antigua práctica, defendía que el caudal relicto debía partirse por mitades entre los parientes más próximos

de los respectivos causantes; también en igual sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, de 16 de diciembre de 1.995, citando la citada Resolución, considera que el artículo 108-3 de la Compilación se funda en la idea tradicional del «respeto a la troncalidad».

*E. Supuesto de inexistencia de herederos ab intestato del cónyuge premuerto en el momento del fallecimiento del cónyuge sobreviviente*

Supuesto de que, pese a existir en la herencia del cónyuge sobreviviente bienes procedentes de la herencia del premuerto, no existan en tal momento — muerte del segundo cónyuge— herederos abintestato del cónyuge premuerto (obviamente no se consideran tales ni la Diputación General de Aragón ni el Hospital de Nª Sª de Gracia a que se refieren los actuales arts. 136 y 136 bis de la Compilación, por cuanto el art. 108-3º de la Compilación establece una sucesión legal especial por razón de troncalidad de los bienes, como se desprende tanto de la propia naturaleza de la institución que inspira la ratio legis del precepto como de su ubicación y propio tenor literal: «...a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido»).

En tal caso, dichos bienes, pasarían a los herederos abintestato del cónyuge fallecido en segundo lugar conforme a las reglas generales de la sucesión intestada aragonesa, de acuerdo con la ratio legis de la norma, como confirma la Resolución D.G.R.N. de 23 de abril de 1.986 y el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, de 16 de diciembre de 1.995.

*F. Supuesto de hijos habidos por el cónyuge sobreviviente con posterioridad al fallecimiento del primer cónyuge*

Supuesto de que el cónyuge sobreviviente, después de haber heredado ya del cónyuge premuerto, y por tanto habiendo producido su eficacia los efectos del pacto al más viviente, tenga hijos con posterioridad (por supuesto no nos referimos a póstumos) y que por tanto tienen derecho a la legítima colectiva, y fallezca conservando bienes procedentes del cónyuge premuerto y sin haber otorgado nuevo testamento o pacto sucesorio disponiendo de los mismos.

El problema planteado, como indica Sánchez Rubio, es quién tendrá derecho preferente sobre dichos bienes, si esos hijos posteriores del segundo cónyuge o las personas llamadas a la sucesión intestada del cónyuge primeramente fallecido. La aplicación literal del artículo 108-3º podría colisionar en este caso con la institución de la legítima.

La respuesta depende del criterio que se haya adoptado en relación con la cuestión planteada en el apartado anterior:

- si no se acepta el principio de troncalidad en que se basa la institución, instrumentalizado por la vía de una suerte de fideicomiso de residuo legal o de una sustitución preventiva de residuo, habrá que concluir que esos hijos tienen derecho a que tales bienes se computen formando parte del caudal hereditario del segundo cónyuge a efectos de su legítima.

- si, por el contrario, se entiende que la institución obedece al criterio de troncalidad y que esos bienes —en defecto de disposición del segundo cónyuge— tienen un destino determinado por la ley en favor de ciertas personas, habrá que concluir que tales bienes no deben computarse en el caudal hereditario del segundo cónyuge a efectos de la legítima de sus hijos posteriores.

Y como en el apartado anterior hemos considerado más conforme con el espíritu de la institución y más seguro el segundo criterio, consecuentemente hemos de inclinarnos ahora por la segunda solución: que tales bienes no deben incluirse en el caudal hereditario del segundo cónyuge a efectos de la legítima de sus hijos posteriores, y, en consecuencia, tales bienes pasarán a las personas determinadas por el artículo 108-3º, inciso segundo, de la Compilación.

### 3. SUPUESTO DE COMORIENCIA DE AMBOS CÓNYUGES

Vale lo dicho en el punto 3 del apartado IV en relación con el mismo supuesto en caso de sendos testamentos individuales: como no hay transmisión de derechos hereditarios de uno a otro cónyuge (presunción de comoriencia del artículo 33 del Código Civil), ambos fallecen intestados por haber devenido ineficaz su testamento mancomunado -art. 912-3º del Código Civil— y a cada cónyuge le heredan por separado, en cuanto a sus respectivos bienes, sus propios herederos abintestato.

### 4. EXCLUSIÓN POR LOS TESTADORES DE LOS EFECTOS DEL PACTO AL MÁS VIVIENTE EN EL TESTAMENTO MANCOMUNADO

No hay duda de esta posibilidad. La prevé expresa y literalmente el artículo 95 de la Compilación al remitir la institución recíproca entre cónyuges en testamento mancomunado a los efectos del pacto al más viviente «salvo declaración en contrario». Así lo confirma la Sentencia de la Sala de lo Civil del T.S.J.A. de 29 de mayo de 1.991.-

En tal supuesto, los bienes dejados a su óbito por el cónyuge fallecido en segundo lugar, y cualquiera que fuese la composición de su caudal relicto —incluidos los procedentes de la herencia del premuerto— pasarían a sus propios herederos abintestato conforme a las reglas generales de la sucesión intestada en Aragón.

### 5. CUESTIONES DE CARÁCTER INTERTEMPORAL

Se plantean en relación con aquellos testamentos mancomunados otorgados por los cónyuges con anterioridad a la Compilación de 1.967 —y por tanto bajo la vigencia del Apéndice de 1.925—, estableciendo en los mismos la institución hereditaria recíproca entre ellos o pacto al más viviente, falleciendo después el primer cónyuge —y obviamente luego también el otro— vigente ya la Compilación.

Se ha alegado, en contra de la aplicación en tales supuestos de los artículos 95 y 108-3 de la Compilación, la circunstancia de que el Apéndice de 1.925 no regulaba expresamente dicha institución haciendo sólo una mera referencia a la misma en su artículo 60 (Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª, de 14 de noviembre de 1.990, casada posteriormente por la del T.S.J.A. de 29 de mayo de 1.991 como luego veremos).

Sin embargo, debe prevalecer el criterio favorable a la aplicación, en estos supuestos, de los artículos 95 y 108-3 de la Compilación porque:

- con carácter previo, hay que precisar que en el artículo 60 del Apéndice y junto a otras instituciones consuetudinarias aragonesas ya se incluía el pacto al más viviente con la denominación de «agermanamiento o casamiento al más viviente» (denominación recogida hoy por el artículo 33 de la Compilación dentro del régimen económico matrimonial paccionado, artículo en el que, junto con el artículo 95 dentro del testamento mancomunado y el 108 dentro de la sucesión paccionada se refiere la Compilación al pacto al más viviente) cuyo contenido era el señalado por la costumbre.
- pero, con independencia de ello, es que la Disposición Transitoria Duodécima de la Compilación de 1.967 y, por remisión, la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de 21 de mayo de 1.985 de las Cortes de Aragón sobre la Compilación del Derecho Civil de Aragón, disponen que las demás cuestiones de carácter intertemporal que puedan suscitarse —es decir las no mencionadas en las transitorias anteriores entre las que no figura mención alguna al citado pacto o institución recíproca conyugal— se resolverán aplicando el criterio que informa las disposiciones transitorias del Código Civil, y conforme a la Disposición Transitoria Duodécima de este último cuerpo legal, la herencia de los fallecidos después de la vigencia de —en este caso la Compilación— sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo a la misma. En tal sentido se pronuncia la Sentencia del T.S.J.A. de 29 de mayo de 1.991 que casa la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 4ª, de 14 de noviembre de 1.990, y en igual sentido, el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, de 16 de diciembre de 1.995 (anulando un Auto de Declaración Judicial de herederos ab intestato del Juzgado de Primera Instancia número uno de Calatayud) y el Auto del Juzgado de Primera Instancia número Trece de Zaragoza de 17 de octubre de 1.995.

## VI. CONCLUSIONES EN ORDEN A LA PRÁCTICA

### 1. ASESORAMIENTO ADECUADO

Aunque sea una obviedad, constituye el presupuesto básico para el efectivo cumplimiento de la verdadera voluntad de los cónyuges testadores, pues sólo una voluntad bien informada es una voluntad realmente libre. Información

clara y asequible sobre: los distintos supuestos y sus efectos conforme al esquema propuesto, posibilidades de ordenar sustituciones y de excluir los efectos —si son indeseados— del pacto al más viviente en el testamento mancomunado, explicitación de las facultades del cónyuge supérstite y efectos posibles para el supuesto de no disposición por parte del mismo.

## 2. CONSTANCIA DOCUMENTAL EN EL TESTAMENTO

### *A. Otorgamiento de sendos testamentos individuales*

Puesto que, al fallecimiento del cónyuge supérstite sin disponer, rigen las normas generales de la sucesión intestada aragonesa, no es preciso dejar constancia en el texto de los testamentos de advertencia especial alguna.

### *B. Otorgamiento de testamento mancomunado*

- a. Si los testadores están conformes con que se produzcan los efectos del pacto al más viviente

Puesto que el juego de los artículos 95 y 108-3º de la Compilación puede producir una sucesión intestada especial respecto de determinados bienes, para mejor y permanente instrucción de los testadores y también para que no quepa duda alguna de que el asesoramiento fue correcto y completo y de que tal supuesto fue tenido en cuenta por los testadores, evitando así todo tipo de recelos y elucubraciones por parte de los herederos de uno y otro cónyuge, mi criterio es que el Notario autorizante debe hacerlo constar en el propio testamento, inmediatamente después de la institución recíproca de herederos, en la siguiente o análoga forma:

«Ambos cónyuges se instituyen y nombran mutua y recíprocamente herederos universales el uno al otro en pleno dominio y libre disposición inter vivos y mortis causa. Esta institución producirá los efectos prevenidos en los artículos 95 y 108 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, de cuyo contenido yo, el Notario, he informado a los otorgantes.»

- b. Cuando los testadores, no conformes con los efectos del pacto al más viviente, desean excluirlos

Se consignará expresamente en la propia cláusula de institución recíproca de herederos, en forma análoga a la siguiente:

«Ambos cónyuges se instituyen y nombran mutua y recíprocamente herederos universales el uno al otro en pleno dominio y libre disposición inter vivos y mortis causa, con exclusión expresa de los efectos del pacto al más viviente.»

## 3. CONSTANCIA EN LAS DECLARACIONES DE HEREDEROS ABINTESTATO

### *A. Con sendos testamentos individuales*

No hay especialidad: al fallecimiento del último cónyuge sin haber otorgado nuevo testamento o pacto sucesorio, procede la apertura de la sucesión

intestada en favor de sus propios herederos conforme a las reglas generales de la sucesión intestada aragonesa, cualquiera que sea la composición de su caudal relicto.

Y en el supuesto de comoriencia de ambos cónyuges, como ya hemos visto en el apartado 3 del epígrafe IV, se abren simultáneamente las sucesiones intestadas de ambos cónyuges por no haber transmisión de derechos del uno al otro, y, a cada uno, le suceden por separado en sus propios bienes sus respectivos herederos ab intestato conforme a las reglas generales de la sucesión intestada aragonesa.

#### *B. Con testamento mancomunado*

Cuando, fallecido el cónyuge supérstite sin otorgar nuevo testamento o pacto sucesorio, proceda la apertura de la sucesión intestada conforme a lo antes expuesto, el profesional encargado de la tramitación o iniciación de la declaración de herederos abintestato (el Notario si se trata de ascendientes, art. 979 L.E.C y art. 209 bis del Reglamento Notarial, o el Letrado y posteriormente el Juez si por tratarse de colaterales debe realizarla el Juez, art. 980 L.E.C.) deberá distinguir las clases de bienes en la composición del caudal relicto del cónyuge sobreviviente con la consiguiente diferenciación de las personas beneficiarias de cada una de ellas para su correcta y eficaz tramitación y obtención, distinguiendo:

- a. Bienes no procedentes de herencia del cónyuge premuerto: las personas beneficiarias de los mismos serán los herederos ab intestato del cónyuge fallecido en segundo lugar conforme a las reglas generales de la sucesión intestada aragonesa.
- b. Bienes procedentes de herencia del cónyuge premuerto: las personas beneficiarias de los mismos serán las que en el momento del fallecimiento del segundo cónyuge sean herederos abintestato del cónyuge premuerto.
- c. Si en el testamento mancomunado los cónyuges testadores han excluido expresamente los efectos del pacto al más viviente —como les permite el propio artículo 95 de la Compilación—, los herederos ab intestato del cónyuge fallecido en segundo lugar lo serán respecto de ambas clases de bienes.
- d. Si al fallecimiento del cónyuge sobreviviente no existen herederos ab intestato del cónyuge premuerto, los herederos ab intestato del cónyuge fallecido en segundo lugar lo serán respecto de ambas clases de bienes.
- e. En el supuesto de comoriencia de ambos cónyuges, como ya hemos visto en el apartado 3 del epígrafe V, se abren simultáneamente las sucesiones intestadas de ambos cónyuges por no haber transmisión de derechos de uno a otro, y, a cada cónyuge le heredan por separado en sus propios bienes sus respectivos herederos ab intestato conforme a las reglas generales de la sucesión intestada aragonesa.

*C. La falta de distinción de las clases de bienes en el caudal relicto del cónyuge supérstite y las distintas personas beneficiarias de los mismos*

a. Consideraciones generales

La falta de distinción de las clases de bienes en la composición del caudal relicto del cónyuge sobreviviente con la consiguiente falta de distinción de las personas beneficiarias de los mismos al instar la declaración de herederos ab intestato, puede dar lugar —y en la práctica ha dado lugar— a la obtención de declaraciones de herederos ab intestato «universales» no ajustadas a Derecho.

Pensemos que el problema puede presentarse incluso en la herencia más sencilla, y como ejemplo paradigmático de simplicidad el siguiente: cónyuges aragoneses sin descendientes cuyo patrimonio está constituido exclusivamente por el piso en que viven, que fue comprado durante el matrimonio para su sociedad consorcial; otorgan testamento mancomunado instituyéndose mutua y recíprocamente herederos; fallece un cónyuge y el piso pasa en su integridad al supérstite: en cuanto a una mitad indivisa por su participación en los bienes comunes y en cuanto a la restante mitad indivisa por herencia del premuerto; fallece después el supérstite sin haber enajenado el piso ni haber dispuesto del mismo por nuevo testamento o pacto sucesorio; se abre la sucesión intestada; no se tiene en cuenta la composición del caudal relicto ni, por consiguiente, las personas beneficiarias de cada clase de bienes y se solicita y obtiene una declaración judicial de herederos abintestato «universal» en favor de los herederos del cónyuge supérstite que no será ajustada a la legalidad, por cuanto la mitad indivisa del inmueble de referencia procedente de herencia del premuerto no les corresponde a ellos sino a los que en el momento del fallecimiento del cónyuge supérstite sean herederos abintestato del cónyuge premuerto.

Los casos pueden multiplicarse según la composición del caudal relicto del cónyuge fallecido en segundo lugar.

b. Cuestiones procesales

El problema para los interesados se agrava porque —siendo firme el Auto que declara herederos ab intestato universales del cónyuge fallecido en segundo lugar a determinada persona o personas—, no cabe acudir a una segunda declaración judicial de herederos ab intestato en relación con los bienes del cónyuge supérstite procedentes de herencia del cónyuge premuerto, debiendo acudir a las pertinentes acciones judiciales ordinarias, ya que — como señala el Auto 25/1.995 de 23 de mayo de la Audiencia Provincial de Huesca (en sede de bienes troncales) desestimando el recurso de apelación contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia de Monzón de 16 de enero de 1.995 — existiendo un Auto Judicial firme por el que se declara a otra persona heredera del mismo causante en todos sus bienes, derechos y acciones, no es posible entablar una segunda declaración de herederos ab intestato referida al mismo causante y contradictoria con la anterior, sin perjuicio de las acciones que los interesados pueden ejercitar en reclamación de los bienes que entienden les corresponden en la sucesión de dicho causante. En el mismo sentido de reco-

nocer el derecho de los interesados a deducir su pretensión por la vía judicial ordinaria —al no extenderse a los Autos de Declaración de Herederos la presunción de cosa juzgada a tenor del artículo 1.252 del Código Civil aunque constituyen título legítimo para acreditar la cualidad de heredero—, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1.991 en aplicación del artículo 997 de la L.E.C.

Y no parece que deba ser otro el criterio si, sin distinguir clases de bienes y respectivas personas beneficiarias, se hubiese instado y obtenido una Declaración de Herederos ab intestato «universal» mediante Acta notarial de Notoriedad en favor de los herederos ab intestato del cónyuge sobreviviente en el supuesto de que los mismos lo fuesen sus ascendientes.

#### 4. FORMALIZACIÓN DE LA ESCRITURA DE HERENCIA AL FALLECIMIENTO DEL PRIMER CÓNUGE EN FAVOR DEL CÓNUGE SOBREVIVIENTE.

Entiendo que en el apartado de reservas y advertencias legales (artículo 194 del Reglamento Notarial) el notario autorizante, junto a las de carácter fiscal y demás procedentes, debe incluir la relativa a los efectos del artículo 108-3º de la Compilación para que el cónyuge supérstite quede instruido —y quede constancia de ello en el instrumento público— de cual es la situación de los bienes que le provienen por herencia del premuerto, y, sabedor de ello, pueda obrar en consecuencia según su criterio, evitándose a la vez eventuales y futuras especulaciones sobre supuestas intenciones del mismo así como dudas en cuanto al debido asesoramiento. El Notario cumple así lo dispuesto en el citado artículo 194 del Reglamento Notarial que, tras regular la constancia de forma genérica de las reservas y advertencias legales procedentes en su párrafo primero, dispone en su párrafo segundo que «...Esto no obstante, se consignarán en el documento aquellas advertencias ...que por su importancia deban, a juicio del Notario, detallarse expresamente, bien para mayor y más permanente instrucción de las partes, bien para salvaguardia de la responsabilidad del propio Notario.»

#### 5. FORMALIZACIÓN DE LA ESCRITURA DE HERENCIA AL FALLECIMIENTO DEL CÓNUGE SOBREVIVIENTE.

Nos referimos, obviamente, al supuesto de que el cónyuge sobreviviente haya conservado bienes procedentes de herencia del premuerto sin haber dispuesto de los mismos por nuevo testamento o pacto sucesorio.

Comprobar con carácter previo, a la vista de la composición del caudal relicto del cónyuge supérstite conforme a lo antes expuesto, si la pertinente declaración de herederos abintestato está correctamente tramitada y obtenida, en evitación de una posible ineficacia o impugnación de la escritura si se otorga a favor de persona o personas a quienes en realidad no corresponden todos o algunos de los bienes, con base en una declaración de herederos abintestato no ajustada a Derecho, por no haberse tenido en cuenta la composición del caudal hereditario por razón de su origen.



6. ENAJENACIONES DE BIENES INMEDIATAMENTE SUBSIGUIENTES A LA FORMALIZACIÓN DE LA HERENCIA AL FALLECIMIENTO DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

Examinar, en la escritura de herencia presentada por los interesados transmitentes como título de propiedad, la procedencia del bien que se pretende enajenar, para comprobar si la adjudicación de dicho bien se efectuó en favor de persona a quien realmente correspondía, conforme a lo que antecede, en evitación de impugnaciones de la enajenación —caso de haber sido indebidamente adjudicado— por parte de aquélla o aquéllas personas a las que, con arreglo a la ley, debiera haberse adjudicado, y ello aún cuando dicha escritura hubiera sido inscrita sin dificultad alguna en el Registro de la Propiedad.

Porque también la práctica acredita que estos casos se dan: que en esta clase de herencias hay a veces adjudicaciones hereditarias de bienes efectuadas en favor de quien no debía suceder en los mismos atendiendo a su origen, basadas a su vez en declaraciones de herederos abintestato que no han tenido en cuenta el origen de los bienes y, pese a todo ello, la escritura se ha formalizado y se ha inscrito sin dificultad en el Registro de la Propiedad.

Y sin entrar ahora en la cuestión de la protección a las distintas clases de adquirentes, bien en general o bien desde la perspectiva registral tratándose de inmuebles —porque excede obviamente del ámbito de estas Notas—, lo cierto es que se daría paso a un contencioso que el jurista profesional debe evitar en cuanto sea posible. No debe olvidarse, particularmente por lo que respecta a los notarios, que su función debe ser preventiva de litigiosidad contribuyendo a la seguridad del tráfico jurídico.

**COMENTARIOS  
DE  
JURISPRUDENCIA**

**LAS COMUNIDADES FAMILIARES ATÍPICAS  
Y LA APLICACIÓN A LAS MISMAS DEL ART. 34  
DE LA COMPILACIÓN  
(A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA  
DEL TSJ DE ARAGÓN DE 5 DE JULIO DE 1995)<sup>1</sup>**

DRA. MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ  
*Profesora Titular de Derecho civil*

SUMARIO: I. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS. — II. LOS CONTRATOS ATÍPICOS. LA SOCIEDAD CIVIL Y EL ACOGIMIENTO: ¿DÓNDE RADICA LA ATIPICIDAD DEL PACTO?: 1. *PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA*: A. UN CONTRATO DE SOCIEDAD CIVIL CON PRESTACIÓN ATÍPICA: ¿ESTAMOS ANTE UN CONTRATO ATÍPICO (MIXTO)? — B. ACOGIMIENTO, DACIÓN PERSONAL Y COMUNIDADES FAMILIARES: ¿DÓNDE RADICA LA ATIPICIDAD? APLICACIÓN DEL ART. 34 A LAS SITUACIONES PERMANENTES DE COMUNIDAD FAMILIAR: a) *Planteamiento*. — b) *El art. 33 de la Compilación. Especial referencia al acogimiento y a la dación personal*: a'. Algunas reflexiones en torno al art. 33 de la Compilación: Atipicidad jurídica y tipicidad consuetudinaria. — b'. Acogimiento o casamiento a sobre bienes. — c'. Dación personal. — c) *Consortio familiar tácito o inducido: una institución familiar consuetudinaria del art. 33 de la Compilación*. — d) *El art. 34 de la Compilación. Su naturaleza dispositiva*.

**I. EXPOSICIÓN DE LOS HECHOS**

El caso objeto de este comentario se resuelve en la STSJ de Aragón de 5 de julio de 1995, sentencia mediante la cual se estima el recurso de casación interpuesto por Ángel Gutiérrez Gracia y su cónyuge, Nieves Rodrigo Bauto, contra Domingo Gutiérrez Trasobares.

---

<sup>1</sup> El texto íntegro de esta sentencia, de la que fue ponente la Ilma. Sra. Dña. Rosa Bandrés Sánchez-Cruzat, puede consultarse en la RDCA-II-1996, n° 1, marginal 4, pp. 266-272.

Los motivos que alega la parte recurrente, y para lo aquí nos interesa, se fundan en la interpretación errónea de los arts. 33 y 34 de la Compilación aragonesa, admitiéndose por la Sala el motivo cuarto (interpretación errónea del art. 34 Comp.), por lo que se estima parcialmente la demanda reconvenzional interpuesta en su día por los ahora recurrentes, así como la demanda principal interpuesta por el recurrido en casación (Domingo Gutiérrez Trasobares).

Los hechos que dan lugar a la litis y que llegan a la casación se basan fundamentalmente en la calificación jurídica que merece un contrato verbal celebrado entre las partes (entre Domingo y Ángel, que a su vez son tío y sobrino respectivamente), situación cuya producción se propicia precisamente por basar cada una de las partes sus pretensiones en dos leyes civiles territoriales españolas diferentes: para uno es de aplicación el Código civil, mientras que para el otro se ha de aplicar la Compilación.

Así, Domingo, el tío, defiende que el pacto celebrado con su sobrino fue un contrato verbal de sociedad civil, aplicándose, en consecuencia, las normas del Código civil a dicho supuesto, por lo que se ha de producir el reparto del haber societario según lo pactado verbalmente; esto es, a partes iguales. En este punto merece la pena destacar, por lo que luego se dirá, que a lo largo del proceso no se pone en duda la veracidad de la existencia de lo pactado: el reparto por mitad cuando tuviera lugar la extinción de la asociación<sup>2</sup>.

Por el contrario, para Ángel y su cónyuge lo pactado entre Domingo y aquél no responde a la naturaleza de la sociedad civil, sino que lo concertado entre ellos fue una comunidad familiar consuetudinaria, en la que prepondera la convivencia familiar, y que dicha figura debía de responder bien al acogimiento bien a la dación personal de manera que, en todo caso, la situación creada debería liquidarse conforme al previsto en el art. 34 de la Compilación: en definitiva, que en vez de repartirse el patrimonio acumulado constante la convivencia entre las partes por mitad debería repartirse de tal manera que a la parte recurrente en casación le correspondieran dos tercios del total, pues ha de tenerse en cuenta, según alega esta parte, la asistencia que recibió Domingo por parte de la esposa de Ángel, al haber convivido todos en un mismo domicilio familiar<sup>3</sup>.

---

<sup>2</sup> Tal circunstancia es admitida por los demandados en la primera instancia, recurrentes en casación, como así se indica en el FJ 2º de la S. APH de 22 de febrero de 1995, que será publicada en la RDCA-III-1997, nº 1.

<sup>3</sup> En concreto, lo alegado por la parte recurrente, y que a su vez es estimado por la Sala, es lo siguiente: «El motivo tercero entiende infringido, por la vía del nº 4 del art. 1.692 de la LEC, el art. 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 que 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, al hacerse por mitad.».

La razón de que cada una de las partes califique de forma distinta el acuerdo verbal que entre las mismas se celebró en 1983 y que permaneció vivo y sin problemas hasta 1992 (año en que se produce de común acuerdo la extinción de la sociedad y se procede a liquidar el patrimonio) se debe precisamente al haber incluido un pacto de convivencia entre las partes.

En efecto, Domingo pacta con su sobrino Ángel la unión de los esfuerzos de ambos para llevar acabo un negocio de cría, compra y venta de ganado lanar, para lo que cada uno de ellos aporta determinado número de ganado y su propia industria<sup>4</sup>. Se acuerda también que el reparto de beneficios será por mitad y que la administración del negocio corresponderá a Ángel.

Junto a lo anterior, y este es el dato relevante que induce a cada una de las partes a calificar de forma diferente lo pactado, se acuerda que Domingo, soltero y de cierta edad, conviva con Ángel y su familia, de manera que aquél será atendido y asistido en el domicilio familiar por la cónyuge de Ángel, Nieves Rodrigo Bauto. Para ello acuerdan también que cada una de las partes contratantes aportará 500.000 pesetas para adquirir una vivienda en la que fijarán el domicilio de todos ellos, vivienda que terminaran pagando con cargo a los beneficios sociales.

Tras nueve años manteniendo satisfactoriamente esta situación, y en la que se ha incrementando notablemente el ganado, las cuentas corrientes y depósitos bancarios, así como la posibilidad de adquirir varios inmuebles<sup>5</sup>, se produce de común acuerdo la extinción de dicha asociación, procediéndose al reparto y adjudicación de los bienes.

Justamente, es ese reparto el que enfrenta a las partes, pues Domingo, la parte actora en la primera instancia, considera que con lo adjudicado<sup>6</sup> no recibe la mitad del haber social, demandando por el resto a sus sobrinos, en base al contrato de sociedad civil.

---

<sup>4</sup> Según se indica en el hecho primero de la sentencia Domingo aporta 800 cabezas de ganado lanar y su industria y Ángel 130 cabezas de la misma especie, un coche usado de escaso valor y mobiliario, además de su industria.

<sup>5</sup> Según se indica en el primer hecho de la sentencia el ganado aumento hasta 1.200 ovejas y 300 corderos, la adquisición de inmuebles fue en número de dos: la casa en la que viven todos ellos y otra más en Ontiñana, que incluye los locales de la misma, el primero de los inmuebles se escritura el usufructo en favor de Domingo y la nuda propiedad en favor de sus sobrinos. El segundo inmuebles aparece escriturado a favor de los recurrentes. Además, se enumeran un coche usado y un camión pegaso (vid. FJ sexto y la S. JPI de Fraga de 4 de mayo de 1994, publicada ésta última en la RDCA-II-1996, nº 2, marginal 11).

<sup>6</sup> Se le adjudican 515 ovejas, el uso y disfrute de la vivienda que había sido adquirida por ambos, un coche usado de escaso valor, si bien se le hace la promesa, según el mismo alega, de que el resto de lo que falta hasta completar su mitad se lo abonarán en metálico, promesa, al parecer incumplida. (Cfr. FJ 1º de la S. APH de 22 de febrero de 1995, que será publicada en RDCA-III-1997 la nº 1).

Por su parte, los demandados se oponen a las pretensiones de la parte actora, y formulan demanda reconventional alegando que no se pactó una sociedad civil, sino que lo que existió realmente fue una comunidad familiar consuetudinaria del art. 33 Comp., en la que predomina el elemento familiar, y no el crematístico, de manera que la misma se ha de liquidar conforme al art. 34 de la Comp., debiéndose dar por satisfecho Domingo con lo recibido, si bien, la vivienda de la que sólo tiene el usufructo se le ha de adjudicar en plena propiedad.

Tanto en la primera instancia como en la apelación se desestima la demanda reconventional y se falla íntegramente en favor de las pretensiones del actor.

Es, por tanto, en casación donde varía sustancialmente el fallo, y se acoge una de las alegaciones de la parte demanda en la primera instancia, considerando la Sala sentenciadora que en verdad lo que existió entre las partes fue una comunidad familiar, si bien no del art. 33 Comp., pues según se indica en la sentencia la situación creada es ajena a la concurrencia de situaciones matrimoniales o sucesorias, pero añade, que verdaderamente *existió un acogimiento* creado en virtud de la libertad de pacto, y por lo tanto se ha de aplicar el art. 34 de la Compilación, atendiendo entonces a un *reparto justo y equitativo* (FJ 3º y 4º).

En consecuencia, la Sala actúa como un Tribunal de instancia, y procede a liquidar la situación comunitaria mantenida por las partes, respetando las adjudicaciones ya hechas a lo que se añade el reparto por mitad del dinero de las cuentas corrientes, depósitos bancarios y de los bienes muebles.

## II. LOS CONTRATOS ATÍPICOS. LA SOCIEDAD CIVIL Y EL ACOGIMIENTO: ¿DÓNDE RADICA LA ATIPICIDAD DEL PACTO?

### 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En atención a los hechos narrados en el apartado anterior, y desde luego, si no tuviéramos sobre nuestra mesa el texto de la Compilación, no cabe duda que lo pactado entre Domingo y Ángel se habría de calificar como un contrato de sociedad, al margen de que ésta fuera o no regular o de que tuviera o no personalidad jurídica<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> Sin ninguna duda el TS hubiera calificado el caso de autos como de sociedad civil particular, pues justamente los supuestos que con más frecuencia han encajado en el concepto de sociedad civil son los relativos a explotaciones agrícolas y ganaderas en sentido amplio donde las partes contratantes resultan ser por regla general personas unidas por razón de parentesco, siendo esta calificación jurídica objeto de jurisprudencia constante por parte del TS. Así, y entre otras pueden citarse las SS del TS de 24 de mayo de 1971, 30 de septiembre de 1971, 16 de octubre de 1978, 20 de diciembre de 1980 y 12 de mayo de 1981, cit. todas ellas por CAPILLA RONCERO,

Es más, en ninguna de las instancias se pone en duda que cada una de las partes contratantes aportó bienes e industria con el propósito de repartir entre sí las ganancias que obtuvieran con la explotación ganadera, lo que obviamente implica que su asociación perseguía un claro ánimo de lucro, finalidad que caracteriza a la sociedad y que, por tanto, subsume lo pactado en lo dispuesto en los arts. 1.665 y ss. del Cc.

Ahora bien, lo que perturba esta calificación jurídica es la circunstancia de que junto a lo anterior se añade un pacto de convivencia y asistencia en favor de uno de los contratantes.

En vista de ello creo que debemos analizar cómo influye este pacto sobre lo que, a primera vista, parece un contrato de sociedad civil, o bien si dicho pacto permite valorar —como así lo ha hecho la Sala— la inexistencia de una sociedad civil, y considerándolo elemento principal y causa de los pactado, estamos ante un acogimiento, sea o no *atípico*, al que se le ha de aplicar el art. 34 Comp.

A. UN CONTRATO DE SOCIEDAD CIVIL CON PRESTACIÓN ATÍPICA:  
¿ESTAMOS ANTE UN CONTRATO ATÍPICO (MIXTO)?

Partamos ahora del supuesto de que lo pactado entre Ángel y Domingo fue un contrato de sociedad civil. Tomando como punto de partida esta premisa, analicemos si la inclusión del pacto de convivencia y asistencia desnaturaliza el contrato de sociedad de tal manera que lo pactado entre Domingo y Ángel merezca ser calificado de atípico, y que, por tanto, debamos de proceder a solventar el gran problema que plantean los contratos atípicos: ¿cuál es el régimen jurídico aplicable?<sup>8</sup>

Ciertamente, la tipicidad y la atipicidad son conceptos relativos, y por lo tanto no resulta fácil determinar cuando un contrato sufre en su estructura o función tales modificaciones que pierde su originaria tipicidad; cuando, por ejemplo, las prestaciones distintas a las que tuvo en su mente el legislador al trazar su disciplina nos remiten a una normativa diferente.<sup>9</sup>

---

«Comentario al art. 1.678 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. XXI, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1986, p. 146 y ss. Vid. también JORDANO BAREA, «Comunidad y sociedad en la explotación agraria», en *AAMN*, T. XVIII, 1974, pp. 287-302, donde recomienda y reconduce este tipo de asociaciones a la sociedad civil, como forma jurídica que mejor puede regular dicha situación.

<sup>8</sup> En relación con este punto pueden consultarse entre otros: ENNECERUS, *Tratado de Derecho civil*, T. II, *Obligaciones y contratos*, Barcelona, 1935; FRANCOS AVELLANAL, «Contratos complejos. Notas para un estudio doctrinal y jurisprudencial», en *Actualidad civil*, 22, 1993, p.368-371; JORDANO BAREA, «Contratos mixtos y unión de contratos», en *ADC*, 1951, p. 330 y ss y «Los contratos atípicos», en *RGLJ*, T. 195, 1953, p. 83 y ss; LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1º, Barcelona, 1994, (§ 66 puesto al día por Rivero Hernández) y MESSINEO, «Il contratto in genere», en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, XXI, t. 1º, Milano, 1973, p. 710 y ss.

<sup>9</sup> En este sentido vid, por todos, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1º, 1994, p. 514 y JORDANO BAREA, «Los contratos atípicos», en *RGLJ*, T. 195, 1953, p. 57.

En el caso que estamos analizando, y teniendo en cuenta los hechos probados, creo que se deduce que no falta ninguno de los elementos esenciales del contrato, es más, el criterio principal que caracteriza a la sociedad: el ánimo de lucro, y la puesta en común de dinero, bienes o industria para conseguirlo, nos permiten calificar al contrato como de sociedad.

Ahora bien, ciertamente en el contrato se introduce una prestación (asistencia y alojamiento en favor de una de las partes contratantes) que no parece que fuera una de esas prestaciones que previno el legislador a la hora de establecer el régimen jurídico de la sociedad civil<sup>10</sup>.

Sin embargo, dándose los elementos del tipo contractual, tal prestación — atípica, en principio — no desnaturaliza la calificación contractual: seguimos estando ante un contrato de sociedad.

Con todo, según la relevancia que a esta prestación dieran las partes, su inclusión en el contrato podría dar lugar a lo que la doctrina denomina contrato mixto o complejo; esto es, hay único contrato (el contrato de sociedad en este caso) con una única causa al que se le añaden prestaciones de otro u otros contratos sean éstos típicos o atípicos<sup>11</sup>. En este caso, podríamos relacionar esta prestación con la habitación y los alimentos, o si pensamos en nuestro Derecho civil, y en función de la reconvencción formulada por la parte recurrente en casación, con una de las prestaciones que se derivan de la dación personal o del acogimiento: la convivencia entre los asociados y sus respectivas familias.

Si este es el caso, resulta que el régimen jurídico aplicable a un contrato mixto compuesto por un contrato de sociedad al que se añade una prestación atípica al mismo ha de ser, según indica la doctrina dominante, el que corresponde al tipo (el régimen jurídico del contrato de sociedad) y, en su caso, se habrá de tener en cuenta el régimen aplicable a la prestación atípica introducida en el contrato<sup>12</sup>.

Ahora bien, aun calificando al contrato celebrado entre Domingo y Ángel como contrato mixto, el régimen jurídico aplicable ha de ser el del contrato de sociedad, de manera que en punto a la liquidación del haber societario habremos de tener en cuenta lo preceptuado en el art. 1.689 del Código civil: las pérdidas y ganancias se repartirán entre las partes contratantes según lo

---

<sup>10</sup> En relación con la sociedad civil, y por todos, vid los comentarios de CAPILLA RONCERO a los arts. 1665 a 1.708 del Código civil, en *Comentarios al Código civil Compilaciones forales*, T. XXI, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1986.

<sup>11</sup> Sobre el concepto y caracteres del contrato mixto vid, por todos: JORDANO BAREA, «Contratos mixtos y unión de contratos», en *ADC*, 1951, p. 328 y «Los contratos atípicos», en *RGIJ*, T. 195, 1953, p. 70; MESSINEO, «Il contratto in genere», en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, XXI, t. 1º, Milano, 1973, p. 720 y FRANCO AVELLANAL, «Contratos complejos. Notas para un estudio doctrinal y jurisprudencial», en *Actualidad civil*, 22, 1993, p. 364 y ss.

<sup>12</sup> En este punto y por todos, LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1º, 1994, p. 516.



pactado. En consecuencia, parece que el reparto ha de efectuarse por mitad, según se acordó verbalmente.

Todavía y dado que tal pacto no se documentó, y debido a que se introduce en dicho contrato una prestación atípica (la convivencia entre las partes) podríamos tener en cuenta cómo juega ésta en la liquidación del contrato.

En este punto podemos hacer entrar en juego y valorar la prestación de asistencia que realiza Ángel en favor de Domingo, y calcular el valor de la misma en función de su propio régimen jurídico.

Así, si consideramos que la prestación de asistencia en general responde a esa prestación que se lleva a cabo en la dación personal o en su caso en el acogimiento podríamos entender que, a falta de pacto, entraría en juego el art. 34 de la Compilación, para calcular, en cuanto aportación de Ángel, el valor de esta prestación y proceder así a la liquidación del haber social,

Pues bien, el art. 34 Comp. no sólo se alude al criterio de la equidad sino que también atiende «a las valoraciones en bienes o trabajos, a los beneficios ya percibidos, y a las causas de disolución y demás circunstancias».

Pues bien en el caso que analizamos se trataría de valorar la asistencia que Domingo ha recibido a lo largo de los nueve años que ha durado la asociación, sin olvidar que la aportación que en su día hizo Domingo en bienes (las cabezas de ganado), además de su industria era muy superior a la que realizó Ángel (aquel aportó 800 cabeza mientras que éste sólo aportaba 130).

Así las cosas, podríamos pensar, en buena lógica, que la asistencia a Domingo se podría ver compensada por la mayor aportación económica realizada por éste, pues en el fondo la asistencia que este percibe se puede calificar de industria<sup>13</sup>, y resultando aplicable el régimen jurídico del contrato de sociedad esta aportación no podría superar a lo aportado por el socio de capital que más haya aportado<sup>14</sup>, y aun no pudiendo superar la aportación de Domingo, si se conseguiría que la prestación de asistencia supusiera que ambos participaban por iguales partes (obsérvese que por dar relevancia a la asistencia que percibe Domingo, el reparto que tendría que ser en proporción a los bienes aportados—supuesta, claro está la falta de pacto—llegaría a igualarse, aun siendo menor la aportación de bienes que efectuó Ángel).

Esta conclusión a la que se podría llegar tras el análisis de los hechos, resulta ser además la solución que dieron las partes al problema, como así resulta de los hechos probados en el caso, y que al parecer el Tribunal de Casación obvió.

---

<sup>13</sup> En relación con la aportación de industria en general Vid. CAPILLA RONCERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXI, vol. 1º, Edersa, 1986, pp. 223 y ss.

<sup>14</sup> Sobre la valoración de la aportación mixta y las diversas teorías al respecto vid., por todos, CAPILLA RONCERO, «Comentario al art. 1.689 Cc.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones ...*, T. XXI, vol. 1º, Edersa, 1986, p.382 y ss.

En efecto, en el FJ 2º de la S. de la APH de 22 de febrero de 1995<sup>15</sup>, se indica que, según se deduce de la prueba y no niega la parte demandada (Ángel Gutiérrez, el recurrente en casación), la mayor parte de ganado aportada por parte del actor (Domingo, el recurrido en casación), se vería compensada por la atención familiar que debería recibir, y de la que se encargaría Nieves Rodrigo Bauto como ama de casa, debiéndose repartir los beneficios por mitad.

Resulta entonces que calificando la situación como de sociedad civil la convivencia entre las partes resulta ser un elemento relevante para proceder a la liquidación de los beneficios, situación que incluso fue ya prevista por las partes contratantes.

**B. ACOGIMIENTO, DACIÓN PERSONAL Y COMUNIDADES FAMILIARES: ¿DÓNDE RADICA LA ATÍPICIDAD? APLICACIÓN DEL ART. 34 A LAS SITUACIONES PERMANENTES DE COMUNIDAD FAMILIAR**

*a) Planteamiento*

La premisa de la que ahora vamos a partir consiste en situar los hechos al margen del Código civil y tratar de averiguar si los mismos pueden calificarse desde el punto de vista de la Compilación aragonesa en alguna suerte de institución o comunidad regulada por dicha ley, y desde luego, si la solución del caso varía aplicando otra ley civil territorial española.

Como vengo diciendo, tal posibilidad puede plantearse precisamente por no haber documentado por escrito dicho pacto, y por coexistir sobre los mismos hechos dos legislaciones posiblemente aplicables al caso enjuiciado.

En este punto, la Sala considera que es posible resolver el caso en cuestión recurriendo a la Compilación aragonesa —norma desde luego aplicable en primer lugar, pues a Aragón le corresponde legislar y resolver en aquello que sea su Derecho civil (art. 149.1.8º CE)—, y encontrando solución el caso en el Derecho civil de Aragón, éste es el único competente.

Así, el Tribunal Superior analiza si dicho convenio es una institución del art. 33, llegando a la conclusión de que tal pacto no se incardina en ninguna de ellas; si bien considera que hay en verdad un acogimiento aunque atípico, por no responder a la finalidad familiar y sucesoria que caracteriza a dichas instituciones. Pero tomando como base y elemento principal del pacto la convivencia entre las partes, entiende que existe una suerte de comunidad de vida y trabajo, a la que es posible aplicar el art. 34 de la Compilación.

Dicho lo anterior, veamos especialmente las figuras del acogimiento y dación personal, y en qué consistiría su atipicidad, así como esa posibilidad de crear comunidades atípicas y cuál sería, a la postre, su régimen jurídico.

---

<sup>15</sup> El texto de esta sentencia puede consultarse en la RDCA-III-1997, nº1.

*b) El art. 33 de la Compilación. Especial referencia al acogimiento y a la dación personal*

*a'. Algunas reflexiones en torno al art. 33 de la Compilación. Atipicidad jurídica y tipicidad consuetudinaria*

El art. 33 de la Compilación aragonesa, a modo de cajón de sastre, y sin establecer propiamente una regulación jurídica, enumera lo que según su rúbrica son Instituciones familiares consuetudinarias, y en concreto dispone: «Cuando las estipulaciones hagan referencia a instituciones familiares consuetudinarias, tales como «hermandad llana», «agermanamiento» o «casamiento al más viviente», «casamiento en casa», «casamiento a sobre bienes», «consorcio universal o juntar dos casas», «acogimiento» y «dación personal», se estará a lo pactado y se interpretarán aquéllas con arreglo a la costumbre y a los usos locales».

Pues bien, a mi juicio, la norma plantea tres interesantes problemas: por un lado, el por qué de su ubicación dentro del régimen económico matrimonial paccionado; por otro lado, si la lista ofrecida por el art. 33 es cerrada, y en consecuencia sólo esas son las instituciones familiares consuetudinarias, y ya no hay otras; y por último cuál es el valor de la costumbre en dicho precepto.

En lo que hace a lo primero, la ubicación de esta norma dentro del régimen matrimonial paccionado, como un añadido a él, tiene su origen en la tradición del Alto Aragón, pues precisamente estas llamadas instituciones (estipulaciones, según reza el propio art. 33) se contenían en capítulos matrimoniales, en los que se acordaba no ya el régimen matrimonial (la estipulación capitular bilateral), sino principalmente el régimen patrimonial de la Casa aragonesa (la estipulación capitular plurilateral), respondiendo tales estipulaciones (las instituciones, así consagradas posteriormente por el uso) al mantenimiento de la familia y de la Casa aragonesa, dando lugar dichas instituciones a una suerte de comunidad familiar de vida, sustento y trabajo entre las familias asociadas<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Con todo no está de más que se observe el heterogéneo contenido de la norma, pues mientras la hermandad llana, aunque tenga varias modalidades, es una estipulación capitular bilateral, el agermanamiento o casamiento al más viviente tendría la calificación de pacto sucesorio entre cónyuges, eficaz a falta de descendencia. Por otro lado, el acogimiento o casamiento a sobre bienes y el consorcio universal, responden a regímenes patrimoniales familiares de la Casa aragonesa, similar al régimen económico patrimonial que por regla general se creaba a partir del heredamiento convenido en capítulos y, sin embargo, el heredamiento —aun pudiendo producir el mismo efecto: la comunidad familiar— no está nombrado en dicho precepto (sí lo está en el art. 34, aplicable a falta de pacto a casi todas las instituciones del art. 33, con excepción de la hermandad llana y del agermanamiento). Por otro lado, la dación personal responde a otra finalidad: la personal del donado, su asistencia, y sucesoria en favor de la Casa que lo acoge. En relación con el art. 33 vid. SAPENA, «Comentario al art. 33 de la Compilación aragonesa», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo, edit. DGA, Zaragoza, 1988, pp. 805-836 y MERINO HERNÁNDEZ, «Comentario al art. 33 de la Compilación», en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. XXXIII, vol. 1º, edit. Edersa, Madrid, 1989, pp. 335-337.

En relación con éstas figuras, la doctrina aragonesa afirma que la finalidad de las mismas, surgidas de la voluntad de los particulares, se circunscribe al mantenimiento de la Casa: el sustento de la familia y la transmisión del patrimonio casal<sup>17</sup>.

Ahora bien, aunque las Instituciones familiares consuetudinarias enumeradas en el art. 33 carecen de una específica regulación legal, su ubicación sí nos obliga a pensar si las mismas han de ser adoptadas formalmente en capítulos matrimoniales, pues el inicio del art. 33 «Cuando las estipulaciones hagan referencia ...», parece referirse a que estas instituciones se acuerdan dentro de dicho documento notarial.

En este punto, y a lo creo, deberán necesariamente acordarse en capítulos aquellas instituciones que dan lugar al nacimiento de un régimen económico matrimonial (hermandad llana) o patrimonial (acogimiento, juntar dos casas), y al menos en documento público la dación personal, al incluir un pacto sucesorio en favor de la familia acogente (su titular o alguno de sus hijos).

En cuanto al segundo interrogante, si la lista es cerrada o abierta, concluye SAPENA, en opinión que comparto, que la enumeración de dicho precepto es *ad exemplum*, si bien, será difícil encontrar otras figuras consuetudinarias no enumeradas por el legislador, pues siendo instituciones consuetudinarias necesariamente han de estar ya consagradas, y por ello el legislador las conoce y acepta. Pero no hay ningún obstáculo —añade— para que si alguna otras hubiera en el mismo precepto encajen, así como también si alguna nueva naciera a él quedaría sometida<sup>18</sup>.

Este planteamiento, a lo que creo, es especialmente relevante en relación al caso que comentamos, pues podemos preguntarnos si acaso lo pactado entre Domingo y Ángel es en verdad una institución consuetudinaria, aunque no esté mencionada en el art. 33, o bien si este pacto, aun no siendo institución familiar consuetudinaria ahora podría llegar a serlo si se sigue observando, e incluirse como una nueva institución del art. 33.

---

<sup>17</sup> Ciertamente, en los albores del siglo XXI, la Casa aragonesa y la familia patrivirolocal no son posiblemente el paradigma de la familia contemporánea ni tampoco la forma más frecuente de constituirse el grupo doméstico. Por este motivo relacionar estas figuras con la Casa, en el sentido más tradicional, condenaría a las mismas a su práctica derogación por el desuso. Es por ello, que debemos interpretar la letra de la ley conforme a la realidad social del los tiempos en los que vivimos, y flexibilizar los conceptos. Así, una unidad patrimonial (empresarial, agrícola, comercial, etc) que se quisiera conservar, entiendo, como ya en su día apuntara Lacruz, serviría para que estas figuras jugasen en la realidad actual. Incluso, la dación personal sería una buena forma de atender a los ancianos a los que hoy en día condenamos sin reparos a la desasistencia: tal vez el interés de adquirir su herencia, llevase a algunos a tenerlos en su compañía a una sola mesa, mantel y gasto. (Sobre la aplicación de estas instituciones a situaciones de la vida contemporánea vid. MERINO HERNÁNDEZ, «Comentario al art. 33 de la Compilación», en *Comentarios al Código civil y ...*, T. XXXIII, vol. 1º, edit. Edersa, Madrid, 1989, pp. 373-377.

<sup>18</sup> Cfr. SAPENA, «Comentario al art. 33 de la Compilación aragonesa», en *Comentarios a la Compilación ...*, edit. DGA, Zaragoza, 1988, p. 810.

Por último, la costumbre tiene una doble función, la que parece ser propia de la misma: su valor normativo que consagró estos pactos a través de una conducta generalizada entre los aragoneses del Alto Aragón, pero sobre todo un valor interpretativo e integrador del pacto, pues sólo habiendo sido expresamente pactadas dichas figuras, la costumbre sirve para interpretar las oscuridades de dicho pacto<sup>19</sup>. Y justamente es esta función interpretativa la que la costumbre tiene en el art. 33<sup>20</sup>.

Todavía el art. 33 de la Compilación permite hacer una reflexión más, y ello precisamente teniendo en cuenta la calificación jurídica realizada por la Sala sobre el pacto celebrado entre las partes. En concreto, en el fundamento jurídico tercero se señala que lo pactado entre Ángel y Domingo es un acogimiento atípico por no responder a la finalidad familiar y sucesoria al ser pactado la margen de la Casa y fuera de capítulos matrimoniales.

A lo que creo, y a la luz del art. 33 de la Compilación, tales afirmaciones merecen algo de reflexión.

En primer lugar hemos de tener en cuenta la definición de contrato atípico ofrecida por la doctrina civilista. Como por todos es conocido, un contrato es atípico cuando, aun teniendo nombre específico o denominación jurídica perfectamente acuñada y que lo identifica en el tráfico —tanto para la doctrina y la jurisprudencia como a veces para ciertas leyes— carece, sin embargo, de una disciplina normativa propia, inexistente en los Códigos y en las leyes especiales, sin que un contrato deje de ser atípico, aun cuando esté perfectamente delimitado por la costumbre jurídica, por los usos o por la jurisprudencia, lo importante es que carezca de disciplina legal y que ésta no sea posible deducirla del Derecho positivo<sup>21</sup>.

En consecuencia, resultará que todas las instituciones mencionadas en el art. 33 de la Compilación son naturalmente atípicas, pues carecen de regulación legal, aunque puedan ser delimitadas a través de la costumbre y conocidas por la doctrina.

Por ello, en sus justos términos creo que no es posible hablar, respecto de las instituciones consuetudinaria aragonesas de tipicidad o atipicidad (no se

---

<sup>19</sup> En relación a esto señala SAPENA que la costumbre entra en juego según el pacto, o sea, en orden similar a la *secundum legem*, pues no se ha de aplicar contra o en defecto de pacto. Si no hay pacto no cabe la aplicación del uso o de la costumbre, ya que la misma viene determinada por referencia de los contratantes a la pertinente institución, es decir, por su voluntad claramente convenida. Cfr. op. cit., p. 811.

<sup>20</sup> En relación con la costumbre en los llamados Derechos forales puede consultarse SANCHIO REBULLIDA, «Instituciones jurídicas consuetudinarias y su regulación en los territorios pirenaicos», en *RJN*, n.º 20, 1995, pp. 15-41.

<sup>21</sup> Por todos vid. JORDANO BAREA, «Los contratos atípicos», en *RGJ*, T.195, 1953, p. 68 y ss.; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1.º, 1994, (Revisada esta parte por Rivero Hernández), p. 514 y MESSINEO, «Il contratto in genere», en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, XXI, t. 1.º, Milano, 1973, p. 683 y ss.

olvide que la premisa es que todas son atípicas), sino de si nos encontramos ante una institución consuetudinaria o no. Esto es, si el origen de la misma se remonta a la costumbre, y si dicho pacto cumple al menos los elementos esenciales —constitutivos— que caracterizan a la institución. Y ello, porque el resto de los pactos que en torno a la institución paccionada se puedan acordar (en especial, la forma de liquidar el consorcio familiar por no congeniar, a quién se nombra heredero en un acogimiento, etc) surgen precisamente de la voluntad de los particulares, sirviendo únicamente la costumbre para interpretarlos, y no para imponerlos.

Dicho lo anterior, veamos especialmente las figuras del acogimiento y de la dación personal y analicemos si lo pactado entre Angel y Domingo cumple los elementos necesarios para ser calificadas de tales: si los cumple serán instituciones consuetudinarias; de lo contrario no sólo no serán instituciones consuetudinarias, sino que tampoco serán tales instituciones.

Es mas, téngase en cuenta que si en lo pactado, aun pareciéndose a estas instituciones, se dejan de observar la forma pública, siendo esta esencial, o uno de sus elementos constitutivos, la calificación no sería la atipicidad, sino la invalidez del acuerdo, procediéndose a su liquidación según lo previsto en el art. 1.303 Cc.

#### b'. Acogimiento

El acogimiento consuetudinario o casamiento a sobre bienes,<sup>22</sup> mencionado en el art. 33 de la Compilación fue definido por COSTA como «el acto y contrato por virtud del cual una familia heredada, con hijos o sin ellos, recibe en su compañía a otra, u otras familias de parientes o de extraños, en el acto de constituirse o ya constituida, y con hijos o sin ellos, formando entre todos una comunidad familiar, que es a un tiempo sociedad de producción, de consumo y de ganancias, y en ciertos límites de sucesión mancomunada, Es —añadía— una imitación del heredamiento universal»<sup>23</sup>.

A partir de este concepto, y desde luego de los estudios del mencionado autor, la doctrina foral aragonesa ha deducido los elementos necesarios de esta institución, al margen de los diversos pactos que en relación a dicha figura puedan acordar los particulares.

---

<sup>22</sup> El acogimiento y el casamiento a sobre bienes, que en el art. 33 aparecen enunciadas como dos instituciones diferentes son en verdad la misma institución, según señala la doctrina foral actual por remisión a COSTA. Sobre lo anterior puede consultarse: COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, T.I, edit. Guara, Zaragoza, 1981; SAPENA, «El acogimiento alto-aragonés», en ADA, T. X, 1959-60, pp. 99-139; «Comentario al art. 33 de la Compilación», en *Comentarios a la Compilación* ..., T.I, Zaragoza, 1988, pp. 818 y ss.; MERINO HERNÁNDEZ, «Comentario a los art. 33 a 35 de la Compilación», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones* ..., T. XXXIII, vol. 1º, Edersa, 1989, pp. 363 y ss. y AAVV, «Acogimiento», en *EjSeix*, T. I, Barcelona, s/d., pp. 514-515 y en *NE/seix*, T. II, Barcelona, 1950, pp. 266-267.

<sup>23</sup> COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, T.I, 1981, p. 239.

En concreto, tanto SAPENA como MERINO HERNÁNDEZ señalan como elementos esenciales de la institución los siguientes<sup>24</sup>: personal, real y formal.

En cuanto al primero, el elemento personal, está formado por acogentes y acogidos. Los primeros los forman un matrimonio o un viudo, que no tiene hijos o que teniéndolos son ineptos para regir el patrimonio. Los acogidos son un matrimonio que se forma o ya formado, que tiene hijos o, al menos, la posibilidad de tenerlos, pues el acogimiento se pacta para atender a las necesidades de los acogentes y con miras a la continuidad del patrimonio casal (o empresarial, o comercial, o agrícola, o ganadero en nuestra sociedad) por medio de los acogidos, o sea, pactándose la sucesión en el patrimonio.

Todavía en este punto añade MERINO que lo esencial al acogimiento es que estemos ante dos familias que se han constituido mediante vínculo matrimonial<sup>25</sup>.

El elemento real viene constituido por el patrimonio propio de una de las familias, concretamente patrimonio que ha de pertenecer a la familia de los acogentes, sin perjuicio de que los acogidos también puedan aportar bienes.

Ahora bien, en este punto coincide la doctrina en que la figura del acogimiento queda totalmente desvirtuada cuando, aun asociándose dos familias, pongan ambas un patrimonio en común de igual entidad (pues entonces la institución, señalan, sería aquella otra conocida con el nombre de juntar dos casas), o bien que ambas partes aporten bienes para dar lugar al nacimiento de un patrimonio *ex novo*.

Por último, y por lo que hace al elemento formal, la doctrina es unánime en señalar que el acogimiento requiere como requisito de validez que el mismo se adopte en instrumento público y, en concreto, en capítulos matrimoniales, pues a través de esta institución se genera un régimen económico patrimonial de la familia.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Cfr. SAPENA, «Comentario al art. 33 de la Compilación», en *Comentarios a la Compilación* ..., T.I, Zaragoza, 1988, pp. 818 y ss. y MERINO HERNÁNDEZ, «Comentario a los art. 33 a 35 de la Compilación», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones* ..., T. XXXIII, vol. 1º, Edersa, 1989, pp. 363 y ss.

Con todo, conviene advertir que aunque en la legislación vigente, al igual que en el anterior Apéndice, el acogimiento carece de regulación legal, sin embargo en diversos proyectos de Apéndice esta institución sí contuvo una precisa regulación. A este respecto pueden consultarse el proyecto de 1904, cuya regulación se contenía en los art. 309 a 323 y en el de 1924 el art. 71.

<sup>25</sup> MERINO HERNÁNDEZ, «Comentario a los art. 33 a 35 de la Compilación», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones* ..., T. XXXIII, vol. 1º, Edersa, 1989, p. 363.

<sup>26</sup> La concurrencia de estos elementos que originan el acogimiento, que por lo demás requiere pacto expreso como vemos —y no tanto por que se le nombre sino que de las estipulaciones convenidas se deriven dichos elementos— se despliegan una serie de efectos, entre los que cabe señalar: el codisfrute y codisposición del patrimonio de los acogentes por éstos y por los acogidos; la convivencia familiar de todas las partes; su asistencia con cargo al patrimonio y la sucesión del patrimonio en favor de los hijos de los acogidos o, en su caso, de hijos de los acogentes

Junto a lo anterior, la doctrina señala que la comunidad derivada del acogimiento no puede calificarse de sociedad la carecer de ánimo de lucro<sup>27</sup>.

Pues bien, establecidos los elementos esenciales del acogimiento veamos si éstos se encuentran entre lo pactado entre Domingo y Ángel.

Creo que es fácil deducir que ninguno de los elementos descritos concurren en el caso de autos, pues aun tratando de amoldar con dificultad el elemento personal a la situación de hecho, es evidente que no concurren los elementos real y formal en nuestro supuesto.

En efecto, no había un patrimonio previo que interesaba conservar y en su caso incrementar (nota que caracteriza a la comunidad frente a la sociedad), sino que dicho patrimonio se crea *ex novo* mediante las aportaciones de las partes y su industria, además falta la forma pública que es, también, elemento esencial.

En consecuencia, y a lo que creo no estamos ante un acogimiento consuetudinario, ni siquiera atípico, utilizando el término sin precisión jurídica y como semejante a no tradicional.

Es más, lo que parece que prepondera en esta relación es el ánimo de lucro característico de la sociedad, que lo aleja de la comunidad de vida y trabajo usufructuando todos un patrimonio. El único parecido con lo pactado entre las partes radica precisamente en la situación de convivencia, que desde luego, y por regla general se deriva del acogimiento.

#### c'. La dación personal

Esta institución, la igual que la anterior fue admirablemente definida por COSTA de la siguiente manera: «por la arrogación consuetudinaria o dación personal, un soltero o viudo, originariamente sin hijos, se dona o da a una casa, haciendo irrevocable la cesión de todos sus bienes y comprometiéndose a trabajar en provecho de ella en cuanto se le ordene y ofrezca, y a mantenerse viudo o célibe toda su vida a cambio de ser sustentado sano o enfermo con todo lo necesario hasta el fin de sus días»<sup>28</sup>.

---

si llegase a haberlos y fueren aptos para dirigir la comunidad familiar. En relación con los efectos que se derivan del acogimiento pueden consultarse COSTA, SAPENA y MERINO en las obras ya citadas.

<sup>27</sup> Vid. en este último sentido SAPENA, «Comentario al art. 33 de la Compilación», en *Comentarios a la Compilación ...*, T. I, Zaragoza, 1988, p. 822.

<sup>28</sup> COSTA, op. cit., p. 269. Vid también: SAPENA, «Comentario al art. 33 de la Compilación», en op. cit., p. 827 y ss. y «El pacto sucesorio en el Alto Aragón», en *RDP*, 1944, pp. 780 y ss; MERINO, «Comentario al art 33 a 35 de la Compilación», en op. cit., pp 371 y ss; RIERA AISA, «dación personal», en *NEJSeix*, T. VI, Barcelona, 1954, p. 210 y ss. y SOLANO NAVARRO, «Mi contribución respecto a la sucesión contractual en e alto Aragón», en *Terceras Jornadas de Derecho aragonés*, Jaca, 1944, pp. 333 y ss.



Tomando como base el concepto formulado por Costa los proyectos de Apéndice de 1904 y 1924 regularon con cierta prolijidad esta institución, previendo el proyecto de 1904 (art. 327), para el caso de disolución de la comunidad, que el donado retiraría los bienes que aportó a la casa y que percibiría una indemnización en función de los años trabajados para la misma; silenciando, por el contrario, el proyecto de 1924 cómo se procedería al reparto de los bienes, pues ello debería solventarse según el pacto que mediase entre las partes.

De cualquier manera, ambos proyectos exigían que tal pacto fuera expreso y que se documentase por escrito: bien ante testigos, si no eran muchos o ninguno los bienes aportados por el donado y en documento público, si la aportación del donado era considerable o bien consistía en bienes inmuebles.

La doctrina actual acoge este planteamiento y considera que la dación se ha de documentar en escritura pública, y ello porque la nota que caracteriza a esta institución es la inclusión de un pacto sucesorio en favor del titular de la casa que lo acoge o de uno de los hijos de la familia acogente.

En consecuencia, lo que caracteriza a esta figura, como señalara RIERA AISA, es precisamente un intercambio de prestaciones entre la familia acogente y el donado, pues aquélla presta asistencia, alojamiento y alimentos a éste, mientras que el donado, a cambio, transmite todos sus bienes e industria en favor de la familia que lo acoge, trabajando en la medida de sus fuerzas en favor de la misma<sup>29</sup>.

En consecuencia, la transmisión del patrimonio completo del donado en favor de la familia acogente es el elemento que caracteriza a esta institución, según señala unánimemente la doctrina foral<sup>30</sup>.

En el caso de autos, la parte recurrente formulaba en la demanda reconvenzional que en su día presento ante el JPI de Fraga que lo pactado entre ellos y el actor —Domingo, recurrido en casación— era una comunidad familiar que respondía a la institución del acogimiento o más probablemente a la dación personal. Veamos pues, si tras lo dicho, los hechos pueden subsumirse en esta institución.

Desde luego, es cierto que existe un cierto parecido con el concepto de la dación personal, pues en el caso de autos no encontramos ante un soltero y de cierta edad que pasa a convivir con una familia que le va a prestar alojamiento y asistencia. A su vez, el supuesto donado aporta una serie de bienes y su industria, pero no mediante un negocio traslativo por el que transfiere el dominio de lo aportado a Ángel a cambio de la asistencia, de manera que falta la nota característica de la institución: la sucesión contractual, y desde luego su forma pública.

---

<sup>29</sup> RIERA AISA, «dación personal», en *NFJS*, T. VI, Barcelona, 1954, p. 209. Todavía señala este autor su parecido con la renta vitalicia; la transmisión des luego de un patrimonio a cambio de asistencia, si bien en el caso de la dación personal resultaría una figura *sui generis*, pues el donado no sólo transmite su patrimonio sino que además colabora y trabaja en beneficio de la familia acogente.

<sup>30</sup> Vid. doctrina citada en la nota 28.

Por lo tanto, la situación creada no puede calificarse tampoco de dación personal, como así se declaró tras el análisis de esta institución y a la luz de los hechos en las dos sentencias anteriores que precedieron a esta de casación<sup>31</sup>, y creo que tampoco se la puede calificar de dación personal atípica, pues siguiendo esta técnica resultaría que en todos aquellos negocios en los que falten sus elementos constitutivos dejaran de ser inválidos para convertirse en válidos, pero eso sí, atípicos.

c) *Consortio familiar tácito o inducido: una institución familiar consuetudinaria del art. 33 de la Compilación*

De lo dicho anteriormente resulta evidente que lo pactado entre Domingo y Ángel no responde a las instituciones consuetudinarias mencionadas en el art. 33 Comp., en especial a la dación personal y al acogimiento, pues además de no contener el pacto sus elementos esenciales carecería en el supuesto de autos de algo también esencial: su estipulación expresa como premisa de su adopción.

Ahora bien, decíamos también en esas reflexiones en torno al art. 33, que es posible que existan otras instituciones consuetudinarias cuyo *nomen iuris* no apareciera contemplado en dicho precepto.

Así, y recapitulando, de lo que no cabe duda es que entre Domingo y Ángel existió una asociación para la compra, cría y venta de ganado de la que surgió entre ellos una situación de comunidad, no sólo económica sino también familiar. Si esta situación, según analizamos, calificada desde el punto de vista del Código civil sería una sociedad civil reconducible a los arts. 1.665 y ss. del mismo, aplicando el Derecho civil aragonés sería también una sociedad, pero con una especialidad, al dar especial relevancia a la situación de convivencia entre las partes.

A lo que creo, lo pactado entre Ángel y Domingo —salvo que sin duda alguna constase que pactaron sociedad civil, pues entonces a ello habría que estar— responde a la calificación jurídica de una institución familiar no mencionada en el art. 33, pero consuetudinaria y practicada principalmente en el alto Aragón. En concreto me estoy refiriendo al *Consortio familiar tácito o inducido*, que tuvo una completa regulación en el proyecto de Apéndice de 1899 (conocido generalmente como proyecto Ripollés)<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Tanto en la sentencia de instancia como en la de apelación el juez y la Sala respectivamente señalan la inexistencia del pacto sucesorio y la falta de transmisión del patrimonio de Domingo en favor de Ángel, pues mediante confesión judicial de éste y prueba documental, se constata que el patrimonio de Domingo (el supuesto donado) era muy elevado, y que a la sociedad tan sólo aportó esa cabezas de ganado, y ninguno de sus bienes inmuebles o dinero. (Vid. ambas sentencias en la RDCA-II-1996, nº 2, marginal 11 y RDCA-III-1997, nº 1, respectivamente).

<sup>32</sup> El consorcio familiar tácito o inducido, que no fue ni tan siquiera mencionado en el Apéndice de 1925 ni tampoco en la Compilación del Derecho civil de Aragón, sí contó con mención y regulación en los diversos proyectos de Apéndice. En efecto, si bien me voy a referir al pro-

En dicho proyecto el art. 188 disponía que «Se induce el consorcio familiar tácito cuando las personas a que se refiere el artículo siguiente, en cualquiera de sus casos, se reúnen sin previa o con deficiente convención, bajo una misma casa y hogar poniendo en común sus bienes, los trabajan y administran con el fin de participar de sus productos y de las ganancias del trabajo a que todos o cada uno de ellos se dediquen. El consorcio voluntariamente contraído, pero incompletamente organizado, se regirá también, en todo lo no pactado, por las reglas establecidas en el presente capítulo».

Las personas que podían formar este consorcio (simplemente en base a su situación de hecho, sin concurrir pacto, o existiendo fuera éste incompleto) eran las siguiente: por un lado, dos o más matrimonios con descendencia o sin ella; por otro, dos o más personas mayores de edad parientes o extraños, con familia o sin ella; y, por último, uno o más matrimonios y una o más personas mayores de edad, parientes o extraños de aquellos, con familia o sin ella.

A lo que creo, este último supuesto es el que describe la situación de Ángel y Domingo: una familia ya formada (la de Ángel) a la que se asocia una persona mayor de edad sin hijos, y que en este caso resulta ser un pariente.

Como en el caso de autos, y en coincidencia con el art. 188 transcrito del proyecto Ripollés, cada parte asociada tácitamente aporta unos bienes, que siguen siendo propios, y forman un consorcio para trabajar y administrar dichos bienes participando de sus productos y ganancias, que se repartirán una vez tenga lugar la disolución del mismo.

Vemos pues que se conjuga el ánimo de lucro con la asistencia y convivencia familiar.

Por lo demás, en el supuesto del consorcio familiar tácito o inducido no es necesario documentar el pacto: basta con que las partes hayan reunido voluntariamente con la finalidad de participar de sus bienes y ganancias.

El resto de los artículos, agrupados en secciones, señalaban qué capital era propio de cada consorte<sup>33</sup>; los bienes que integran el fondo común del consorcio<sup>34</sup>; las obligaciones y cargas del consorcio, entre las que cabe destacar

---

yecto Ripollés (1899), por ser más extensa y cuidadosa su regulación, esta institución también tuvo su reflejo en el proyecto de 1904, art. 303 y ss., donde se regulaba el acogimiento, dación personal y otras asociaciones entre familias, todas ellas bajo la rúbrica «De algunas formas de asociación» y en el proyecto de 1924 en el art. 72

<sup>33</sup> El art. 190 señalaba que «constituyen el capital propio de cada consorte los bienes sitios y semovientes que acredite haber aportado al consorcio o adquirido por título lucrativo durante el mismo tiempo».

<sup>34</sup> A este respecto el art. 191 disponía: «Constituirán el fondo común de este consorcio los bienes siguientes: 1º Todo lo que durante el consorcio se adquiera, por título oneroso, a nombre de todos o de cualquiera de ellos.- 2º Lo que durante el consorcio se adquiera por la industria, trabajo, sueldo o pensiones de todos o de alguno de los asociados.- 3º Los fondos, rentas o intereses percibidos o devengados durante el tiempo del consorcio procedentes de bienes comunes o de los

que los alimentos y asistencia de todos los asociados se practicará en la casa en que residan y será de cuenta de la sociedad (art. 192). Se señalaban también la obligaciones propias de cada consorte con cargo a su patrimonio, entre las que se citaban las dotes, los gastos de educación de los hijos, los gastos que se hicieren en mejora de bienes propios, etc. (art. 193). Se regulaba también la administración del consorcio, que en principio correspondía a la persona que se hubiera designado, y a falta de pacto se indicaba en el artículo quién debería ocupar el cargo de administrador, así como cuáles eran sus funciones (arts. 194-195).

Por último, en los arts. 196 y 197 se regulaban las causas por las que podría disolver el consorcio, y para lo que aquí nos interesa basta con señalar que bastaba con que una de las partes manifestara su separación de la comunidad. Por último, el art. 197 regulaba cómo se procedía a la liquidación de los bienes del consorcio, de lo que debemos destacar, para lo que aquí nos interesa, que en definitiva cada parte debía sacar sus aportaciones o su valor; del patrimonio común se habían de pagar las deudas que fueran a cargo del consorcio y, en su caso, procederse a efectuar reembolsos y reintegros, si había habido adelantos por parte del consorcio para gastos que fueren privativos de uno de los consortes, y así una vez establecido cuál era el fondo común proceder a dividirlo a partes iguales entre los grupos familiares que formasen el consorcio<sup>35</sup>.

---

peculiares de cada uno de los asociados.- Todos los bienes muebles que existan y los semovientes que resulten aumentados, al tiempo de practicarse la división.»

<sup>35</sup> En concreto, el extenso art. 167 disponía: «Provocada legalmente la disolución del consorcio familiar tácito, la división de los bienes que lo forman se ajustará a las reglas siguientes: 1º Se pagarán las deudas contraídas en utilidad de la comunidad.- 2º Recibirá cada consorte, los bienes sitios y semovientes, o su equivalencia, aportados al consorcio y los que de igual naturaleza hubiere posteriormente adquirido por título lucrativo e ingresado en la comunidad.- 3º Cada consorte abonará al fondo común, o le será imputado en pago de su haber al practicar la partición, el importe de cuanto el consorcio hubiere invertido en mejorar sus peculiares bienes o anticipándole, para satisfacer cualquiera de las atenciones comprendidas en la sección quinta de este capítulo (se refiere al pago de dotes, estudios a los hijos, etc).- 4º El resto de bienes que quedaren en inmuebles, semovientes, metálico, crédito, valores y muebles de toda clase, constituirá el fondo común del consorcio que será dividido *per stirpes* o en tantas partes iguales como fueren los matrimonios, personalidades los grupos de familias asociadas.- 5º Cada uno de los consortes responderá al pago de la cuota que proporcionalmente le corresponda por obligaciones y deudas consorciales, con el valor de los bienes gananciales que le tocaron y el de los que hubiere aportado como capital propio; pero si, agotados éstos, resultares todavía descubierto, deberá ser pagado por los demás asociados, por iguales partes entre los grupos de familias.- 6º Los bienes mencionados en los números 2º y 4º del artículo anterior (*sic*), que son los que forman la hijuela propia de cada consorte, quedarán sometidos a los pactos que hubieran estipulado con anterioridad los interesados al contraer su respectivo consorcio conyugal, y a falta de capitulación, a los prescripciones de este Código.- 7º Si durante la existencia del consorcio falleciere alguno o algunos de los asociados, dejando herederos que viven en la comunidad, pero no se provocase su disolución, se considerará continuada, sucediendo éstos a aquél en todas las obligaciones y derechos que le pertenezcan dentro del consorcio, y recobrando por tanto lo aportado y heredado y percibiendo *in stirpes*, al tiempo de la división de bienes, igual proporción que en los comunes le correspondería a su causante derecho si viviera».

En el caso de autos evidentemente la liquidación se tendría que haber efectuado por mitad, si hubiésemos aplicado esta regla, y desde luego, así debería de haber sido el reparto, pues ese fue el pacto entre Domingo y Ángel.

A lo que creo, y tras lo expuesto, considero que aplicando el Derecho civil de Aragón lo pactado entre Domingo y Ángel responde a la idea de la institución consuetudinaria, desde luego atípica legalmente, aunque con tipicidad consuetudinaria, conocida como consorcio familiar tácito, y ello porque no requiere una estipulación formal, y por que estos consorcios conjugaban la idea de la asistencia familiar con la ganancia que en su día se repartirían las partes tras la disolución del consorcio, de ahí que consecuentemente el autor del proyecto regulase estos consorcios bajo el Título VI: De la sociedad, indicando que esta regulación se debía adicionar al Código civil general precisamente tras la regulación que el mismo establece y establecía sobre la sociedad civil.

*d) El art. 34 de la Compilación: su naturaleza dispositiva*

La sentencia, al calificar la situación pactada entre Domingo y Ángel como acogimiento atípico, o sea, como una suerte de comunidad familiar no consuetudinaria, llega a la conclusión de que la misma se ha de liquidar conforme al art. 34, destacando de dicha norma su referencia a «reparto justo y equitativo», por lo que la Sala procede a hacer el reparto de los bienes según, a lo que creo, su propia convicción y, al casar la sentencia admitiendo el motivo 4º del recurso (la aplicación del art. 34 Comp.), tiene en cuenta para efectuar el reparto la asistencia que en la casa recibió Domingo, así como la administración que efectuó de la sociedad Ángel, evitando, en consecuencia, que el reparto de los bienes ganados y aumentados se efectúe por mitades e iguales partes, según lo pactado.

Pues bien, a lo que creo el punto de partida para averiguar cómo se ha de proceder al reparto es establecer cuál es la naturaleza de esta norma, si es o no imperativa, y cómo interpretar la regulación que establece, en concreto su referencia a que «los beneficios se repartirán entre los asociados en proporción equitativa, conforme a la costumbre y atendidas las diversas aportaciones en bienes o trabajos, los beneficios ya percibidos, las demás causas de disolución y las demás circunstancias».

El art. 34 de la Compilación, cuya rúbrica se refiere a *otras situaciones de comunidad* dispone: «Al disolverse un consorcio entre matrimonios u otra situación permanente de comunidad familiar, como las derivadas del 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 trabajos, los beneficios ya percibidos, las causas de disolución y las demás circunstancias».

En primer lugar, hemos de tener en cuenta que esta norma tiene carácter dispositivo, y no imperativo, pues sólo se ha de aplicar en defecto de pacto<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Así lo entienden también SAPENA, «Comentario al art. 34 de la Compilación», en *op. cit.*, p. 389 y ss y MERINO, «Comentario a los arts. 33 a 35 de la Compilación», en *op. cit.*, p. 370.

A pesar de que el art. 34 no mencione el pacto como primera fuente para proceder a la liquidación, no se ha de olvidar que dicho precepto se ha de relacionar con el art. 33 Comp.

En efecto, como se observa el art. 34 se refiere a los consorcios entre matrimonios u otras situaciones de permanente comunidad familiar, poniendo como ejemplo el heredamiento, pero además el acogimiento, institución familiar que sí esta enumerada en el art. 33 Comp.

De lo que cabe colegir, siguiendo en ello a SAPENA y MERINO<sup>37</sup>, que los criterios utilizados en el art. 34 Comp. sólo se aplican en defecto de pacto, pues éste resulta ser la primera fuente por la que, en todo caso, se han de regular las situaciones permanentes de comunidad familiar.

Si esto es así, como lo creo, resultaría que se calificase como se calificase la situación de hecho creada entre Domingo y Ángel en lo que hace al reparto del haber social (los bienes comunes, separando las aportaciones que en su día efectuaron cada uno) se tendrían que haber efectuado por mitad, como así se pactó entre ambas partes.

Dicho lo anterior, y demostrado que existe pacto acerca de la liquidación del consorcio familiar, evidentemente no entra juego el art. 34 Comp.

Ahora bien, creo que no está de más que analicemos el motivo que lleva a la Sala a aplicar, a mi juicio incorrectamente dicha norma, y no sólo, como veremos, porque ya existiera pacto respecto de la liquidación, sino por ser la convivencia entre las partes el elemento que sirve para evitar el reparto a partes iguales.

En efecto, la Sala admite el motivo 4º del recurso de casación —interpretación errónea del art. 34 Comp.— precisamente porque al estar ante una comunidad familiar de vida y trabajo se ha de considerar como elemento relevante del reparto la asistencia y convivencia de Domingo por la familia de Ángel.

Pues bien, y a lo que creo, justamente cuando se haya de aplicar el art. 34 Comp. la situación de convivencia y asistencia entre las partes carece de relevancia, por ser la convivencia entre todas las partes asociadas una de las características, «típicas», de todas las instituciones familiares.

Así, paradójicamente resulta que de haber calificado la situación como de sociedad civil la convivencia familiar sí hubiera podido jugar como un elemento más de la liquidación a ser tenido en cuenta en favor de quien la aporta, mientras que, calificada la situación como de comunidad familiar —sea del

---

<sup>37</sup> Cfr. en las páginas y obras de la nota anterior. Por lo demás, ambos autores coinciden en señalar que el art. 34 se ha de aplicar en defecto de pacto, y que los supuestos de hecho a los que se aplica son a todas las instituciones del art. 33 Comp., con excepción de la hermandad llana y acogimiento, pues la primera es una norma de régimen económico matrimonial (no familiar) y la segunda responde a una situación sucesoria; y además a las situaciones de comunidad familia derivadas del heredamiento.

art. 33, sea otra situación de comunidad familiar— la convivencia no puede tener relevancia, al ser ésta premisa y elemento natural de dichas situaciones comunitarias: en las sociedades familiares aragonesas la convivencia no es, a lo que creo, elemento relevante para la liquidación, sino según hemos visto, al calificar a este pacto de consorcio familiar tácito, elemento relevante de la calificación jurídica de los hechos.

De cualquier manera, y a modo de reflexión, entiendo que esta situación se ha producido precisamente por la referencia que el art. 34 hace a la división de los beneficios obtenidos con el trabajo común en proporción equitativa. Es justamente esa referencia a la equidad la que lleva a interpretar la norma en el sentido de que el reparto lo efectúe el juez según su libre arbitrio, que en el fondo era lo que preveía el anteproyecto del Seminario de la Comisión de jurisconsultos aragoneses de 1961, al señalar que el reparto se haría en la proporción que libremente fije el juez, que en todo caso debería hacerlo atendiendo a la costumbre, a los beneficios percibidos y a las causas de disolución del consorcio.

Aunque es verdad que la norma al establecer unos criterios tan indeterminados deja un amplio margen de maniobra al juzgador, considero que la interpretación del art. 34 no sólo ha de hacer hincapié en el reparto en proporción equitativa, atendidas las diversas aportaciones, trabajos, y demás circunstancias, sino que, a lo que entiendo, el reparto en proporción equitativa se ha de efectuar conforme a la costumbre.

A mi juicio, la costumbre en este precepto tiene una función normativa, de manera que a falta de pacto, la primera regla del reparto sería averiguar cuál era la costumbre en la forma proceder a liquidar dichas asociaciones consuetudinarias. Y para el conocimiento de las mismas, además de los estudios doctrinales al respecto, creo que jugarían un importante papel los proyectos de Apéndice de 1899 y de 1904, que desarrollaron con un buen fundamento el Derecho consuetudinario del Alto Aragón.

## **EL PECULIAR RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES FRENTE A TERCERO**

(A propósito del Auto del Presidente del Tribunal Superior  
de Justicia de Aragón de 24 de diciembre de 1.992)

**ALFREDO SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA**  
*Profesor Titular de Derecho Civil. Abogado.*

**SUMARIO: I. CONTENIDO Y CIRCUNSTANCIAS DE LA RESOLUCIÓN. — II. RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES POR LA ACTUACIÓN DE UN SOLO CÓNYUGE. — III. POSICIONES DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA. — IV. ACTOS DE DISPOSICIÓN DIRECTA Y ACTOS DE OBLIGACIÓN. — V. NATURALEZA DE LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES DE COMUNIDAD. — VI. INFLUENCIA DEL CAMBIO DE LAS CONCEPCIONES SOCIO-FAMILIARES EN LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES DE COMUNIDAD. — VII. A MODO DE CONCLUSIÓN.**

### **I. CONTENIDO Y CIRCUNSTANCIAS DE LA RESOLUCIÓN**

El Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 24 de diciembre de 1.992 se dictó en recurso gubernativo registral deducido contra nota denegatoria de anotación preventiva del embargo<sup>1</sup>. Los hechos —en la medida que se reflejan en el relato contenido en la propia resolución— ponen de manifiesto la existencia de un juicio ejecutivo basado en letras de

---

<sup>1</sup> El texto íntegro del Auto —que fue después confirmado por Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 4 de octubre de 1.993— se publicó en la Revista de Derecho Civil Aragonés, II-1996, núm. 1, marginal 51, págs. 379-384.



cambio, en el que es demandado únicamente el marido, decretándose en septiembre de 1.990 el embargo de la mitad indivisa de ciertos bienes inmuebles que figuran en el Registro de la Propiedad como privativa de la esposa del demandado, según inscripción practicada en virtud de capítulos matrimoniales otorgados por los cónyuges el año 1.985, en los que dieron por concluido el régimen económico de comunidad que venía rigiendo su matrimonio (no queda claro si se trataba del de gananciales o del legal aragonés) y, liquidando su haber, se adjudicaron por mitades indivisas los bienes inmuebles que hasta entonces eran comunes. Expedido por el Juzgado actuante, en mayo de 1.992, mandamiento para la práctica de la anotación preventiva del embargo, la Registradora extiende nota que, en la parte que aquí interesa, 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 nombre de Doña Carmen Dalmau Balasch, con carácter privativo, desde fecha de 11 de febrero de 1.985, y en virtud de escritura de capítulos matrimoniales otorgada el 1 de febrero de 1.985. 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 de 5 de enero de 1.988, y 6 y 10 de noviembre de 1.981».

Importa resaltar a efectos prácticos —aunque en el aspecto teórico tengan mucha menor relevancia— algunos datos sorprendentes —o quizá preocupantes— que se ponen de manifiesto en la sustanciación del recurso, como es el hecho que en el juicio ejecutivo iniciado el año 1.988 (en el Juzgado tiene el número de registro 225/1.988) no se trabe el embargo cuya anotación que da lugar al recurso hasta el 14 de septiembre de 1.990; que el mandamiento para su anotación preventiva se libre año y medio después, en mayo de 1.992 y, en fin, que el Juzgado que embarga los bienes y expide el mandamiento al objeto de que sea preventivamente anotado, cuando informa en el trámite del Recurso ante la Dirección General de los Registros manifiesta que, a su juicio, es correcta la denegación de la anotación del embargo por parte de la Registradora de la Propiedad (Hecho V de la Resolución de la DGRN de 4 de octubre de 1.993, que confirmó el Auto presidencial).

Las expresadas circunstancias, y especialmente el hecho de que, como queda dicho, el mandamiento para anotar la traba se expidiera cinco años después de que se hubiera liquidado la comunidad conyugal, adjudicando a la esposa con carácter privativo las mitades indivisas de los bienes objeto de apremio, aparte de otras deficiencias procesales que se desprenden también del texto de la resolución, impiden que el sentido del fallo pudiera haber sido otro que el confirmatorio de la nota recurrida; es por ello que no se trata de hacer aquí una consideración crítica *strictu sensu* de la resolución de referencia, sino una reflexión más general sobre el régimen de responsabilidad de los bienes comunes frente a tercero, del que se hace eco el fundamento jurídico tercero del Auto al decir que «... en el recurso que se resuelve se plantean toda una serie de problemas tan sugerentes como de transcendencia práctica en orden a la tutela de los derechos subjetivos.»

Los problemas que plantea la legítima pretensión de los acreedores de los cónyuges para obtener la satisfacción de sus créditos, tanto vigente el régimen matrimonial de comunidad como tras su disolución y liquidación por voluntad de aquellos, se ponen de manifiesto en el fundamento octavo del Auto que nos ocupa, al decir 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 mas 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 mas mínima referencia al pasivo de la comunidad que se disuelve por pacto entre los cónyuges, omisión que perjudica frecuentemente los derechos de los acreedores.*».

## II. RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES POR LA ACTUACIÓN DE UN SOLO CÓNYUGE

El supuesto de hecho de la resolución comentada plantea los problemas que se derivan de la actuación aislada de uno de los cónyuges —*disjunta*, en término más preciso que utiliza RAMS ALBESA— cuyo matrimonio está sujeto a un régimen en el que existe un patrimonio o masa de bienes común, resultando deudor el cónyuge actuante como consecuencia de los hechos realizados; y, de otra parte, se pone de manifiesto también el uso que frecuentemente hacen los cónyuges de la facultad que el derecho civil aragonés les concedió siempre y el Código civil desde la reforma —por Ley 14/1.975, de 2 de mayo— del antiguo texto de sus arts. 1.315 y 1.320, de capitular constante matrimonio pudiendo dar por concluso el régimen de comunidad, alterando la condición de los bienes que fueron comunes y las titularidades inmobiliarias, creando así unas situaciones registrales que en muchas ocasiones resultan desfavorables a los intereses de los acreedores de los cónyuges.

Según el Auto comentado, el régimen legal de los capítulos —en especial, el art. 1.317 C.c.— determina que los bienes que fueron comunes continúan sujetos a las responsabilidades que pesaban sobre ellos, no obstante la mudanza de régimen acordada por los cónyuges; y ciertamente también, en la regulación de los regímenes económico matrimoniales de comunidad, tanto la Compilación aragonesa como el Código civil arbitran sistemas coherentes de responsabilidad frente a las obligaciones asumidas por aquellos, atendiendo a su origen, de suerte que siempre que conste la procedencia de la deuda no habrá mayor dificultad para determinar si responden por ella los bienes comunes y los del cónyuge que la contrajo, o sólo estos últimos, incluyendo la parte que en aquellos ostenta el deudor. El sistema de distribución de responsabilidades —provisional o externa, y definitiva o inter cónyuges— del patrimonio común y los privativos contempla también casos de responsabilidad que frente a tercero es provisionalmente común, aunque lo pagado haya de ser reem-

bolsado en las relaciones entre los cónyuges a costa del patrimonio de uno de ellos; pero en todo caso los citados sistemas normativos se desenvuelven a partir de la consideración causal del débito, con lo que el problema que queda subsistente es el de la responsabilidad por las obligaciones formalmente abstractas —cuando, como dice MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, se ejecuta un título *mudo*—, que es en esencia el que aparece en el supuesto de hecho del Auto que nos ocupa.

La disyuntiva se plantea entre el carácter presuntamente común o presuntamente privativo —en ambos casos salvo prueba en contrario— de las obligaciones asumidas por uno de los cónyuges en aquellos casos en que el origen del débito no resulta probado, o no consta su procedencia con la necesaria claridad, a propósito de la cual la resolución comentada mantiene que *“... mientras que 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...”*.

Dados los términos del párrafo transcrito, no parece que el haberse suscitado el problema de la eventual responsabilidad de los bienes comunes en el caso que nos ocupa después de extinguida y liquidada la comunidad por voluntad de los cónyuges permita limitar a este supuesto la aplicabilidad del criterio que sirve de apoyo a la resolución, sino entenderlo extensible también a toda reclamación o ejecución por deudas cuando está vigente el régimen de comunidad. Ha de advertirse en nuestro caso, sin embargo, que de no haber mediado disolución y liquidación del régimen de comunidad el problema registral que el Auto resuelve no se hubiera planteado, toda vez que los bienes no figurarían inscritos como privativos sino como comunes, de lo que se sigue que —al menos aquí— la necesidad práctica que tiene el acreedor de probar la procedencia de la deuda deriva inmediatamente del hecho estar inscritos como privativos los bienes que antes fueron comunes, como consecuencia del otorgamiento capitular, de tal modo que, habiendo expedido el Juzgado mandamiento de anotación de embargo —aunque después, en el informe emitido en el recurso registral, estime correcta la negativa de la Registradora a practicar la anotación—, si la traba no se anotó es precisamente como consecuencia del otorgamiento de los capítulos y subsiguiente inscripción privativa a favor de la esposa.

Desde una perspectiva más amplia, el género próximo del conflicto de intereses planteado se encuentra sin duda en la recurrente pugna entre la seguridad de los derechos subjetivos —especialmente reflejada aquí en el amparo que les dispensa el Registro inmobiliario— y la protección de la agilidad del tráfico, que tiene su expresión más genuina en la adecuada tutela de los derechos de los terceros acreedores, que en el caso del Auto que nos ocupa es el embargante.

El análisis de estas cuestiones resulta aconsejable prescindir de los juicios de intenciones que con harta frecuencia están presentes en las alegaciones de

parte y, en ocasiones, llegan a trascender a las propias resoluciones; y admitir como perfectamente lícito que, al amparo del ordenamiento, los cónyuges pretendan limitar la responsabilidad patrimonial de uno de ellos, sin arriesgar en sus actividades la totalidad de los bienes familiares, siempre que las medidas tendentes a conseguir estos fines se adopten antes del nacimiento de las deudas<sup>2</sup>. Desde la perspectiva opuesta, no puede olvidarse tampoco que el problema de que se hace eco la resolución comentada —repetido en otros muchos pronunciamientos judiciales— pone en evidencia la frecuencia con que terceros de buena fe ven cuando menos dificultada la realización de su derecho, y en ocasiones totalmente defraudados sus intereses, a consecuencia de unos capítulos *oportunamente* otorgados con posterioridad al nacimiento de sus créditos.

### III. POSICIONES DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

En coincidencia con la tesis que sirve de sustento a la resolución comentada, afirma SERRANO GARCÍA, en relación con el régimen legal aragonés, que «para que el acreedor pueda agredir directamente el patrimonio común, se deberá proceder a la *calificación de la deuda*, esto es, al estudio de su naturaleza, profundizando en las circunstancias que le dieron origen, para comprobar si puede subsumirse en aquellas que la Compilación contempla como de responsabilidad directa de los bienes consorciales»<sup>3</sup>, de suerte que cuando no sea posible alcanzar tal demostración debe concluirse que la deuda no grava los bienes comunes, concluyendo que «como no se presume que las deudas contraídas por sólo el marido —o por la mujer— sean, además, deudas de la comunidad, ha de estimarse que la deuda en cuya garantía se produce el embargo es privativa del cónyuge demandado, en tanto no se pruebe que la deuda es provisional o definitivamente común»<sup>4</sup>, razón por la cual parte del principio de que las deudas pesan de forma exclusiva sobre el patrimonio del deudor y la responsabilidad de su pago no se extiende a los bienes comunes, en los que concurre la cotitularidad del otro cónyuge, sino en el caso de que se pruebe —y la carga de esta probanza pesa sobre el acreedor— su naturaleza común. Los términos en que se formula esta posición no dejar margen a la

---

<sup>2</sup> Así, entre otros, CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, en *Las consecuencias de la mutabilidad del régimen económico matrimonial, según el Código civil*, en la obra «Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo», 1.989, Tomo V., pág. 87, y el propio VALLET en *Las capitulaciones matrimoniales constante matrimonio en previsión de reveses de la fortuna*, en el Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, 1.985, págs. 1-16.

<sup>3</sup> SERRANO GARCÍA, José Antonio, *Las deudas de los cónyuges. Pasivo de la comunidad legal aragonesa*, José María Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1.992, pág. 112.

<sup>4</sup> *Ibid.* Pág. 113.

duda acerca de que es en todo caso necesaria una declaración de la naturaleza de la deuda, derivada del análisis causal de la misma, tanto cuando se ha disuelto el régimen de comunidad y liquidado el caudal común como en los supuestos en que el régimen de comunidad se encuentre vigente.

Sin embargo, la presunción acerca de la naturaleza privativa o común de las deudas, salvo prueba en contrario, no ha sido siempre la expuesta, pudiendo advertirse que el cambio de criterio toma carta de naturaleza en la doctrina mayoritaria y en la jurisprudencia a partir de la incorporación a los textos legales del principio constitucional de igualdad de los cónyuges, y su obligada equiparación en la gestión y disposición de los bienes comunes, así como en la dirección de la vida familiar, ya que antes de la reforma, tanto el art. 50 del Apéndice, para el régimen legal aragonés, como el art. 1.408.1º C.c. para el de gananciales, presumían *iuris tantum* que las obligaciones asumidas por el marido eran de cargo del patrimonio común. Así se refleja en la argumentación en derecho de numerosas sentencias del Tribunal Supremo, entre las que se cuentan varias pronunciadas después de la promulgación de la Ley 11/1.981, de 13 de mayo, reformadora del Código civil, aunque referidas a hechos de acaecimiento anterior a ella, como es el caso de las de 29 de septiembre de 1.986, 16 de febrero de 1.987 y 30 de noviembre del propio año, declarando esta última que «son de cargo de la sociedad de gananciales *todas las obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, salvo prueba en contrario*». En relación con la comunidad conyugal aragonesa, según la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 22 de marzo de 1.984, los bienes comunes, *desde cualquier punto de vista están sujetos al levantamiento de las deudas del marido o de la mujer, al no haberse acreditado que aquellas se ocasionaron en una actividad no útil a la comunidad*<sup>5</sup>.

La afección, salvo prueba en contrario, de los bienes comunes a la responsabilidad por las deudas asumidas por el marido cuando era el único administrador de aquel patrimonio respondía al principio conocido como *presunción de buena administración del marido*, que los autores aragoneses del pasado siglo generalizaron para todos los actos de gestión de aquel, pese a que no es seguro que en nuestro derecho histórico concurriera con tanta amplitud<sup>6</sup>. Un nutrido grupo de sentencias del pasado siglo, tanto del Tribunal Supremo como dictadas por la Audiencia Territorial de Zaragoza, que recoge ALBALATE, acredita sin lugar a dudas que el criterio de los tribunales en la época inmediatamente anterior a la promulgación del Apéndice foral aragonés de 1.925

---

<sup>5</sup> Cita jurisprudencial tomada de SERRANO GARCÍA, *op. y loc. cit.*, nota 172.

<sup>6</sup> En el *Informe sobre regímenes matrimoniales: el pasivo de la comunidad*, que forma parte de los «Informes del Seminario (1.954-1.958), de la Comisión Compiladora del Derecho Foral de Aragón» (Edición de El Justicia de Aragón en colaboración con Ibercaja, Zaragoza, 1.996, Vol. II, pág. 177), su autor, Germán ALBALATE GIMÉNEZ, siguiendo a LACRUZ, señala que los autores aragoneses clásicos, como MOLINO, PORTOLÉS y MOLINOS, restringían la presunción de buena administración del marido al endeudamiento por préstamo mutuo, mientras que NOUGUÉS, FRANCO y GUILLÉN, MARTÓN y SANTAPAU, DIESTE, BLAS, DE LA PEÑA e ISÁBAL, la generalizaron, extendiéndola a todas las actuaciones de gestión marital.

era que, no probado que el marido fuera mal administrador, o que hubiese actuado en su exclusivo beneficio, los bienes comunes respondían de las deudas contridas por él, recayendo la carga de la prueba de los hechos determinantes de la mala administración sobre la esposa o sus herederos<sup>7</sup>.

El momento en que se impone la nueva interpretación sobre la presunta naturaleza de las deudas asumidas por uno solo de los cónyuges en los regímenes matrimoniales de comunidad coincide con el del pleno reconocimiento de las facultades de gestión y disposición de la mujer casada sobre los bienes comunes, y ello mueve a pensar que, además de la sustitución de los antiguos textos por los nuevos, que no sientan expresamente la presunción de comunidad de estas deudas, el cambio en el sistema de responsabilidad puede estar afectado también por el sentido de la nueva concepción y filosofía acerca de la dirección familiar. Sin embargo, a lo que entiendo, la presunción de no comunidad de las deudas asumidas por uno sólo de los cónyuges partícipes en un régimen de comunidad, ni resulta indispensable ni necesariamente impuesta por el referido principio de igualdad de los cónyuges.

En derecho aragonés, el texto del art. 42 de la Compilación, ya en su redacción de 1.967, permitía entender que había pasado a este Cuerpo legal la presunción de buena administración del gestor de los bienes comunes, que era el marido hasta la reforma de 1.985 y ambos cónyuges desde ella<sup>8</sup>, porque esta norma tiene su origen en el texto de la Propuesta de Seminario que, además de ser mucho más completo y expresivo que el promulgado, incorporaba un segundo párrafo que establecía expresamente la presunción *iuris tantum* de buena administración, directamente encaminada a obligar frente a tercero de buena fe los bienes comunes por los actos de cualquiera de los cónyuges —no sólo del marido—<sup>9</sup>. LACRUZ, tras expresar su preferencia por la mayor claridad de la redacción del texto de la Propuesta, estimaba que entre ella y la que denomina «fórmula madrileña» —la que en definitiva se incorporó a la Compilación— «a efectos normativos, no existe diferencia»<sup>10</sup>. Al comentar este

---

<sup>7</sup> ALBALATE GIMENEZ, G., cita a tal fin la STS de 30 de abril de 1.888, y las de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 12 de junio de 1.868, 11 de febrero de 1.870, 26 de agosto de 1.882, 7 y 28 de febrero de 1.883 y 12 de junio de 1.885, entre otras, en los *Informes del Seminario* ...cit., Vol. II, págs. 182-183.

<sup>8</sup> El art. 42 Comp., que hoy dice «Cada cónyuge, en el ejercicio de sus facultades...», en la primera redacción de la Compilación se iniciaba: «El marido, en el ejercicio de sus facultades...».

<sup>9</sup> El texto de la propuesta era el siguiente: «Las deudas que un cónyuge contrae aparentemente en el ejercicio de las facultades legales de administración de los bienes comunes o de los suyos propios, en la explotación ordinaria de sus negocios o en el ejercicio corriente de su profesión, obligan siempre ante tercero a la masa común salvo si el tercero conoció o debió conocer que la deuda se contrajo con intención de perjudicar a la comunidad o con grave descuido de los intereses de ésta. Se presumirán, salvo prueba en contrario, las circunstancias que dan legitimidad a la deuda y la buena fe del tercero».

<sup>10</sup> LACRUZ BERDEJO, José Luis, *El derecho de la familia en la nueva Compilación aragonesa*, en «Estudios de derecho Privado común y foral», Colegio de Registradores de la Propiedad y

precepto en su actual redacción de 1.985, RAMS ALBESA entiende que «el enunciado del artículo 42 generalizó (hasta el punto de prescindir aparentemente de la declaración) la *presunción de buena administración* en interés de la economía familiar, de las actuaciones gestoras de cada uno de los cónyuges, sin necesidad de tener que acudir a la interpretación analógica extensiva, frente a la tradicional declaración formal de la presunción tan sólo en favor del marido»<sup>11</sup>.

En el ámbito de la sociedad de gananciales tampoco faltaron opiniones tras la reforma de 1.981 en favor del mantenimiento de la presunción del carácter ganancial de las deudas asumidas por separado por cada uno de los cónyuges, y así Díez-PICAZO y GULLÓN, no obstante reconocer la inexistencia de precepto expreso que estableciera la presunción que nos ocupa, estimaban que «...sería una rémora importante obligar al acreedor que pretenda la traba de bienes comunes probar que la deuda es de la sociedad...»<sup>12</sup>; y ECHEVARRÍA escribía en 1.982 que «... las consecuencias del vínculo obligatorio deben ser presuntivamente gananciales, tanto en su aspecto activo como pasivo, dando lugar a la ganancialidad activa y pasiva en plano de absoluta igualdad, por lo que llegamos a la conclusión de que todas las deudas y obligaciones de cada cónyuge se presumen gananciales»<sup>13</sup>. Esta referencia expresa al activo de la comunidad junto al pasivo que nos ocupa resalta la falta de equidad implícita en que a la presunta atribución al patrimonio común todos los bienes cuya titularidad privativa no pueda demostrarse, según lo dispuesto en los arts. 40 Comp. y 1.361 C.c. para la sociedad de gananciales, no corresponda la presunción de responsabilidad del patrimonio común por las deudas asumidas por alguno de sus cotitulares en tanto no pueda acreditarse que tienen carácter común.

De cualquier modo, transcurridos más de quince años desde la reforma del Código civil en 1.981, y superado el decenio desde que lo fuera la Compilación, en 1.985, se ha impuesto mayoritariamente la corriente que propugna la presunción de no comunidad de las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges. En las formulaciones doctrinales más recientes, haciéndose eco de la doctrina de la DGRN<sup>14</sup> —una vez modificó la anteriormente mante-

---

Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, y José María Bosch, S.A., Barcelona, 1.993, T.III, pág. 155.

<sup>11</sup> RAMS ALBESA, Joaquín, *Comentarios a la Compilación del derecho civil de Aragón*, Diputación General de Aragón, Volumen Segundo, Zaragoza 1.993, pág. 137.

<sup>12</sup> Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de derecho civil*, IV, Tecnos, Madrid, 1.983, pág. 237.

<sup>13</sup> ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S., *La ganancialidad pasiva*, en *Revista de Derecho Notarial*, Julio-Diciembre de 1.982, pág. 49. El mismo autor insiste también en estas consideraciones en otros trabajos, entre los que cabe citar *Sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales* (*Comentario a la Resolución de la DGRN de 2 de febrero de 1.983*), RDN, Julio-Diciembre 1.983, págs. 341 y ss.; *La dinámica patrimonial en la sociedad de gananciales*, RDN, Abril-Junio 1.985, págs. 41 y ss. y *Sobre el embargo ganancial*, RDN, Julio-Diciembre 1.986, págs. 175-176. ss.

<sup>14</sup> Que recogen, entre otras resoluciones del Centro Directivo registral, las de 24 de septiembre, 28 de octubre, 6 y 12 de noviembre de 1.987; 3 y 4 de junio, y 18 de julio de 1.991.

nida en sus resoluciones de 28 de marzo y 15 de abril de 1.983—, orientada en el sentido de entender que, de acuerdo con los arts. 1.250 y 1.251 C.c., en cuanto establecen el criterio general sobre presunciones, «no hay presunción legal si la ley no la establece», diversos autores hacen suya la idea de que «las deudas de una persona no afectan a otra, de acuerdo con el principio general de libertad y con las reglas de responsabilidad (arts. 1.827 y 1.911 Cc.)». BELLO JANEIRO argumenta, con apoyo normativo en el art. 71 C.c., que «nadie puede ser obligado sin acto propio», al no poder desconocerse que la deuda se ha contraído por un cónyuge en solitario sin habersele conferido la representación del otro<sup>15</sup>; con diferencias de detalle en sus argumentos, se suman a esta opinión, entre otros autores, CARRASCO PERERA, RAGEL, BENDITO CAÑIZARES y MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, quien afirma que «si la obligación ha sido contraída por uno solo de los esposos es él quien tiene que responder de la deuda con su patrimonio, en el que se integra su parte en la sociedad de gananciales, mientras no resulte que, por razón de su procedencia, debe responder de la obligación el patrimonio común»<sup>16</sup>.

En oposición a la tesis expuesta, como argumento de mayor consistencia se viene manteniendo el que, sustentado en la equidad, entiende que a la presunción de comunidad activa —ganancialidad o consorcialidad que derivan, respectivamente, de los arts. 1.361 C.c. y 40.1 de la Compilación aragonesa— debe corresponder idéntica presunción *iuris tantum* en el aspecto pasivo, de suerte que las deudas contraídas por cualquiera de los cónyuges se entienden comunes mientras su naturaleza privativa no pueda acreditarse; y así lo dice el sector minoritario de la doctrina, dentro del que cabe citar a MANZANO SOLANO, GONZÁLEZ LAGUNA, CASERO MEJÍAS, LÓPEZ SÁNCHEZ, entre los mercantilistas, y de forma muy especial ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, quien expone que «así como en el lado activo la regla general, está contenida en el art. 1.361 con la presunción de ganancialidad, en el lado pasivo no existe una norma idéntica y al haber desaparecido el carácter ganancial de las deudas del gestor de la sociedad, contenido antes en el artículo 1.408-1º, esta ganancialidad pasiva, presumida o real, tendremos que extraerla de las normas vigentes y procurar que vaya surgiendo, especialmente de la jurisprudencia, para restablecer el funcionamiento del activo y del pasivo de la sociedad de gananciales». Añade este autor, en el mismo sentido, un argumento apoyado en el criterio de la probabilidad cuando, luego de reconocer «que en cada caso parece que habrá de probarse el carácter de la deuda», señala que parece lógico que «teniendo en cuenta que la abrumadora mayoría de las actuaciones pasivas unipersonales de un cónyuge serán de cargo de la sociedad de gananciales (art. 1.362 y concordantes) y por tanto gananciales .... necesitará prueba más lo excepcional que

---

<sup>15</sup> BELLO JANEIRO, Domingo; *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*. José Mª Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1.993, págs. 472-473.

<sup>16</sup> MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *Responsabilidad patrimonial de la sociedad de gananciales*. Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1.995, págs. 99-100.



lo general», porque de otro modo gravita sobre el derecho del acreedor que la posibilidad de calificar la deuda quede en manos de uno o ambos cónyuges<sup>17</sup>. Será más fácil, desde luego, que los cónyuges puedan demostrar cumplidamente la naturaleza de la deuda, que pueda hacerlo el tercero acreedor.

#### IV. ACTOS DE DISPOSICIÓN DIRECTA Y ACTOS DE OBLIGACIÓN

En el estado actual de la cuestión, parece advertirse que, con ánimo de dejar a salvo la más escrupulosa igualdad de los cónyuges en cuanto partícipes en el régimen económico de comunidad, existe la tendencia a equiparar el régimen de los actos de disposición directa de los bienes comunes con los actos de administración o, más exactamente con los llamados actos de obligación, es decir, los que sin entrañar en sí mismos la enajenación o gravamen de un bien común comportan la asunción de obligaciones de las que pueden llegar a responder aquellos bienes. Es preciso recordar, sin embargo, que aunque los actos de disposición directa de los bienes comunes deban realizarse por ambos cónyuges, conforme a lo prevenido en el art. 48.1 de la Compilación y en los arts. 1.377 y 1.378 C.c. para la sociedad de gananciales, ello no supone que todas las actuaciones susceptibles de implicar un endeudamiento hayan de contar necesariamente con el concurso de ambos, ya que tampoco las normas legales de gestión de los bienes comunes así lo exigen.

Es, por otra parte, tradicional en nuestro derecho el distinto tratamiento de unos y otros actos, como ponía de manifiesto LACRUZ al explicar que «el acto de disposición entraña entonces la transmisión, extinción ...etc. de la propiedad o derechos reales (o incluso la cesión de crédito); la transmisión realizada inmediatamente, por oposición al acto de obligación que no provoca ningún cambio real, y si sólo el nacimiento de la tensión obligatoria entre las partes que a él concurren»<sup>18</sup>, y es entre nosotros clásico a estos efectos el caso del art. 323 C.c., en el que el menor emancipado está impedido para gravar o enajenar bienes inmuebles, establecimientos o muebles de notorio valor mediante actos directos, aunque nada le impida asumir deudas —salvo a través del préstamo— que pueden llegar a comprometer todo su patrimonio, incluidos los bienes que directamente no puede enajenar.

---

<sup>17</sup> ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, Santiago. *Sobre el embargo ganancial*, RDN, Julio-Diciembre 1.986, págs. 175-176. ss.

<sup>18</sup> LACRUZ BERDEJO, Jose Luis, *La responsabilidad de los bienes conyugales, el artículo 1.413 del Código civil, y el derecho foral aragonés*, texto escrito de la conferencia de igual título publicado en el Boletín del R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza, núm. 2, 1.961, págs. 31 y ss.; hoy en «Estudios de Derecho Privado Común y Foral», Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, y José María Bosch, S.A., Barcelona, 1.993, T.III, pág. 624.

No resulta insólito, en suma, que quien no puede directamente gravar o enajenar bienes comunes sin el concurso de su cónyuge, pueda sin embargo comprometer el patrimonio común a través de la asunción de responsabilidades que recaigan sobre él; y no parece menoscabar la posición que respectivamente corresponde a cada uno de los cónyuges en relación con el patrimonio común que la gestión independiente de cada uno de ellos pueda implicar presuntivamente la responsabilidad de los bienes comunes, salvo prueba en contrario, porque es también cierto que al elenco de obligaciones que legalmente pesan provisional o definitivamente sobre el caudal común pertenecen las que derivan de la gran mayoría de las actuaciones ordinarias de las personas, siendo en términos estadísticos contadísimas las obligaciones que tienen naturaleza privativa, con lo que la presunción *iuris tantum* de ser la deuda de cargo de la comunidad contaría también —como puso de manifiesto Santiago ECHEVARRÍA— con mayor grado de posibilidad de acierto.

## V. NATURALEZA DE LOS REGÍMENES MATRIMONIALES DE COMUNIDAD<sup>19</sup>

La opinión dominante, que propugna la consideración privativa de las deudas asumidas por uno solo de los cónyuges salvo probanza en contrario, aunque impecable en su formulación y apoyo normativo parte de la idea de que la actuación aislada no debe comprometer la participación que acredita el otro en los bienes comunes, a menos que una norma expresa así lo establezca; lo que supone asentar la argumentación en la noción de *participación indivisa* de cada uno de los cónyuges en los bienes comunes, consustancial a la estructura de la comunidad romana, que es la norma conforme a la cual se organiza con carácter general en nuestro ordenamiento la concurrencia de titularidades en un mismo objeto (arts. 392 y ss. C.c.), pero esta construcción pugna con la especial naturaleza de los regímenes matrimoniales de comunidad, mucho más próxima al esquema germánico, de acuerdo a lo que abundantemente ha explicado la doctrina.

En efecto, al ocuparse LACRUZ de la naturaleza de la sociedad de gananciales y del consorcio conyugal aragonés, puso de manifiesto cómo la doctrina atribuye a la primera, entre otras notas características, que «la titularidad de los comuneros recae sobre todas y cada una de las cosas (o derechos, sin

---

<sup>19</sup> Aunque el régimen legal de la Compilación aragonesa y el de gananciales del Código civil no son idénticos, ciertamente tienen mucho de común por tratarse de dos regímenes de comunidad, de modo que en relación con cuestiones de estructura de este tipo de regímenes económicos las opiniones doctrinales y jurisprudenciales son perfectamente aplicables a ambos, existiendo más trabajos teóricos y un número superior de sentencias sobre el régimen regulado por el Código civil.

duda) que forman el acervo común», de suerte que cada consorte tiene «un derecho de propiedad completo, pero limitado, porque el otro tiene igual derecho a la totalidad»; añadiendo que «no hay derecho a una cuota, ni real ni ideal»<sup>20</sup>. Cuando estudia la naturaleza del régimen legal aragonés con arreglo al patrón de la *Gemeinschaft zür gesamte Hand*, o comunidad en mano común —que le parece «del todo aceptable», aunque por su amplitud carezca, a su juicio, de suficiente precisión para caracterizar sin más la sociedad conyugal— señala que todos los comuneros «son propietarios de los bienes comunes, pero todos en mano común, sin poder pretender constante la comunidad una cuota determinada en el conjunto del patrimonio. Dentro de la esfera común no podrían distinguirse los derechos de cada uno», aunque reconozca la existencia de una *expectativa* para el caso de disolución de la comunidad<sup>21</sup>.

En el trabajo que VALLET escribe para el Libro-Homenaje a LACRUZ<sup>22</sup>, retoma las reflexiones del homenajeado —que dice continuar— aportando al examen de la compleja naturaleza de los regímenes matrimoniales de comunidad numerosas opiniones de autores antiguos y contemporáneos, entre las que importa aquí resaltar la de DE CASTRO cuando precisaba que, la técnica, colocada en la necesidad de elegir entre «un objeto indefinido y abstracto, como base de un derecho subjetivo y atípico —ni real ni obligacional— y la admisión de una indeterminación limitada y transitoria del sujeto de cada uno de estos derechos subjetivos concretos que contenga la masa patrimonial, ha preferido este último procedimiento», incluyendo entre los casos que responden a este esquema la sociedad de gananciales y la tácita aragonesa<sup>23</sup>. Recuerda también que LACRUZ, en su citado estudio en torno a la naturaleza de la comunidad económica conyugal acaba por preguntarse «¿qué calificación jurídica merecen las participaciones de los comuneros en el objeto del consorcio?. La más completa confusión reina a este respecto.»

Confusión, indeterminación y falta de concreción del derecho de cada cónyuge sobre el patrimonio común —o sobre los bienes singulares que lo

---

<sup>20</sup> LACRUZ BERDEJO, Jose Luis, *En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código civil*, publicado en RGLJ, 1950, págs. 7 y ss.; hoy en «Estudios de Derecho Privado Común y Foral», Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, y José María Bosch, S.A., Barcelona, 1.993, T.III, págs. 369-370.

<sup>21</sup> LACRUZ BERDEJO, Jose Luis, *Naturaleza jurídica del consorcio conyugal aragonés*, publicado en ADA, Tomo V, 1.949-1950, págs. 239 y ss.; hoy en «Estudios de Derecho Privado Común y Foral», Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, y José María Bosch, S.A., Barcelona, 1.993, T.III, pág. 737.

<sup>22</sup> VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *En torno de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales ADC*, 1.990, Tomo XLIII, págs. 1.021 a 1.054.

<sup>23</sup> DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, Parte General, I. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1.942, pág. 495.

integran— que resalta también con claridad en los antecedentes históricos de estos regímenes matrimoniales, en los que lo atribuido a la mujer —o a sus causahabientes— era, más que un derecho, una expectativa sobre el remanente que pudiera quedar a la disolución del régimen. CÁRDENAS estimaba el siglo pasado que «a la disolución del matrimonio es cuando se transfiere a la mujer la posesión efectiva e irrevocable de sus gananciales»<sup>24</sup>; coincidiendo sustancialmente con los comentaristas de la Leyes de Toro para quienes, dos siglos atrás, sólo adquiriría la mujer los gananciales *soluti matrimonio*, pues *constante matrimonio non dicitur habere*<sup>25</sup>, que durante el matrimonio la mujer no adquiriría el dominio de los bienes adquiridos a título oneroso, quedando el dominio de la esposa, según LLAMAS Y MOLINA «*in habitu et credito*, hasta que se disuelva el matrimonio»<sup>26</sup>. Incluso quienes, como Gregorio LÓPEZ, sostuvieron que la adquisición de la titularidad de la esposa se producía instantáneamente, matizaban que «es de advertir que el dominio y la posesión que tiene la mujer no son derechos efectivos hasta que la sociedad concluya». Ya a comienzos de nuestra centuria, MUCIUS SCAEVOILA mantenía que «no hay, pues, ganancias ni pérdidas, o sea bienes gananciales, hasta que se practica la liquidación»<sup>27</sup>.

Promulgado el Código civil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo coincide con la línea expuesta: en sentencias de 28 de febrero de 1.898 y 22 de diciembre de 1.927, declaró que la mujer no puede invocar el condominio en los gananciales, no estando legitimada para retraerlos, ni tiene el dominio *in actu* de tales bienes. En lo atinente a la comunidad aragonesa, dos sentencias del Tribunal Supremo datadas en 1.870, una de 11 de febrero y la segunda de 19 de abril, convienen en que «para determinar la calidad y cantidad de tales bienes, y por lo tanto el derecho que de su mitad corresponde a cada uno de los cónyuges, es preciso que resulte un sobrante después de cubiertas todas las obligaciones; y esto no puede tener lugar sino a la disolución de la sociedad, ya natural, ya legalmente, según con repetición ha sido declarado por éste Tribunal Supremo», a tenor de la primera de ellas, para añadir la segunda que «las leyes relativas a bienes gananciales se refieren por necesidad a la disolución del matrimonio como la época en que ha de conocerse si existen, o si por el contrario hay pérdidas en vez de ganancias».

---

<sup>24</sup> CÁRDENAS, Francisco de, *Ensayo histórico sobre las leyes y doctrinas que tratan de los bienes gananciales en el matrimonio*, publicado en 1.850, según cita VALLET en *En torno de la naturaleza jurídica...* cit., pág. 1.047,

<sup>25</sup> Citas de CASTILLO, Diego, *Utilis et aurea glossa super leges Tauri*, Medina del Campo, 1.533, fol. 86 vto. y TELLO FERNÁNDEZ, *Constitutionum Taurinas utilis interpretatio*, Granada, 1.566, fol. 164, que recoge VALLET en *En torno de la naturaleza jurídica...* cit., pág. 1.047.

<sup>26</sup> LLAMAS Y MOLINA, Sancho, *Comentario jurídico literal a las ochenta y tres leyes de Toro*, Madrid, 1.853, Vol. I, pág. 300.

<sup>27</sup> MUCIUS SCAEVOILA, *Código civil*, Reus, Madrid, 1.905, Vol. XXII, pág. 75.

## VI. INFLUENCIA DEL CAMBIO DE LAS CONCEPCIONES SOCIO-FAMILIARES EN LOS RÉGIMENES MATRIMONIALES DE COMUNIDAD<sup>28</sup>

Los regímenes de comunidad, se trate del de gananciales, del legal aragonés, el de conquistas navarro e incluso el que regula el *Code*, se han ido conformando en torno a una familia organizada en el seno una sociedad concreta, bajo el influjo de principios muy específicamente ligados al cristianismo, según convienen numerosos autores, entre otros LACRUZ, PRIETO BANCES, el francés LEFEBVRE y el italiano ROBERTI<sup>29</sup>; familia que, por otra parte, estaba fundada a partir de un matrimonio indisoluble y organizada bajo la jefatura —absoluta— del varón, con el correlativo sometimiento de la mujer.

Las teorías tradicionales nunca reconocieron en el matrimonio ni en la comunidad de bienes formada en su seno una personalidad propiamente dicha distinta de cada uno de los cónyuges, probablemente porque no era precisa otra personalidad que la del marido en quien, al margen de la titularidad formal, se concentraba la práctica totalidad de las facultades de gestión y disposición de los bienes de ambos cónyuges; de hecho, el matrimonio, salvo en el caso de que los cónyuges hubieran pactado la separación de bienes en capítulos<sup>30</sup>, que en el sistema del Código civil debían ser necesariamente antenupciales, era objeto de una consideración económica unitaria, funcionando como un centro de responsabilidad único.

Según la primitiva redacción del Código civil los bienes que nominalmente pertenecían a los esposos podían tener la condición de privativos, dotales o gananciales, pero el marido administraba y disponía por sí solo de sus bienes propios y de los gananciales (arts. 1.412 y 1.413 C.c. en su originaria redacción), administraba y usufructuaba los dotales (art.1.357 C.c., en la redacción citada), era titular de un auténtico derecho de veto en orden a la disposición

---

<sup>28</sup> Importa una breve consideración de estas cuestiones en atención a que, como dice VALLET, «en la ciencia del derecho, los expedientes técnicos no son sino hipótesis explicativas con fines didácticos y ordenadores para orientar y facilitar el examen de una institución. Por eso, su importancia en la ciencia del derecho que para su práctica», de suerte que resulta conveniente tener en cuenta el medio social en que se implantaron los estudiados regímenes de comunidad (VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., *En torno de la naturaleza jurídica...*cit., pág. 1.045).

<sup>29</sup> Cfr. PRIETO BANCES, Ramón, *Los notarios en la historia de la sociedad de gananciales*, A.A.M.N. Tomo IX, 1.957, págs. 83 y ss. y LACRUZ BERDEJO, J.L., *El régimen matrimonial de los Fueros de Aragón*, en «Estudios de derecho Privado común y foral», T.III, Colegio de Registradores de la Propiedad y mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales, y José María Bosch, S.A., Barcelona, 1.993, págs. 209-212.

<sup>30</sup> El párrafo primero del art.1.240 del Proyecto de Código de 1.851 sancionaba con la nulidad el pacto capitular que «privare directa o indirectamente al marido de la administración de los bienes del matrimonio», del que GARCÍA GOYENA deriva la prohibición de pactar la separación de bienes.

de los privativos de la mujer o parafernales (art. 1.387 C.c., *idem.*), confiriéndole la ley el derecho a promover la adopción de medidas cautelares que impidieran la enajenación o pignoración de estos bienes sin su intervención (art. 1.388, C.c. *idem.*), debiendo conceder también licencia para la enajenación por la mujer de los bienes de la dote inestimada, según lo dispuesto en el art. 1.361 en la referida versión primitiva del Código. El antiguo art.1.357 C. c. —ubicado fuera de la regulación de los gananciales— titulaba al marido de «jefe y representante de la sociedad conyugal».

En el Apéndice foral aragonés el matrimonio era también a estos efectos un centro de referencia unitario, aunque en las titularidades de los esposos se adviertan bienes sujetos a diferentes regímenes. El art. 49 del citado Cuerpo legal de 1.925 privaba a la mujer de cualesquiera facultades de administración de sus bienes privativos, de los que únicamente conservaba el dominio y la facultad de ser necesario su consentimiento expreso para que pudiera enajenarlos el marido.

Esa unidad económica tiene un reflejo, quizá inconsciente, en la terminología de los propios textos legales, que da lugar a que, por ejemplo, el art. 1.381 C.c. en su original redacción, a pesar de que los parafernales eran bienes privativos de la mujer, decía que los *aporta al matrimonio*, aportación que también incluía en su texto el artículo 49 del Apéndice aragonés respecto de los bienes privativos de la mujer, y que ha pasado a los mismos efectos a los arts. 38.1º y 39 de la Compilación.

Parece evidente, en suma, que en la concepción que acerca del matrimonio imperaba en la época en que se redactan los textos citados, era *el matrimonio* el que recogía y unificaba, en cuanto *sociedad*, todos los bienes de los cónyuges, sujetos según su naturaleza a un régimen diferenciado, pero sin poder separarse de la idea de que quien se relacionaba con el único gestor de esta sociedad tenía como respaldo de sus derechos *los bienes del matrimonio*, entre los que se contaban desde luego los comunes. Tanto en el régimen legal aragonés como en el de gananciales, las obligaciones asumidas por el marido obligaban presuntivamente dichos bienes, al dictado de los arts. 50 del Apéndice y 1.408.1º C.c., afirmando LACRUZ en 1.950 que «las deudas del marido son siempre deudas de la comunidad y gravan los bienes comunes»<sup>31</sup>, y entendiéndose comúnmente que en el sistema del primitivo texto del Código civil los bienes del marido se confundían con los bienes comunes, lo que explica que sus normas sólo se ocupasen con cierto detenimiento del estatuto de los bienes privativos de la mujer o parafernales, ya que los del marido —el llamado *capital*— se encontraban unidos, al menos a efectos de responsabilidad, con los bienes comunes, uno y otros obligados por los actos del único gestor de éstos.

---

<sup>31</sup> LACRUZ BERDEJO, Jose Luis, *En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales* ... cit., pág. 380.

Todo lo expuesto nos lleva a concluir que en el análisis de la responsabilidad de los bienes comunes lo esencial no es tanto que se tratase de deudas asumidas por el marido en cuanto tal, sino por aquel de los cónyuges que tenía atribuida la administración del consorcio, y el cambio que importa tomar en consideración, a los efectos que nos ocupan, es que como consecuencia del cambio legislativo<sup>32</sup> que culminó en 1.981 para el régimen del Código civil, y para el Derecho civil regido por la Compilación aragonesa con la reforma de 1.985, dando cumplimiento al principio constitucional de igualdad de los cónyuges, el texto de los actuales arts. 48 Comp. y 1.375 C.c., atribuyen el poder de decisión conjuntamente a ambos cónyuges, de tal forma que donde había un solo administrador de los bienes comunes hoy existen dos gestores de igual rango.

Sobre estos precedentes, la solución más simple y congruente consistiría en atribuir a la actuación de cada uno de los dos actuales administradores paritarios del consorcio las mismas consecuencias que antes se seguían de la actuación del administrador único, lo que llevaría a confundir a efectos de responsabilidad los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges con los bienes comunes, haciéndose todos indistinguibles a estos efectos, como inicialmente ocurría con los bienes propios del marido y administrador de la sociedad conyugal y los comunes. Ello no es así, no sólo porque se hayan derogado sin sustitución por un texto equivalente los antiguos preceptos del Código civil y el Apéndice que establecían la llamada *presunción de buena administración del marido*, sino porque las razones últimas que latén en el fondo del cambio operado tienen con toda seguridad un componente estructural más profundo, y el influjo en la legislación civil de los mandatos constitucionales que proclaman la igualdad de los cónyuges supone un cambio de mucho mayor calado que el que deriva de que donde había un único gestor sean hoy dos las personas las llamadas a decidir con idénticas atribuciones, ya que lo realmente ocurrido es la desaparición del *matrimonio* como referente patrimonial unitario<sup>33</sup> de las relaciones exteriores de los cónyuges —más exactamente del marido— frente a tercero, siendo hoy imposible mantener que la esposa —*rectius*, cualquiera de los cónyuges, que ostentan idénticas posiciones en la comunidad— no tengan sobre los bienes comunes sino aquella expectativa de futura participación en el reparto del eventual remanente neto al tiempo de la disolución del régimen.

La nueva filosofía —opuesta, por otra parte, a la idea confesional que hace un siglo caracterizaba al *matrimonio cristiano*— se pone de manifiesto también

---

<sup>32</sup> Anteriormente, la reforma del rt. 1.413 C.c. por Ley de 24 de abril de 1.958, atribuyó a la esposa ciertas facultades de control sobre los actos dispositivos de su marido respecto de ciertos bienes, aunque no la situó como coadministradora de los bienes comunes.

<sup>33</sup> Muy probablemente también porque el matrimonio que concibe la sociedad actual, reflejado en las reformas del derecho de familia de 1.981, es muy distinto al matrimonio de finales del Siglo XIX.

en otros cambios legales, que resultan obligados, como la abolición del viejo texto del art. 1.458, que en del Código civil impedía la compraventa entre cónyuges casados en régimen de comunidad —ya que la separación de bienes constituía excepción al caso— hoy sustituida por el principio opuesto que es además reforzado por la enunciación más general del vigente art. 1.323 C.c. La norma actualmente contenida en el art. 1.373 C.c. resulta muy expresiva del tránsito de los antiguos principios a las nuevas concepciones ya que, si bien mantiene el principio de que la parte de gananciales que corresponde a cada uno de los partícipes no puede determinarse sino previa liquidación del régimen, permite que dicha disolución se lleve a cabo constante matrimonio como reacción del cónyuge no deudor al embargo del acreedor de su consorte, para así poder materializar y hacer actual la participación del deudor en los bienes comunes.

Decía LACRUZ que «los regímenes en que existe una masa de bienes propia de ambos cónyuges, son producto de una evolución jurídica, que se puede producir cuando un pueblo llega a la aceptación de ciertas concepciones éticas fundamentales. El hecho de que hayan surgido independientemente y sin comunicación recíproca entre países distantes y poblados por razas diversas, convence de que es un error suponerlos patrimonio propio de una raza o pueblo determinados.... La semejanza que se observa a este respecto entre leyes y documentos de regiones muy alejadas, más que a una comunicación de instituciones debe ser atribuida al hecho —que se repite frecuentemente a lo largo de la Historia jurídica y con relación a las más variadas instituciones— de que las mismas influencias en un medio parecido dan lugar a la creación de modalidades jurídicas análogas»<sup>34</sup>. Si son ciertos estos argumentos, hay que pensar que cuando las concepciones fundamentales y los principios capitales conforme a los cuales se ordena el matrimonio experimentan una transformación radical lo congruente será poner en trance de revisión el régimen económico matrimonial que se organiza en torno a esa masa de bienes comunes a ambos cónyuges, precisamente en la medida en que era producto de concepciones y principios que la sociedad de nuestros días ha abandonado.

Desde la perspectiva de la seguridad del tráfico, la situación actual pone en evidencia que una importante fuente de riesgo para los acreedores nace de la ambivalencia que caracteriza las relaciones interconyugales en el matrimonio actual que, sin presentar signo externo que permita advertir la diferencia, pueden funcionar tanto en régimen de oposición como en el de coordinación de intereses, de suerte que esa meta en la tarea de transformación de la sociedad que supone el principio de igualdad de los cónyuges, reflejado en la evolución de la legislación civil hasta conseguir su equiparación en la gestión y disposición de los bienes comunes, resulta justa en la dinámica interna del matrimonio en cuanto protege a cada uno de ellos frente a los eventuales actos del otro que puedan ser perjudiciales para él, pero puede resultar abusiva en cuanto

---

<sup>34</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., *El régimen matrimonial de los Fueros ... cit.*, págs. 212-213.



llegue a constituir medio de defraudar los legítimos intereses de terceros acreedores en la medida que sirvan para liberar de responsabilidad bienes que, en otro caso, estarían sujetos a ella.

Tras un detenido análisis jurisprudencial de la responsabilidad de los bienes comunes por afianzamiento de uno de los cónyuges en favor de tercero, señala DELGADO que no es en principio admisible esa idea que queda en el ambiente «de la mujer casada —cuando ésta intenta salvar bienes gananciales del embargo trabado por acreedores de su marido— como parásita y cómplice de fraude (o bien, excepcionalmente, como víctima de su propio marido)» porque la reforma de 1.981 estableció plenamente los principios de igualdad y codisposición de los cónyuges, y que es hora «de tomar en serio que el marido ha dejado de ser jefe de la familia y administrador exclusivo de los gananciales; que ahora, ambos cónyuges son jurídicamente iguales y con iguales poderes de dirección de la economía familiar»<sup>35</sup>. Ahora bien, si ello es así, nada debería impedir que la responsabilidad de principio que afectaba a los bienes comunes por la actuación del marido, derivada de aquella *presunción de buena administración* del varón, se siguiera ahora indistintamente de la actuación de cualquiera de los cónyuges, ya que ello, antes que ignorar la posición de igualdad de la mujer, supone cabalmente equipararla a su marido en la gestión de los bienes comunes, dotando a sus actos de iguales consecuencias que llevaba aparejada la actuación de aquel en el sistema anterior. Es más, podría entenderse discriminatorio para la mujer el hecho de que cuando era el marido quien disponía y administraba, su gestión era sancionada con la *presunción de buena administración*, mientras que llegado el caso que la mujer administra en pie de igualdad con él, tal presunción de buena administración no existe

A lo que entiendo, el obstáculo que se opone a esa presunción dual de buena administración de los cónyuges —que, como vimos, podría resultar de una interpretación nada forzada del art. 42 de la Compilación aragonesa— no deriva tanto de razones estrictamente jurídicas, sino de otra índole; y es que puede apreciarse fácilmente que, de hecho, el marido es quien mayoritariamente continúa gestionando los asuntos familiares, de suerte que admitir que la gestión de uno cualquiera de los cónyuges compromete los bienes comunes supone —también de hecho— que la actuación unilateral de aquél sigue vinculando dichos bienes. Una estadística jurisprudencial de los supuestos en que se suscitan los litigios del tipo que nos ocupa pone de manifiesto que en la práctica totalidad de ellos —o, al menos, en un porcentaje abrumador— es la esposa quien ejercita judicialmente acciones dirigidas a eludir la responsabilidad del patrimonio consorcial o ganancial frente a los acreedores de su marido<sup>36</sup>, y ello que ocurre precisamente porque lo habitual es que sea el marido

---

<sup>35</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Afianzamiento y régimen económico del matrimonio*, en Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1.996, págs. 289-290.

<sup>36</sup> De las 33 sentencias estudiadas por DELGADO ECHEVERRÍA en el trabajo citado en la nota precedente, sólo una contempla un afianzamiento de la esposa: en los restantes afianzó el marido.

quien actúa en el tráfico, negocia y se endeuda; y de este modo, la presunción *iuris tantum* de consorcialidad de las deudas asumidas por uno de los cónyuges aparece de hecho —que no de derecho— como un atentado a la actual posición paritaria y a los derechos y expectativas de la esposa.

## VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los regímenes de comunidad, tanto en el Código civil como en los ordenamientos civiles territoriales, no obstante la acomodación de que han sido objeto sus respectivas regulaciones a las circunstancias del tiempo presente, ponen en evidencia un cierto carácter de *cuerpo extraño* o residuo histórico en el marco de la sociedad actual, revelando la difícil compatibilidad de su estructura más íntima tanto con las exigencias de un tráfico ágil y —en la medida de lo posible— seguro, como con los principios sociales y constitucionales sobre la esencial igualdad de los cónyuges, hoy vigentes. No es fácil —quizá no es posible— acomodar mediante reformas a las concepciones actuales regímenes originalmente asentados en la concepción del matrimonio y de la condición personal de la mujer casada que se refleja, por ejemplo, en los comentarios de GARCÍA GOYENA, cuando a propósito del art. 62 del Proyecto de 1.851 escribía —no sólo sin sonrojo, sino con auténtico orgullo— que «el marido, jefe y director de la familia, administrador de todos los bienes del matrimonio y responsable de ellos es á quien compete demandarlos ó defenderlos en juicio. Lo contrario sería una perturbación del orden doméstico en lo moral y civil, un contra principio en buena legislación»; y sigue, «¿Podrá el marido demandar y responder en juicio sobre las cosas de la muger contra la voluntad de esta? Si: porque la muger tiene el concepto de menor de edad; porque el marido es como su *curador*, el jefe de la sociedad...»<sup>37</sup>, o bien, al justificar la inexistencia de bienes parafernales en el Proyecto citado, argumentaba que todos los bienes de la mujer fueran dotales y administrados por el marido porque «¿es posible concebir la dependencia o sumisión personal de la muger que administra sus bienes, y goza de sus rentas con absoluta independencia de su marido?»<sup>38</sup>. Estos excesos no pasaron en su totalidad al Código de 1.889, pero habrá que recordar que la Ley de Bases de 1.888 mantenía que el Proyecto isabelino contenía «el sentido y capital pensamiento» de las instituciones civiles de la época.

Los regímenes de comunidad mantienen aún, pese las profundas reformas operadas, reglas y principios estructurales que en la medida en que directa o

---

<sup>37</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la edición de 1.852 al cuidado de la Cátedra de derecho civil de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 1.974, págs. 40-41.

<sup>38</sup> *Ibidem*, pág. 668.

indirectamente pueden afectar a tercero —y llegan de hecho a afectarle— resultan notoriamente anómalos; tal es el caso de la presunción de ganancialidad activa; la de muebles por sitios, y muy singularmente en cuanto a su proyección externa, la facultad de mudar el régimen matrimonial y liquidarlo sin publicidad previa, y con publicidad posterior al cambio muy deficiente. Son todas ellas peculiaridades a las que estamos acostumbrados, pero que contribuyen a complicar notoriamente el tráfico jurídico al introducir en él elementos anómalos. Se advierte con frecuencia en la práctica que la aplicación de las normas generales conduce a resultados que en muchos casos lesionan las más elementales reglas de equidad —y aun de justicia—, lo que aboca al tratamiento casuista de cada problema concreto, con la falta de seguridad que de ello se sigue.

En su comentario del art. 42 de la Compilación aragonesa, anteriormente citado, RAMS ALBESA escribe: «la decidida orientación de las normas hacia un modelo de gobierno diárquico, manteniendo, a su vez, contra la lógica más elemental, los regímenes comunitarios o recreándolos, como en el caso de Italia, exigía literalmente desmontar, en materia patrimonial, toda la estructura de gestión-responsabilidad que se basaba fundamentalmente en la presunción de buena administración en favor del marido, único gestor de la comunidad y para quien se predicaba una especie de inconcreto señorío pleno sobre los bienes comunes», advirtiendo de los peligros que conlleva en este campo el tratamiento *more geométrico* del principio de igualdad de marido y mujer, en la medida en que, para obligar los bienes comunes, habrá de exigir inexcusablemente la actuación conjunta de los cónyuges o la expresamente delegada de uno de ellos en el otro, pero «ello, como a nadie avisado se le escapa, es contrario a la más elemental exigencia de una actuación económica racional, con el resultado de paralizar en la práctica todo posible tráfico ajustado a la norma»<sup>39</sup>.

Mientras se impliquen en relaciones externas regidas por principios romanos comunidades como las nacidas de los regímenes matrimoniales contemplados, cuya íntima naturaleza es de corte esencialmente germánico, continuarán presentándose problemas como el que sirve de sustrato fáctico a la resolución comentada, y buena prueba de ello es que, a pesar del tiempo transcurrido desde la reforma de las normas de gestión de los regímenes de comunidad, estas cuestiones continúan siendo motivo de atención para teóricos y frecuente fuente de conflicto entre particulares.

---

<sup>39</sup> RAMS ALBESA, Joaquín, *Comentarios a la Compilación...* cit., Vol. 2º, pág. 140, nota 6.

## **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) «OBJETIVOS Y MÉTODO PARA UNA POLÍTICA  
LEGISLATIVA EN MATERIA DE DERECHO CIVIL  
DE ARAGÓN», PONENCIA GENERAL ELABORADA  
POR LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL  
(DECRETO 10/1996, DE 20 DE FEBRERO)**

**PRESENTACIÓN**

La Comisión Aragonesa de Derecho Civil, regulada por el Decreto 10/1996, de 20 de febrero, tiene entre sus funciones la general de «asesoramiento, estudio y propuesta a la Diputación General en materia de Derecho Civil Aragonés y especialidades procesales derivadas de aquel Derecho sustantivo».

Constituida la Comisión el día 6 de mayo de 1996, comenzó de inmediato a reflexionar sobre opciones generales de política legislativa para el Derecho civil de Aragón. El resultado de sus deliberaciones es la Ponencia que, una vez entregada formalmente a la Diputación General de Aragón el día 8 de octubre, creemos oportuno y debido presentar a la opinión pública aragonesa, en particular a los profesionales del Derecho, con la mayor publicidad.

La Ponencia concluye con una llamada a la participación más amplia y plural en las tareas prelegislativas. Propiciar esta participación y el necesario debate es la finalidad de estas páginas.

A su contenido, pensado cuidadosamente a la vez que abierto a las sugerencias de cuantos crean que pueden aportar algo a la tarea común, nada he de añadir aquí. Sí quiero dejar constancia de la ilusión y la emoción con que los redactores de la Ponencia proponemos empezar el camino que habrá de llevar al primer Cuerpo Legal de Derecho civil de Aragón aprobado en democracia por los aragoneses.

Zaragoza, octubre de 1996

Jesús Delgado Echeverría.

*Presidente de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.*

**SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: 1. EL DERECHO CIVIL, PARTE ESENCIAL DE LA IDENTIDAD HISTÓRICA DE ARAGÓN. — 2. LEGISLACIÓN, APLICACIÓN DE LA NORMA, OBSERVANCIA DEL DERECHO. — II. ANTECEDENTES: 1. EL PUNTO DE PARTIDA. LA COMPILACIÓN VIGENTE. — 2. ANTECEDENTES. CONTINUIDAD CON LOS TRABAJOS DE GENERACIONES ANTERIORES. — 3. LA FORMACIÓN DEL TEXTO DE LA COMPILACIÓN DE 1967. — III. LA SITUACIÓN ACTUAL: 1. LOS ACIERTOS DE LA COMPILACIÓN VIGENTE. — 2. LOS LÍMITES DE ORIGEN DE LA COMPILACIÓN. — 3. ADECUACIÓN DE LA COMPILACIÓN A NUESTRO TIEMPO. — IV. LA TAREA POR REALIZAR. UN NUEVO CUERPO LEGAL DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN: 1. LEGISLAR PARA LA ACTUALIZACIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS. — 2. UN CUERPO LEGAL DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS. — 3. LAS RELACIONES CON EL CÓDIGO CIVIL. — 4. POSIBILIDAD DE APROBACIÓN FRACCIONADA O POR PARTES DEL CUERPO LEGAL DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN. — V. LLAMADA A LA PARTICIPACIÓN MÁS AMPLIA Y PLURAL EN LAS TAREAS PRELEGISLATIVAS.**

## I. PLANTEAMIENTO

### 1. EL DERECHO CIVIL, PARTE ESENCIAL DE LA IDENTIDAD HISTÓRICA DE ARAGÓN

Entre los rasgos culturales que caracterizan históricamente a Aragón y le han legitimado constitucionalmente para constituirse en Comunidad Autónoma destaca y es acaso el primero el Derecho.

Los aragoneses, desde el inicio de su identidad histórica y a lo largo de los siglos, han mostrado una predisposición especial para la creación del Derecho, bien sea mediante actos legislativos que con el nombre de «Fueros» promulgaban las Cortes con el Rey, bien en forma de costumbre vivida, bien a través de actos jurídicos por los que los particulares regulan sus incumbencias personales y familiares. La aplicación oficial del Derecho, tanto a través de los Tribunales (incluido el del Justicia) como extrajudicialmente por un notariado que descuella en el contexto europeo adopta formas propias en muchos sentidos ejemplares. Durante siglos los foristas aragoneses, en estrecha relación con la práctica judicial y el ejercicio de la abogacía, han elaborado y transmitido a las siguientes generaciones una doctrina foral o jurídica de gran calidad y contribuido así al desarrollo y perfeccionamiento técnico del Derecho propio.

La forma propia en que los aragoneses de todas las épocas han conformado sus relaciones jurídicas privadas en el marco del ordenamiento foral se ha mantenido en lo sustancial hasta el presente, como fruto de una voluntad colectiva que se proyecta hacia el futuro. La Constitución de 1978 y el Estatuto de Autonomía sientan las bases de un posterior desarrollo y actualización de acuerdo con las necesidades y las ideas de las generaciones actuales.

La conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés es hoy competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón e incumbencia de

todos los aragoneses. La vitalidad y el futuro del Derecho civil aragonés no dependen sólo de la actuación de los órganos institucionales de la Comunidad Autónoma, sino también de la actitud y actuación de otras instituciones, como las judiciales, los Colegios profesionales o la Universidad, así como de los particulares en la configuración de sus relaciones jurídicas de Derecho civil.

## 2. LEGISLACIÓN, APLICACIÓN DE LA NORMA, OBSERVANCIA DEL DERECHO

Mantener el Derecho civil aragonés es, sin duda, una exigencia indeclinable que renueva cada generación de aragoneses. Pero es también una tarea que entraña dificultad y gasto de energías y de dinero y requiere cuidados y atenciones que, ciertamente, no serían necesarios sin aquella exigencia.

El Derecho civil aragonés regula hoy las relaciones jurídicas civiles, especialmente familiares y sucesorias, de poco más de un millón de personas, y lo hace en concurrencia con un Derecho civil estatal (competencia exclusiva del Estado en ciertas materias) y en el seno del Ordenamiento jurídico español.

Todo Derecho —salvo acaso en fases muy primitivas de su formación— requiere sus intérpretes, que lo apliquen y vivifiquen en cada aplicación. Sin jueces, sin abogados, sin fiscales, sin procuradores, sin notarios y registradores, todos ellos expertos en aquel Derecho, y sin profesores que puedan formarlos y contribuir al desarrollo doctrinal no es posible la pervivencia de un sistema jurídico, tampoco la del Derecho civil aragonés. Sin una organización judicial idónea o un sistema fiscal adecuado el Derecho privado se resentirá. No basta con la promulgación de la norma por el legislador para que ésta opere realmente en la conformación de las relaciones sociales. Bien lo supieron los grandes legisladores, como Justiniano y Napoleón, que se ocuparon de la organización de las profesiones jurídicas y la enseñanza del Derecho al tiempo que promulgaban sus Códigos.

Pues bien, lo específico del Derecho civil aragonés es que requiere estas atenciones y este entramado profesional al servicio de una población reducida, en un contexto institucional (organización judicial, registros y notariado, colegios profesionales, sistema fiscal, Universidad) que, en conjunto, no lo tiene como referencia principal, y con necesidad de ajuste continuo con el resto del Ordenamiento español. De ahí su fragilidad, que no deriva sustancialmente, por el contrario, de su propio contenido normativo, su adaptación a la realidad social, su aceptación y su observancia por los aragoneses. Más aún, es su adecuación esencial a la forma de vivir y pensar de los aragoneses la que ha deparado su pervivencia en los últimos casi trescientos años, en que no ha contado con una renovación normativa a través de un poder legislativo propio y ha sufrido un contexto institucional adverso o, en el mejor de los casos, indiferente.

Los aragoneses y sus poderes públicos han manifestado su convencimiento de la necesidad de un cuidado y atenciones especiales para con el Derecho civil aragonés (que, por las razones dichas, en efecto las necesita) en su Estatuto de

Autonomía, al encomendar al Justicia de Aragón la «tutela del Ordenamiento jurídico aragonés, velando por su defensa y aplicación» (art. 33.1, b)) y señalar en la correspondiente ley que integra el ordenamiento jurídico aragonés, en primer lugar, «el Derecho civil o foral de Aragón». De acuerdo con estas normas el Justicia viene actuando en la promoción de la observancia y el conocimiento del Derecho civil aragonés y podría contribuir de modo relevante a los trabajos de preparación de una reforma legal; pero además, y es lo que aquí queremos subrayar, la propia existencia de la norma aragonesa muestra un objetivo propio y un compromiso de la Comunidad Autónoma de Aragón en el cuidado específico del Derecho civil aragonés que importa tener presente en las reflexiones sobre cómo abordar la tarea legislativa en este campo.

También la misma existencia de esta «Comisión aragonesa de Derecho civil», autora de la presente Ponencia General, es buena muestra de la conciencia generalizada en Aragón sobre la necesidad de una atención específica a la formulación, aplicación y observancia del Derecho civil aragonés. Una Comisión permanente como ésta, que fue creada (aun con nombre y configuración ligeramente diferentes) por el primer Gobierno autonómico aragonés y mantenida por todos los posteriores, carece de equivalente en las demás Comunidades Autónomas con Derecho civil propio.

## II. ANTECEDENTES

### 1. EL PUNTO DE PARTIDA. LA COMPILACIÓN VIGENTE

Para encauzar adecuadamente las reflexiones y sugerencias sobre la política legislativa en materia de Derecho civil, que son el objetivo de esta Ponencia, debe partirse del examen de la situación actual.

El Derecho civil aragonés recibe hoy su formulación como norma legal en la «Compilación del Derecho civil de Aragón». La propia Compilación determina el sistema de fuentes del Derecho civil aragonés, reconociendo como tales, junto a la ley, a la costumbre y a los principios generales en los que tradicionalmente se inspira el ordenamiento jurídico aragonés. Por tanto, no todo el Derecho civil aragonés se encuentra formulado en la Compilación, pues también la costumbre y los mencionados principios son fuente de normas, lo que no debe olvidarse nunca al formular las leyes.

Ahora bien, fuera de la Compilación no hay otras normas legales que tengan como objeto principal el Derecho civil aragonés, por lo que sólo de la Compilación (incluido su sistema de fuentes) hemos de ocuparnos.

La Compilación es una ley cuya vigencia y eficacia formales han cambiado desde su promulgación como Ley estatal en 8 de abril de 1967. La Ley aragonesa 3/1985, de 21 de mayo, en el ejercicio de la competencia legislativa cons-



titucional y estatutariamente atribuida a Aragón para la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho civil foral o especial, adoptó e integró en el Ordenamiento jurídico aragonés el texto normativo de la Compilación, a la vez que introducía en su articulado algunas modificaciones dirigidas, principalmente, a su adecuación a los principios de la Constitución de 1978.

De esta manera, un contenido normativo netamente aragonés, enraizado en nuestra historia y redactado en lo sustancial por aragoneses —aunque sometido luego a rectificaciones por los órganos centrales del Estado— adquiriría también una forma de validez netamente aragonesa, mediante ley autonómica.

La Compilación vigente está compuesta, en su mayor parte, por las normas promulgadas en 1967. Regula hoy el mismo número de instituciones, con la estructura general y las determinaciones básicas que entonces se dieron. Las modificaciones posteriores (1985, 1988 y 1995), sin perjuicio de lo que luego se dirá, son, formalmente, modificaciones en la redacción de alguno de los artículos, que, con muy pequeñas excepciones, han conservado su numeración y sus epígrafes; y, sustancialmente, no alteran en profundidad el sentido de las instituciones tradicionales.

El texto de la Compilación de 1967 es un texto de origen aragonés, elaborado reflexivamente durante decenios por nuestros mejores juristas (con intervención de cuantas instituciones y particulares quisieron en fase de información pública), que acertó a recoger con excelente técnica y adecuar a la realidad social de la época lo más importante de las instituciones de Derecho civil de que los aragoneses se habían ido dotando desde los orígenes del Reino.

## 2. ANTECEDENTES. CONTINUIDAD CON LOS TRABAJOS DE GENERACIONES ANTERIORES

La Compilación de 1967 derogó el «Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón», de 7 de diciembre de 1925. Tal derogación no significa una ruptura con el Derecho anterior, mucho menos su repudiación, sino, por el contrario, refleja la fidelidad a la tradición histórica y la exigencia de ampliación de los estrechos cauces que el Apéndice proporcionaba, a la vez que pone de manifiesto la continuidad con los trabajos prelegislativos de anteriores generaciones de aragoneses en la época contemporánea.

En efecto, la primera y muy importante iniciativa para codificar el Derecho civil aragonés surgió hace poco más de un siglo, en el Congreso de Juristas aragoneses celebrado en Zaragoza entre noviembre de 1880 y abril de 1881. El impulso inicial de Gil Berges (Decano del Colegio de Abogados de Zaragoza y conocido dirigente republicano, diputado a Cortes por su ciudad durante decenios), acertó a congregarse a representantes de todas las instituciones aragonesas, en particular sus Colegios Profesionales y la Universidad, que desde la modernidad, el constitucionalismo y el liberalismo de la Restauración, revisaron los Fueros, Observancias y Actos de Cortes del Reino de Aragón en lo que, desde la «Nueva Planta» de 1711, estaban vigentes, tomando postura tras debate y mediante votación sobre el contenido de las normas forales que habían de pasar a un Código de Derecho civil aragonés.

La elaboración, que culminó en 1888, del Código civil español, interfirió con las propuestas de aquel Congreso, pero el camino quedaba ya señalado: los juristas aragoneses querían dar nueva forma, en un Código, con todos los rasgos que esta manera de legislar conlleva, a los contenidos normativos hasta entonces recogidos en los Fueros y Observancias. Aunque a los juristas aragoneses de hoy pueda parecernos una opción obvia —lo que es buena muestra del acierto de quienes la formularon—, no era, sin embargo, la única posible. Dejando aparte la de la mera y simple abolición del Derecho histórico —que nunca se ha planteado entre nosotros—, ocurre que en Cataluña, por las mismas fechas, se estaban fraguando postulados radicalmente contrarios a la codificación del Derecho catalán, y que, de hecho, sólo en Aragón se formuló explícita y colectivamente el designio de codificar el Derecho civil propio.

Mientras el Congreso de Jurisconsultos realizaba sus tareas, Luis Franco y López, Senador del Reino, por encargo de su correligionario el Ministro conservador Alvarez Bugallal, redactaba una «Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés y reforma y adiciones que en ellas es conveniente establecer». La Memoria iba acompañada de un amplio articulado, y fue completada por su autor en 1890 con unas «Adiciones a la Memoria» que tenían en cuenta la publicación entonces reciente del Código civil español. No hay tampoco un trabajo semejante en las demás regiones forales, pues sus Memorias, o son reticentes o aun decididamente contrarias a la codificación (como la de Durán y Bas para Cataluña) o mucho más breves y poco decisivas para la evolución posterior del correspondiente Derecho.

A partir de 1889, las conclusiones del Congreso (de las que se hizo eco Costa, publicándolas en su obra «La Libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos aragoneses») y la Memoria de Franco y López serán las dos referencias inexcusables para toda opinión o toma de postura sobre el Derecho civil aragonés, tanto individual como colectiva o corporativa. Así, en significativo ejemplo, el Colegio de Abogados de Huesca imprime en 1889 (aprobadas por su Junta General) unas Observaciones a la Memoria de Franco y López, que comienzan con las siguientes palabras: «El criterio que predomina en este Colegio es que, deben por regla general conservarse, perfeccionándolas en lo posible, todas las instituciones que caracterizan e imprimen un sello de originalidad a la legislación foral; y muy especialmente las que consagran la libertad civil de los aragoneses». Era, sin duda, expresión del criterio ampliamente compartido por los juristas aragoneses.

Las conclusiones del Congreso y la Memoria de Franco y López serán los materiales de trabajo iniciales en todas las Comisiones que se formaron para redactar un proyecto de ley de Derecho civil aragonés. La constituida en 1889 por representantes de las Diputaciones provinciales, los Colegios profesionales y la Facultad de Derecho comenzó por formular su punto de vista respecto de la «Memoria», aunque superó algunos de sus presupuestos (por ejemplo, en cuanto a la admisión de la costumbre como fuente y el papel del principio *Standum est chartae*) en el texto del proyecto publicado en 1899 (llamado habitualmente de Ripollés, por ser su presidente). La que, presidida por Gil Berges, inició sus trabajos en 1899, amplía en su Proyecto el contenido del

anterior, incorporando especialmente el derecho consuetudinario, para lo que se sirvió —además de los conocimientos directos de su Presidente y redactor personal— de la obra de Costa. El Proyecto fue impreso en 1904 y, lo mismo que el anterior y la «Memoria» y su «Adición», a expensas de la Diputación Provincial de Zaragoza (Imprenta del Hospicio), que se sentía en algún sentido continuadora de la vieja Diputación del Reyno.

Este último Proyecto es el que sirvió, veinte años más tarde, para que la Comisión de Codificación preparara el «Apéndice» que se promulgó en 1925, versión muy recortada y deficiente de lo que los juristas aragoneses habían propuesto tiempo atrás. No es ahora cuestión de formular su crítica (lo hicieron todos los autores que se ocuparon del mismo, así como la Ponencia Preparatoria de la Comisión de 1935 a que luego se aludirá), sino de recordar que ha sido la norma legal vigente durante más de cuarenta años y que todavía algunas cuestiones que llegan hoy a los tribunales se rigen por sus reglas. Derogado por la Compilación en 1967, puede decirse que todo su contenido está incluido en ella, si bien —además de algunas opciones de signo distinto— con otra sistemática, alcance más amplio y una técnica superior.

El «Apéndice» nos deparó, indirectamente, otro de los antecedentes necesarios en toda tarea legislativa sobre Derecho civil aragonés, la obra de Isabal «Exposición y comentario del cuerpo legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón», que sintetiza en artículos redactados con técnica moderna el Derecho civil de los Fueros y Observancias, cuyo contenido expone. La obra fue publicada en 1926 por el Colegio de Abogados de Zaragoza con la fotografía de su autor, que era el Decano del mismo.

Tan pronto como se publicó el Apéndice los juristas aragoneses se propusieron revisarlo y mejorarlo. La primera ocasión se presentó bajo la Constitución republicana, de modo que en 1935 se constituyó una Comisión para la revisión del Apéndice nombrada por el Ministro de Gracia y Justicia. De poco tiempo dispusieron para sus trabajos, pero al menos dos Ponencias entonces aprobadas proyectaron su influencia en toda la etapa posterior. Por una parte, la que trataba de la aplicación del principio de igualdad jurídica entre cónyuges, de acuerdo con los principios enunciados en la Constitución de 1931; pero, sobre todo, la Ponencia Preparatoria que sentaba los criterios fundamentales con que acometer una reformulación legislativa del Derecho civil aragonés. Estos criterios resultaron tan aceptados y compartidos que aquella Ponencia resultó aprobada de nuevo por la Comisión que en 1944 —guerra civil por medio— reanudó la tarea de formar de nuevo un cuerpo legal de Derecho aragonés.

### 3. LA FORMACIÓN DEL TEXTO DE LA COMPILACIÓN DE 1967

Por lo que acaba de decirse, cabe entender que la formación de la Compilación vigente comienza en 1935, aunque entonces no se redactara ningún artículo. Sí se hizo a partir de 1944, en un ambiente distinto, que cabe sintetizar en la convocatoria de un «Congreso Nacional de Derecho civil», celebrado en Zaragoza en octubre de 1946, en el que, con asistencia de autoridades

nacionales y representación de los juristas de todas las regiones con Derecho civil propio se aprobaron unas conclusiones que sentaron las bases para la formación y aprobación de todas las Compilaciones de los Derechos civiles forales o especiales promulgadas entre 1959 y 1973. La iniciativa de aquel Congreso procedía del grupo de juristas aragoneses reunidos en el Consejo de Estudio de Derecho Aragonés (incardinado en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas y en la Facultad de Derecho de Zaragoza), que organizó desde 1942 en Jaca Jornadas de Estudios del Derecho aragonés estrechamente relacionadas con los trabajos prelegislativos. Sólo este contexto organizativo, dedicado al estudio y difusión del Derecho civil aragonés, hizo posible la existencia de la Compilación.

La Comisión de Juristas aragoneses que tenía el encargo de redactar un texto articulado de Derecho civil aragonés (cuya tramitación ulterior y aprobación había de producirse en instancias madrileñas) tomó en 1953 el acuerdo de formar un Seminario presidido por uno de sus miembros, el profesor Lacruz Berdejo, formado por jóvenes investigadores, que habría de aportar a las Secciones y Pleno de la Comisión el estudio histórico y de Derecho comparado, con los materiales correspondientes, así como propuestas articuladas sobre cada una de las instituciones. La importancia decisiva de la actividad del Seminario para la Compilación vigente puede apreciarse por la simple lectura de los Informes en él elaborados, recientemente publicados por iniciativa del Justicia de Aragón.

La Comisión hizo público un primer Anteproyecto en 1962, sobre la base del que el Seminario había concluido el año anterior, y tras unas «Jornadas» celebradas en junio de 1961, organizadas por las autoridades judiciales, la Facultad de Derecho y los Colegios profesionales, en las que se debatieron las grandes opciones. Sometió el Anteproyecto a información pública, a la que concurrieron Corporaciones y particulares. Se imprimió el informe conjunto del Colegio Notarial de Zaragoza y los Registradores de las tres provincias aragonesas. A results de la información pública, se formó un segundo Anteproyecto en 1963.

De la posterior evolución (Comisión de Codificación, primero en Sección especial y luego en el Pleno; Cortes, en Comisión y en Pleno), interesa señalar aquí que, sin perjuicio de algunas aportaciones y mejoras, la necesidad de someter el texto elaborado en Aragón a otras instancias y poderes externos suponía una merma y recorte del contenido posible de la ley. También, que, en definitiva, el contenido de la Compilación aprobada como Ley 15/1967, de 8 de abril, corresponde en su inmensa mayor parte al texto propuesto por la Comisión aragonesa, basado en el de su Seminario.

### III. LA SITUACIÓN ACTUAL

#### 1. LOS ACIERTOS DE LA COMPILACIÓN VIGENTE

La Compilación, con las limitaciones de toda obra humana y las específicas de una época y unos condicionantes políticos y jurídicos, acertó en lo esencial. Es importante señalarlo así, porque no cree la Comisión que estemos en presencia de

una norma viciada en su origen que haya de ser urgentemente abolida y sustituida. Es claro que tampoco lo cree el poder legislativo aragonés, que, en 1985, adoptó e integró en el Ordenamiento jurídico aragonés el texto normativo de la Compilación de 1967, indicando con esto su aprobación de aquella obra al hacerla suya. Las modificaciones legales posteriores, de entidad limitada, lo han sido a concretos artículos de la Compilación, respetando siempre su estructura.

La Compilación acertó, para empezar, en la determinación del sistema de fuentes (ley, costumbre, principios generales, entre ellos el *standum est chartae*), dando así satisfacción a las aspiraciones manifestadas por los juristas aragoneses desde finales del pasado siglo.

Es acertado también, en principio, el elenco de instituciones jurídicas que regula. Sin prejuzgar ahora el pormenor de las modificaciones, adiciones o mejoras de que son susceptibles las normas, pocas voces, si alguna, han dejado de mostrar su acuerdo sobre la existencia y sentido general de una regulación sobre la edad de las personas tendente a ampliar la capacidad de éstas; las relaciones entre ascendientes y descendientes consideradas desde la primacía del interés de los menores; la junta de parientes con sus múltiples funciones familiares; la libertad de capitular y la de contratación entre cónyuges; la cuidada regulación del activo, el pasivo y la gestión de la comunidad conyugal legal; la viudedad, en sus dos fases de derecho expectante y de usufructo; la consideración del pacto como modo de delación sucesoria, junto con el testamento y la ley; el testamento mancomunado, forma habitual de testar los cónyuges aragoneses; la fiducia sucesoria tantas veces conferida en el mismo o en capitulaciones; la amplia libertad de disponer distribuyendo los bienes entre los descendientes; la sucesión troncal, expresión de una forma de entender la propiedad y la familia; la regulación, en el derecho de bienes, de las luces y vistas, distinguiendo lo que es régimen normal en las relaciones de vecindad y el constitutivo de servidumbre; el derecho de abolorio, aun siendo éste objeto de algunas críticas.

Basta esta breve reseña de las instituciones reguladas en la Compilación para comprender que se encuentran en ella las instituciones que, junto con otras hoy no contempladas, deben estar y seguir siendo reguladas específicamente en una ley aragonesa de acuerdo esencialmente con el contenido que hoy tienen.

Incluso las innovaciones que, siempre con algún fundamento histórico, introdujo la Compilación y recibieron en su momento, por ello, alguna crítica, han sido al cabo bien acogidas por los juristas y los aragoneses en general, destinatarios y protagonistas del Derecho. Así, apenas se recuerda, salvo para aprobar la reforma, que el usufructo viudal recaía sólo sobre los inmuebles en la regulación anterior a la Compilación. La «presunción de muebles por sitios» del art. 39 —probablemente una solución ortopédica, fruto de las circunstancias que constreñían la evolución del Derecho aragonés— no ha creado dificultades en su aplicación. La junta de parientes, innovación criticada entonces por no encontrarse en el Apéndice ni en los Fueros, sino sólo en la costumbre de algunas comarcas de Aragón, ha tenido tan excelente acogida que en 1985 el legislador aragonés, posiblemente olvidados ya todos de aquel origen y polémica, amplió sus competencias y atribuciones.

Por otra parte, no es indicio desdeñable de la adecuación de las normas compiladas a nuestro tiempo que algunas de ellas hayan sido precursoras de reformas más recientes del Código civil, o que ciertas instituciones que consideramos características de nuestro Derecho hayan sido acogidas recientemente en leyes civiles de otras Comunidades Autónomas.

En efecto, en cuanto a lo primero, basta pensar en la regulación de la edad, con la consideración específica del mayor de catorce años y la técnica de la asistencia, ahora recogida para algunos supuestos en el Código y en la Ley de protección del menor; o en la admisión de la tutela de bienes y la pluralidad de tutores; o en la libertad de capitular antes o después del matrimonio y de contratación entre cónyuges, tradicional en Aragón, que el Código no conoce sino desde 1975; o en tantos aspectos de la regulación del activo y del pasivo de la comunidad conyugal que en la reforma del Código de 1981 se acercan a la regulación aragonesa de 1967 o se inspiran directamente en ella.

En cuanto a lo segundo, los pactos sucesorios han tenido entrada franca en la Ley de Derecho civil foral vasco de 1 de julio de 1992, que ha introducido también el testamento mancomunado y ha puesto éste y su tradicional testamento por comisario —afín a nuestra fiducia sucesoria— a disposición de todos los vascos, extendiendo este último, por tanto, más allá del ámbito de aplicación del anterior Derecho vizcaíno. De modo similar, el Parlamento gallego (ley de 24 de mayo de 1995 ) ha regulado los pactos sucesorios, el testamento mancomunado y el testamento por comisario, en razón de la utilidad y conveniencia de estas instituciones en la sociedad gallega actual.

Cabe pensar que los legisladores central, vasco y gallego han tenido en cuenta la regulación aragonesa al abordar la suya propia.

Por último, desde el punto de vista formal, la Compilación es una ley de extraordinaria calidad técnica. Basta considerar que es la primera ley civil española que numera los apartados de sus artículos y pone un epígrafe a cada uno de ellos, adelantándose en decenios a la difusión en España de estas preocupaciones por la calidad formal de las leyes. Su lenguaje es sobrio, cuidado y preciso y sus divisiones internas bien estructuradas. Es en todos estos aspectos superior al Código civil español, lo cual quizás no sea de extrañar respecto del texto originario de éste, mucho más antiguo, pero que puede predicarse asimismo respecto de las reformas incorporadas al Código en los últimos veinte años.

## 2. LOS LÍMITES DE ORIGEN DE LA COMPILACIÓN

La Compilación, fruto excelente de la mejor civilística de la época y Cuerpo legal del que podemos sentirnos orgullosos los aragoneses, padece también, como es natural, imperfecciones e insuficiencias. Ante todo, tiene unos límites de origen que son los que impone una situación política, un contexto jurídico y la mentalidad de una época. Dicho de otro modo, la Compilación no podía ir más allá de ciertos límites, propios del tiempo en que se formó y que hoy han desaparecido.

En primer lugar, y como condicionante máximo, la decisión última sobre la legalidad y conveniencia del contenido del Derecho aragonés compilado no correspondía a un inexistente poder político aragonés, sino al Gobierno y las Cortes del Estado centralizado. No quiere decirse con esto que hubiera un conflicto explícito con las autoridades del Estado —en el caso de la Compilación aragonesa, puede hablarse de una negociación oficiosa con las instancias madrileñas—, sino hacer referencia a una situación en que las propuestas que se hicieran desde Aragón habían de estar pensadas desde el principio para convencer en otras instancias, a personas con mentalidad jurídica muy diferente, de su necesidad o muy alta conveniencia. Se produce así una autocensura previa, que evita la formulación de toda idea que no tenga de antemano posibilidad de aceptación por las instancias exteriores y superiores.

Esta actitud de prudente autolimitación, que cercena en su raíz las posibilidades de evolución del Derecho aragonés, es la que han tenido que adoptar los juristas aragoneses, no sólo en la etapa de formación de la Compilación, sino desde hace más de un siglo. En efecto, en el marco de la codificación civil española, Aragón —como las demás regiones forales— sólo podía hacer valer, para evitar su desaparición, las «instituciones que convenga conservar», argumentando esta conveniencia y habiendo de renunciar a las que no parecieran imprescindibles; mucho más a hipotéticas sugerencias de formación de instituciones nuevas acordes con necesidades recientemente sentidas. Se daba por supuesto que nuevas reglas para atender a situaciones igualmente nuevas habían de ser, por necesidad, normas estatales uniformes en toda España.

En esta tesitura, que obliga a la defensa de las instituciones del Derecho propio para procurar su conservación, casi no cabe otra forma de abordar la tarea legislativa que con un planteamiento historicista, al menos en cuanto que el argumento básico para defender las normas propuestas es mostrar su presencia en los Fueros y Observancias, en la doctrina tradicional o en la costumbre. Cualesquiera que fueran las convicciones íntimas de los miembros de la Comisión sobre la naturaleza del Derecho y la función del legislador, es lo cierto que, en cuanto Comisión, apenas podían actuar de otro modo que a la manera de la escuela histórica, pues este era el principal instrumento de legitimación de su tarea, ya que no podían basarla sino en su competencia como expertos en el Derecho preexistente y en la vaga asunción del papel de intérpretes del espíritu jurídico del pueblo aragonés, carente entonces de verdaderos representantes políticos.

Al Derecho aragonés sólo le estaba permitida su conservación, y aun ésta provisional y efímera o, al menos, sin garantías de futuro, pues la Ley de bases de 1888 y el art. 13 del Código civil claramente decían que las regiones forales conservaban su Derecho «por ahora». Es cierto que el Congreso Nacional de Derecho civil de 1946 había abierto perspectivas más favorables para los Derechos forales, pero, de una parte, sus conclusiones no se plasmaron sino en disposiciones sin rango legal, mientras que la Ley de Bases de 1888 no fue derogada y el artículo 13 del Código seguía hablando (en 1967, y hasta 1974) de la conservación «por ahora»; de otra, el propio Congreso preveía la vigencia de las Compilaciones como temporal, para mientras no se llegara a un Código civil español único y uniforme, que era el objetivo último y explícito de todo el proceso allí diseñado.

La presencia del horizonte unificador del Derecho civil era un condicionante de primera magnitud que tendía a comprimir la obra compiladora, no sólo por consecuencia de una presión externa, sino también por la convicción sincera de algunos miembros de la Comisión y de una parte significativa de los juristas aragoneses sobre la conveniente existencia de un Código civil único para todos los españoles, por más que ello hubiera de retrasarse a un futuro temporalmente indeterminado y sin mengua de la pervivencia de algunas instituciones aragonesas, acaso generalizadas a todos.

Una de las consecuencias de la idea de unificación del Derecho civil español era la conceptualización del Código civil existente como centro y pieza principal del sistema de Derecho civil, respecto del que la Compilación habría de tener un papel secundario y tan limitado como fuera posible.

En particular, se tendía a excluir del texto compilado toda norma que, por su parecido con otra del Código —mucho más si había de coincidir literalmente—, pudiera ser excusada por la aplicación de éste; se multiplicaban las remisiones más o menos precisas al articulado del Código y se confiaba en que sus normas, en concepto de Derecho supletorio, complementarían de manera adecuada las de la Compilación, formando entre las de una y otra procedencia un conjunto de sentido armónico. Estas premisas han tenido consecuencias perturbadoras en la aplicación práctica del Derecho civil aragonés.

Un ejemplo especialmente llamativo de la aludida forma de ver las relaciones entre la Compilación y el Código, y de sus posibles desconcertantes consecuencias, lo proporciona la regulación —casi meras referencias aisladas— de la dote: bastó con que el legislador del Código prescindiera de la institución de la dote en 1981 para que la dote quedara en el Derecho aragonés sin regulación legal conocida, pues la Compilación descansaba plenamente en el Código.

También, por señalar otros casos de mayor frecuencia en la práctica (pues el fenómeno puede observarse, en mayor o menor medida, en todas las instituciones compiladas), la regulación de la disolución y división de la comunidad conyugal, de las formas testamentarias, de la protección de la legítima —con la utilización de conceptos como desheredación y preterición no desarrollados en la Compilación— o de la adquisición de las servidumbres es fragmentaria y su aplicación requiere una tarea interpretativa de cierta dificultad. Para esta tarea hay que conocer muy bien el sistema de la Compilación y el sistema del Código, y tratar de conseguir partiendo del primero soluciones coherentes mediante la aplicación de normas del Código en concepto de Derecho supletorio en todo aquello que la Compilación no regula.

Ahora bien, la aplicación del Código no puede ser mecánica e indiscriminada, sino que hay que ponderar siempre la existencia de principios del Derecho aragonés (fuente prioritaria respecto del Código en cuanto supletorio) que matizan y aun impiden la aplicación de preceptos legales ajenos a la Compilación cuando responden a principios distintos. Más adelante insistiremos sobre esta dificultad, que es intrínseca a los planteamientos metodológicos de la Compilación de 1967.



Para terminar con estas reflexiones sobre los límites originarios de la Compilación de 1967, conviene recordar que durante mucho tiempo la Comisión que la elaboró se llamó oficialmente —al menos, en sus propios documentos— «Comisión revisora del Apéndice», indicando así la idea que muchos de sus miembros se hacían sobre el limitado alcance de su cometido. De hecho, algunas propuestas del Seminario se enfrentaron a la incompreensión por parte de la Comisión o de algunos de sus miembros, que no querían admitir la eventualidad de otras normas sino las que ya tenían cabida en el Apéndice, redactadas acaso con mayor claridad y sin más añadidos que los imprescindibles para acudir a dificultades o problemas de aplicación ya suscitados en la práctica.

Esta opción restrictiva, en parte fundada en convicciones personales y en parte por temor a hacer obra inútil que Madrid no habría de aprobar, a la que se oponía otra con un entendimiento mucho más amplio del Derecho aragonés y de las posibilidades de plasmarlo en ley, llevó naturalmente a un resultado transaccional, en el que se renunció a incluir normas que, en algunos casos, llegaron a estar redactadas de manera bastante perfilada. Por ejemplo, se formuló propuesta de incluir una norma que admitiera en Aragón la adopción por quien ya tiene hijos, siguiendo el viejo precedente de los Fueros de 1247 (norma cuya presencia en la Compilación no hubiera sido en modo alguno irrelevante, como demuestran la Ley 3/1988, sobre equiparación de los hijos adoptivos, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra ella y la STC 88/1993, de 12 de marzo), que se rechazó por su contraste con la prohibición que entonces contenía el Código y que se consideraba inamovible. Asimismo se pretendió regular de manera más amplia y sistemática la tutela, con atención, entre otros aspectos, a la pluralidad de tutores (criterio que el Código, tiempo después, también acabó acogiendo), y de modo que la Junta de parientes de nueva regulación tuviera las funciones en el Código encomendadas a un «Consejo de familia» que apenas si existía en la realidad. También las limitaciones que al fin prevalecieron en cuanto a quiénes se puede conferir fiducia sucesoria, o entre quiénes pueden celebrarse pactos sucesorios, o la circunscripción de las normas sobre servidumbres, son posteriores a formulaciones más amplias que no tuvieron éxito en algún momento del proceso legislador. Eventualmente, algunas de las propuestas del Seminario o de la Comisión que no llegaron a ser ley en 1967 podría retomarlas el legislador aragonés actual. En cualquier caso, son exponentes de las potencialidades del Derecho aragonés advertidas ya hace decenios, aunque entonces los límites originarios del planteamiento compilador impidieran su fruto.

### 3. ADECUACIÓN DE LA COMPILACIÓN A NUESTRO TIEMPO

Es muy razonable preguntarse si un texto legal con las limitaciones de origen que hemos señalado, que nació hace treinta años durante los cuales la sociedad y las concepciones jurídicas han evolucionado rápidamente y que han visto la instauración de un marco constitucional radicalmente nuevo, sigue siendo adecuado a las necesidades y las expectativas de los aragoneses del siglo veintiuno.

Partimos de la convicción de que, tal como hemos desarrollado anteriormente, el elenco de instituciones que la Compilación recoge y los rasgos esen-

ciales de su regulación, por su conformidad con el sentido jurídico de los aragoneses manifestado durante siglos, sigue siendo adecuado para encauzar el Derecho civil aragonés del próximo siglo.

Pero nos parece asimismo claro que algunas de las normas, sea por su contenido sustantivo, sea, más frecuentemente, por defectos en su plasmación en la ley o por desajustes originarios o sobrevenidos con el resto del Ordenamiento jurídico, presentan deficiencias que convendría enmendar. En general, puede decirse que la formulación legal de las normas es susceptible de ampliaciones, rectificaciones y mejoras que hoy pueden abordarse en un marco constitucional totalmente distinto, a través de las instituciones aragonesas y, en particular, mediante el ejercicio de la potestad legislativa por las Cortes de Aragón, representantes del pueblo aragonés, que tiene así de nuevo la posibilidad, perdida desde 1707, de regular en libertad su propio Derecho civil. Al desaparecer las constricciones a que antes nos hemos referido, el Derecho civil aragonés puede alcanzar nuevos horizontes.

Las Cortes de Aragón ya han procedido, especialmente en 1985, a la entonces más urgente tarea de adecuar las normas de la Compilación a los principios constitucionales, señaladamente los de no discriminación por razón de filiación ni de sexo. De este modo, y en paralelo con lo que poco antes el legislador estatal había hecho con el Código civil y otros legisladores autonómicos hicieron respecto de sus Derechos civiles propios, la Compilación armoniza con los mandatos constitucionales y con importantes decisiones legales tomadas por el legislador estatal en el ámbito de sus competencias exclusivas, como es la introducción del divorcio.

En este sentido, la Compilación no tiene problemas específicos de adecuación constitucional, ni otros de adaptación a las necesidades actuales de la sociedad mayores que los que puede tener, por ejemplo, el Código civil.

Sí cabe, por el contrario, plantear una reflexión sobre si los valores constitucionales del Estado social y democrático de Derecho podrían vivificar e inspirar en mayor medida las instituciones civiles aragonesas, renovando su savia y robusteciendo su desarrollo en el próximo siglo. Asimismo, sobre si necesidades, valoraciones o deseos surgidos en Aragón en los últimos tiempos no podrían o deberían tener reflejo en nuevas normas de Derecho civil, orgánica y armónicamente relacionadas con las más tradicionales.

Junto a estas posibilidades y, en general, la conveniencia de repensar los principios que inspiran y los fundamentos de justicia en que descansan todas y cada una de las instituciones civiles aragonesas, se hacen visibles ciertos desajustes de la formulación legislativa actual de las normas.

Algunas instituciones tienen hoy una regulación, en su conjunto, cuestionable, por razones de fondo diversas. Así, quizás no sea necesario que la dote y la firma de dote tengan un lugar en una ley de Derecho aragonés para el siglo veintiuno, pero, de tenerlo, habrían de recibir un tratamiento mucho más amplio y posiblemente distinto. La regulación de la ausencia ha perdido casi todo su sentido originario, pues ahora el art. 7 no atiende sino a alguna de sus consecuencias en el derecho de viudedad y la administración y disposición de bienes comunes. La tutela requiere posiblemente un nuevo planteamiento global, con aten-

ción específica a la de los incapacitados y que tenga en cuenta, respecto de los menores, las potencialidades razonables de la autoridad familiar ejercida por quienes no son los padres, las instituciones del acogimiento y la adopción y, en general, su coordinación con todas las medidas de protección de menores. No cabe ignorar que hay voces —que ya surgieron en el ambiente liberal del pasado siglo— que cuestionan el derecho de abolorio, por suponer una traba al tráfico de inmuebles no justificada fuera de ciertos ámbitos agrarios tradicionales, o el consorcio foral que la Compilación recuperó tras su olvido por el Apéndice. También del testamento ante capellán se ha dicho que, en su actual regulación, podría vulnerar el principio constitucional de libertad religiosa.

Además, hay sin duda numerosos desajustes que podemos considerar técnicos, de defectuosa expresión legal, falta de claridad, ausencia de cauces claros para hacer valer los derechos reconocidos, dificultades de integración de la norma aragonesa con las correspondientes del Código, etc.

Estos desajustes son a veces originarios —como las remisiones internas incorrectas de los artículos 74.1 y 76.2—, a veces sobrevinidos por el cambio de otras leyes civiles o del contexto en que la norma ha de operar, o incluso como consecuencia colateral de las modificaciones fragmentarias introducidas con posterioridad en la Compilación, de las que proporciona ejemplo preocupante el artículo 141.

Los estudiosos, sobre todo en los últimos años, han hecho valiosas indicaciones sobre estas deficiencias del texto compilado desde diversos puntos de vista, que a veces entrañan también crítica a algunos aspectos de contenido o criterio de regulación. Por ejemplo, se ha echado en falta un mayor desarrollo de las reglas de la fiducia durante la situación de pendencia, se ha criticado, por incompleta, la regulación de los testigos en los testamentos o se ha señalado la dificultad de entender correctamente las normas sobre preterición, como ha puesto de manifiesto una conocida sentencia de nuestro Tribunal Superior de Justicia. La enumeración, por supuesto, podría ser muchísimo más amplia. Aun siendo muchas de estas indicaciones doctrinales opinables, y no pocas de ellas referidas a problemas de interpretación que pueden considerarse normales y aceptables en toda ley y solventables en sede jurisprudencial, no hay duda de que muchos de los defectos denunciados son reales, algunos de cierta gravedad y buena parte de ellos evitables en una formulación de la ley que tenga en cuenta las críticas apuntadas.

Ahora bien, es opinión de la Comisión que no es la mejor vía para solucionar el tipo de problemas interpretativos y de aplicación de la norma a que nos referimos en el párrafo anterior la de las reformas fragmentarias de la Compilación dirigidas únicamente a tratar de superar deficiencias advertidas. Es muy difícil realizar la corrección del yerro o insuficiencia apreciados sin poner en cuestión otras muchas normas, con el riesgo de no acertar si se atiende a un solo precepto o un reducido número de ellos olvidando el resto; el de modificar, de pasada, otras normas sin criterio fijo y meditado e, incluso, el de introducir nuevos problemas de ajuste sistemático y de interpretación y aplicación de las normas reformadas más graves acaso que aquellos que motivaron la intervención del legislador.

#### IV. LA TAREA POR REALIZAR. UN NUEVO CUERPO LEGAL DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN

##### 1. LEGISLAR PARA LA ACTUALIZACIÓN Y DESARROLLO DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

Si la situación del Derecho civil aragonés, por lo que se refiere a la formulación legal de sus normas, es la hasta aquí analizada, puede concluirse que la tarea legislativa que el futuro requiere no tiene como objeto y finalidad la urgente sustitución de un texto legal inadecuado, sino el perfeccionamiento y desarrollo del contenido del mismo, que resulta insuficiente cuando se le conmensura con las necesidades, expectativas y posibilidades de mayor perfección que hoy están a nuestro alcance.

El ámbito del Derecho civil aragonés posible se ha ampliado venturosamente por obra de la Constitución y del Estatuto de Autonomía. Ha quedado atrás el restrictivo planteamiento que no admitía otro contenido sino el de las «instituciones que convenga conservar», pues ya no es la «conservación» el criterio constitucional para determinar la competencia legislativa autonómica, sino también la «modificación» y, sobre todo, el «desarrollo». El Tribunal Constitucional, señaladamente en su Sentencia 88/1993, de 12 de marzo, ha interpretado el artículo 149.1.8º de la Constitución en términos suficientemente amplios para que, en principio, cualquier regulación de Derecho civil aragonés que pudiéramos seriamente desear tenga acomodo constitucional.

Sin perjuicio de que, dado el caso, fuera prudente un mayor análisis de la doctrina constitucional para perfilar los límites de la competencia autonómica respecto de unas hipotéticas normas muy lejanas a la actual Compilación, basta para abordar con plena confianza la obra legislativa considerar la realidad eficaz y no discutida de las leyes civiles de otras Comunidades Autónomas que no tienen, en ningún caso, mayores títulos competenciales que los que a Aragón corresponden. Cataluña no sólo ha innovado sustancialmente en su Compilación, sino que ha promulgado un Código de Sucesiones por causa de muerte y varias leyes civiles especiales (filiaciones, tutela, acción negatoria, censos, garantías posesorias sobre cosa mueble, potestad del padre y de la madre, alimentos, entre otras) cuya sola enumeración sería aquí demasiado larga. En el País Vasco, su Ley de Derecho civil foral vasco de 1 de julio de 1992, además de introducir instituciones que no se contenían en la Compilación del Derecho foral vizcaíno, como el testamento mancomunado, y regular con muy distinta redacción y no pocas modificaciones sustantivas las ya conocidas, extiende algunas de ellas a todo el País Vasco, abriendo el camino a un Derecho civil autonómico aplicable a todos los vascos, no sólo a los comparativamente escasos sujetos anteriormente al Derecho vizcaíno o al ayalés. La Ley de Derecho civil de Galicia (24 de mayo de 1995) puede decirse que no procede en su mayor parte de la Compilación derogada, sino que forma un texto más extenso con regulación de instituciones que el legislador encuentra en la costumbre o considera las más adecuadas a la realidad gallega. En Galicia, ade-

más, la Ley reguladora de la casación civil en materia de Derecho gallego, si bien recurrida por el Gobierno central, está en vigor y se aplica ordinariamente en las actuaciones del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

No queremos insinuar, con las anteriores consideraciones, que el camino del Derecho civil aragonés haya de ser el mismo que el que han seguido, por lo demás de formas divergentes entre sí, otras Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. Tampoco que el legislador aragonés haya de perseguir necesariamente el agotamiento del campo competencial en esta materia, ampliando los límites del Derecho civil aragonés tan lejos como la Constitución permite. Entendemos, más bien, que conviene trazar el propio camino, partiendo de nuestro Derecho histórico y desarrollándolo de manera acorde con nuestras necesidades y convicciones, en la confianza de que no habremos de encontrar, previsiblemente, dificultades de encaje constitucional.

El objetivo global de la tarea legislativa, de acuerdo con cuanto se ha expuesto, sería la actualización, profundización y desarrollo de las normas vigentes, partiendo de las instituciones reguladas en la Compilación, mediante la promulgación de un nuevo Cuerpo legal de Derecho civil aragonés enraizado en nuestra historia, vivificado por los principios y valores constitucionales y adecuado a las necesidades y convicciones de los aragoneses de hoy y del próximo siglo.

## 2. UN CUERPO LEGAL DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

Excluimos, por tanto, la conveniencia de leyes de reforma parcial de la Compilación vigente. No advertimos la urgencia de intervenciones legislativas dirigidas a sustituir la regulación actual de alguna institución por ser claramente inadecuada, ni una reforma parcial de alguna entidad encontraría fácil acomodo en la estructura y articulado de la Compilación. Cabría, obviamente, la promulgación de leyes especiales de Derecho civil aragonés sobre materias específicas, pero no nos parece que, hoy por hoy, haya alguna materia o institución para la que deba recomendarse esta técnica.

El nuevo Cuerpo legal, que vendría a sustituir a la Compilación derogándola formalmente, podría conservar el nombre de «Compilación», pero también podría recibir el de «Codigo de Derecho civil aragonés». Ambas denominaciones tienen raigambre entre nosotros. Compilación se llamó el primer cuerpo de nuestros Fueros (Huesca, 1247) y, siglos más tarde, es nombre que los foralistas aragoneses propusieron en los años cuarenta de nuestro siglo para evitar el de «Apéndice» al Código civil que la Ley de Bases de éste había impuesto. Por otra parte, un «Código» es lo que el Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880—81 quiso propiciar, y «Código» preferían que se llamara a su obra quienes prepararon el Anteproyecto que se publicó en 1899. Hasta cierto punto, ambas denominaciones son intercambiables, si bien no es de olvidar que tienen también connotaciones distintas que pueden resultar preferibles a unos o a otros. En realidad, el Cuerpo legal que se propone, como ya la actual «Compilación», no puede atenerse a un concepto estricto de ésta, como

colección de normas preexistentes que reciben un orden nuevo y acaso otra redacción, pero sin innovar en su contenido; sin duda ha de ser mucho más, pero tampoco puede ni quiere ser un Código civil completo y exhaustivo con vocación de hacer tabla rasa con el pasado. Por ello la cuestión de la denominación, que no deja sin embargo de tener importancia, puede quedar por ahora abierta.

El nuevo Cuerpo legal, se ha dicho, habrá de derogar la Compilación. Ello no impide que la mayor parte de las normas de ésta, en su redacción actual o con los necesarios retoques, pasen al articulado del mismo. Junto a estas normas recibidas, en el nuevo Cuerpo legal se añadirían otras, quizás en mayor número, dirigidas acaso a la regulación de instituciones hoy no contempladas, pero, sobre todo, a desarrollar con todo el detalle preciso para su más cómoda aplicación la regulación de las instituciones que hoy conocemos.

Han creído percibir los miembros de la Comisión que una de las razones por las que las normas de la Compilación vigente no son invocadas y aplicadas en todos los casos que están llamadas a regular puede ser la forma a primera vista poco expresiva en que se presentan. Una lectura somera de ellas no permite siempre apreciar su enjundia y alcance, dejando ocultas muchas implicaciones y consecuencias que el legislador de 1967 previó, pero que no se manifiestan con la facilidad hoy deseable para la ordinaria aplicación de la ley. Acaso la redacción conceptual y quintaesenciada que la Compilación recibió en 1967 fue, no tanto una opción de técnica legislativa como una necesidad, a fin de dar cabida, concentradamente, al mayor número de determinaciones normativas en un texto al que, por razones externas, no había de permitirse gran extensión. Pero, como quiera que sea, en razón también de que no han proliferado los comentarios y estudios a la Compilación en la medida que esta merece, es claro que sus normas no han dado todos los frutos que, en semilla, portaba su texto.

Pues bien, uno de los rasgos del futuro Cuerpo legal ha de ser el de desarrollar y aclarar las normas preexistentes, facilitando su comprensión y detallando sus consecuencias, complementándolas con cuantos preceptos sean necesarios para la acabada regulación de cada institución, de modo que no sea preciso acudir habitualmente a la ponderación de los principios inspiradores del Ordenamiento aragonés para recurrir luego a los preceptos del Código civil español que puedan resultar supletorios. Esto supone plantear de modo diferente al pensado en 1967 las relaciones entre el Derecho civil aragonés y el Código civil español, en la forma que, por su importancia, veremos en el siguiente epígrafe.

También, con la misma finalidad de llevar a sus consecuencias prácticas y dar cauce a la más hacedera aplicación de sus normas, el Cuerpo legal del Derecho civil de Aragón habrá de atender muy especialmente a los medios procesales que han de servir de vehículo para la realización del Derecho sustantivo. La Compilación vigente prevé en numerosos y muy variados supuestos la intervención del Juez (en el futuro, habría que atender también a la intervención del Ministerio Fiscal), y aun da alguna indicación de procedimiento.

Pero la práctica ha demostrado que tales reglas o indicaciones son claramente insuficientes, por ejemplo, para la aprobación de cuentas de administración de bienes de menores, enajenación de inmuebles o establecimientos mercantiles de aquellos, divergencias entre los padres en la educación de sus hijos, constitución de la Junta de Parientes o resolución de discrepancias surgidas entre cónyuges en la administración de la comunidad. Es igualmente patente la necesidad de regular un adecuado cauce procesal para la liquidación y división judiciales de la comunidad conyugal, así como para actuar adecuadamente en el supuesto de embargo por deudas privativas hoy considerado en el artículo 46 de la Compilación.

El nuevo Cuerpo Legal habrá de contener las reglas procesales que permitan la eficaz aplicación de sus normas sustantivas. Es una necesidad desde hace tiempo sentida, a la que debe legítimamente atenderse en el ejercicio de la competencia que sobre el «Derecho procesal civil derivado de las peculiaridades de su Derecho sustantivo» corresponde a Aragón en virtud del art. 35.1,4º de su Estatuto, conforme con el art. 149.1,6º de la Constitución española.

Los preceptos citados permiten que las normas procesales derivadas de las peculiaridades del Derecho civil aragonés constituyan una Ley procesal civil aragonesa, independiente del Cuerpo de Derecho civil. La Comisión no descarta esta opción para el futuro, pero, en todo caso, cree conveniente la inclusión en el Cuerpo de Derecho civil proyectado de, al menos, aquellas normas procesales más íntimamente relacionadas con los preceptos sustantivos.

Otras normas procesales podrían ser objeto de una Ley especial, necesaria igualmente para el caso de que se quisiera —como autorizadas voces proponen— regular algunos aspectos de la casación civil de Derecho aragonés, con objeto de que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón tuviera ocasión de pronunciarse en mayor número de casos y dar respuesta a las expectativas que su creación suscitó.

En otro orden de cosas, pero siempre con la finalidad de dar respuesta a los problemas de la aplicación práctica de la norma civil, el nuevo Cuerpo Legal habrá de cuidar las consecuencias que sus preceptos puedan tener en el Registro civil y el de la propiedad, contribuyendo con ello a la seguridad jurídica.

### 3. LAS RELACIONES CON EL CÓDIGO CIVIL.

El futuro Cuerpo legal del Derecho civil de Aragón ha de hacer patente, especialmente, el nuevo tipo de relaciones que mantiene con el Código civil español, como consecuencia de la estructuración constitucional del Estado de las Autonomías.

El Código civil ya no es expresión de un Derecho común de cuyo sistema el aragonés (como los demás civiles autonómicos) forme parte. El Código civil contiene normas de procedencia estatal que, salvo en las materias (como matrimonio y divorcio, por poner un ejemplo relevante) que son competencia

exclusiva del Estado, tienen la función de Derecho supletorio respecto de las emanadas del legislador aragonés. Es, por tanto, la norma aragonesa autonómica la que determina directa o indirectamente, ampliando, restringiendo o condicionando, la aplicación de los preceptos del Código en las materias regidas por el Derecho civil aragonés. De hecho, esto lo hace ya así la Compilación vigente, que, además, desde 1985, ha incorporado al Ordenamiento jurídico aragonés buen número de enunciados normativos del Código civil, por el procedimiento de declarar estáticas las remisiones que al mismo se hacen desde la Compilación (Disposición final de la Ley 3/1985, de 21 de mayo).

Pues bien, el futuro Cuerpo legal ha de contener todos los preceptos que, encontrándose hoy su texto en el Código civil, son ya Derecho aragonés en virtud de las remisiones hechas por la ley aragonesa, además de todos aquellos que, coincidan o no con los que el Código dicta para su ámbito de aplicación, sean necesarios o convenientes para la completa regulación de las instituciones civiles comprendidas en la Ley aragonesa.

En realidad, una legislación autonómica basada en las remisiones a normas de otro legislador o apoyada sustancialmente en la función supletoria del Derecho estatal —como es el caso de la Compilación vigente— sólo es comprensible (superado el contexto unitario y unificador del Derecho civil en que las Compilaciones nacieron como excepciones transitorias) durante un corto periodo de tiempo, mientras el legislador autonómico prepara leyes propias que comprendan todas las normas que éste quiera tener en vigor en el ámbito de sus competencias.

En las materias en que un legislador es competente, debe tender a regularlas en su integridad, sin remisiones a ordenamientos extraños, de tal manera que el destinatario de la norma pueda leerla en una sola publicación oficial. Cabe exigir del legislador que conciba por sí mismo y calcule por propio conocimiento y bajo su exclusiva responsabilidad el contenido y alcance de las normas que dicta para los ciudadanos a que representa. De otro modo padece el principio de publicidad de las normas y el de seguridad jurídica.

Tendencialmente completo, en el sentido apuntado, ha de ser el futuro Cuerpo legal, con la consecuencia de que, para aplicar el Derecho civil aragonés, habrá de bastar en la mayor parte de los casos con la consulta y alegación de las normas en él contenidas. La facilidad que ello supone creemos que habrá de ser bien acogida por los profesionales del Derecho, a la vez que contribuirá sustancialmente a una mayor seguridad jurídica, al resultar indudable qué norma ha de aplicarse y con qué tenor.

Naturalmente, el Código civil seguirá siendo aplicable en Aragón en todas aquellas materias que corresponden a la competencia exclusiva del Estado y también, en concepto de supletorio, en aquellas relativas a instituciones que, no estando hoy representadas en la Compilación, tampoco parezca oportuno por el momento regular mediante ley aragonesa.

No se trata, por tanto, de sustituir el Código civil español por otro aragonés —lo que, constitucionalmente, sólo sería posible de manera limitada—, ni de



apartarnos del contenido del mismo por un prurito de diferenciación. El Código no ha sido nunca considerado en Aragón como un cuerpo extraño, impuesto o contrario a nuestras concepciones jurídicas. La finalidad no es arrumbarlo o expulsarlo de la vida jurídica aragonesa, sino conseguir, en la forma dicha, que las normas legales de Derecho civil aragonés se encuentren exclusivamente en la Ley aragonesa.

#### 4. POSIBILIDAD DE APROBACIÓN FRACCIONADA O POR PARTES DEL CUERPO LEGAL DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN.

La tarea de redactar un nuevo Cuerpo legal del Derecho civil de Aragón ha de llevar, necesariamente, cierto tiempo. Aunque no puede hablarse, propiamente, de urgencia en legislar —al menos en cuanto que las normas vigentes, como se ha dicho, no presentan extraordinarias deficiencias o clara inadecuación a nuestro tiempo—, sí puede ser conveniente ir adelantando la aprobación como ley de partes completas que puedan tener sentido relativamente independiente de las demás. Cada ley parcial derogarí­a una parte de la Compilación y, al final del proceso, todas ellas constituirían el nuevo Cuerpo Legal.

La Comisión considera preferible, en abstracto, la redacción unitaria y la aprobación del Cuerpo legal en su conjunto, por las conocidas razones de coherencia sistemática y necesaria trabazón interna entre todas las normas del Derecho civil aragonés, y también para hacer menos complicada la transición entre las normas hoy contenidas en la Compilación y las nuevas, pues de otro modo habrían de coexistir durante tiempos distintos normas de la Compilación y normas de nueva promulgación. Pero reconoce que razones de oportunidad pueden hacer deseable la aprobación anticipada de leyes que contengan una parte del Derecho civil. Ello parece factible, sin grave peligro de incoherencias, contradicciones o lagunas, siempre que la materia de la ley corresponda a una parte suficientemente completa en sí misma del Derecho civil. Esta autosuficiencia será siempre relativa, pues es bien sabido, por ejemplo, que el Derecho de familia y el Derecho de sucesiones mantienen íntima relación, especialmente estrecha en un Derecho como el aragonés.

De resultar adoptada la opción en favor de la aprobación por partes, puede sugerirse que estas comprendan al menos la materia de uno de los libros de la actual Compilación. Eventualmente, el primero sería a su vez susceptible de alguna división.

En el arreglo de su propio trabajo la Comisión ha considerado preferible, consultadas sus fuerzas, no abordar simultáneamente —mediante distribución entre sus miembros— todas las materias, sino concentrarse en el estudio de una de ellas, hasta culminarlo con la redacción de un texto articulado que pueda servir, en su caso, como Proyecto o Proposición de Ley. Sin más razón de peso que la inclinación prudente de sus miembros —pues no se aprecia ninguna decisiva para dar preferencia o prioridad a una parte sobre otra—, la Comisión se propone ocuparse, en primer lugar, de la parte correspondiente al Derecho de Sucesiones.

## V. LLAMADA A LA PARTICIPACIÓN MÁS AMPLIA Y PLURAL EN LAS TAREAS PRELEGISLATIVAS

Si contamos desde el Congreso de Jurisconsultos de 1880, los aragoneses, en más de un siglo, hemos redactado varios Proyectos de leyes de Derecho civil aragonés que, en dos ocasiones, 1925 y 1967, han llegado a recibir aprobación del legislador estatal tras su reelaboración por éste.

Sólo ahora, por primera vez desde 1707, podemos proponernos la formación de un Cuerpo legal del Derecho civil aragonés bajo nuestra exclusiva responsabilidad. Todas las fuerzas son pocas para tanta empresa. Queremos hacer el Código o Compilación del Derecho civil de Aragón para el siglo veintiuno. Para acertar en los criterios sustantivos y lograr una legislación digna de nuestro brillante pasado foral, a la vez que parangonable o superior al Código civil español y que pueda medirse con el exigente modelo de la Compilación actual, es necesaria la aportación de cuantos tengan algo que decir.

Sin duda hay en Aragón hombres y mujeres capaces de llevar a cabo la tarea, así como instituciones competentes y sensibles a esta llamada. La Magistratura y el Foro, la Universidad y los Colegios profesionales, entre otras organizaciones, han demostrado en el pasado su disposición a poner la riqueza de sus conocimientos y experiencias al servicio de la obra común —al servicio de todos los aragoneses, en definitiva—, mediante la participación de sus representantes en las Comisiones constituidas para la redacción de Proyectos y el apoyo a sus trabajos; sus observaciones en los momentos en que los textos salieron a información pública; la impresión y difusión de textos y opiniones; la organización de actos, jornadas, reuniones o congresos para el debate y la información.

Todo hace suponer que no habrán de ser menores ahora que en el pasado la generosidad, el entusiasmo y el acierto de los juristas aragoneses en la preparación del primer Cuerpo legal del Derecho civil de Aragón que habrá de ser aprobado en democracia por los aragoneses.

Por supuesto, la última palabra, aquella que da fuerza de ley a las ideas y previsiones contenidas en los textos, la tienen en todo caso las Cortes de Aragón, representantes del pueblo aragonés, que es el destinatario de las leyes y protagonista de su Derecho civil.

Zaragoza, octubre de 1996.

**B) «BREVES OBSERVACIONES QUE FORMULA  
EL COLEGIO DE ABOGADOS DE HUÉSCA A LA MEMORIA  
DE FRANCO Y LÓPEZ SOBRE CODIFICACIÓN  
DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS» ESCRITA  
DE CONFORMIDAD A LO DISPUESTO EN EL R.D.  
DE 2 DE FEBRERO DE 1880  
(Huesca, Imprenta de la V.<sup>a</sup> e hijos de Castanera, 1889)**

El criterio que predomina en este Colegio es que, deben por regla general conservarse, perfeccionándolas en lo posible, todas las instituciones que caracterizan é imprimen un sello de originalidad á la legislación foral; y muy especialmente, las que consagran la libertad civil de los aragoneses, dándoles amplísima facultad para constituir y modificar la sociedad conyugal, y para contratar á su arbitrio, sin más cortapisa que la establecida en la Obs. 16 *De fide instrumentorum*; las que prestan fuerza y dignidad á los padres, y cohesión y estabilidad á la sociedad doméstica, evitando la disgregación de los patrimonios y la dispersión de las familias, como son la libre testamentifacción entre los hijos, y la viudedad foral; y las que fijan en los 20 años la mayor edad y la plenitud de los derechos civiles, privilegio que no disfruta ninguna de las demás provincias de España, foradas ó nó aforadas.

Así mismo opina que, deben sancionarse las costumbres establecidas de antiguo y con alguna generalidad, aunque no se han traducido en disposiciones escritas; supuesto que casi todas han venido á suplir las deficiencias del Fuero, ó á completar sus preceptos, satisfaciendo á la vez, necesidades sociales más ó ménos apremiantes; y que no deben eliminarse otras reglas de derecho, escrito ó consuetudinario, que aquellas cuya insignificancia ó inutilidad sea notoria; las que hayan caído definitivamente en desuso, ó estén en manifiesta contradicción con las condiciones de vida de la sociedad actual; y las que hayan sido sustancialmente incluídas en el Código civil, de suerte que, el cambio de textos, no produzca alteración sensible, ni en las personas, ni en las cosas.

En esta inteligencia, pasa á concretar las observaciones que se le ofrecen sobre los extremos más importantes que abraza el proyecto de codificación; observaciones cuya oportunidad no habrá pasado desapercibida en gran parte al eminente jurisconsulto que lo suscribe, pues que hace poco reconoció la necesidad de formular una adición ó rectificación al proyecto, para armonizar sus preceptos, con los del nuevo Código Civil.

## TÍTULO PRELIMINAR

El art. 12 del Código, hace obligatorios para todas las provincias, los efectos de los estatutos y las reglas generales para su aplicación que el mismo establece. Esto impone la necesidad de coordinar con aquél lo que preceptúa el Proyecto, y en particular el art. 5.º, sobre el estatuto real en Aragón. Lo que dispone, ya no podrá ser tan absoluto, toda vez que el p.º 2.º art. 10 del Código, subordina el estatuto real, en materia de sucesiones, á la ley personal del sujeto de cuya sucesión se trata.

También parece que el art. 15 del Código, al clasificar las personas sujetas á la legislación castellana, que se ha dado en llamar común, precisa modificar algún tanto el título «De los aragoneses».

## MENOR EDAD

Este Colegio, entiende que deben incluirse en este título, las disposiciones de los Fueros de 1564 y 1585 sobre contratos de los menores de 20 años; toda vez que en ellos se les reconoce un derecho demasiado importante para ser dado al olvido. Constituyen además una especie de prerrogativa para este antiguo Reino, ya que no se le halla equivalente en las demás provincias, ni aún en las que tienen por base de su derecho el *Corpus juris*, de Justiniano, puesto que hace tiempo no está en uso la Auth. *Sacramenta puberum* del Emperador Federico, sobre contratos juramentados de menores.

## PATRIA POTESTAD

Los padres en Aragón, tienen tantas, ya que no más atribuciones sobre los hijos, que en Castilla. Así la Dirección general de los Registros, pudo decir con sobrada razón, al resolver hace poco un caso de inscripción hipotecaria, que si en Aragón no existía patria potestad, en cambio los padres tenían una suma de derechos equivalentes á la potestad castellana. En una palabra; que tenemos la *cosa*, aunque algunos rechacen el *nombre*.

Por ello es digno de loa, que el título de este epígrafe concluya de una vez con las dudas que originaba la Obs. 2.ª *Ne pater vel mater pro filio teneatur* y las prácticas contradictorias, resultado natural de la incertidumbre.

La declaración de que el padre, y en su caso, la madre aragonesa, tienen patria potestad sobre sus hijos, dará benéficos resultados, pues fijando el derecho, evitará múltiples dificultades.

Consecuencia lógica de la misma, ha sido clasificar los peculios, y establecer su régimen, puntos de que no hacía mérito la legislación foral.

A juicio de esta Corporación, el título merece sinceros plácemes, por la discreción y prudencia con que está redactado: no obstante lo cual y si se tendiera á simplificar (que generalmente es útil) podrían suprimirse varios artículos, que virtualmente ó en sustancia, se hallan ya en el tít. 7.º libro 1.º del Código.

## TUTELA

No parece fácil concordar el art. 33 del Proyecto, tal cual está redactado, con las reglas que atribuyen al tutor la administración de los bienes del menor, imponiéndole las responsabilidades consiguientes.

Y ello aparte, no desarrollándose en este título de una manera completa, la importantísima institución de la tutela, es visto que habrá de suplirse el vacío que dejan sus deficiencias, con la legislación común, ó sea el tít. 9.º libro 1.º del Código.

Es el caso, sin embargo, que el nuevo Cuerpo legal, complica de tal suerte el ejercicio de la tutela, no sólo con la intervención del Consejo de familia, (que será útil en algunas ocasiones) sino con la creación del pro-tutor (cargo exótico cuya utilidad ha de demostrar aún la experiencia) que este Colegio vería con gusto, que el proyecto de codificación foral, abrazara por completo esta interesante materia, tal como ahora está constituida, y admitiendo á lo más el Consejo de familia, para huir de los escollos que la ley castellana ó común, verosimilmente ha de ofrecer.

## SERVIDUMBRES

Este Colegio cree de capital importancia, escogitar una fórmula que salve del grave peligro en que la imprevisión de la Ley Hipotecaria, dejó la inmensa mayoría, la casi totalidad de las servidumbres, que es bien sabido que no están inscritas en el Registro de los predios sirvientes, ofreciendo indecibles dificultades el hacerlo, porque deben su origen al simple uso, y carecen de título escrito de adquisición.

No hallándose inscritas, no pueden perjudicar á tercero, según el precepto rigorosísimo de la citada Ley: y si bien el Tribunal Supremo de Justicia, en varias sentencias, ha procurado templar su rigor, consignando la doctrina de que, su articulado se refiere á las servidumbres justificadas con escritura pública, nó á las constituidas por el uso antes de regir la ley hipotecaria, y que el

signo aparente de la servidumbre, se considera como título para su continuación; también es cierto que, el propio Tribunal, en otra porción de fallos, ha aplicado dicha ley en toda su dureza, borrando servidumbres seculares, que daban valor, realce y comodidad á los predios dominantes. Por esto sería de gran utilidad al país, una disposición que dejara seguras y subsistentes las servidumbres todas constituidas por el simple uso, y cuando menos, las continuas ó discontinuas que tengan signo aparente.

Además, podría mantenerse el precepto de la Óbs. 7.<sup>a</sup> *De præscriptionibus*, para las contínuas, y para las discontinuas aparentes, y la 9.<sup>a</sup> de la misma rúbrica, para las discontinuas que no tuvieran tal signo.

## TESTAMENTOS

No sería inoportuno consignar si las formas ó solemnidades del testamento en Aragón (ante Notario ó ante el Párroco) excluyen las de Castilla, ó si por el contrario, puede testarse con arreglo á uno y otro sistema. En el primer caso, este Colegio echa de menos en el Proyecto ó Memoria, el testamento por cédula mencionado en el Fuero del 1678, *Forma para testificar los actos por los Notarios*, pues casi es tan cómoda como el testamento ológrafo, y cuando menos, ofrece igual seguridad.

Y en todo caso, es algún tanto peligrosa la forma que, para testar en des-poblado propone el artículo 58 del Proyecto, si como parece deducirse de su texto, basta para ello la presencia (sin Notario ni Párroco) de dos niños de diez años, que conozcan al testador. Esto vá mucho más allá del testamento Sacramental, objeto de tantas censuras, que Pedro III concedió á los vecinos de Barcelona, por el privilegio *Recognoverunt próceres*; pues que siquiera exigía que los dos testigos fueran púberes, é iba acompañado de ceremonias religiosas, que eran garantía eficaz en tiempos en que las creencias eran tan firmes, y la santidad del juramento, imponía á los hombres gran respeto.

En cuanto á la práctica ó costumbre que trata de abolir el artículo 62, este Colegio entiende que está demasiado arraigada en el país, para que pueda desaparecer sin inconveniente; y además los cónyuges no suelen testar juntos, haciéndose donaciones ó instituyéndose mutuamente herederos, sino cuando no tienen sucesores forzosos.

## SUSTITUCIÓN

Es muy común en esta provincia, que el padre que tiene varios hijos, señale legítima á todos, é instituya heredero al mayor; pero en el natural deseo de que el patrimonio no salga de su descendencia, sustituya ( en cuanto á la

herencia tan solo) al mayor, caso de fallecer sin descendientes que lleguen á la edad de testar, el hijo segundo; á éste, si sobreviene el mismo caso, el hijo tercero; y así sucesivamente.

La práctica como se vé, evita la preterición y la desheredación, y cabe perfectamente dentro el espíritu del derecho foral, que consiente al padre disponer libremente de sus bienes entre los hijos; pero alguna vez ha hallado contradictores, que la consideran ilegal, fundados en los Fueros y Obs. *De rebus vinculatis* y *De testamentis*.

Al objeto de evitar toda duda, y sancionar una costumbre á todas luces justa y conveniente, que además guarda gran semejanza, ya que no igualdad, con lo que dispone el Artículo 782 del Código; propone este Colegio, que se reforme la redacción del Artículo 63 de la Memoria, en el sentido de que, al hijo que se le ha dejado legítima y herencia, pueda gravársele ésta última, con cláusula de restitución ó sustitución fideicomisaria, con tal que sea á favor de otro descendiente del donante ó instituyente. Yaunque en esta provincia, no se entienden que tales fideicomisos lleven consigo la prohibición de enagenar, tampoco sería inoportuno resolver sobre éste extremo, para cuando el donante ó instituyente no lo haya previsto.

## HEREDEROS FORZOSOS

### DERECHO DE VIUDEDAD

La legislación actual hace bastante menguada la condición del marido, pues le quita autoridad y crédito, dificultando las obligaciones que contrae sin anuencia de su mujer; y sin embargo todavía hay disposiciones que permiten hacerlas efectivas, en perjuicio de la viudedad, como són los Fueros 2.<sup>o</sup> *De contractibus conjugum* y 7.<sup>o</sup> *De homicidio*, y las Obs. 16, 29 y 64 *De jure dotium*.

Por el proyecto, es decir, por el número 1.<sup>o</sup> del Artículo 65 y sus concordantes, esa condición se empeora notablemente. El marido sufrirá una especie de *capitis diminutio*, pues será incapaz de ofrecer seguridad en negocios hasta triviales, sin asistencia de la mujer.

Este Colegio entiende que no puede ser así; que para asegurar más ventajas á la mujer, no debe privarse al marido de su dignidad y de sus derechos, como jefe y cabeza de familia.

No es equitativo ni conveniente, extremar más el derecho de viudedad. Esta no debe subsistir sobre los bienes necesarios para pagar las justas obligaciones del marido; y no solo deben aplicarse á ellas los bienes que le són propios, sino en primer término, y ante todo, como ahora sucede, los bienes comunes y gananciales, muebles ó sitios, pues de otra suerte, la sociedad conyugal tendría

un carácter leonino, en que la mujer podría alcanzar gran beneficio, á la par que el marido ó sus sucesores, quedaran totalmente arruinados. Esto no es admisible en justicia.

En cambio, parece oportuna y conveniente la ampliación de la viudedad, á los bienes muebles, como sucede en Navarra, toda vez que no hay razones de peso que abonen la diferencia; y ya que nó por Fuero, se concede generalmente en capítulos, y sino en testamento.

Las disposiciones que para seguridad de los bienes se proponen en el capítulo siguiente, son muy acertadas.

También es digna de aplauso la declaración de que los ascendientes son herederos forzosos en defecto de descendientes; y que se otorgue igual beneficio, en proporciones prudentes y moderadas, á los hijos ilegítimos.

Era indispensable fijar la parte de libre disposición del padre cual lo hace el artículo 68, supliendo así el silencio de los Fueros: más parece expuesto á equívocos el denominar *legítima* á los cuatro quintos de sucesión forzosa para los hijos. En las provincias no aforadas, no ofrece inconveniente, porque el derecho de legítima se confunde con el derecho á la herencia, ya que *todos los hijos son herederos*. Por el contrario, en Aragón, donde generalmente el heredero es *único*, la legítima, lo mismo en la acepción técnica, que en la vulgar, no es más que el derecho á algo, no fijo, sino mayor ó menor, según place al padre: es sólo derecho á un legado forzoso.

La palabra *legítima*, pues, tendría dos distintos significados: el de la herencia total, y el de la parte mínima que se deja á los hijos no instituidos herederos.

La cuestión como se vé, no es más que de nombre; pero por poco que se reflexione, se comprenderá la utilidad de evitar dudas y ambigüedades, sobre todo tratándose de materia tan grave é importante.

Parecen aceptables las limitaciones que se establecen en los artículos 74 y 82 sobre renunciaciones después del matrimonio, y viudedad en segundas nupcias; y el 90 sobre pérdida del derecho de viudedad podría adicionarse con las causas núm. 2.º, 4.º y 8.º del artículo sin número que condicionalmente se propone al pié de la página 50, pues el abandono por la mujer del domicilio conyugal, el del cónyuge gravemente enfermo, y la negativa de alimentos precisos, merecen con justicia aquella pena.

La difícilísima materia de los *casamientos en casa*, peculiar del Alto Aragón, que desarrollan los artículos 92 y 93, podría completarse en justa protección á los hijos del primer matrimonio, y para evitar los grandes abusos que en aquella se observan, prohibiendo en absoluto: 1.º la prórroga del usufructo al segundo cónyuge del viudo ó viuda del dueño de la casa: 2.º el aseguramiento sobre los bienes de la propia casa, del dote aportado por dicho segundo cónyuge, á menos de que se hiciera con intervención y anuencia expresa de los parientes que menciona el art. 93: y 3.º la obligación que suele imponerse á la propia casa, de dotar á los hijos del 2.º matrimonio. Este debería quedar extre-



chamente obligado á conservar los bienes muebles y sitios á los hijos ó sucesores del propietario, en el estado que tuvieran al contraer el segundo enlace, formando inventario y dando caución, si el viudo ó viuda no lo hubiese hecho antes para la debida seguridad de los mismos.

En esta forma, los bienes de los hijos del primer matrimonio, del dueño ó dueña de la casa, quedarían á salvo; y el segundo matrimonio, tendría: Primero, el usufructo con la correspondiente carga de alimentos. Segundo, los gananciales que adquiriera. Y tercero, la disposición de sus dotes, cuando concluyera el usufructo prorrogado.

No hay que aspirar á que los hijos del primer matrimonio tengan parte en las ganancias, sino solamente á que *conserven íntegros y sin merma alguna sus bienes*. Esas ganancias no existirían sino en el caso de usufructuar un patrimonio pingüe, y de ser los segundos cónyuges de una moralidad verdaderamente excepcional en estos tiempos: y esa doble coincidencia será rarísima, si es que alguna vez existe, y no hay que tenerla en cuenta.

El artículo 94 que parece algún tanto influido por las ideas positivistas del siglo, debería al menos contener la opción del viudo á conservar en todo caso el disfrute de la casa habitación del difunto, con todo el moviliario y los demás bienes anejos que hubieren usado los cónyuges, personalmente, durante el matrimonio. No debe olvidarse que el beneficio de la viudedad no se concedió solo por sus ventajas pecuniarias, ó por fortalecer la autoridad de viudo sobre los hijos, cuando los hay. Tanto como éstas consideraciones, debió tenerse presente el consuelo dado al cónyuge que sobrevive, con la conservación del hogar común, testigo de la felicidad doméstica; con el disfrute de todos aquellos objetos ligados de manera indestructible á recuerdos muy caros y á afecciones dignas de todo respeto, que no pueden menospreciarse ó darse al olvido.

Salvando estos motivos el artículo sería aceptable, como lo son generalmente los demás del capítulo, en que se introducen nuevas y acertadas reglas sobre inventarios y fianzas, reparos, mejoras, etc. etc.

## LEGÍTIMAS

Tres son los sistemas que propone el ilustrado autor de la Memoria, para determinar las legítimas de los descendientes. El primero, inspirado en el principio de libertad civil y en las fuentes de nuestro derecho histórico y de las costumbres tradicionales; es decir, el que hoy día vive, con algunas modificaciones. El segundo muy semejante al de Cataluña, pues apenas se observa otra diferencia sustancial sino que, los tres cuartos de libre disposición del padre catalán se reducen á un cuarto, convirtiéndose en mejora de descendientes los dos cuartos restantes. El último puede decirse que es el primero mismo, apli-

cado á los bienes patrimoniales, acompañado de la libertad absoluta de Navarra, para los bienes industriales del testados.

Este último, que realmente es simpático y razonable, y además tiene precedentes jurídicos muy estimables, presenta el inconveniente de ahondar aún más las diferencias que actualmente nos separan de la legislación castellana, y no es por ello presumible que obtuviera la sanción del Poder legislativo. El segundo sobre ser exótico á este país, y romper con sus tradiciones y costumbres, no presenta ventajas positivas y *líquidas*, que aconsejen un cambio de tanta trascendencia. Y por esto, el Colegio de Huesca, consecuente con su criterio de mantener nuestro derecho antiguo de sucesión, mientras que razones de verdadero peso no justifiquen innovaciones, se decide por el primero; tanto más, cuanto que, con la adopción de algunas disposiciones de detalle, puede quedar notablemente mejorado.

Desde luego y entre las que el digno y muy competente autor de la Memoria, propone, este Colegio acepta como buenas las siguientes:

1ª La del artículo 103, que prohíbe señalar á los hijos del segundo matrimonio, mayor parte de la herencia, que al hijo del primero que hubiere recibido menos. Esta limitación, comprendiendo al segundo cónyuge mismo, rige hace siglos en las provincias hermanas de Cataluña y Navarra, por las Leyes, *Femina*, y *Hac edictali Cod. De secund. nupt.* ¡Tan antigua es la creencia de que conviene proteger á los hijos del primer enlace, contra los extravíos del egoísmo y de las pasiones que nacen con frecuencia de las segundas nupcias!

2ª El derecho consignado en el artículo 104 á completar la legítima, en lo necesario para constituir dote á las hijas, y dar alimentos á los hijos, mientras se hallan imposibilitados de procurárselos con su trabajo. Propiamente, no hay en ello innovación alguna, toda vez que, por los Fueros 1.<sup>º</sup> *De exheredatione filiorum* y el de 1626 *Concordias en Censales*, los padres están obligados á dotar á sus hijas, á no ser que se casaren contra su voluntad, distinción que no es para olvidada; y es no sólo obligación civil, sino precepto riguroso de derecho natural, el dar alimentos á los hijos que no pueden adquirirlos con su trabajo.

3ª La declaración que hace el artículo 117, sobre la facultad del testador para delegar en otras personas, la distribución de sus bienes, no sólo en capítulos y testamento, sino en otro acto inter vivos, salva siempre la última voluntad.

El precepto es oportunísimo; pues la tendencia capital que se observa en el Alto Aragón, la aspiración más persistente, es la de evitar el intestado, y con él la división del patrimonio, generalmente pequeño, al cual se hallan vinculados los destinos de la familia. A huir este peligro conduce la antigua costumbre de pactar dicha facultad en capítulos, y cuando nó, concederla en testamento; pues aún teniendo hijos en el momento de otorgarlo, no conviene á menudo hacer una institución prematura de heredero, que podría recaer en hijo joven, que demostrára más tarde no ser conveniente para la casa.

Aunque la costumbre no estaba fundada en ley escrita, obtuvo sin embargo la sanción de la jurisprudencia; y ahora, que el Código civil prohíbe el testamento por comisario, y sólo permite conceder en capítulos la facultad de que se trata, al consorte viudo (art. 831) era de toda necesidad incluir el artículo de que se trata, en el futuro Código Aragonés. Este Colegio sin embargo, le haría con gusto una adición; cual es, prohibir absolutamente el usar de la facultad mencionada, al cónyuge que hubiese contraído segundas nupcias; pues la experiencia nos enseña que abusan casi siempre del hijo que designan como heredero, imponiéndole *á cambio*, condiciones honerosísimas, en exclusivo beneficio del segundo matrimonio y de sus descendientes.

Y 4.<sup>a</sup> También es digno de todo encomio el artículo 119 y sus concordantes, que declaran á los padres herederos forzosos, no solo de los bienes que los hijos recibieron á título lucrativo de ellos, sino de los dos tercios de los restantes. Por cierto que el art. 812 del Código, amplía aún el precepto en forma razonable y conveniente, por lo que hace á los bienes dados por el padre.

Este Colegio aplaudiría se admitiera el art. 812, tal cual está redactado: y de todos modos se felicitará, no ménos que el digno autor de la Memoria, de que el derecho Aragonés, deje de estar, por lo que hace á la sucesión de ascendientes, en pugna abierta con las reglas que la razón, y la propia naturaleza, ha impuesto á todos los pueblos civilizados.

Entre tanta y tan feliz conformidad de pareceres como halla esta Corporación, con el título que se examina, surge sin embargo, una nota discordante, cuál es la facultad que reconoce á los hijos, de pedir suplemento de legítima señalada por padre ó madre, que se desarrolla en los arts. 105 al 115, con tendencia á atribuirles una parte proporcional y crecida de toda la herencia. Estos artículos violan y hasta destruyen el principio de libre disposición de bienes entre los hijos, consagrado en los fueros *De Testamentis* y otras disposiciones: serían gérmen de profunda perturbación en el seno de innumerables familias, pues á cada paso se suscitarían reclamaciones de hijos, que *creerían* no ser proporcionada su legítima al haber paterno, y harían comparaciones entre la misma y los bienes que quedaban al heredero: disminuirían la autoridad doméstica, introduciendo entre padres é hijos intervenciones superiores y extrañas; y concluirían con esa admirable unidad y disciplina, bien peculiar y signo característico de la familia aragonesa.

Y no cabe decir que dichos artículos tienen apoyo en la Jurisprudencia, pues que si la hay antigua favorable, también existe moderna que es contraria; y en esta provincia, por lo menos, se considera tan indiscutible la omnipotencia del padre, para disponer de sus bienes entre los hijos, que no se vé un caso en que se reclame suplemento de legítima señalada por los padres: ni tampoco que el principio ya queda violado, admitiendo el art. 104, pues que los casos que éste comprende, son limitadísimos, muy precisos y virtualmente están comprendidos en el cuerpo de la legislación actual.

Por ello, este Colegio entiende que, es de capitalísimo interés mantener en todo su rigor, sin distingos ni tergiversaciones, las disposiciones del Fuero, el

*quantum eis placuerit*; abrigando la firme convicción de que, las demás Corporaciones llamadas á dar su ilustrado parecer, sobre la Memoria de que se trata, no cejarán en la defensa de esta libertad, de este derecho importantísimo, tal vez el más preciado entre todos los que disfrutaban los hijos de este noble país.

Entiéndase bien, no obstante. Esta facultad libérrima, sólo se concede por Fuero á los *padres*. En ellos concurren especialísimos motivos que la justifican, que aquí por sabidos no es necesario consignar, y que ciertamente no pueden reconocerse en ninguna otra persona. Así es que, sino són los padres los que han señado la legítima, sino que por falta de los mismos, ó de disposición suya, la determina el hermano ó sobrino heredero, ú otra cualquier persona, pariente ó no pariente, éste Colegio admite la reclamación de suplemento, para que la legítima sea proporcional al *haber y poder de la casa*; y conceptúa que, á nadie mejor que al Consejo de familia, puede concederse jurisdicción para resolver la contienda.

## SUCESIÓN INTESTADA

Es una positiva mejora, la que introduce el artículo 157, admitiendo el derecho de representación en los sobrinos, para suceder juntamente con los hermanos, según ya prescribe el art. 925 del Código.

La sucesión de colaterales se extendía de antiguo sin límite de grado: quedó reducida al 10.º por la Ley de 10 de Mayo de 1835, y el Proyecto, al igual que el Código civil, pretende disminuirla hasta el 6.º.

Esta Corporación entiende que lo primero era demasiado, y lo que se propone es poco; y que sería más conveniente fijarla en el 8.º, toda vez que en él se conservan relaciones de parentesco. Además hay otra razón poderosa. Nadie dudará, cualesquiera que sean sus creencias, de la prudencia y sabiduría que inspiran la legislación canónica: y si la Iglesia católica, que es la del Estado, conceptúa que el cuarto grado de su computación (que alcanza el 8.º civil) el vínculo de la sangre, tiene aún bastante fuerza para impedir el matrimonio, justo es que se anteponga este vínculo y parentesco al Estado, y aún á la Beneficencia intervenida por la Administración pública, entre cuyas manos, por torpeza ó por malicia, casi todo se malbarata ó se pierde, según la experiencia diaria nos enseña.

No es de presumir que ningún hombre acaudalado, muera sin testamento y en las condiciones del núm. 4.º art. 159, teniendo que sucederle la Beneficencia local, provincial ó del Estado. Es caso sin embargo no es imposible: y en previsión del mismo, podría fijarse en cinco pesetas el tanto de una peseta por habitante, que menciona el art. 160, si es que han de socorrerse de una manera eficaz las necesidades transitorias de que habla el 161; y por lo ménos de diez pesetas por habitante, si hubiera de establecerse alguna institución útil, que hiciera partícipes del beneficio, á las generaciones futuras.

## CONTRATOS

Adoptado en Aragón el principio de la libertad de contratar, en cuanto no sea imposible ó contrario á derecho natural, los Fueros dejan casi en cuadro las disposiciones concretas á las diversas convenciones, salvo el matrimonio, supliéndose el silencio, respecto á lo demás, con los preceptos del derecho de Castilla.

Ello no obstante, existen algunos particulares ó distinciones que por regla general deben conservarse, pues son notables por su sencillez, energía y eficacia: y aunque este Colegio no deja de comprender, que la recopilación no puede formar un cuerpo harmónico, de composición correcta y ordenada, por lo mismo que se trata de preceptos aislados; también opina que á dificultades de *forma*, no deben jamás sacrificarse intereses y derechos que afectan al *fondo* de las cosas; y que por lo mismo, son de subsanar las siguientes omisiones:

*En el contrato de matrimonio ó Capítulos matrimoniales.* El interesantísimo extremo de la comunidad de bienes muebles: pues si bien puede pactarla el que le convenga, así los contratantes como los Notarios, saben que hoy día no necesitan hacerlo, porque la Ley ya la establece. La convicción ó creencia general encarna en las costumbres, y éstas no deben violentarse, sin motivos muy graves, que aquí no existen. La comunidad es á menudo beneficiosa; excusa la liquidación de la sociedad conyugal, con todos sus inventarios, tasaciones, adjudicaciones etcétera etc.; pues todo se reduce á la partición por mitad de lo que existe; y ello aparte, el que no la quiera, puede llevar sus muebles al matrimonio en calidad de sitios, según se hace ahora, y las cosas se adaptan igualmente á la conveniencia de todos, sin alterar en lo más mínimo su actual estado.

También puede mantenerse el precepto del Fuero 5.<sup>o</sup> *De Jure dotium*, sobre pérdida del dote caso de adulterio; prescindiendo del caso de pérdida también, por parte de la viuda (Fuero 1.<sup>o</sup> de la misma rúbrica) que no parece tan justificado.

Sin perjuicio, el tipo de 1.000 pesetas fijado por el art. 173, para las cartas matrimoniales, cuando no se aportan inmuebles, podría elevarse á 2.500, en igual forma que determina el art. 1324 del Código civil.

## COMPRA VENTA

La animosidad de algunos comentaristas, contra el retracto gentilicio, que presentan como odioso, sin fundado motivo, ha conseguido borrarlo de las páginas del nuevo Código. Este Colegio entiende que, si el concienzudo autor del proyecto que nos ocupa, hubiese tenido de ello noticia cierta, no habría dejado de consignar en él, el antiguo derecho de *saca*, que regulan los Fueros *De comuni dividundo* y las Obs. *De consortibus ejusdem rei* y *De generalibus privilegiis*.

Tenemos opción á conservarlo, y así lo reconoce el Título preliminar del Código civil. Conviene conservarlo, supuesto que obedece á motivos plausibles, generalmente sentidos, pues casi todas las legislaciones lo han admitido, arrancando su origen de remotísima antigüedad, ya que se hallan precedentes del mismo, hasta en las leyes primitivas del pueblo hebreo. Cuando una institución se presenta con esos caracteres de antigüedad y generalidad, bien puede asegurarse que no es fruto de opiniones circunstanciales y transitorias, y que su existencia satisface una necesidad, ó por lo menos, una conveniencia real y positiva.

Tampoco el retracto convencional debe sujetarse á las innovaciones que en él ha introducido el Código. Antiguamente se consideraba perpétua la acción que del mismo se deriva, habiendo después quedado reducida á treinta años, como mixta (Fuero 6.º *De prescriptionibus*) cuando el Tribunal Supremo de Justicia admitió la doctrina de la prescriptibilidad de todas las acciones. Una nueva reducción á cuatro años, y como máximo obligatorio, á diez, conforme dispone el art. 1251 del Código civil, infringe el principio de libre contratación que antes acepta en el 1255; y teniendo en cuenta que, la venta de fincas á pacto de retro, se hace casi siempre por precio inferior al valor efectivo, el precepto del Código, será con mucha frecuencia una prima otorgada á los usureros.

Ni cabe defender el art. 1521 so pretexto de interés público (con el cual se atropellan tan á menudo los derechos particulares) en razón á que se dificultan las mejoras que tal vez hiciera el comprador, mientras se halla pendiente la condición resolutoria; pues sobre que estas mejoras, raras veces quiere hacerlas el adquirente, siempre resulta que éste como poseedor de buena fé, tiene derecho á su abono, y siendo así, no corre peligro al mejorar el predio.

## ENFITEUSIS

También varía el Código las circunstancias que provocan el comiso en la *enfiteusis*, en forma que no parece admisible. El dueño de una finca puede desahuciar al arrendatario, por falta de pago de un solo plazo de alquiler; pero en la enfiteusis, que es una especie de arrendamiento perpétuo, no basta para el comiso la falta de pago en tres años consecutivos, sino que además, es necesario dirigir al enfiteuta requerimientos oficiales, y esperar un nuevo plazo de treinta días. Así lo disponen los arts. 1648 y 1649 de la nueva legislación civil, que protege en demasía al enfiteuta, á costa de los derechos del señor directo, que son los reales y positivos, pues aquél no tienen ninguno para disfrutar gratis el bien ajeno.

Por esta razón, el Colegio de Huesca, interesa también que se sostenga la disposición del Fuero *De jure emphyteotico* y la Obs. 23 *De generalibus privilegiis*, no exigiendo tampoco, como no se exige ahora, requerimiento alguno, para que tenga lugar el comiso, por aquello que, el sólo vencimiento de la pensión, ya requiere y apremia al pago.

## FIANZA

Otra prueba hallarémos en este contrato, de la singular eficacia que distingue al derecho foral. Así hace más estimable la garantía de la fianza, permitiendo al acreedor (Obs. 3 *De fideiussoribus* y 15 *De generalibus privilegiis*) dirigirse indistintamente contra deudor ó fiador, cuando no hay hipoteca especial. El fuero 7.º *De fideiussoribus*, por otra parte, ampara más al fiador, contra un deudor de mala fé, que el número 2.º art. 1843 del Código. Estas y otras reglas del contrato, ya se vé que no alcanzan gran trascendencia; pero sí son más perfectas que las del Código castellano ó común, no hay razón plausible para abandonarlas.

## PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES

Este Colegio estima más conveniente conservar la prescripción de 20 años, consignada en nuestros Fueros, para las acciones personales, sin término especial, que el nuevo Código con harta ligereza, ha reducido á 15: opone también reparos á la nueva prescripción de cinco años que aquél establece en el art. 1966, especialmente por lo que hace á arriendos y pensiones del censo: y finalmente opina que, debe subsistir el precepto de la Obs. 8.ª *De præscriptionibus*, en cuanto se refiere á asignaciones de dote, comprendiendo en debida forma las legítimas, pues á menudo no se reclaman hasta después de 20 y más años, no obstante ser exigibles antes, porque los legitimados prefieren continuar viviendo en la casa paterna.

Y este Colegio deja de ocuparse de otros varios particulares de ménos importancia, toda vez que su propósito se reduce, á llamar brevemente la atención de las ilustradas corporaciones que directamente ó por vía de información, han de intervenir en el Proyecto definitivo de codificación aragonesa, sobre los puntos que ofrecen más interés; y exponer la conveniencia suma de que se conserven sustancialmente, las instituciones y costumbres seculares de este antiguo Reino.

Huesca 23 de Octubre de 1889.

El Decano,  
Lic. Mariano Vidal,

Nota: El anterior informe, fué aprobado por el Colegio, en Junta general de 28 de Octubre de 1889.

## 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) INFORME ANUAL DEL JUSTICIA DE ARAGÓN - 1995**

El Justicia de Aragón ha publicado su Informe Anual correspondiente a 1995 en dos tomos. El Informe había sido presentado a las Cortes de Aragón en el mes de marzo de 1996 y publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón nº 39, de 3 de mayo del mismo año.

En el primero de los volúmenes se incluye el Informe ordinario de la Institución, siguiendo el esquema de años anteriores de modo que, tras un examen general del funcionamiento de la Institución, se analiza la actividad realizada en cumplimiento de las tres funciones encomendadas por el Estatuto de Autonomía:

- protección y defensa de los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos
- tutela del ordenamiento jurídico aragonés
- defensa del Estatuto de Autonomía

En total, se han abierto a lo largo del año 1.169 expedientes, siendo las materias cuantitativamente más relevantes las de Función pública y Hacienda. Las irregularidades detectadas en la actuación de las diversas Administraciones Públicas han dado lugar a la formulación de 70 Recomendaciones, Sugerencias y Recordatorios de deberes legales, de los cuales se han aceptado 44, siendo rechazados tan sólo 9.

Como asuntos más relevantes pueden citarse las Recomendaciones realizadas a la Diputación General de Aragón en ejercicio de las funciones de tutela del ordenamiento jurídico aragonés para que modifique el Decreto 79/1995, regulador de la declaración de desamparo y los instrumentos de protección de menores previstos en la Ley 10/1989 y el Decreto 83/1995, sobre fomento de empleo. Asimismo, y en el ejercicio de las funciones de defensa de los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos, pueden destacarse las diversas Recomendaciones efectuadas a la Diputación General de Aragón para el establecimiento de discriminaciones positivas para los mayores de 45 años en situación de desempleo, y los Informes sobre la O.R.A. y el acceso a la profesión de Abogado.

En el segundo tomo, denominado «Informes y Estudios Especiales», se incluye el informe sobre el estado de observancia, aplicación e interpretación

del Derecho aragonés, exigido por el artículo 32 de la Ley reguladora de la Institución. La estructura del mismo es idéntica a la del año anterior, distinguiendo tres grandes áreas: Constitucional, Derecho Civil y Derecho Público. Como aspectos más destacados podemos mencionar la reseña, siguiendo la sistemática de años anteriores, de 61 sentencias civiles dictadas por los Jueces y Tribunales españoles con aplicación del Derecho civil aragonés; y la inclusión de un listado de los libros y artículos sobre Derecho civil aragonés publicados a lo largo de 1995.

También se incluye el informe sobre la situación de los menores en Aragón (exigido por el artículo 6 de la Ley de Cortes de Aragón 10/1989, de 14 de diciembre, de Protección de Menores).

Este segundo tomo incorpora, finalmente, los estudios realizados por las becarias de la institución, doña María Julve (La protección de menores: hacia un marco legislativo integral) y doña María Biesa Hernández (A propósito de la legítima foral), así como tres Informes especiales realizados por la Institución: Informe sobre el acceso a la abogacía; Informe sobre la situación del Voluntariado Social en Aragón, e Informe sobre la O.R.A.

## **B) SEMINARIO DE JURISPRUDENCIA CIVIL ARAGONESA**

Durante el primer semestre del año 1996, la Cátedra «Miguel del Molino» de la Institución «Fernando el Católico» ha celebrado tres seminarios de jurisprudencia civil aragonesa.

En la primera sesión, celebrada el 12 de febrero, se comentó la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13 de junio de 1993. La ponencia estuvo a cargo de D. Jesús Delgado Echeverría, Catedrático de Derecho civil y del Sr. Burbano Casado, Registrador de la propiedad.

El punto principal de debate de esta sentencia giró en torno a la Junta de parientes, pues en el caso de autos se plantea la nulidad, por defecto de constitución, de lo actuado por la junta de parientes al ejecutar una fiducia sucesoria.

La segunda sesión tuvo lugar el 15 de abril y en esta ocasión fue objeto de comentario la sentencia de Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1995, sentencia en la que se plantea un interesante problema en relación a la vivienda familiar, y se reabre la aplicación o no en Aragón del art. 1.320 Cc.

Los ponentes en esta sesión fueron don Alfredo Sánchez-Rubio García, Profesor Titular de Derecho civil y D. Francisco Curiel Lorente, Registrador de la Propiedad.

La tercera y última sesión tuvo lugar el 20 de mayo, y en esta ocasión se comentó el Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 24 de diciembre de 1992, en el que los problemas que se plantean giran en torno al art. 46 de la Compilación y sus diferencias con el art. 1373 del Código civil con los problemas de índole registral que plantea el embargo de bienes comunes por deudas privativas de uno de los cónyuges.

Los ponentes de esta sesión fueron don José Ignacio Medrano Sánchez, Magistrado y don Fernando Curiel Lorente, Registrador de la propiedad.

### **C) CICLO SOBRE «FUENTES Y LEGISLACIÓN ARAGONESA»**

Durante los pasados meses de mayo y junio se ha desarrollado en la nueva sede del «Centro de Estudios Registrales de Aragón», dependiente de la Asamblea Territorial de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de esta Comunidad, un Ciclo sobre «Fuentes y Legislación aragonesa». A lo largo de cuatro sesiones, intervinieron: el Catedrático de Derecho Civil, don Jesús Delgado Echeverría, sobre «Fueros y Observancias del Reino de Aragón»; el propio profesor Delgado y don Jesús Morales Arrizabalaga, Profesor Titular de Historia del Derecho, sobre «De la Nueva Planta a la Codificación»; don Ricardo Giménez Martín, Notario y don José Luis Batalla Carilla, Registrador de la Propiedad, sobre «Apéndice y Compilación» y don Antonio Embid Irujo Catedrático de Derecho Administrativo, sobre «Derecho público aragonés con especial consideración de sus aspectos civiles». El Ciclo, al que asistieron un buen número de distintos profesionales jurídicos, tuvo como finalidad, plenamente lograda, la de aproximarse a los orígenes de nuestro peculiar Derecho y familiarizarse con sus textos más expresivos.

## **BIBLIOGRAFÍA**

## A) RECENSIONES

VICARIO DE LA PEÑA, Nicolás, *Derecho consuetudinario de Vizcaya. Observaciones al proyecto de Apéndice del Código civil para Vizcaya y Álava*. (Comentarios a las observaciones del Sr. Vicario y cuidado de la edición por Itziar Monasterio Aspiri), en «Colección de Textos forales (Fororum Agirien Bilduma)», vol. V, Bilbao, 1995, (554 páginas).

### I. PRESENTACIÓN DE LA OBRA: LAS PARTES QUE COMPONEN ESTE V VOLUMEN DE LA COLECCIÓN DE TEXTOS FORALES

La Diputación Foral de Vizcaya en colaboración con la Universidad de Deusto emprendió hace unos pocos años una labor digna de elogio: crear una *Colección de textos forales*. Con ella se quiere recuperar (para propiciar su estudio) los ya derogados textos del fuero (el Fuero viejo de 1452, el Fuero nuevo de 1526, y otros) y editar la nueva doctrina vasca que se está formando en las Universidades, pero también reeditar la doctrina vasca histórica.

Este volumen, que pretendemos presentar y comentar, es el V de esta Colección de textos forales, que se incardina dentro del objetivo de reeditar la doctrina foral vasca histórica —la impropriamente llamada muchas veces «clásica»—.

Para ello se ha elegido en esta ocasión parte de la obra de Nicolás Vicario (nacido en Carranza en 1866 y fallecido en la misma en 1941). Autor de especial relieve que dedicó varios años de su vida al estudio del Derecho consuetudinario en Vizcaya así como a otros estudios siempre en relación con las provincias vascongadas. De Nicolás Vicario se puede decir objetivamente que fue un hombre de gran talento, de esos hombres universales de los que cada día van quedando menos, tal vez porque la coyuntura de los tiempos —la especialización de la especialización— así lo exija. Tal es así, que a sus veinticinco años —ya licenciado y doctorado en Derecho, y habiendo obtenido sendos premios extraordinarios en cada uno de los grados— aprobó las oposiciones a notarías, judicaturas y registros.

Antes de pasar a comentar este libro, y presentado ya a su autor, conviene que exponamos el contenido que presenta este V volumen de la Colección de textos forales. En él cabe distinguir tres partes bien diferenciadas.

En primer lugar, la reedición de la obra de Nicolás Vicario, que responde al título de *Derecho consuetudinario de Vizcaya*, memoria que dicho autor presentó en 1897 a la Real Academia de ciencias morales y políticas, abordando el tema propuesto por la misma en relación al Derecho consuetudinario y la economía popular. Por esta memoria el Sr. Vicario obtuvo el segundo premio en el primer concurso especial. Posteriormente, esta obra fue editada en Madrid en 1901 (por la Imprenta del Asilo de huérfanos del Sagrado corazón de Jesús).

La segunda parte, inédita hasta la fecha, son las *Observaciones al proyecto de Apéndice del Código civil para Álava y Vizcaya de 1900*,<sup>1</sup> formuladas por Nicolás Vicario a la Comisión especial de Vizcaya en el período de información pública que se abrió una vez recibida la Real orden del Ministerio de Gracia y Justicia fechada en Madrid el 10 de noviembre de 1899.

La tercera, y última parte de la obra, son los *Comentarios a las Observaciones que formuló don Nicolás Vicario de la Peña al Proyecto de Apéndice al Código civil de 1900*, realizadas por la Dra. Itziar Monasterio Aspíri, profesora de Derecho civil en la Universidad de Deusto.

Las tres partes de la obra están amparadas, en la parte final del volumen, por un completo índice que aborda perfectamente la materia acotada en cada una de las partes.

## II. DERECHO CONSUECUDINARIO DE VIZCAYA

Como ya hemos advertido esta primera parte del volumen V de esta Colección reedita la obra de Nicolás Vicario así titulada. Obra compuesta por 341 páginas, más un mapa en el que se localizan las costumbres analizadas a lo largo de la memoria y el correspondiente índice de la obra, que aparece al final del volumen.

La reedición de esta obra de Nicolás Vicario presenta una gran importancia para el Derecho vasco, y ello por varios motivos.

Por un lado, es importante porque este trabajo versa sobre la costumbre, que ha sido históricamente la primera fuente del Derecho, pero sobre todo porque recopila las costumbres vigentes a finales del siglo XIX, es decir, recoge —como así afirma Itziar Monasterio, encargada de esta edición— lo más genuino y reciente del Derecho foral, en un momento en el que el sistema no se había visto afectado de forma sensible por el centralismo codificador.

Por otro lado, y a lo creo, la reedición de esta obra es en todo punto acertada, si se tiene en cuenta —como veremos— que el Proyecto de

---

<sup>1</sup> El texto del proyecto de Apéndice de 1900 puede consultarse en el tomo I de esta colección, titulado «Legislación foral de Bizcaia», 1991, p. 429 y ss.

Apéndice para Vizcaya y Álava de 1900 no tuvo en cuenta la costumbre como fuente del Derecho y tampoco se atendió a las instituciones consuetudinarias que de verdad regían y se aplicaban entre los vascongados. Y ello es en verdad relevante si resulta que ese proyecto —aunque nunca vigente— tiene el valor de precedente inmediato en el que se inspiró la Compilación de Álava y Vizcaya de 1959 e incluso, aunque en menor medida, la vigente Ley civil foral del País Vasco de 1992.

Por ello, si en el proyecto de Apéndice se muestra una grave ausencia de instituciones consuetudinarias, esta obra de Nicolás Vicario, podría jugar como antecedente, desde el punto de vista de política legislativa, para recuperar las instituciones vizcaínas en toda la pureza de su aplicación. Con estos datos, la regulación actual de la instituciones sería siempre mucho más correcta, y ello, no porque necesariamente se hayan de recuperar todas las instituciones tal y como entonces se aplicaban, sino porque conociendo su aplicación a las situaciones y necesidades de entonces, sí se pueden trasladar a las necesidades vigentes con las adaptaciones que sean necesarias, manteniendo así la conservación, modificación y desarrollo de estos llamados Derechos civiles, forales o especiales, consiguiendo su evolución.

Justificada la importancia de la obra, merece ahora la pena describir las partes de que consta esta memoria; esto es, los grandes temas que en la misma se analizan.

En primer lugar, la obra tiene un título preliminar dedicado a la costumbre. En esta parte el autor destaca la importancia de la costumbre como primera fuente del Derecho.

A través de ella se crea el fuero, y posteriormente, en virtud de la misma se va corrigiendo aquél, consiguiendo que las instituciones que van quedando arcaicas sean fruto de renovación y adaptación a las necesidades imperantes en cada momento.

Señala también, y ello es importante, la vigencia en Vizcaya de la costumbre *contra legem*, realidad tradicional en este territorio que seguía en vigor, pues a ello no se opuso el art. 12 del Código civil

La segunda parte de la obra, denominada por el autor «Sección primera» aborda el tema de la familia vizcaína, y de forma especial atiende a las asociaciones familiares, institución de carácter consuetudinario, que precisamente por serlo, como luego veremos, no fue regulada en el Proyecto de Apéndice de 1900.

El autor señala que los principios básicos del Derecho vizcaíno se asientan en dos grandes pilares: la troncalidad y la libertad de testar, añadiendo que las asociaciones familiares sirven de base para que ambas instituciones sean realizables.

La asociación familiar en Vizcaya equivale, si bien con diferencias, a la sociedad familiar —estipulación capitular pluralidad, o régimen económi-

co supraconyugal<sup>2</sup>— que se adopta en las capitulaciones matrimoniales altoaragonesas con ocasión del pacto sucesorio celebrado en el documento capitular.

El mismo espíritu que en Aragón rige los pactos sucesorios es el que rige también en la asociación familiar vizcaína: el mantenimiento del patrimonio en una sola mano sin proceder a su división.

El autor explica como se desarrolla esta institución, y haciendo especial referencia a las capitulaciones matrimoniales —contrato matrimonial, como así se denomina en Vizcaya—; señala que en dicho documento notarial se acuerda la donación del caserío a uno de los hijos, reservándose los donantes el usufructo vitalicio de la mitad, y obligando al hijo donado a trabajar para «la casería» y a dotar al resto de los hermanos solteros que quedan en la misma —para cuando tomen estado o emigren bien a otras partes de España bien a ultramar— en las porciones o cantidades establecidas por el donante. Se documenta también en dicho instrumento la aportación dotal del cónyuge que, casado con el donado, se asocia al caserío, invirtiendo esa dote en el pago de las dotes del resto de los hijos del caserío. Igualmente se atiende a las causas que pueden dar lugar a la ruptura de la convivencia —para el caso de no congeniar—, señalando cómo habrá de disolverse la asociación, aunque, por regla general, esta separación no da lugar a la revocación del nombramiento de heredero.

El autor sigue describiendo costumbres que regulan instituciones semejantes a las que nosotros conocemos en Aragón. Así, y entre otras, el poder testatorio que los cónyuges que se casan se prestan recíprocamente para poder elegir sucesor del patrimonio o distribuir los bienes del premuerto, semejante a la fiducia sucesoria aragonesa. Igualmente se refleja un parangón con la sociedad conyugal continuada, estableciéndose, para el caso de que fallezca uno de los cónyuges, una suerte de sociedad conyugal continuada con los hijos del matrimonio, teniendo el gobierno de la misma el cónyuge superviviente. En concreto, indica el autor, que la hermandad y compañía existente con entre los cónyuges, seguirá entre el superviviente y los hijos del matrimonio.

En la sección segunda analiza el Derecho de propiedad reflejado a través de las costumbre vascas. En esta sección explica la regulación de las plantaciones de árboles, aprovechamiento de los montes, y servidumbres peculiares vizcaínas como, por ejemplo, las servidumbres de reyedra y de antuzano.

---

<sup>2</sup> En relación a esta materia y para Aragón, puede consultarse mi monografía *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, Institución «Fernando el Católico», DPZ, Zaragoza, 1995. Por lo que hace a los pactos sucesorios en Vizcaya, en los que se establece esta asociación familiar vizcaína, vid. Itziar MONASTERIO ASPIRI, *Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno*, en «Colección de Textos forales», IV, edit. Diputación Foral de Bizkaia y Universidad de Deusto, Bilbao, 1994.



La sección tercera, comprende el Derecho hereditario. En esta parte se analizan el principio de la libertad de testar —atenuada— y la troncalidad vizcaína que se corresponde, según el autor, con el modelo de familia troncal —según la clasificación de Ley Play— en la que se pretende mantener el patrimonio indiviso de generación en generación.

La sección cuarta, y última, analiza el derecho de la contratación explicando la regulación de diversos contratos: los arrendamientos, las ventas de ganado en sus diversas modalidades (a sanidad, a prueba y a tiro cordel), la aparcería pecuaria, los juegos, las sociedades mutuas contra los riegos del ganado, las cofradías de pescadores, etc.

Como se desprenderse de la descripción realizada, la obra es una fuente inmensa del reflejo del Derecho civil vasco vivido efectivamente a finales del siglo XIX, y se observa, principalmente en el ámbito del Derecho de familia, similitudes con el Derecho aragonés, por lo que la comparación entre ambos Derechos, cómo método de trabajo, parece sumamente interesante.

### III. OBSERVACIONES LA PROYECTO DE APÉNDICE PARA ÁLAVA Y VIZCAYA

Una de las fases de la historia de la «llamada cuestión foral» se produce cuando a resultas de la Codificación civil, la ley de Bases de 1888 preceptúa en su artículo 6º la formación de Apéndices del Código civil en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existan.

Por lo que respecta a este territorio, se desarrolló el correspondiente proyecto<sup>3</sup>, —el primero en 1900—, que aunque no llegó a ser Derecho vigente, sí siguió las fases de tramitación pertinentes y, entre ellas, el período información pública, que aprovechó el Sr. Vicario para emitir la observaciones que estimó pertinentes. Con todo, la Comisión no contestó al Sr. Vicario, pero tampoco el proyecto llegó a cuajar.

Pues bien, Vicario procede, con la autoridad que le da el conocimiento del Derecho consuetudinario vasco, a dirigirse a la Comisión y formular la preceptivas observaciones.

El esquema que sigue para sus observaciones consiste en comentar los bloques o títulos que el proyecto incorpora sobre las instituciones vascas que, a juicio de la Comisión, se han de conservar e incorporar como Apéndice del Código civil.

---

<sup>3</sup> Al objeto de dar cumplimiento en la referida Ley de bases y proceder a la elaboración de los Apéndices forales, se constituyó por Real Decreto de 24 de abril de 1889 la Comisión especial de Codificación de Vizcaya, integrada en un principio por seis miembros. En relación con esta materia, puede consultarse la obra que comentamos, pp. 420 a 424.

### *Bibliografía*

Según señala Vicario el proyecto de Apéndice consta de dos libros: el primero referente a las disposiciones aplicables en Vizcaya y el segundo de las aplicables a Álava.

A su vez, el primer libro se subdivide 15 títulos, cuyos epígrafes son los siguientes:

- 1º. Del infanzonado o de la tierra llana.
- 2º. De la troncalidad.
- 3º. De los testamentos en general.
- 4º. Del testamento conjunto de marido y mujer.
- 5º. Del testamento por comisario.
- 6º. De la sucesión testada.
- 7º. Derechos de los hijos ilegítimos en la sucesión testada.
- 8º. De la sucesión abintestato.
- 9º. De las donaciones.
- 10º. De la comunicación foral de bienes.
- 11º. De los bienes dados para un matrimonio.
- 12º. De la compraventa y de las permutas.
- 13º. De las plantaciones.
- 14º. De las sepultura.
- 15º. De las prescripciones.

Antes de comenzar las observaciones al articulado que integra cada uno de los referidos títulos, el autor lleva a cabo una valoración general del proyecto.

En primer lugar observa que la Comisión especial de Codificación de Vizcaya no tuvo en cuenta ni la costumbre ni tampoco el Derecho consuetudinario vasco, reduciendo en mucho el Derecho vizcaíno.

Junto a lo anterior, el Sr. Vicario denuncia la falta de plan —de estructura— seguido por la Comisión para la redacción del proyecto, advirtiendo que hubiera sido mucho mejor acoger el esquema del Código civil. Así, se debería haber comenzado por un Título Preliminar, en el que se recogiese la costumbre y su valor en el Derecho vizcaíno, seguido éste en el orden de materias, por cuatro libros tal y como se hace en el Código civil. En ellos se deberían haber introducido la regulación de las instituciones que se han de conservar, como especialidad de este territorio para que, en lo no regulado especialmente, sea aplicable el Código civil, como Derecho común.

Sus críticas, además de motivadas y precisas, son ciertas, pues la configuración de este proyecto reduce y anquilosa el Derecho vizcaíno, sobre todo, porque siendo fiel al fuero, demasiado a juicio del autor, se acogen

figuras en desuso y se desatiende a la regulación de muchas instituciones en vigor, deducidas de la costumbre, que han modificado el fuero.

Esta última observación realizada por Vicario se encuentra, a lo que creo, en la línea señalada ya por LACRUZ y por DELGADO ECHEVERRÍA al afirmar ambos autores la importancia de que en el estudio de las instituciones forales se proceda rigurosamente a una periodificación de la histórica de su desarrollo<sup>4</sup>, pues de lo contrario pueden aparecer interpretaciones distintas que dificultan el conocimiento de la institución.

Un ejemplo de esta técnica usada por la Comisión —que limitadamente parece atender al Derecho formado en el siglo XVI, desatendiendo a la vitalidad de la costumbre— se encuentra en la regulación del testamento conjunto entre marido y mujer —similar, aunque con notables diferencias, a nuestro testamento mancomunado—, al suprimir de su regulación la posibilidad de que ambos cónyuges lo utilicen cuando no tienen descendencia, y permitiendo su utilización únicamente en el caso de matrimonio con hijos.

En este punto señala Vicario que la Comisión no ha tenido en cuenta el juego y uso real de esta institución, pues se da la circunstancia de que el testamento conjunto lo utilizan los cónyuges que no tiene hijos, con la finalidad de favorecerse lo más que puedan al producirse el supuesto de hecho de la falta de descendencia. Por el contrario, añade Vicario, cuando el matrimonio tiene descendencia no recurre a esta forma testamentaria, sino que, en este caso, se utiliza al poder testatorio y generalmente al pacto sucesorio, esto es, a la donación en vida de la hacienda a uno de los hijos, al que eligen para vivir en la casa y compañía.

Como señala además Vicario, el origen de esta regulación tiene su causa en una errónea interpretación del fuero, llevada a cabo por la Comisión, según su parecer<sup>5</sup>.

#### IV. COMENTARIO A LAS OBSERVACIONES QUE FORMULÓ DON NICOLÁS VICARIO DE LA PEÑA AL PROYECTO DE APÉNDICE DEL CÓDIGO CIVIL DE 1900

Esta es ya la última parte de la obra, como ya advertí el comentario a las observaciones del Sr. Vicario se realiza por la doctora Itziar Monasterio Aspíri.

---

<sup>4</sup> LACRUZ BERDEJO, *Metodología del Derecho privado en Aragón*, en pp. 107 a 135 y DELGADO ECHEVERRÍA, *Introducción metodológica a los Derechos forales*, en curso de doctorado en la Universidad de Deusto en noviembre de 1989. Cfr. en la obra que estamos comentado, p. 458.

<sup>5</sup> En este punto es interesante consultar la observación realizada por Monasterio Aspíri en las páginas 456 y ss de esta obra, donde precisamente destaca la importancia de periodificar el estudio de las instituciones para interpretar correctamente la institución objeto de estudio. En efecto, la Comisión atiende a la interpretación del Fuero, sin tener en cuenta la evolución posterior de la institución, mientras que vicario analiza la institución tal y como se aplicaba por los particulares en 1900.

### Bibliografía

En esta parte, la autora de la observaciones y encargada de la edición de esta obra, valora muy positivamente la observaciones realizadas por Vicario y las relaciones con el Derecho vasco civil vigente, lo que da a esta obra un relieve positivo de especial importancia.

El esquema seguido por la autora consiste en comentar cada uno de los títulos del Apéndice «observados» por el Sr. Vicario, de esta manera comparando las observaciones del Sr. Vicario al Apéndice, con el fuero y la costumbre y con la regulación en el Derecho vigente.

Así, y por seguir el ejemplo del testamento conjunto, la Dra. Monasterio señala como en el momento de redactarse el Apéndice el testamento conjunto se utilizaba por los cónyuges que no tenían descendencia, pues en el caso de que la tuvieran, la sucesión se efectuaba en vida mediante el pacto sucesorio, y analiza a su vez el Fuero nuevo, Tit. XXI, en el que se regulaba este instituto, interpretando su sentido y analizando su evolución en épocas posteriores. Para finalizar señala la profesora Monasterio la regulación del testamento mancomunado en la vigente ley civil foral vasca (arts. 49 a 52), indicando que esta institución la pueden emplear todos los vizcaínos, aforados o no, utilizándose esta institución como un elemento unificador del Derecho.

De todo lo anterior se deduce que estamos ante obra de gran importancia, no sólo para conocer el Derecho vasco y su evolución, sino tal vez, y mediante la comparación, para ahondar en la comprensión de otras instituciones civiles forales foráneas a las vascas, como bien pueden ser la aragonesas.

Zaragoza, 21 de diciembre de 1995

María del Carmen BAYOD LÓPEZ

COMISIÓN COMPILADORA DEL DERECHO FORAL ARAGONÉS: *Informes del Seminario (1954-1958)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, 3 vols. (núm. 4 de la Colección «El Justicia de Aragón»)

El Justicia de Aragón, con la colaboración de Ibercaja, ha editado en 1996, en tres gruesos volúmenes, los «Informes del Seminario»; esta publicación, muy cuidada y magníficamente presentada, constituye el núm. 4 de la Colección «El Justicia de Aragón». Se trata, sin duda alguna, de una edición necesaria y bien hecha, por lo que hay que aplaudir la iniciativa del Justicia y felicitar a todos los que de una u otra manera han contribuido a hacerla realidad.

El primero de los volúmenes se abre con la Presentación de la obra que realiza Juan Bautista Monserrat Mesanza, Justicia de Aragón; le sigue el Prefacio a cargo de Manuel Pizarro Moreno, Presidente de Ibercaja; el Prólogo es obra de Ángel Cristóbal Montes, Catedrático de Derecho civil en

### *Bibliografía*

la Universidad de Zaragoza; Ignacio Murillo, coordinador de la edición, firma la Nota Explicativa del proceso de preparación de la edición; por último, antes de llegar al primero de los Informes, encontramos un importante y clarificador Estudio Preliminar realizado por Jesús Delgado Echeverría, Catedrático de Derecho civil, que sitúa la obra en su contexto y pone de manifiesto el extraordinario valor que los Informes tuvieron en la elaboración de la Compilación de 1967 y el interés que todavía hoy tienen para el conocimiento y futuras reformas del Derecho civil aragonés.

Seguidamente, en el primer volumen, se publican seis informes que ocupan 571 páginas:

1. «Capacidad de las personas por razón de la edad», obra de Francisco de Asís Sancho Rebullida, con ayuda de César Infante Romanos.
2. «La ausencia», obra de Mariano Alonso y Lambán.
3. «Relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes», obra de Alonso y Lambán y Germán Albalade Giménez.
4. «La tutela».
5. «El Consejo de Parientes», obra de Ramón Sáinz de Varanda y Jiménez de la Iglesia.
6. «Derechos sobre las cosas», obra de Alonso y Lambán, Albalade Giménez, Fairén Guillén y Pérez Martínez; colaboraron también Asensio Pallás y Caballero Lasierra.

El volumen segundo (524 págs.) recoge los cuatro Informes sobre regímenes matrimoniales:

1. «Bienes comunes en el régimen legal», obra de José Luis Lacruz Berdejo.
2. «El pasivo de la comunidad en el régimen legal», obra de Germán Albalade Giménez.
3. «La gestión de la comunidad legal», obra de José M<sup>a</sup> Caballero Lasierra.
4. «Disolución y división de la comunidad legal», obra de Luis Felipe Arregui Lucea.

En el tercero y último de los volúmenes (360 págs.) se publican los dos Informes restantes:

1. «La viudedad aragonesa», obra de Francisco de Asís Sancho Rebullida.
2. «La adopción», obra de Mariano Alonso y Lambán.

Los 12 informes tienen muy diversa extensión y la calidad no siempre es la misma, aunque lo habitual es que sea alta. Puede verse una breve reseña del contenido de cada uno en el Repertorio de Bibliografía de la Revista.

Sirviéndome del Estudio Preliminar del Prof. Delgado que, a su vez, utiliza fragmentos de una de las últimas conferencias del Prof. Sancho Rebullida, voy a dar algunas referencias del Seminario y sus Informes.

El 6 de mayo de 1953 se aprobó la constitución de un Seminario en el seno de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés y se nombró Director del mismo al Profesor Lacruz Berdejo. Cuenta Sancho Rebullida que «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» (ver Estudio Preliminar, pág. XXVI).

Además de los autores (y, en su caso, colaboradores) de los Informes, antes citados, formaron parte del Seminario, en algún momento y entre otros, Juan Antonio Aragües, Aranda, José María Belled Heredia, Jesús Bergua Camón, Buitrón, Fausto Burgos Izquierdo, Esteve, Lasala, Eusebio Molins Guerrero, Morer, Rivas Pérez y Teixeira; colaboraron también juristas consagrados, como Fairén Guillén, catedrático en Valencia, o el notario Sapena Tomás y, probablemente, algunos más.

El Decanato de la Facultad de Derecho cedió generosamente locales y armarios para guardar el material de trabajo y poder celebrar sesiones. Efectivamente, se trasladaron todos los libros que se consideraron necesarios para el estudio, al lugar destinado al efecto, procedentes de la Biblioteca de la Facultad y de la Universitaria, y asimismo los ficheros del Consejo de Estudios de Derecho aragonés y particular del señor Palá, puestos generosamente a disposición del Seminario.

En el verano de 1953 y durante seis sesiones consecutivas los componentes del Seminario fueron instruidos en las labores de investigación por su Director quien les impartió un intenso y breve curso de metodología del Derecho civil aragonés. Con el mes de septiembre se comenzó el trabajo de preparación de los Informes, para lo cual el Director redactó unas detalladas y completas instrucciones que se entregaron a cada miembro.

«Con enorme entusiasmo y excelente voluntad —sigue diciéndonos Sancho Rebullida— pusimos manos a la obra al finalizar el verano de 1953. Nos repartimos 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 [dos dice Mariano Alonso: v. «Estudio Preliminar», pág. XLIII] por semana —los *viernes forales*— durante dos o tres horas, las últimas de la tarde, para discutir, modificar, rechazar y rehacer entre otros 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 PALÁ 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 Prof. Luis MARTÍN-BALLESTERO Y COSTEA» (Estudio Preliminar, pág. XXVII).

«No se regateó esfuerzos 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.» (pág. XXVIII).

«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.» (pág. XXIX).

Se redactaron y multicopiaron, al parecer, sólo los 12 informes que ahora edita el Justicia de Aragón. Los previstos eran muchos más. Probablemente, se recogió información (antecedentes, doctrina, jurisprudencia) sobre algunas instituciones, sin llegar a formar un texto suficiente y razonado. Es muy posible que algunos de estos materiales se comunicaran mecanografiados a las Subcomisiones, pero no se ciclostilaron. Piensa Delgado que, respecto de algunas instituciones, el Seminario encomendó a uno de sus miembros la redacción de una propuesta de articulado tras estudiar los antecedentes, la discutió, y comisionó luego a la misma persona para defender oralmente en la Subcomisión la propuesta del Seminario (Estudio Preliminar, p. LI).

Por lo demás, sobre algunas de las materias en las que no llegó a publicarse Informe, los miembros y colaboradores del Seminario realizaron tesis doctorales y publicaciones que vieron la luz por aquéllas fechas. Así,

Antonio TEIXEIRA GRACIANETA leyó su tesis doctoral sobre el testamento mancomunado el 20 de octubre de 1955 [al día siguiente la leyó ALBALATE sobre el pasivo de las masas patrimoniales en la comunidad conyugal: pero hay Informe]; sobre Derecho consuetudinario de familia y sucesiones publicaron estudios SAPENA («Hereditamientos forzados» —ADA, VI, 1951-52—, «Un boceto de casamiento en casa» —RDP, 1953—, «El consorcio consuetudinario de gananciales» —ADA, VII, 1953-54—, «El pacto sucesorio en el Alto Aragón» —RDP, 1954—, «El acogimiento alto-aragonés» —ADA, X, 1959-60—) y PALA («El régimen familiar paccionado en la comarca de Jaca», ADA, X); RIVAS PÉREZ publicó en el Homenaje a Moneva (1954) un «Esquema de la comunidad legal continuada aragonesa en el Derecho de los Fueros y Observancias»; Mariano ALONSO escribió en esos años extensamente sobre «Las formas testamentarias...», etc.

En 1961 concluyó totalmente sus tareas el Seminario con la presentación de un texto articulado completo. Para valorar la trascendencia que los trabajos del Seminario tuvieron en el proceso de compilación aragonés, «basta —como dice el Prof. DELGADO— comparar someramente el Anteproyecto del Seminario (1961) con el texto de la Compilación de 1967 para comprender lo mucho que ésta le debe; lo mucho, por tanto, que debemos los aragoneses a quienes trabajaron tan eficaz y desinteresadamente en aquel Seminario dirigido por el maestro Lacruz» («Estudio Preliminar», p. LIV).

Pero los Informes y la metodología del Seminario pueden ser muy útiles todavía. Transcribo lo que al respecto dice el Profesor Delgado: «Cuarenta años más tarde el interés de aquellos Informes no desaparece. Aunque tengamos estudios actuales y solventes sobre las materias correspondientes, los Informes nos ofrecen una visión del Derecho compilado *in statu nascendi*. En muchos casos es la opinión de sus autores la que inspiró definitivamente el texto legal, y por ello la explicación que nos ofrece del cómo y el porqué nos sigue iluminando en la interpretación de la ley vigente. Cuando no hay tal coincidencia, nos brinda al menos sugerencias de política legislativa que acaso hoy estamos en situación de valorar de otro modo que en 1967».

«En todo caso, el conjunto de “Informes”, como expresión del método de trabajo del Seminario y de la Comisión compiladora, nos muestra una manera de enfrentarse a la tarea de legislar en materia de Derecho civil aragonés sobre la que merece la pena reflexionar. Ignorar aquella experiencia al proceder hoy a modificar la Compilación supondría asumir el riesgo indebido de hacerlo peor y renunciar, por nada, al enriquecimiento que comporta aquella forma de trabajar que aportó a la Compilación de 1967 su excepcional calidad técnica y de contenido» («Estudio Preliminar», p. XXII).

Por todo ello, la iniciativa del Justicia de Aragón merece el aplauso y el agradecimiento de todos los que deseamos lo mejor para el Derecho civil aragonés.

José Antonio SERRANO GARCÍA



## B) REPERTORIO DE BIBLIOGRAFÍA

### 1: TEMAS COMUNES A TODOS LOS DERECHOS FORALES

#### 1.3: Los Derechos forales en la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

CLIMENT DURÁN, Carlos: «El contenido del Derecho civil especial valenciano», *Revista General de Derecho*, núm. 618, 1996, pp. 1605 a 1619.

El derecho foral valenciano fue abolido o derogado totalmente en 1707, pero pervivió parcialmente entre los valencianos como costumbre, sobre todo en el ámbito rural de la huerta (arrendamientos históricos, régimen de las aguas). Con la Constitución y el Estatuto, la Generalidad Valenciana tiene competencia legislativa exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho especial valenciano, entendido como el conjunto normativo integrado por las costumbres civiles de ámbito regional o local vigentes en la Comunidad Valenciana al entrar en vigor la Constitución.

LETE DEL RÍO, J. M.: «Reflexiones sobre la Ley de Derecho civil de Galicia», *Actualidad Civil*, 1995-4, marginal 871, XLIII.

El autor hace un breve recorrido por la historia del Derecho civil gallego desde finales del s. XIX a nuestros días: consideración de Galicia como territorio foral en el proceso codificador, proyecto de Apéndice de 1915, Compilación de 1963, Ley gallega de 1987 por la que se adopta e integra la Compilación en el Ordenamiento de Galicia y se adapta su texto a la Constitución, y, por último, la Ley de Derecho civil de Galicia de 1995. En relación a ésta expone su opinión personal favorable en algunos aspectos y crítica en otros.

PENA LÓPEZ, José. M<sup>a</sup>: «Derecho civil, derecho común y derecho especial», *Actualidad Civil*, 1995-4, XLI, pp. 831-846.

La calificación de Derecho común conviene a las normas de Derecho civil en el plano personal siempre, porque el Derecho civil es el Derecho común de la persona. Sin embargo, en el plano material la única ley de Derecho civil que puede calificarse como tal Derecho común es, desde un punto de vista absoluto, el Cc., y en el plano territorial los Derechos civiles forales no son, por su propia naturaleza, sino Derechos específicos de un determinado territorio. Sólo el Cc. aparece como un Derecho común en todos los planos (pluridimensional): personal, material y territorial.

PENA LÓPEZ, José. M<sup>a</sup>: «Consideración del Derecho foral como Derecho común. El sistema autónomo de Derecho civil común gallego», *Actualidad civil*, 1995-4, XLVI, pp. 925-940.

Entiende el autor que los Derechos forales son, en el plano personal, Derecho común —dirigido a todas las personas de su territorio y materia— con fuerza expansiva y aplicable supletoriamente, dentro de su territorio y materia, a los Derechos especiales personales (Código de Comercio, Estatuto de los Trabajadores, etc.). Se trata de un Derecho común no excepcional, sino normal, parte integrante necesaria del sistema de Derecho civil español, que tiene su vértice en el Derecho civil constitucional. Alude, más en particular, al contenido y continente del Derecho civil gallego.

PENA LÓPEZ, José. M<sup>a</sup>: «El ámbito material del Derecho foral, con particular consideración del ámbito de aplicación del Derecho civil gallego», *Revista de la Facultad de Derecho de la Univ. Complutense*, núm. 85, 1995, pp. 173-193

El campo de actuación de la potestad legislativa de Galicia en materia civil se corresponde con el «territorio de la Comunidad Autónoma gallega». En relación al ámbito material del Derecho foral a partir de la Constitución y los Estatutos de Autonomía, el autor expone los argumentos de las tesis autonomista y foralista y la doctrina del TC (Ss. 88 y 156 de 1993) que viene a acoger esta última tesis.

SEISDEDOS MUIÑO, Ana: «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre los Derechos Forales», en *Derecho civil foral vasco*, Gobierno Vasco y CGPJ, Vitoria, 1995, pp. 29-54.

La autora se centra en dos cuestiones de gran importancia: qué CC.AA. pueden asumir la competencia prevista por el art. 149.1. 8<sup>a</sup>, y cuál es exactamente el posible contenido de esa competencia. El TC en las SS. de 28 septiembre y 16 noviembre de 1992 interpreta de modo amplio el art. 149.1. 8<sup>a</sup> al señalar que la expresión «Derechos civiles forales o especiales» alcanza no sólo a aquellos Derechos civiles especiales que habían sido objeto de compilación al tiempo de la entrada en vigor de la Constitución, sino también a normas civiles de ámbito regional o local y de formación consuetudinaria preexistentes a la Constitución. En relación a la segunda de las cuestiones, recapitulando la doctrina del TC (SS 88 y 156/1993), cabe decir que las CC.AA. que han asumido la correspondiente competencia, no sólo pueden modificar la regulación de las instituciones ya contenidas en las normas de su Derecho civil propio vigente en el momento de la promulgación de la Constitución, sino que también pueden regular «ex novo» otras figuras o instituciones no reguladas en las mencionadas normas, pero no de forma ilimitada, sino únicamente cuando se trate de figuras conexas con las ya reguladas, siempre que así lo requiera, además, la actualización de su Derecho civil propio, y en consonancia con los principios informadores del mismo.

VV. AA. : *Derecho civil foral vasco*, Gobierno Vasco y CGPJ, Vitoria, 1995, 352 págs.

Este volumen reúne los contenidos del Seminario, celebrado en Bilbao en junio y julio de 1995, dirigido a la formación continuada de Jueces y

### Bibliografía

Magistrados en el ámbito del País Vasco. Incluye los siguientes trabajos: «Perspectiva actual del Derecho Civil Vasco (Clara I. Asúa González), «Doctrina del Tribunal Constitucional sobre los Derechos forales» (Ana Seisdedos Muiño), «Ámbito de aplicación territorial y personal del Derecho civil vasco» (José Jaime Tapia Parreño), «La troncalidad en Vizcaya» (Adrián Celaya Ibarra), «La Saca foral en Vizcaya» (José M. Satrústegui Martínez), «Los pactos sucesorios en la Ley del Parlamento Vasco 3/1992, de 1 de julio» (Itziar Monasterio Aspíri), «El Fuero de Ayala» (Manuel M. Uriarte Zulueta), «Análisis de la jurisprudencia civil foral» (José Jaime Tapia Parreño), «La sucesión intestada y la declaración de herederos abintestato en el Derecho foral vasco» (Andrés Urrutia) y «Reservas y reversiones en el Derecho foral vasco» (Andrés Urrutia).

VV. AA.: *Practicum. Derecho Civil foral del País Vasco*. Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, 463 pp.

Interesante y original obra de cuatro jóvenes juristas, unos teóricos y otros prácticos, estudiosos todos del Derecho civil foral del País Vasco: Alberto Atxabal, Lorenzo Goikoetxea, Eusebio Pérez y Andrés M<sup>a</sup> Urrutia. Sin rehuir un esquema conceptual de la regulación del Derecho civil foral vasco, el libro nos proporciona una visión incardinada en su contexto de aplicación judicial y extrajudicial junto con algunos de sus textos doctrinales básicos. Obra pensada para responder al «Practicum» del nuevo plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Los temas de Derecho civil vasco (los de la parte general son comunes a todos los Derechos civiles forales o especiales) se exponen a partir de un sumario teórico reforzado con textos doctrinales y legales a los que se añaden casos prácticos, comentario de textos y bibliografía. Además se incluyen unos apartados finales donde se trata la fiscalidad de las instituciones civiles vascas, se recogen formularios, se aporta una amplia relación bibliográfica, se incluye el texto de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho civil foral del País Vasco, con índices temáticos, y, por último, se reproducen los planos de las zonas no aforadas de las villas de Bizkaia.

#### 1.6: *Problemas de Derecho interregional*

DURÁN RIVACOBIA, Ramón: *Derecho interregional*. Dykinson, S.L., Madrid, 1996, 413 págs.

### 3: TEMAS GENERALES

#### 3.1: *Exposiciones de conjunto*

COMISIÓN COMPILADORA DEL DERECHO FORAL ARAGONÉS: *Informes del Seminario (1954-1958)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, 3 vols. (núm. 4 de la Colección «El Justicia de Aragón») Presentación del Justicia de Aragón (Juan B. Monserrat); Prefacio del Presidente de Ibercaja (Manuel Pizarro);

### Bibliografía

Prólogo de Ángel Cristóbal Montes; Nota explicativa de Ignacio Murillo; Estudio Preliminar de Jesús Delgado Echeverría.

En el primer volumen (cxxiii + 571 págs.), tras el Estudio Preliminar, se incluyen los siguientes Informes del Seminario: a) «Capacidad de las personas por razón de la edad» (Francisco de A. Sancho Rebullida, con ayuda de Infante Romanos); b) «La ausencia» (Mariano Alonso Lambán); c) «Relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes» (M. Alonso Lambán y Germán Albalade Giménez); d) «La tutela» (El Seminario); e) «El Consejo de Parientes» (Ramón Sainz de Varanda); f) «Derechos sobre las cosas» (Alonso Lambán, Albalade Giménez, Fairén Guillén).

El volumen segundo (524 págs.) recoge los cuatro Informes sobre regímenes matrimoniales: «Bienes comunes en el régimen legal» (Lacruz Berdejo); b) «El pasivo de la comunidad en el régimen legal» (Albalade Giménez); c) «La gestión de la comunidad legal» (José M<sup>a</sup> Caballero Lasierra); y d) «Disolución y división de la comunidad legal» (Luis Felipe Arregui Lucea).

En el tercero y último de los volúmenes (360 págs.) se publican dos Informes: «La viudedad aragonesa» (Sancho Rebullida) y «La adopción» (Alonso Lambán).

EL JUSTICIA DE ARAGÓN: *Informe anual - 1995*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, 2 vols (= BOCA, núm. 39, de 3 mayo 1996).

El primer volumen recoge el Informe ordinario de la Institución; el segundo, denominado «Informes y Estudios Especiales», incluye los siguientes informes: a) «Sobre el estado de observancia, aplicación e interpretación del Derecho aragonés», «Sobre la situación de los menores en Aragón», «Sobre el acceso a la abogacía», «Sobre la situación del Voluntariado Social en Aragón» y «Sobre la O.R.A.»; incorpora también los estudios de las becarias de la Institución, doña María Monzón Julve («La protección de menores: hacia un marco legislativo integral») y doña María Biesa Hernández («A propósito de la legítima foral»).

VV. AA.: *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 14, 21 y 28 de noviembre de 1995). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, 222 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) El régimen de luces y vistas: relaciones de vecindad y servidumbres (ponente: Gonzalo Gutiérrez Celma; coponentes: Enrique Gonzalvo Bueno y David Arbués Aísa); b) La Junta de Parientes: supuestos actuales de intervención. Su posible extensión a otros (ponente: Ángel Bonet Navarro; coponentes: Antonio Pastor Oliver y Emilio Latorre Martínez de Baroja); c) La sustitución legal en Aragón (el art. 141 de la Compilación) (ponente: Adolfo Calatayud Sierra; coponentes: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz y José García Almazor).

### 3.3: Temas Varios

FORT CANELLAS, M<sup>a</sup> Rosa: *Léxico romance en documentos medievales aragoneses: (Siglos XI y XII)*. Zaragoza, Gobierno de Aragón, 1994. 322 pp. (Colección de Filología y lingüística, 4).

Los documentos utilizados en esta tesis doctoral para el estudio del léxico romance, son diplomas de los siglos XI y XII, en su gran mayoría de origen altoaragonés, de índole real, eclesiástica, municipal y particular, que reflejan donaciones, ventas, testamentos, inventarios, autorizaciones, delegaciones, juicios..., en los cuales el notario acudía con cierta frecuencia a la palabra usual en la lengua hablada, ya que el documento era un instrumento mediante el cual se pretendía, justamente, que quedara constancia clara y precisa de aquello que era objeto de estipulación. Obra de filología útil también para el investigador de la historia del Derecho civil aragonés.

## 4: LA COMPILACIÓN Y SUS ANTECEDENTES

### 4.2: Estudios

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Estudio Preliminar» a la edición de los *Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996 (núm. 4 de la Colección «El Justicia de Aragón»), vol. 1<sup>º</sup>, págs. XIX-CXXIII.

Unos cuarenta años después de ser realizados, el Justicia de Aragón ha acertado plenamente al publicar estos Informes. En el acabado Estudio Preliminar con que se abre la edición se pone de manifiesto la importancia que los Informes del Seminario tuvieron en la elaboración de la Compilación de 1967 y lo útiles que pueden ser todavía en la actualidad para el desarrollo de nuestro Derecho civil, tanto por las sugerencias de política legislativa que nos brindan como por la manera ejemplar de enfrentarse a la tarea de legislar que representan.

En la reconstrucción del proceso de elaboración de la Compilación de 1967, con especial referencia a los trabajos del Seminario, el Prof. Delgado toma como punto de partida un texto del Prof. Sancho Rebullida (RDCA, 1996-1, págs. 11 y ss.), que luego completa y precisa añadiendo significativos detalles que deduce de la lectura de «papeles» del archivo particular de J. L. Lacruz Berdejo.

El estudio termina con un interesante y extenso Anexo documental que incluye: a) La «Ponencia Preparatoria» de la «Comisión de Abogados y Jurisconsultos aragoneses» constituida en 1935; b) Orden del Ministro de Justicia de 13 marzo 1944 ordenando la continuación de las labores de la Comisión de 1935; c) Informe del Presidente de la Comisión Compiladora de 3 diciembre 1955; d) Reglamento de la Comisión Compiladora; y e) Anteproyecto de Compilación del Seminario.

6: PERSONA Y FAMILIA

62: *Personas. Edad*

MATA RIVAS, Francisco: «El derecho del menor a ser oído y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, y su incidencia en el Derecho aragonés». *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, núm. 138, 1996, pp. 51-53.

Breve exégesis del art. 9º de la Ley estatal 1/1996, que establece el derecho del menor a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social. Cree el autor que el precepto tiene una redacción imprecisa y confusa, que, sin duda, originará inseguridad, incertidumbres y problemas interpretativos.

MATA RIVAS, Francisco: *La edad en el Derecho civil aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, 358 págs. (núm. 5 de la colección «El Justicia de Aragón»). Prólogo de José Luis Merino Hernández.

Tesis doctoral, de reciente lectura, realizada en Barcelona, que recibió el «cum laude» del tribunal que la juzgó. Se divide en cinco capítulos que tratan, sucesivamente, de los siguientes temas: la edad en el Derecho histórico y su evolución (I); alcance de la potestad legislativa de Aragón en materia de mayoría de edad (II); capacidad del menor aragonés, sus bienes y responsabilidad por actos ilícitos (III); derechos del menor aragonés (IV); derecho del menor en Aragón a una adecuada protección (V).

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: «Informe sobre capacidad de las personas por razón de la edad», Zaragoza, 1954. *Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, (núm. 4 de la Colección «El Justicia de Aragón»), vol. 1º, págs. 7-81.

Como dice en 1954 el Director del Seminario —Prof. Lacruz Berdejo—, el doctor Sancho Rebullida «ha realizado un estudio exhaustivo e inteligente de la problemática de la edad en el Derecho de los Fueros y Observancias, y una correctísima exposición de los datos históricos y de los motivos del articulado, cuya redacción se le debe en gran parte. Un extenso trabajo, rigurosamente científico, que no existía hasta ahora, y que es indispensable para que la Comisión pueda opinar y resolver con absoluto conocimiento de causa al discutir la regulación aragonesa de la capacidad por razón de la edad».

63: *Ausencia*

ALONSO Y LAMBÁN, Mariano: «Informe sobre la ausencia», Zaragoza, 1954. *Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho Foral*

Aragónés, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996 (núm. 4 de la Colección «El Justicia de Aragón»), vol. 1º, págs. 85-168.

Notable estudio, obra personal del doctor Alonso y Lambán, dividido en tres partes: la primera aborda el estudio histórico de la ausencia en los Fueros y Observancias, distingue entre la ausencia no declarada y la declarada, alude a la presunción de fallecimiento y analiza, en particular, la ausencia en servicio del Estado. En la segunda parte se expone, comenta y critica la regulación de la ausencia vigente en 1954, analizando las disposiciones del Apéndice en relación con la Ley de 8 septiembre 1939. La tercera parte incluye orientaciones para una futura ley y proyecto de articulado para esta materia.

64: *Relaciones entre ascendientes y descendientes*

ALONSO Y LAMBÁN, Mariano y ALBALATE GIMÉNEZ, Germán: «Relaciones jurídicas entre ascendientes y descendientes», Zaragoza, 1954. *Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996 (núm. 4 de la Colección «El Justicia de Aragón»), vol. 1º, págs. 171-244.

Excelente informe redactado, en la parte de Derecho histórico, por el doctor Alonso y Lambán y, en la parte de dogmática de la institución en el Derecho comparado y el Apéndice entonces vigente, por el licenciado Albalate Giménez. Incluye comentario de la propuesta de articulado que tanta influencia tendría en los correlativos artículos de la Compilación de 1967.

65: *Relaciones parentales y tutelares*

ALONSO Y LAMBÁN, Mariano: «Informe sobre la adopción», Zaragoza, 1956. *Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, (núm. 4 de la Colección «El Justicia de Aragón»), vol. 3º, págs. 305-360.

Documentado e importante estudio que, sin embargo, no llegó a surtir en el proceso compilador los efectos que eran de desear. El doctor Alonso afirma que el Derecho aragonés, en materia de adopción, responde a un sistema completamente propio o autóctono, que mantiene el principio de la posibilidad de adoptar aún teniendo hijos legítimos, y defiende la inclusión de esta norma en el futuro ordenamiento de nuestro Derecho civil aragonés. Lamentablemente, entonces no pudo ser.

BONET NAVARRO, Ángel: «La Junta de Parientes: supuestos actuales de intervención. Su posible extensión a otros». *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 14, 21 y 28 de noviembre de 1995). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, pp. 107-127.

En esta nueva reflexión sobre la Junta de Parientes, el Prof. Bonet analiza las funciones de la Junta en la Compilación, en ocasiones en concurrencia

con los jueces, distinguiendo las decisiones que podrían calificarse como de «jurisdicción» voluntaria (decisiones integradoras de actos y situaciones jurídicas) y las decisiones en que resuelven conflictos. En relación con éstas últimas descarta que su valor, eficacia y vigencia pueda parangonarse al del laudo arbitral; afirma, asimismo, que la Comunidad Autónoma carece de competencias legislativas para atribuir a la Junta de Parientes verdaderas funciones arbitrales, por el indudable carácter jurisdiccional del arbitraje. Pone de manifiesto, al final, la falta de procedimiento en relación con la Junta de Parientes.

IGLESIAS REDONDO, Julio Ignacio: *Guarda asistencial, tutela «ex lege» y acogimiento de menores*. Cedecs Editorial, S. L., Barcelona, 1996, 433 pp.

Monografía procedente de la tesis doctoral del autor que contiene una primera parte donde se tratan cuestiones generales como las competencias estatales y autonómicas en materia de protección de menores (se afirma que Aragón —junto con Cataluña y Navarra— tiene competencias exclusivas para legislar en esta materia); el estatuto constitucional del menor y los principios que presiden su protección; los menores destinatarios de estas instituciones y los órganos competentes para actuar la guarda asistencial, la tutela «ex lege» y el acogimiento de menores. La segunda parte se dedica al estudio de estas instituciones de protección del menor en la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero.

LATORRE MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio: «La Junta de Parientes desde la actuación notarial». *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 14, 21 y 28 de noviembre de 1995). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, pp. 145-149.

En esta intervención del notario coponente se pone de manifiesto la frecuencia y utilidad de la constitución notarial de Juntas de Parientes; se relacionan los requisitos para la constitución notarial, las fuentes de las que derivan las posibilidades de actuación de la Junta de Parientes y la conveniencia de extender su intervención a nuevos casos.

PASTOR OLIVER, Antonio Luis: «La Junta de Parientes desde la experiencia judicial», *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 14, 21 y 28 de noviembre de 1995). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, pp. 127-144.

Breve intervención para poner de manifiesto la escasez de supuestos en que la Junta de Parientes se constituye judicialmente. El autor aborda también la dogmática del contenido de los acuerdos de la Junta de Parientes, dentro del contexto del denominado «derecho pacífico», aunque se interroga sobre la posibilidad, «de lege ferenda», de regular la Junta de Parientes como Junta arbitral decisoria. Incluye en anexos expedientes judiciales de constitución de Juntas y el Auto del Presidente del TSJA de 29 octubre 1992.

SAINZ DE VARANDA, Ramón: «El Consejo de Parientes en el Derecho civil aragonés». Ponencia defendida en las Jornadas de Huesca-Jaca-Barbastro (17 al



### Bibliografía

22 de julio de 1954). *Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, (núm. 4 de la Colección «El Justicia de Aragón»), vol. 1º, págs. 355-439 (= ADA, VII, 1953-54, págs. 9-66).

Fundamental estudio de la institución consuetudinaria del Consejo de Parientes: composición, funcionamiento, intervención en actos y Derecho de familia, actuación como fiduciario y en otras atribuciones de Derecho de sucesiones, actuación como tribunal familiar y comparación con el Consejo de Familia del Código civil. Estudio presentado como ponencia en las Jornadas de Derecho Aragonés de 1954 y publicado en el núm. VII del ADA, pero que, en realidad, se elaboró como Informe en el seno del Seminario de la Comisión Compiladora.

SAINZ DE VARANDA, Ramón: «Informe sobre el Consejo de Parientes (addenda)», Zaragoza, 1954. *Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996 (núm. 4 de la Colección «El Justicia de Aragón»), vol. 1º, págs. 443-465.

Para adaptar su anterior estudio a la estructura de los Informes del Seminario, Sainz de Varanda presentó una «addenda» con la propuesta de articulado y exposición de motivos de la misma.

SEMINARIO DE LA COMISIÓN COMPILADORA DEL DERECHO FORAL ARAGONÉS: «Informe sobre la tutela», Zaragoza, 1956. *Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, (núm. 4 de la Colección «El Justicia de Aragón»), vol. 1º, págs. 245-350.

Advierte el Director del Seminario —Prof. Lacruz— que «saliendo de nuestro habitual sistema, el presente informe es sólo una recopilación muy incompleta de datos, y una breve reseña de algunos puntos de la discusión del proyecto» de articulado. En la edición del Justicia se añade como Anexo un apartado en el que se incluyen reseñas de sentencias, resoluciones de la DGRN y otras resoluciones diversas.

66: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL.

*6631: Régimen matrimonial legal: activo*

LACRUZ BERDEJO, José Luis: «Informe sobre regímenes matrimoniales: Bienes comunes en el régimen legal», Zaragoza, 1956. *Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996 (núm. 4 de la Colección «El Justicia de Aragón»), vol. 2º, págs. 9-130.

Modélico y decisivo Informe donde el maestro aborda temas en los que ya entonces era el máximo especialista y que podemos encontrar ampliados en otras publicaciones. La primera parte trata de la naturaleza jurídica del

consorcio conyugal aragonés; la segunda del activo de la comunidad, antes del Apéndice y en el Apéndice entonces vigente; el Informe concluye con la explicación de los motivos de la propuesta de articulado.

*6632: Régimen matrimonial legal: pasivo*

ALBALATE GIMÉNEZ, Germán: «Informe sobre regímenes matrimoniales: el pasivo de la comunidad en el régimen legal», Zaragoza, 1957. *Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996 (núm. 4 de la Colección «El Justicia de Aragón»), vol. 2º, págs. 133-348.

El doctor Albalate resume y condensa en la primera parte de este Informe su excelente tesis doctoral publicada en el núm. IX del ADA; en capítulos sucesivos trata de las deudas anteriores al matrimonio, de las deudas del marido, de las de la mujer, de las contraídas conjuntamente, del pasivo de las donaciones y sucesiones recibidas por los cónyuges durante el matrimonio, de las cargas usufructuarias y de las cargas del matrimonio. La segunda parte del Informe se dedica a la exposición y crítica de la propuesta de articulado.

*6633: Régimen matrimonial legal: gestión*

CABALLERO LASIERRA, José M<sup>a</sup>: «Informe sobre regímenes matrimoniales: la gestión de la comunidad legal», Zaragoza, 1957. *Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996 (núm. 4 de la Colección «El Justicia de Aragón»), vol. 2º, págs. 351-375.

Este Informe es sólo un esquema o índice de la problemática de la gestión de la comunidad legal a desarrollar en la tesis doctoral que el autor estaba preparando y que —al parecer— no llegó a concluir. En tres breves apartados habla sucesivamente de la administración, de la enajenación y de los motivos de la propuesta de articulado.

*6634 y 6635: Régimen matrimonial legal: disolución, liquidación y división.*

ARREGUI LUCEA, Luis Felipe: «Informe sobre regímenes matrimoniales: disolución y división de la comunidad legal», Zaragoza, 1956. *Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, (núm. 4 de la Colección «El Justicia de Aragón»), vol. 2º, págs. 379-524.

Este Informe, que cumple muy bien su labor informativa, es un avance de la tesis doctoral del licenciado Arregui Lucea, defendida en 1961 y que permanece inédita. La estructura es la típica de los Informes del Seminario: a) Derecho histórico; b) Exposición y crítica del Derecho vigente (Apéndice de 1925-26); y c) Exposición y comentario de la propuesta de articulado.

68: VIUEDAD

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: «Informe sobre la viudedad», Zaragoza, 1958. *Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, (núm. 4 de la Colección «El Justicia de Aragón»), vol. 3º, págs. 9-302 (= ADA, VIII, 1955-56, págs. 9-208).

El impresionante trabajo elaborado por el doctor Sancho es —según dice él mismo— mera «recopilación y ordenación de los principales materiales, estructuración doctrinal de la institución, y planteamiento de la problemática que he considerado más destacada entre la copiosísima que la vivencia de la viudedad aragonesa plantea o es susceptible de plantear». El autor presenta este trabajo como una ponencia encargada por el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, a discutir en sesiones de estudio; pero es también el Informe que el Seminario presenta a la Comisión Compiladora sobre la viudedad; no obstante, se echa de menos la exposición y comentario de la propuesta de articulado.

7: DERECHO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

71: EN GENERAL. MODOS DE DELACIÓN. NORMAS COMUNES

716: Colación

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *La dispensa de colación y su revocación*. RDP, abril 1996, págs. 259-280.

En el Derecho aragonés (art. 140), como en el navarro y vizcaíno—y a diferencia del Cc. y el Derecho catalán—, no procede la colación sino cuando el causante la haya ordenado; pero el causante ha podido ordenarla primero y cambiar luego de opinión dispensando ahora del deber de colacionar por él establecido; ese mismo causante puede volver a modificar su criterio y desear otra vez restablecer el deber de colacionar debiendo para ello revocar la dispensa otorgada anteriormente. Este es el planteamiento del autor para afirmar que la dispensa de colación y su revocación se pueden dar en cualquiera de los Derechos españoles.

717: Sustitución legal

CAIATAYUD SIERRA, Adolfo: «La sustitución legal en Aragón (El artículo 141 de la Compilación)». *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 14, 21 y 28 de noviembre de 1995). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, pp. 160-194.

Completa y rigurosa ponencia sobre un tema tan complicado como la determinación del destino de los derechos hereditarios al faltar el prime-

### *Bibliografía*

ramente llamado a una sucesión por causa de muerte. La exposición se hace distinguiendo entre la sucesión testamentaria, la contractual, la intestada y la legitimaria. En todos los supuestos, se estudia en primer término la solución del Derecho del Cc., con referencias a las principales especialidades de otros Derechos forales, para después examinar las peculiaridades que presenta el Derecho aragonés. El trabajo incluye conclusiones y bibliografía.

GARCÍA ALMAZOR, JOSÉ: «Intervención sobre la sustitución legal en Aragón». *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 14, 21 y 28 de noviembre de 1995). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, pp. 213-217.

Breve, pero clarificadora intervención, centrada fundamentalmente en el tema de la aplicación del art. 141 Comp. a la sucesión intestada: el art. 141 es aplicable a la sucesión intestada, salvo cuando, de pretender su aplicación, se vulnerarían los principios fundamentales que rigen esta clase de sucesión.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos: «Nuevas (y no tan nuevas) consideraciones sobre la sustitución legal del artículo 141 de la Compilación aragonesa». *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 14, 21 y 28 de noviembre de 1995). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, pp. 195-213.

Brillante intervención centrada en tres cuestiones: a) la caracterización teórica de la sustitución legal; b) el ámbito institucional de aplicación del art. 141; y c) la facultad del «causahabiente» de excluir el juego de la sustitución legal.

## 72: SUCESIÓN TESTAMENTARIA

### *723: Testamento mancomunado*

AFONSO RODRÍGUEZ, Elvira: «El testamento mancomunado», RCDI, núm. 633, marzo-abril 1996, pp. 353-464.

Documentado estudio de la profesora asociada de Derecho civil en la Universidad de La Laguna, Dra. Afonso. La prohibición contenida en el art. 669 Cc. (y 733 Cc.), tan contraria a la cultura de los pueblos de nuestra geografía, sólo se explica por la decisiva influencia del proceso codificador francés que creó un ambiente absolutamente desfavorable a esta forma de testar alegando que daba lugar a sugerencias y violencias, favoreciendo la captación de la voluntad de un cónyuge (generalmente la mujer) por el otro. La autora parte de que la asunción de estos planteamientos foráneos estaba injustificada y que, en la actualidad, el precepto prohibitivo debe ser reinterpretado, atendiendo a la realidad social, al contexto normativo, a la finalidad de la institución y a los orígenes de la figura, para limitar el alcance de la prohibición y excluir de su ámbito el testamento mancomunado

entre cónyuges. La prohibición de testar mancomunadamente es una prohibición alejada y contraria a los fines de la institución matrimonial y limitadora de la libertad civil. La nueva realidad social, la nueva posición que la mujer ha pasado a ocupar en la sociedad, la desaparición de la prohibición de contratar entre cónyuges, la admisión de la figura en los Derechos civiles de Aragón, Navarra y País Vasco, la admisión en relación con las explotaciones agrarias familiares, determinan que el alcance de la prohibición no pueda extenderse hoy al testamento mancomunado entre cónyuges.

## 8: DERECHO DE BIENES

### *81: Derecho de bienes en general*

SEMINARIO DE LA COMISIÓN COMPILADORA DEL DERECHO FORAL ARAGONÉS: «Informe sobre derechos sobre las cosas», Zaragoza, 1954. *Informes del Seminario (1954-1958) de la Comisión Compiladora del Derecho Foral Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, (núm. 4 de la Colección «El Justicia de Aragón»), vol. 1º, págs. 469-571.

A la propuesta de articulado siguen los siguientes informes: a) «Sobre inmisión de ramas y raíces», debido al doctor Alonso y Lambán; b) «Sobre luces y vistas», obra, fundamentalmente, del doctor Alonso Lambán —que elaboró la parte histórica— y del licenciado Albalade Giménez, quien realizó el completísimo estudio de la dogmática vigente que constituye la mayor parte del trabajo y que explica también la usucapción de las servidumbres en general; c) «Sobre la alera foral», que reproduce el conciso e interesante informe del doctor Fairén Guillén —autor de la propuesta de articulado que hizo suya el Seminario con pequeños retoques— y las conclusiones del elaborado por el licenciado Pérez Martínez; y d) «Sobre otras instituciones de Derecho aragonés en materia de derechos reales», debido al doctor Alonso Lambán, alude a la clasificación de los bienes, la posesión, la comunidad de bienes, el usufructo, las servidumbres y la ocupación.

### *83: Luces y vistas*

GUTIÉRREZ CELMA, Gonzalo (ponente), GONZÁLEZ BUENO, Enrique y ARBUÉS AISA, David (coponentes): «El régimen de luces y vistas: relaciones de vecindad y servidumbres». *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 14, 21 y 28 de noviembre de 1995). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, pp. 9-104.

Importante y completo estudio del régimen de luces y vistas en Aragón. Se abordan con profundidad los problemas de derecho transitorio para determinar el régimen de los huecos abiertos vigente el Apéndice o, incluso, vigente el Cuerpo de Fueros y Observancias. Con sumo detalle se analiza, por separado, el régimen normal de luces y vistas propio de las relaciones

### *Bibliografía*

de vecindad y el régimen de la servidumbre de luces y vistas. Se defiende la aplicación en Aragón de la teoría jurisprudencia sobre la usucapión de las servidumbres negativas a partir de un acto obstativo

#### *84: Servidumbres*

ARGUDO PÉRIZ, José Luis: «Evolución histórica y del marco jurídico de la ganadería trashumante en la Sierra de Gúdar», en *Cuadernos de la trashumancia*, n.º 14. *Gúdar-Maestrazgo*, Madrid, ICONA, 1993 (coord. Alex Farnós), págs. 25 a 43.

La obra trata de la trashumancia ganadera estacional desde las comarcas orientales de la provincia de Teruel al Levante, de gran importancia todavía actualmente. En este contexto se incluye un estudio histórico-foral de la regulación pecuaria en la antigua Comunidad de Teruel y Bailías del Maestrazgo, que partiendo de los textos forales peculiares o generales se completa con numerosos privilegios, pactos y concordias, sentencias arbitrales, ordenaciones locales, etc., a lo largo de varios siglos que conformarán una ordenación agropecuaria completa del territorio, sobreviviendo algunas de estas instituciones (mancomunidades y servidumbres de pastos) de origen foral desde los siglos XVIII y XIX reducida su regulación a la consuetudinaria.

## 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) JUZGADOS ARAGONESES

(SALA DE LO CIVIL)

### SENTENCIAS CIVILES DE PRIMERA INSTANCIA

(ordenadas cronológicamente)\*

1

#### SENTENCIA NÚM. 1

*S. JPI núm. 13 de Zaragoza de 21 de julio de 1993*

**\*\*83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Interdicto de obra nueva: No procede frente a levantamiento de pared con huecos a más de dos metros del lindero. Tampoco cabe imponer al demandado la obligación de colocar reja de hierro, red de alambre o protección semejante en sus nuevas ventanas.**

**DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 144 Comp., 10, 13, 446 y 582 Cc. y 1.631 Lec.**

*Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Zaragoza se siguen autos de interdicto de obra nueva promovidos por doña Concepción Larroja de Saralegui contra don Juan Alejandro Losilla. La Sentencia desestima la demanda interdictal y manda alzar la suspensión acordada en su momento de la obra que realizaba el demandado en la finca de su propiedad (autos núm. 535/93-C).*

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**Primero:** Aun cuando en la demanda parece ejercitarse el interdicto por razón de haber construido o no en zona verde la obra por el demandado, y además en confesión judicial la demandante (posiciones 10 y 16 folio 65 vto.) señala que su derecho lo siente menoscabado por la construcción reciente hecha sobre la ya construida hace tiempo en la zona verde, cabe, sin embargo, precisar que, conforme a los arts. 446 del Código civil y 1.631 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil la protección interdictal se da respecto del hecho de la posesión material de un bien o derecho recayente sobre un bien, de modo que es requisito necesario en todo caso para el posible triunfo de la acción interdictal que la misma pretenda la protección de una tenencia posesoria actual y real, y tal consideración no nace del art. 5 de los estatutos de la Urbanización Torres de San Lamberto en que se ubican las fincas litigiosas, pues tal normativa privada se limita a

\* Se publican a continuación, los fundamentos de derecho de las 27 sentencias civiles de primera instancia de los Juzgados aragoneses, relacionadas con el Derecho civil aragonés, correspondientes —salvo la primera— al año 1994, y que han sido facilitadas a la Revista por el Justicia de Aragón.

\*\* La explicación de esta forma de clasificar el contenido de las sentencias se halla al principio del «Índice Acumulado de Jurisprudencia».



recoger una genérica prohibición de edificar sobre las zonas verdes de cada finca particular, que impone a cada uno de los propietarios una obligación de no hacer, pero sin que ello suponga que a los demás les otorgue posesión alguna, ni directa ni indirecta, sobre cada finca particular, por lo que, caso de pretender el cumplimiento de tal obligación de no hacer, deberá acudir al procedimiento correspondiente, que no es, en ningún caso el interdictal, previsto sólo para la protección de situaciones posesorias.

**Segundo:** En relación con la alteración posesoria alegada por la actora como vulnerada, consistente en ver afectada su propiedad por razón de las obras de elevación de construcción hechas en la finca vecina, y para determinar si procede o no ratificar la suspensión de la obra del demandado, denunciada como ilegítima, debe reconocerse, en primer lugar, el derecho de todo propietario como derivado de los arts. 348 y concordantes del Código Civil a tener libre de cargas o servidumbres no constituidas legalmente su finca, de modo que asiste al titular demanial la acción interdictal para evitar cualquier construcción que tienda a establecer una servidumbre de hecho sobre su finca, que pueda implicar alteración de la posesión normal de la misma.

Ahora bien, tal derecho del propietario no implica una absoluta posibilidad de prohibición de construir obras en finca vecina, por el mero hecho de que directa o indirectamente afecten a su pacífico goce de la propiedad, sino que la facultad del propietario al disfrute de su finca tiene las limitaciones que deriven, entre otras posibles causas, de la regulación legal de la propiedad y posesión, sin que, por ello, pueda prohibir a otros aquellos actos, que conforme al texto legal de aplicación, les sea lícito realizar, dentro de la regulación de las relaciones de vecindad previstas en las normas correspondientes que definen, en lo que puedan ser opuestos o incompatibles, los derechos de uno y otro propietario.

**Tercero:** Por lo anterior, en el caso de autos necesariamente debe valorarse si la acción del demandado tiene cober-

tura legal, con correlativa limitación dominical de la actora, para realizarse, y para precisar la existencia o no de posibilidad legal de hacer su obra el demandado, debe acudir en el presente caso, conforme al art. 10 párrafo primero y el art. 13, ambos del Código civil, a las previsiones contenidas en la Compilación del Derecho civil de Aragón, cuyo art. 144, párrafo primero expresamente recoge la posibilidad de apertura en pared propia, con independencia de la distancia a que esté del predio ajeno, de huecos para luces y vistas, sin ninguna clase de prohibición en cuanto de medidas de tales huecos. Por ello, se han efectuado al amparo de tal texto legal los huecos por el demandado en su pared y no cabe estimar el interdicto en cuanto se refiera a posibles dimensiones de los nuevos huecos que se abren.

La pared en cuestión, levantada sobre obra ya existente como se dijo al principio, se presenta además a más de dos metros de distancia del límite de ambos fundos, de modo que por aplicación de lo establecido en el art. 144.2 de la misma Compilación aragonesa, en relación en este caso con la distancia que para vistas rectas establece el art. 582 del Código civil común, tampoco cabe imponer al demandado la obligación de colocar reja de hierro, red de alambre o protección semejante en sus nuevas ventanas.

**Cuarto:** De lo expuesto resulta, por tanto, que la obra hecha por el demandado se encuentra dentro de las especificaciones legales que para el ejercicio de sus facultades de dueño vienen previstas, en limitación, legalmente impuesta en consecuencia, de las posibilidades demaniales de la actora, quien ningún derecho posesorio tiene reconocido en tales u otras normas para limitar o prohibir la obra que el demandado hizo, motivos por los que procede desestimar íntegramente la demanda interdictal planteada por la demandante con consiguiente alzamiento de la suspensión de la obra que se acordó al iniciar este procedimiento, y sin perjuicio de las acciones que, en su caso puedan ejercitarse por una u otra parte en juicio declarativo, respecto del cual el presente procedimiento interdictal no produce excepción de cosa juzgada conforme al art. 1.675 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

**Quinto:** Por aplicación analógica del criterio del vencimiento previsto en los arts. 523 y 1.658 de la Ley de Enjuiciamiento civil procede imponer a la demandante, cuyas pretensiones son desestimadas el pago de la totalidad de las costas causadas en el presente procedimiento.

2

### SENTENCIA NÚM. 2

*S. JPI núm. 14 de Zaragoza de 14 de enero de 1994*

**683: EL USUFRUCTO VIDUAL:**  
EXTINCIÓN: Analogía: *Las causas de extinción del usufructo vidual (art. 86 Comp.) no pueden aplicarse analógicamente para declarar la extinción de la fiducia sucesoria por separación de hecho de los cónyuges.*

**741: FIDUCIA SUCESORIA: DISPOSICIONES GENERALES:** EXTINCIÓN: Separación de hecho: *No se extingue la fiducia sucesoria por separación de hecho, pues a estos efectos no pueden aplicarse analógicamente las causas de extinción del usufructo vidual. El art. 110.3 Comp. establece sin ninguna duda y en términos claros y precisos los únicos motivos por los que cabe dejar sin efecto el nombramiento de fiduciario.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 86 y 110 Comp.

*Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Zaragoza se siguen autos de juicio de menor cuantía, sobre extinción de la potestad fiduciaria, promovido por doña María Pilar, don José Miguel, don Javier y don Jorge Rey Salgado contra don Pedro Celestino Rey Ardid. La sentencia desestima la demanda (autos núm. 49/93-A).*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Solicitan los actores mediante la formulación de la presente demanda que se declare extinguida la potestad fiduciaria concedida entre el demandado Sr. Rey Ardid y su esposa (hoy difunta) en el testamento mancomunado otorgado ante Notario de esta ciudad Sr. García Atance el día 6 de octubre de 1956 y, en consecuencia, se declaren herederos universales de todos los bienes y derechos de

su madre, a los cinco hijos del matrimonio con la consiguiente extinción del usufructo vidual que podría corresponderle por el fallecimiento de su esposa, pretensiones a las que se opone el citado demandado alegando la no concurrencia de alguno de los supuestos contemplados en el art. 110.3 de la Compilación de Derecho Foral para que quede sin efecto el nombramiento de fiduciario.

**Segundo:** El argumento que utilizan los actores como base de su múltiple solicitud es la aplicación analógica de los supuestos de extinción del usufructo vidual contemplados en el art. 86 de la Compilación a la institución de la fiducia, al entender que la misma se basa en la confianza entre los cónyuges, la cual en el presente supuesto había desaparecido como demuestra la situación de separación de hecho en que se encontraban los citados cónyuges habiendo otorgado en fecha 23 de febrero de 1990, capitulaciones matrimoniales en las que, además de establecerse el régimen económico de separación absoluto de bienes, se acuerda la libertad de residencia de cada uno de ellos y la liquidación de los bienes existentes en el matrimonio, así como la renuncia expresa al derecho expectante de viudedad foral por parte de cada uno de los cónyuges respecto a los actos de enajenación o gravamen que realice el otro; asimismo mencionan los anteriores en la misma línea analógica, el abandono del demandado respecto de sus hijos, pese a que éstos sean mayores de edad, así como la negligencia y mala fe del mismo en el ejercicio de su función de usufructuario.

**Tercero:** Para reforzar su posición, los actores hacen referencia a diversas opiniones doctrinales favorables a la aplicación analógica del art. 86, y entre ellas mencionan la mantenida por el Sr. Zubiri de Salinas en la ponencia sobre «La fiducia sucesoria» presentada en el Foro de Derecho Aragonés en 1991; ahora bien, la referencia que efectúa la demanda a dicha ponencia es sesgada e incompleta, pues basta leer el texto original para comprobar que el ponente se plantea la posibilidad de aplicar analógicamente para la pérdida de la condición de fiduciario la norma del art. 86 pero solo en los supuestos de los núms. 2 y 4 de la misma (por nuevo matrimonio sal-

vo pacto en contrario, o llevar el cónyuge viudo vida marital estable o por corromper o abandonar a los hijos) y no en la totalidad del precepto como pretenden los actores; asimismo, de la lectura del apartado correspondiente a la pérdida de la condición de fiduciario, se desprende que en ningún momento el ponente equipara la situación de separación de hecho a la separación legal, haciendo referencia únicamente a esta última. Ya aún admitiendo, en pura hipótesis, la posibilidad de aplicación analógica de los supuestos antes contemplados, ello no sería posible en el presente supuesto pues, ni el demandado ha contraído nuevas nupcias ni se ha acreditado que lleve una vida marital estable y, además, el abandono de los hijos a que se refiere el mencionado precepto prevé un supuesto bien distinto del que concurre en el presente caso donde, pese a las manifestaciones de los actores, en modo alguno puede hablarse de tal abandono.

**Cuarto:** La pretendida aplicación analógica de la norma del art. 86 que postula la parte demandante no es posible toda vez que el art. 110. 3 establece sin ninguna duda y en términos claros y precisos los únicos motivos por los que cabe dejar sin efecto el nombramiento de fiduciario no concurriendo en el presente caso ninguno de ellos. Si el Legislador hubiere pretendido añadir algún otro (separación de hecho o negligencia en la administración de los bienes) lo podría haber hecho perfectamente, luego donde la Ley no distingue, no tiene porqué distinguir el Juzgador. Asimismo, y pese a ser algo evidente (y a ello se ha dirigido prácticamente la totalidad de la prueba de la parte actora) la profunda crisis surgida en el matrimonio y que condujo al otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, en esta misma escritura pública, en la que se pactó como régimen económico conyugal, el de separación de bienes, amén de los otros acuerdos ya reseñados, podían haber acordado de igual modo la supresión de la fiducia sucesoria, cosa que no hicieron y, caso de que por la esposa se hubiera omitido tal circunstancia, como pretenden los demandantes, podía haberlo subsanado fácilmente, de ser esa su verdadera

intención, acudiendo a cualquier notario o, incluso, por la vía del testamento ológrafo, habiendo transcurrido un plazo de casi siete meses entre la fecha del otorgamiento de las capitulaciones y la de fallecimiento de aquella, tiempo más que suficiente para haberlo efectuado, máxime habida cuenta la constante relación que durante ese periodo mantuvo con sus descendientes, los hoy actores, así como otros familiares. Al no ser así, no cabe sino entender subsistente la fiducia sucesoria constituida a favor del demandado en el testamento mancomunado de 6 de octubre de 1956 desestimándose, en consecuencia, la pretensión actora.

**Quinto:** Las costas causadas resultan de imposición a los actores en virtud de lo dispuesto en el art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

### SENTENCIA NÚM. 3

*S. JPI núm. 13 de Zaragoza de 28 de enero de 1994*

**683: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Interdicto de obra nueva: No procede frente a edificación en fundo vecino alegando disminución en cuanto a vistas.**

**DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 144 Comp., 10 y 13 Cc.**

*Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Zaragoza se siguen autos de interdicto de obra nueva, promovido por don Carlos Bustillo Sánchez contra don Ernesto Aguilar Oros. La sentencia desestima la demanda y manda alzar la suspensión acordada en su momento de la obra que realizaba el demandado en su propiedad (autos núm. 1.307/93-A).*

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** El art. 348 del Código civil, en relación con el art. 350 del mismo Cuerpo Legal otorgan al titular de derecho de propiedad sobre un bien inmueble la facultad de disponer de él, en todo o en parte, y la de utilizarlo en su provecho, plantando, cultivando o edificando en su superficie, no teniendo tales facultades demaniales otras

limitaciones que las que provengan de la regulación legal contenida en el propio Código o en otras leyes. Por ello, en el caso de autos, en que el demandado construye en su finca, el vecino demandante en interdicto posesorio sólo podrá esgrimir en su defensa las alegaciones relativas a posesión pacífica legítimamente adquirida y amparada en texto legal que le atribuya su adquisición legítima, derivada del establecimiento de una servidumbre legal a su favor y de la que viniera haciendo uso posesorio.

**Segundo:** Para determinar, como requisito básico y previo a los demás, si el actor, vecino de fundo del demandado, tiene o no cobertura para el ejercicio de su acción basada en posesión de la servidumbre de vistas limitadora de las facultades dominicales del demandado, debe acudirse en el presente caso, conforme al art. 10, párrafo primero y el art. 13 del Código civil, a las previsiones contenidas en la Compilación del Derecho civil de Aragón, cuyo art. 144 párrafo tercero expresamente establece que las facultades establecidas para disfrutar vistas sobre el fundo vecino no limita el derecho de su propietario a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna.

Por lo expuesto, el demandado interdictal al obrar en su finca no tiene obligación de respetar distancia alguna con el fundo del actor que pueda surgir de la previa existencia de servidumbres de vistas, caso de que la misma existiera, por lo que conforme a la normativa jurídico-civil antes citada, procede desestimar la demanda interdictal contra la formulada, sin perjuicio de las actuaciones que puedan corresponder en el ámbito jurídico-administrativo, caso de que las construcciones denunciadas pudiera haberse infringido alguna norma distinta de las civiles de aplicación.

**Tercero:** Siendo desestimada íntegramente la demanda formulada procede imponer al demandante el pago de la totalidad de las costas causadas en el presente procedimiento, por virtud de lo establecido en el art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

Vistos los arts. citados y los demás de general y pertinente aplicación.

#### SENTENCIA NÚM. 4

*S. JPI núm. 2 de Huesca de 21 de febrero de 1994*

**5: FUENTES:** «STANDUM EST CHARTAE»: Interpretación de «cartas»: *Cláusula, en capitulaciones de 1922, de sustitución de las hijas habidas en el primer matrimonio en favor de hijo habido del segundo, contradiciendo capitulaciones anteriores (1903): se insta su nulidad; interpretación de modo que no contradigan el pacto sucesorio anterior. Código Civil: Obligaciones y contratos: Para fundamentar el principio de irrevocabilidad unilateral de un pacto sucesorio otorgado en 1903 puede servir de ayuda el Derecho supletorio (art. 13 Cc.): arts. 1.256 y 1.331 (antes 1.319) Cc.*

**711: DERECHO DE SUCESIONES EN GENERAL:** NULIDAD DE LA INSTITUCION HEREDITARIA: Prescripción: *No existe respecto a los pactos sucesorios o testamentos plazo de prescripción cuando se trate de supuestos de inexistencia (falta de algunos de los elementos del art. 1.261 Cc.) o cuando existe nulidad absoluta por atentar a normas prohibitivas e imperativas. PETICION DE HERENCIA: Prescripción: El TS reiteradamente tiene establecido como plazo de prescripción de esta acción el de 30 años; el inicio del cómputo será conforme prevé el art. 1.969 Cc.*

**73: SUCESION PACCIONADA:** MODIFICACION: *Cláusula, en capitulaciones de 1922, de sustitución de las hijas habidas en el primer matrimonio en favor de hijo habido del segundo, contradiciendo capitulaciones anteriores (de 1903): Se insta su nulidad; interpretación de modo que no contradigan el pacto sucesorio anterior, pues éste no puede ser modificado por la sola voluntad de uno de los intervinientes según era regla consuetudinaria. Derecho de transmisión (art. 105 Comp.) y sustitución vulgar.*

**741: FIDUCIARIA SUCESORIA:** DISPOSICIONES GENERALES: EXTINCION: *Nuevas nupcias del fiduciario viudo: Junto a referencias al origen consuetudinario, naturaleza y caracteres del pacto de fiducia, la sentencia defiende, por analogía con el usufructo de viudedad, que, salvo pacto, el nuevo matrimonio del cónyuge fiduciario estin-*

*guía la fiducia ya en la época de los Fueros. Señala también que no hay plazo para su ejercicio.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Fueros 1 y 4 «De donationibus»; Obs. 7 y 18 «De donationibus», 6 «De confessis» y 16 «De fide instrumentorum»; arts. 105 Comp., 13, 774 y 1.256 Cc.

Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Huesca se siguen autos de juicio de menor cuantía (sobre declaración de nulidad de una cláusula de un pacto sucesorio y de dos escrituras posteriores y acción de petición de herencia) promovidos por don Rafael Ciria Bruis, doña Carmen Ciria Bruis y don Vicente Benedé Bruis contra don José Bruis Villellas, don Daniel Bruis Lacarte, don Rafael Bruis Villellas, doña Pilar Bruis Villellas, doña Josefa Bruis Villellas y don Joaquín Claver Villellas. La Sentencia estimando en lo esencial la demanda declara nula la institución hereditaria a favor de don José Bruis Villellas en cuanto se le instituye heredero de las fincas que eran privativas de don Rafael Bruis Lasierra y de la mitad indivisa de las consorciales de don Rafael y doña Sirveria; declara, en virtud de las capitulaciones matrimoniales de 1903, el derecho de los demandantes a la sucesión en tales bienes (autos núm. 349/93).

#### RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**Primero:** Que planteadas algunas dudas sobre el tipo de acción ejercitada por la parte demandante, a tenor de su escrito de demanda, cabe decir que son de dos tipos principalmente: La primera de carácter declarativo, para solicitar la nulidad, primero de una cláusula de un pacto sucesorio, y de otras dos escrituras posteriores, con la correspondiente cancelación registral; y la segunda una supuesta acción declarativa por la que se solicita se declare el derecho de los demandantes a la sucesión de los bienes privativos de don Rafael Bruis, aportados en 1903, y los consorciales del primer matrimonio de éste. Esta última acción encubre una genuina acción de petición de herencia; toda vez que si bien tiende a reivindicar derechos subjetivos,

esta reivindicatoria no se funda en la titularidad inmediata de los derechos subjetivos reivindicados, sino en la condición de sucesor universal del reivindicante o reivindicantes. No se discute sobre la pertenencia al caudal del derecho, sino sobre la cualidad de heredero de los demandados, o persigue demostrar que éstos poseen los bienes por título hereditario, como parte del caudal relicto, y ello a pesar de que se emplee el engañoso término de «declarativo» para una petición que supone (petición 4.<sup>a</sup> del súplico) como muy acertadamente pone de manifiesto la representación del Sr. Bruis, una acción de petición de herencia, al exigir la materialización del derecho hereditario reconocido a los demandantes conforme a la cláusula quinta del pacto sucesorio de 1903.

**Segundo:** Que una vez hecha la anterior precisión conviene examinar la acción de nulidad entablada frente a la cláusula quinta del pacto sucesorio celebrado en capitulaciones matrimoniales entre el Sr. Bruis Lasierra y la Sra. Villellas Escartín, otorgada en 1922, el día 2 de octubre, ante el Notario de Huesca, don Mariano Torrente López. Se alega respecto a ella, prescripción por la contraparte, dado el tiempo transcurrido desde su celebración, más de 70 años. No existe respecto a los pactos sucesorios o testamentos un plazo uniforme de prescripción, pudiendo ser respecto a éstos últimos de 15 años (acciones personales), para atacar estas disposiciones por vicios o defectos formales e incluso sin plazo de prescripción cuando se trate de supuestos de inexistencia (falta de algunos de los elementos del art. 1.261 del Cc.) o cuando existe nulidad absoluta por atentar a normas prohibitivas e imperativas (art. 6.3 del Cc.). Este es el argumento que emplea la parte demandante, por la que no existirá prescripción si se acredita tal infracción.

**Tercero:** Que en el tiempo en que se acordaron los pactos sucesorios (años 1903 y 1922) regían en Aragón el cuerpo de Fueros y Observaciones del Reino de Aragón, un conjunto normativo bastante caótico y falto de sistematica, pero que regulaba el conjunto de instituciones propias del Derecho aragonés, muchas de las cuales han llegado a nuestros días. Los pactos sucesorios aragoneses no eran una excepción en esta regulación, y su tratamiento era parco e indirecto. Las obser-

vancias 7 y 18 «De Donationibus» recogen las figuras de la donación por causa de muerte con carácter irrevocable. De otro lado el Fuero 4. «De Donationibus» (1.398) contempla una auténtica institución contractual de heredero, a través de la figura de la donación de todos los bienes. Así dice que la donación que es hecha por alguno de sus bienes en general o también de los bienes habidos y por haber a alguna persona que no sea hijo suyo o suyos, legítimos y naturales, en la cual el donante no deje nada a su hijo o hijos legítimos o naturales ya nacidos, no valga si tenía hijos o hijas legítimos y naturales nacidos al tiempo de la donación; y esto cuando se hace instancia por ellos frente a la donación. Y si nacieran después de la donación alguno o algunos hijos naturales y legítimos y de ellos no se hiciese mención al tiempo de la donación, por este hecho la donación se hace nula y tenida por no hecha. El auge e importancia del pacto sucesorio en Aragón, sobre todo en la provincia de Huesca lleva a decir a Gil Berges en la «Exposición de Motivos del Proyecto de Apéndice de 1904» que lo normal en esta provincia y en las comarcas zaragozanas colindantes con ella, es la regulación contractual de la sucesión. De entre todas las formas en que el contrato sucesorio ha cabido, la más tradicional ha sido los capítulos matrimoniales. Respecto a éstos las Observancias 6 y 16 («De Confessis»; y «De fide instrumetorum») permiten en capítulos los pactos que las partes tuvieran por convenientes mientras no contengan algún imposible o sean contrarias al derecho natural, debiendo el Juez atenerse a juzgar a la carta... Nos encontramos ante el principio «standum est chartae» y a sus tradicionales límites plasmados primero en el Apéndice de 1925 y después en la Compilación de 1967. Estos límites se van ensanchando con el paso del tiempo, al respecto a las normas prohibitivas. Las estipulaciones hereditarias, como las contenidas en los pactos de 1903 y 1922 que se adjuntan, no pueden quedar como las simples disposiciones testamentarias al arbitrio de la voluntad de una de las partes, y precisan del consentimiento de todos sus intervinientes. De ahí el arraigo de la irrevocabilidad del pacto sucesorio por la sola voluntad del causante. En este sentido conviene destacar la aplicación supletoria del Código civil, que puede servir de apoyadura

legislativa a un principio existente en el Derecho aragonés. El art. 1.256 del Código civil, pone de relieve la eficacia «inter partes» y herederos de las disposiciones contractuales, de las que debe participar las recogidas en los pactos sucesorios, toda vez que de la misma manera que precisan del mutuo consentimiento para concluirse requerirán también del mutuo disenso para disolverse (Art. 1.256 del Código civil). Por lo tanto cualquier modificación o la extinción de los pactos deberá reconducirse al campo contractual y aplicados los principios generales de los contratos. Sin embargo la ausencia en el Derecho aragonés de normas legales sobre esta materia, en esta época, pueden hacer pensar que al margen de su previsión contractual nada de ello había. Sin embargo precisamente la abundancia de las cautelas contractuales obrantes en los distintos protocolos notariales, por los que el disponente se reservaba la facultad de resolver la disposición, abonan, sin duda, el principio de irrevocabilidad por sola voluntad del disponente o de uno de ellos, del pacto sucesorio. Tal principio no tenía más fundamento legal que el que obliga al cumplimiento de los contratos y a que éstos no se dejan al arbitrio de una de las partes, pero era una regla consuetudinaria que formaba parte del Derecho aragonés. Por tratarse de pactos recogidos en capítulos, resulta igualmente ilustrador el contenido del art. 1.331 del Código civil (antes 1.319) que requería para la modificación de los capítulos el consenso de las personas que intervinieron en su redacción. El art. 13 del Código civil mencionaba que las prescripciones de este Código no regían para Aragón en tanto en cuanto no se opusieran a lo establecido en el Fuero (Cuerpo de fueros y observaciones...). En este asunto tanto la normativa aragonesa (consuetudinariamente) como la común (por tratarse de un pacto recogido en capítulos) no permiten la modificación del contenido del mismo, sin la intervención de sus otorgantes, y ello con independencia de la no admisión por el Derecho común del pacto sucesorio. Sentado el principio de no modificación del pacto sucesorio por la sola voluntad de uno de los otorgantes se hace necesario examinar, si la cláusula quinta del pacto sucesorio de 1922 celebrado entre el Sr. Brui y la Sra. Villellas es nulo, por infringir el contenido del pacto anterior de 1903. Este último

pacto establecía el orden sucesorio de los contrayentes (Sr. Bruis Lasierra y Sra. Camparolas López) respecto de los bienes aportados al matrimonio por el Sr. Bruis, tras ser otorgados por su madre, y de los consorciales obtenidos, en favor del hijo de ambos que de común acuerdo designan ambos, o en su caso el supérstite, y en su caso el que designen dos parientes. Al fallecer la esposa (Sra. Camparolas) el Sr. Buis se convirtió en fiduciario, con la facultad de instituir a una de sus dos hijas como herederas de la casa. En 1922 contrae nuevo matrimonio, y tras reconocer la existencia de sus dos hijas, para las cuales en virtud del pacto anterior, van a ir destinados los bienes que integran la casa, (cláusula 2 del pacto) establece en el pacto 5 una cláusula que supone una sustitución en favor del hijo habido del segundo matrimonio que se designe de común acuerdo por los cónyuges o por el supérstite o por dos parientes, para el caso de fallecimiento de sus dos hijas sin ser instituidas herederas. Es esta sustitución, que puede denominarse simple o vulgar la que origina el presente pleito, y la que se dice viola la norma imperativa de inmodificabilidad del pacto sucesorio anterior. Para ello será necesario determinar la interpretación y alcance que debe darse a esta cláusula y en concreto relacionarla con la 2. En primer lugar cabe decir que la voluntad del padre (Sr. Bruis) parece ser la de respetar el contenido del pacto de 1903. Así se deduce del contenido de la cláusula segunda. En segundo lugar, que el alcance que la cláusula quinta no puede, y no debió serlo en la voluntad del Sr. Bruis, una alteración del orden sucesorio recogido en el referido pacto, entre otras cosas porque ello no sería posible. La cláusula quinta del pacto de 1922 establece una sustitución vulgar, a los solos efectos del fallecimiento de los hijos de su primer matrimonio, sin haber sido instituidos herederos, se supone a través del mecanismo indicado en el pacto de 1903 de su designación por los parientes, como luego veremos. Sin embargo, como tal sustitución vulgar circunscribe sus efectos a la vida del causante. Recoge pues un supuesto de premoriencia al causante y no de postmoriencia. Esta sustitución no es muy distinta de la que podemos hallar en el Derecho Común en el art. 774 del actual Código civil. Así éste dice que el testador puede sustituir a una o más personas al

heredero o herederos instituidos para el caso de que mueran antes que él, o no quieran o no puedan aceptar la herencia. En este caso el Sr. Bruis sólo recogió la causa de muerte de las hijas de su primer matrimonio, como condición para que operase la sustitución, pero tal condición debe referirse al tiempo de la muerte del Sr. Bruis, no posterior a ésta, toda vez que los derechos hereditarios se habrían transmitido a las hijas del primer matrimonio por la muerte de su padre. En consecuencia la intención del Sr. Bruis sólo fue la de cubrir la contingencia de la muerte de las posibles herederas de la Casa por si fallecían antes que él, y debe además añadirse sin descendencia, porque, aunque en términos ordinarios, un cambio del heredero de la Casa en persona distinta del descendiente del primeramente designado, era factible, y el hoy art. 105 de la Compilación, lo permite, podría entenderse como una violación del orden sucesorio pactado anteriormente. En consecuencia debe tenerse como la indicada la voluntad del causante, toda vez, que otra interpretación nos conduciría a la nulidad de la cláusula, pues existe un principio básico en Derecho, de que no se puede dar lo que no se tiene, y el Sr. Bruis, como consecuencia del pacto de 1903 quedaba vinculado en el orden sucesorio en favor de sus hijos del primer matrimonio, sin que entiendo pudiera disponer *mortis causa* de los bienes privativos aportados al mismo ni de los consorciales a favor de persona distinta de las referidas hijas, ni mucho menos transmitir facultades fiduciarias, que por aquel tiempo ya no tendría, como consecuencia de su nuevo matrimonio. En consecuencia, y en virtud de esta interpretación no se ve motivo de nulidad de la indicada cláusula, puesto que a través de la misma no se alteraba necesariamente el orden sucesorio convenido.

**Cuarto:** Que conviene delimitar algunas de las afirmaciones que se vierten sobre el pacto de fiducia que se incorpora al pacto sucesorio de 1903, y que prácticamente se repite en fórmula, con posterioridad el de 1922. Este pacto supone una institución arraigada en el Derecho aragonés, cuya base es la propia confianza que el causante deposita en otros para intervenir en su propia sucesión otorgando a su vez a estos últimos poderes de disposición, incluso *mortis causa*, para ordenar la sucesión de aquél. La delegación de tal facul-

taad se justifica en la economía agraria tradicional de algunos territorios y en la necesidad de que la elección del sucesor del patrimonio familiar sea la más adecuada, lo que necesita no sólo tiempo, imprescindible para que se produzca esta elección, sino el vital para que los llamados a la herencia, los legitimarios puedan demostrar sus cualidades o inquietudes, tarea que puede superar la duración de la vida del causante. Los caracteres del pacto sucesorio, hicieron que tales facultades fueran recíprocas, aunque por lógica sólo uno de los contratantes pudiera ejercitarlas. La fiduciaria sucesoria aragonesa tiene como gran parte de las instituciones aragonesas un origen consuetudinario cuyo antecedente documental más remoto se encuentra en el Fuero 1 «De Donationibus», donde se recogía la posibilidad de disponer eficazmente de bienes del cónyuge por medio de donación. Esta institución fue estudiada por Costa en su obra «Derechos Consuetudinarios y Economía Popular de España». La falta de un cuerpo regulador de la fiducia con carácter unitario, hasta la llegada del Apéndice de 1925 no permite un profundo conocimiento de esta institución en los años en que tuvieron lugar las capitulaciones objeto de este pleito. No obstante dicha institución, recogida en un sinnúmero de protocolos notariales tuvo un notorio desarrollo a nivel consuetudinario, fundado en los pilares de la perpetuación de la Casa aragonesa, y por tanto unido indefectiblemente a instituciones como el pacto sucesorio, la legítima aragonesa y el usufructo viudal universal. Conviene detenerse sobre esta última, y sobre todo en la circunstancia de que el nuevo casamiento del cónyuge viudo extingue salvo pacto en contrario el referido usufructo. De ahí que consuetudinariamente, en orden a la fiducia sucesoria concedida al cónyuge superviviente, ésta se tuviera igualmente por extinguida por nuevo matrimonio, y ello entre otras causas porque como se ha expresado ésta se basa principalmente en la confianza, confianza que parece se quiebra, si el fiduciario cónyuge contrae nuevo matrimonio y constituye así nueva familia. Por lo que respecta a su naturaleza jurídica, se trata de un negocio *mortis causa* llevado a cabo por el causante que para producir el efecto que le es propio necesita de un elemento integrativo, cual es la voluntad del fiduciario (en estos términos se pronuncia

Lacruz, en su obra *Derechos de Sucesión*). Sin embargo el fiduciario no es por tal condición, heredero, ni beneficiario de índole hereditaria, sino un mandatario que tiene como encargo la designación del heredero del causante, dentro de los límites que la disposición del causante prevé, en orden a las personas elegidas o a sus circunstancias personales, que permite la sustitución por otra persona en el cargo que normalmente ya habrían sido designados por el causante. Y destaca sobremanera la circunstancia de que esta facultad puede o no ser ejercitada por el fiduciario, sin que sea obligatoria la misma. En este sentido la facultad que recíprocamente se concedieran los cónyuges en 1903 no fue ejercitada por el Sr. Bruis, a la muerte de su primera esposa durante su estado de viudedad, en favor de ninguna de sus dos hijas. A mi juicio, el nuevo matrimonio ya habría facultado la actuación de los sustitutos previstos en la fiducia para el nombramiento de heredero sin esperar la muerte del Sr. Bruis. A esta solución llega la Compilación en la actualidad. Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido, la fiducia concedida no se ha cumplido, aún a pesar de que cualquier persona interesada podría haberlo solicitado. Sin embargo debe de quedar claro que no existe un plazo para el ejercicio de la misma, a no ser que hubiera sido determinado por el causante, lo cual no es el caso.

**Quinto:** Que una vez expuesto lo anterior, debe de coincidir con la parte demandante, en que la interpretación que se da a la cláusula quinta del pacto sucesorio de 1922, en la escritura de institución hereditaria de 12 de septiembre de 1989, no es correcta, toda vez que claramente altera la disposición del pacto de 1903, circunstancia que ya ha sido examinada con anterioridad en el razonamiento jurídico tercero de esta resolución. La sustitución prevista, no pudo tener los efectos pretendidos al morir el causante con anterioridad a las hijas habidas de su primer matrimonio, quienes adquirieron así sus derechos hereditarios, sin que pueda alterarse el orden sucesorio acordado en 1903, derechos que transmitiesen a sus descendientes al morir. En consecuencia debe reputarse nula la institución del demandado José Bruis Vilellas respecto a los bienes aportados por su padre a su primer matrimonio con la Sra. Camparo-



las López, así como respecto a los consorciales habidos en este matrimonio.

**Sexto:** Que en consecuencia con lo anterior, y por aplicación del párrafo 3 del art. 79 de la Ley Hipotecaria que establece que podrá pedirse y deberá ordenarse, en su caso, la cancelación total de las inscripciones o anotaciones preventivas, cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se han hecho, debe proceder tal cancelación.

**Séptimo:** Que se alega no obstante, dado el tiempo transcurrido, prescripción de la acción de petición de herencia ejercida por los demandantes. Como bien señala la representación del co-demandado Sr. Bruis, la acción para pedir el reintegro de los bienes que están en poder de tercero, es prescriptible, y en consecuencia también lo será la de petición de herencia. El T. S. reiteradamente tiene establecido como plazo de prescripción de esta acción el de 30 años, que coincide con el plazo de usucapión de bienes inmuebles, sin buena fe ni justo título, como medio para adquirir el dominio y los demás derechos reales, y con el plazo para aceptar la herencia. El inicio del cómputo, como expresa la Sentencia del T. S. de 10-10-1977, superando la teoría de la «actio nata», será conforme prevé el art. 1.969 del Código civil, desde que pudo ser realizado el derecho o desde que pudiera ejercitarse eficazmente para lograr tal efecto; que no necesariamente habrá de coincidir con la muerte del causante, aunque ello será lo normal. La sentencia del T. S. de 21 de diciembre de 1971, dice que en los casos en que el heredero aparente no se hizo cargo inmediatamente de la herencia, el momento inicial de la prescripción es aquél en que empieza a poseer los bienes hereditarios exteriorizando su intención de hacerlos propios y negado a los demás el carácter que invocan. En el presente caso la herencia ha permanecido yacente desde la muerte del Sr. Bruis, sin que ninguno de los interesados, a pesar del tiempo transcurrido haya solicitado el ejercicio de la fiduciaria sucesoria. Los bienes, hasta 1966, fueron poseídos por la segunda esposa del Sr. Bruis, como parte de su usufructo viudal, sin que con posterioridad se haya acreditado su posesión hasta 1989. Es precisamente en este momento cuando estos bienes comienzan a poseerse en concepto de dueño, y cuando se niega a los demandantes

sus derechos hereditarios. Hasta ese momento, la herencia no ha sido adquirida, ni parece del conjunto de la prueba llevada a cabo que hubiera sido poseída en concepto de dueño, ni siquiera por don José Bruis, que no puede entenderse como poseedor ininterrumpido de dichos bienes, sino desde esta fecha. Si a ello añadimos, que la fiducia carece de plazo de prescripción para su ejercicio, debemos entender que la acción ejercitada no ha prescrito, dado que el tiempo debe computarse desde el año 1989, en que el Sr. Bruis fue instituido heredero de estos bienes, y consiguientemente negó la cualidad de herederos a los demandantes.

**Octavo:** Que en cuanto a las costas, conforme dispone el art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento civil, por entender que existe una estimación en lo esencial de las pretensiones de la parte actora, han de imponerse a los co-demandados que se opusieron a las pretensiones de los actores. Respecto al resto, no hay expresa imposición de costas.

#### SENTENCIA NÚM. 5

*S. JPI núm. 2 de Calatayud de 1 de marzo de 1994*

**84: SERVIDUMBRES: ALERA FORAL: Origen y regulación:** *Institución netamente aragonesa, con unos orígenes constatables que se remontan al Fuero de Jaca, pasando por la Compilación de Huesca y por las Observancias de 1437. Hoy se halla recogida en el art. 146 de la Compilación. Definición y caracteres:* *Esta institución faculta a los vecinos de un pueblo para introducir sus ganados a pastar en los términos de los inmediatos, aunque solamente en la parte de ellos que confrontan con los suyos. Se trata de un derecho de utilización de pastos ya originariamente limitado bajo el apotegma "de sol a sol y de era a era", el cual suponía que partían los ganados de sus eras, tras la salida del sol, debiendo regresar a las mismas antes de la puesta de sol. El terreno sobre el que se sustenta la alera foral es zona comunal, de secano, nunca regadío, normalmente yerma, si bien es posible ejercitar este derecho sobre zona cultivada, eso sí, una vez levantada la cosecha. En dicha zona está prohibido*

*acotar, cerrar, roturar o plantar, a no ser que se establezca la entrada libre de ganados no obstante haber llevado a cabo las anteriores operaciones. Naturaleza jurídica: En el fallo se dice que la alera foral existente entre los vecinos de los Ayuntamientos de Malanquilla y Aranda de Moncayo es una servidumbre personal de pastos recíproca, en favor, respectivamente, de los vecinos de uno y otro pueblo, que consiste en el derecho a entrar sus ganados a pastar, sin límite de reses, sin exclusividad, de sol a sol y de era a era, en una zona geográfica del municipio colindante. En el Fundamento de Derecho primero -con cita de Fairén e Isábal- se dice, en términos generales, que la alera foral es una servidumbre de carácter predial (sic), discontinua, positiva y no aparente, esto último, en la mayoría de los casos. POSESION INMEMORIAL: Alera foral: Alera entre los municipios de Malanquilla y Aranda de Moncayo. Interpretación de concordias y hermandades de 1625, 1688 y 1820. Alegación de posesión inmemorial para justificar la modificación del alcance territorial de la alera foral en el sentido de que se ha variado con la práctica histórica lo que se pactó hace ya tres siglos: falta de posesión pacífica exigida por el art. 148 para la usucapión de las servidumbres no aparentes por posesión inmemorial no interrumpida.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 146, 147 y 148 Comp.

*Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Calatayud se siguen autos de juicio de menor cuantía, sobre declaración y delimitación de alera foral, promovidos por el Ayuntamiento de Malanquilla contra el Ayuntamiento de Aranda de Moncayo y los vecinos desconocidos de dicho municipio. La Sentencia estimando parcialmente la demanda declara que entre los vecinos de los Ayuntamientos de Malanquilla y Aranda de Moncayo existe una alera foral aragonesa, es decir, una servidumbre personal de pastos recíproca, en favor de los vecinos de uno y otro pueblo, que consiste en el derecho a entrar sus ganados a pastar, sin límite de reses, sin exclusividad, de sol a sol y de era a era, en una zona geográfica del municipio colindante (autos nº 135/93).*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Tanto la demanda inicial, como la reconventional, centran la discusión objeto de este litigio sobre la institución de la alera foral.

Se trata de una institución netamente aragonesa, con unos orígenes constatables que se remontan al Fuero de Jaca, pasando por la compilación de Hueca y por las Observancias de 1437.

Esta institución faculta a los vecinos de un pueblo para introducir sus ganados a pastar en los términos de los inmediatos, aunque solamente en la parte de ellos que confrontan con los suyos. Se trata de un derecho a utilización de pastos ya originariamente limitado bajo el apotegma «de sol a sol y de era a era», el cual, suponía, que partían los ganados de sus eras, tras la salida del sol, debiendo regresar a las mismas antes de la puesta de sol. El terreno sobre el que se sustenta la alera foral es zona comunal, de secano, nunca regadío, normalmente yerma, si bien es posible ejercitar este derecho sobre zona cultivada, eso sí, una vez levantada la cosecha. En dicha zona está prohibido acotar, cerrar, roturar o plantar, a no ser que se establezca la entrada libre de ganados no obstante haber llevado a cabo las anteriores operaciones.

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta institución, se entiende que es una servidumbre —Fairén, Isábal—, de carácter predial, discontinua, positiva y no aparente, esto último, en la mayoría de los casos.

**Segundo:** Conforme a lo dispuesto en el art. 146 de la Compilación, la alera foral y las mancomunidades de pastos, leñas y demás adempros, cuando su existencia está fundada en título escrito o en la posesión inmemorial, se regirán por lo estatuido en aquél o lo que resulte de ésta.

Ambos Ayuntamientos no discuten la existencia de una servidumbre recíproca de pastos sobre parte del término municipal del contrario, sino que, referido el litigio al ámbito que tienen derecho a disfrutar los vecinos de Aranda de Moncayo, no hay acuerdo sobre su extensión dentro del término municipal de Malanquilla.

La actora ha aportado una serie de documentos, incorporados al proceso junto con la demanda como documentos

uno a cinco, en los que aparecen una serie de concordias o hermandades suscritas entre los municipios litigantes: La de 1625, 1688, una serie de adiciones intermedias, así como la de 1820. La primera de las concordias viene a recoger por escrito lo que debía ser costumbre inmemorial y, en las restantes, se viene a aclarar, a matizar, a reformar, el alcance de los derechos reconocidos en favor de los vecinos de ambos pueblos.

La alera foral aparece ya patente en la primera concordia. Quizá sean los epígrafes noveno y décimo de la misma —folio 51—, los que sean más elocuentes: «Que handando los ganados de cualquiera de los dichos lugares en los mojones e los términos y aquellos orcaados, no tengan pena ninguna» y «que cualquier rebaño de ganado que huera hallado en alguno de los dichos términos fuera de soliera». Tales epígrafes vienen complementados con otros: entrada en barbechos —epígrafe 6—, entrada en rastrojo que tenga fascales o pan por segar —epígrafe 7—. La concordia de 1820, folio 109, viene a referirse a los ganados de Malanquilla que se encontraren en los términos de la soliera después de la puesta de sol, estableciendo penalidad por tal hecho.

En la fundamental concordia de 1688, se observa cómo se intentan concretar geográficamente, así como con especificación de facultades, el alcance de los derechos cuya titularidad ostentan los vecinos de Aranda y Malanquilla, como consecuencia de los graves problemas y tensiones surgidas de la interpretación de acuerdos anteriores —folio 83, tras «primeramente»—. Es en dicho folio, en el que se fija el alcance geográfico de la alera foral discutida en este litigio. Y ello, se desprende porque en el mismo apartado, en el folio 84, se especifica la limitación de facultades que ostentan los vecinos de Aranda sobre dicho terreno, coincidentes con el alcance tradicional de la alera foral, no pudiendo pacer ni yacer con ganados, ni hacer corrales, limitando, en consecuencia, las posibilidades que se ofrecen, a pastar de sol a sol, y sin facultades complementarias con relación a la vegetación existente. Tal alcance geográfico, que ha sido reflejado pericialmente en el proceso, no es objeto de modificación posterior en la Concordia de 1820.

**Tercero:** A lo largo del proceso son dos las cuestiones básicas planteadas por el Ayuntamiento de Aranda y que merecen un estudio detallado:

La modificación por posesión inmemorial del alcance de la alera, concretando su vigente extensión al alcance territorial expuesto en el documento cuatro de su escrito de contestación.

Asimismo, en el escrito de resumen de pruebas viene a manifestar que el contenido de las concordias entre ambos pueblos regula una serie de situaciones jurídicas que van más allá de lo que es la alera foral.

**Cuarto:** La primera alegación no puede prosperar. Parte de considerar que la posesión inmemorial es un título a integrar junto con el conjunto de documentos aportados a los autos, en el sentido de que se ha variado con la práctica histórica lo que se pactó hace ya tres siglos.

La anterior línea argumental tiene su enlace con el contenido del art. 148 de la Compilación, el cual, permite la usucapción de las servidumbres no aparentes por posesión inmemorial, pacífica y no interrumpida. Hemos convenido que la alera foral es una servidumbre no aparente, por lo que no cabe la usucapción extraordinaria del art. 147 de la Compilación. En consecuencia, el examen de los autos nos lleva a una conclusión inicial básica: la falta de posesión pacífica de la servidumbre, y ello, sin entrar en el examen concreto de otros requisitos, por estimarlo innecesario. Así, la propia demandada, en el hecho segundo de la contestación, afirma: «la subsistencia de conflictos entre los vecinos de ambos términos municipales, queda patente con las numerosas denuncias penales». En efecto, los autos revelan la existencia de conflictos que se remontan al origen de las concordias, en concreto, la de 1625 es un claro exponente de que la intención de la hermandad es la de concretar el alcance de los derechos de los vecinos de ambos pueblos, y la de 1820 recoge la existencia de continuas controversias; el encabezamiento de la concordia de 1820 hace referencia a lápiz de un litigio en 1934; constan testimoniados expedientes de juicio de faltas de los años setenta; asimismo, se ha aportado con la demanda copia de acta de requerimiento de la her-

mandad de labradores y ganaderos de Malanquilla, de 1971.

**Quinto:** La segunda cuestión que plantea la demandada no deja de ser muy interesante, si bien, sin relación directa, como veremos, con el resultado de este litigio.

Resulta evidente, por la lectura de las concordancias aportadas, que los derechos que se derivaban de la existencia de montes y terrenos comunales de ambos municipios, iban más allá de la alera foral.

Voy a exponer, no exhaustivamente, los reflejos documentales de esta argumentación:

En la concordia de 1625: Los epígrafes segundo y quinto distinguen los términos comunes de los propios. Este último, al referirse a la posibilidad de hacer leña, utiliza por primera vez la expresión «el entredicho»: «si... no jurare que la leña no la lleva del entredicho ni del término propio donde la guarda». En consecuencia, se apunta una zona de aprovechamiento común, que concede derechos parecidos a los de terreno particular. El epígrafe octavo permite echar en el término entredicho a cada cabeza de ganado una rama de hoja como la muñeca. El epígrafe décimo habla de «término común». Los epígrafes doce, trece, quince, diecisiete, veintidós, veinticuatro, veinticinco y veintiséis, hablan del entredicho o del término entredicho. Por último, el treinta y dos habla de los términos propios o el común de los dichos dos lugares.

En la adición de diecisiete de octubre de 1684, folio 63, se distingue perfectamente y literalmente entre pastar con el ganado en el entredicho y hacerlo en las solieras. Para significar el diferente alcance de cada expresión, concluye dicha página hablando de la entrada de vecino en la raya del entredicho adentro, antes de rayar el sol, exceptuando los pastores que guardan el ganado, expresión ésta última, inconcebible ante una alera foral.

En la adición de veintitrés de marzo de 1695, folio 66, se refería «a los que se allaren así en el término entredicho como en los demás términos que recíprocamente gozan los vecinos de ambos pueblos...»

En la concordia de 1820, folio 109, se refiere a cualquier vecino de Arando o Malanquilla que se le encontrare espedejando carrasca o chaparros en los montes de común aprovechamiento y de la soliera.

Por último, y por su importancia, en la concordia de 1688, folios 85 y 86, se describe el alcance geográfico del aprovechamiento común, así como las facultades concedidas sobre el mismo, que exceden de las propias de la solera: yacer, pacer de noche e de día con sus ganados, hacer lumbre, corrales para yacer sus ganados... Así, en la línea undécima de la transcripción-folio 85, se dice que en el dito término entredicho, que es común de los ditos concellos de la dita villa de Aranda et el de Malanquilla, que afrontan con Torre Lamassa... continuando la descripción y a continuación lo que se puede hacer en dicho ámbito territorial, como ya ha quedado señalado.

La exhaustiva descripción llevada a cabo se debe a aclarar que queda perfectamente claro el contenido de la solera, sin que quepa confusión, por lo expuesto, con otros derechos o aprovechamientos comunes regulados históricamente. Decir, a título de curiosidad, que, obrante al folio 378, consta informe de la Diputación General en el que aparece catalogado el monte del Entredicho.

**Sexto:** En consecuencia, queda delimitado el contenido de la alera foral al ámbito geográfico que recoge el actor en su demanda y ratificado en el informe pericial.

**Séptimo:** Se ha discutido en el litigio si hay un límite cuantitativo de cabezas de ganado que puedan pastar por la solera, así como si el derecho a pastar va unido al de abreviar el ganado y echarle sal.

A diferencia de lo sostenido por las partes, la interpretación que se desprende de las concordias hace ver que no hay límite cuantitativo para ejercitar tal derecho en el término municipal de Malanquilla. En primer lugar, la concordia de 1625, epígrafe noveno —folio 51—, afirma «que handando los ganados de cualquiera de los dichos lugares el los mojonos e los términos y aquellos orcaados, no tengan pena ninguna». No hay por tanto, límite. Otros epígrafes de la concordia, como el sexto, séptimo, décimo, a

efectos de penalidad, distinguen, y esa es la única interpretación lógica que se desprende del epígrafe sexto, entre rebaño que llegue a sesenta reses o más, de los que tienen un número de cabezas menor. Y esa es la interpretación que ha de deducirse del contenido de la concordia de 1820, folio 109, cuando se refiere a ganados de Malanquilla que se encuentren en términos de solera después de la puesta de sol. Sería poco lógico entender que hay una penalidad cuando el ganado consta de sesenta, y una penalidad distinta cuando consta de cincuenta y nueve o menos.

**Octavo:** En cuanto al derecho a abreviar los ganados de Aranda, solamente será posible, de acuerdo con el epígrafe catorce de la concordia de 1625, folio 52, en los lugares denominados en la misma San Pedro, el Olmedano y la fuente de Yjuerque, en el caso de que se encuentren el término territorial de la solera reconocida en esta resolución, al no haberse localizado geográficamente durante este proceso tales lugares.

En lo relativo al derecho a darle sal al ganado, nada se ha acreditado al respecto documentalmente.

**Noveno:** Con relación a costas, la de la demanda inicial, por su no estimación total, no se hace especial pronunciamiento. Las de la reconvención, por su desestimación, se imponen al Ayuntamiento de Aranda.

6

#### SENTENCIA NÚM. 6

*S. JPI de Caspe de 2 de marzo de 1994*

**84: SERVIDUMBRES: DE PASO:** *Usucapión: Se declara la existencia, por usucapión, de servidumbre de paso aparente discontinua. USUCAPION: La Compilación de 1967, modificando, en la materia relativa a la adquisición de las servidumbres por usucapión, la normativa del Apéndice, prescinde, como dice en su Exp. de M., de las discriminaciones clásicas de servidumbres positivas o negativas y continuas o discontinuas para sentar unas reglas más precisas en base a la distinción entre aparentes y no aparentes en los arts. 147 y 148 (STS de 12 de julio de 1984). DERECHO SUPLETORIO: Signo aparente: Aplicación supletoria del art.*

*532 del Cc. en cuanto define las servidumbres aparentes y no aparentes. Según la doctrina el signo exterior de servidumbre debe tener una relación objetiva con el uso y aprovechamiento que revele la existencia de la servidumbre, ser permanente y susceptible de reconocimiento por todos.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 147 y 148 Comp.; 532 Cc.

*Ante el Juzgado de Primera Instancia de Caspe se siguen autos de juicio de cognición, sobre declaración de servidumbre, promovidos por don José Cortés Zueco contra doña Pilar-Sagrario Acero Jarrod y don Bautista Centellas Betria. La Sentencia estimando parcialmente la demanda declara la existencia de una servidumbre de paso sobre finca propiedad de los demandados en favor de finca propiedad del actor, que discurre paralela a una acequia de riego, con las dimensiones y características suficientes para cubrir las necesidades del predio dominante (autos núm. 165/93).*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Se ejercita por el actor una acción declarativa de servidumbre, que no debe confundirse con la acción constitutiva de servidumbre; pues la primera, como su propio nombre indica, pretende la declaración judicial de la preexistencia de la servidumbre, ya sea debido a la voluntad de las partes, a una constitución compulsiva «ex lege», o, a su adquisición mediante la usucapión; mientras que la segunda, crea «ex novo» la servidumbre y se funda en el artículo 564 del Código civil. En el presente caso lo que se pretende es la declaración por el juzgador de la existencia previa de una servidumbre de paso por la linde de la finca de desde el camino público hasta el fondo de dicha parcela conectando con la finca los demandados con la parcela número 191 del mismo polígono del actor, con una anchura mínima de dos metros y medio. En este sentido hay que tener en cuenta que la compilación del Derecho civil de Aragón de 8 de abril de 1967, modificando, en la materia relativa a la adquisición de las servidumbres por usucapión, la normativa anterior contenida en el apéndice del Código civil, prescin-

de, como dice en su Exposición de Motivos, de las discriminaciones clásicas de servidumbres positivas o negativas y continuas o discontinuas para sentar unas reglas más precisas en base a la distinción entre aparentes y no aparentes (STS de 12 de julio de 1984), estableciendo en su art. 147 que las aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, mientras el art. 148 de la citada Compilación determina que las servidumbre no aparentes, susceptibles de posesión, pueden adquirirse por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título, y que, en todo caso, la posesión, inmemorial, pacífica y no interrumpida produce, sin otro requisito, los efectos de la prescripción adquisitiva; debiendo entender, por aplicación supletoria del Código civil a tenor del art. 1-2 de dicha Compilación, que son servidumbres aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el aprovechamiento de las mismas (art. 532 del Código civil), debiendo tener el signo, según la doctrina, una relación objetiva con el uso y aprovechamiento que revele la existencia de la servidumbre, ser permanente y susceptible de reconocimiento por todos; y no aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia.

**Segundo:** Siendo principio jurídico que la propiedad se presume libre, es el actor el que debe acreditar el derecho de paso pretendido; pues quien sostiene la existencia de limitaciones a la propiedad debe probarla, sin perjuicio de que los principios o normas que regulan la carga de la prueba no son absolutos, pues tal carácter sería incompatible con la facultad que al Juzgador en orden al examen y valoración de las pruebas a instancia de cualquiera de las partes y de la actitud sincera o evasiva que éstas adopten durante el proceso. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido que «la tesis de que la realidad extrarregistral puede valer en ocasiones contra la presunción del Registro de la Propiedad de libertad de cargas, presupone la real existencia y prueba del derecho real o gravamen que se alega, pero con todas sus características, notas y presupuestos, más no cuando lo único que se acredita es

una situación de tolerancia derivada de relaciones de vecindad no convertida en servidumbre (STS de 26 de octubre de 1984), y que «las servidumbres no inscritas en el Registro de la Propiedad no perjudican a tercero, si bien no puede atribuirse este carácter al que adquiere bienes gravados legítimamente con servidumbres cuya existencia no pueda dudarse al revelarse mediante signos ostensibles e indubitado (STS de 25 de febrero de 1956). De la prueba practicada en el presente procedimiento ha quedado acreditada la existencia de una servidumbre aparente, aunque no aparezca reflejada en ninguna de las inscripciones registrales ni en el plano catastral —posiblemente por su carácter discontinuo—, esencialmente derivada del informe pericial y de la diligencia de reconocimiento judicial, pues, aunque la explanación verificada en la finca de los demandados ha hecho desaparecer cualquier otro vestigio que pudiera existir, en ambos se hace constar no sólo la existencia anterior de un «puntarrón» que enlazaba la finca de los demandados con el camino público y que se encuentra destruido —en el lugar en el que según el actor comenzaba su paso—, sino, sobre todo, por la existencia que se aprecia de otro «puntarrón» o paso, existente entre las fincas de actor y demandados, y que según se refleja en el plano levantado por el perito, se encuentra en línea recta con el anterior, no pudiendo tener el mismo otro objeto que el de dar acceso a la finca del actor desde la finca de los demandados, haciéndose constar en el acta de reconocimiento judicial «Entre la parcela 188 y 187 junto al brazal de riego, en la parte derecha hay otro puntarrón y una especie de acceso en ese lugar»; habiendo quedado igualmente probado que la finca propiedad del actor se encuentra enclavada entre otras fincas y sin acceso a camino alguno, desprendiéndose también, de la diligencia de reconocimiento judicial, la inexistencia en la misma de cualquier otro signo que revele el acceso a dicha finca por un lugar diferente del que se reclama por el actor —y ello sin perjuicio de que en la actualidad la finca del actor se encuentre sembrada, pues ello no significa otra cosa que, ante la destrucción del acceso anterior, el propietario de la finca ha solicitado a algún

otro vecino su permiso para pasar por la misma—; así como que la existencia de un poste de teléfono en nada dificultaría el acceso, en contra de lo que mantienen los demandados en su escrito de contestación, por encontrarse el mismo «junto al brazal», como igualmente se observa en las fotografías adveradas por el reconocimiento judicial y aportadas con la demanda, lo que, además, reconocen los demandados al responder a la pregunta decimocuarta del pliego de posiciones; sin que haya quedado probada la distancia a la que se encontraban los olivos, hoy arrancados, de la acequia, y que según los demandados impediría la existencia de un paso. Por todo lo anterior resulta de aplicación el artículo 147 de la Compilación de Derecho civil de Aragón, que, como hemos visto únicamente exige para la prescripción adquisitiva de este tipo de servidumbres, el transcurso de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, no siendo requisito necesario la existencia de justo título ni de buena fe. En este aspecto, de la prueba testifical practicada, ha quedado acreditado el uso de dicho paso desde hace más de veinte años, especialmente por la testifical verificada por Fernando Clavería Gracia, que, a finales de los cincuenta o principios de los sesenta procedió a la nivelación de la finca del actor y la construcción del «puntarrón» (folios 43, 63 y 66) —que según se desprende de la posición decimocuarta del pliego de posiciones de la prueba de confesión judicial del actor ha sido la misma persona que ha realizado la explanación para los demandados (folio 73), para lo que utilizó la mencionada vía; así como por el resto de los testigos de la actora que, en uno u otro momento han trabajado la finca, especialmente la verificada por Francisco Maranillo Albaiceta, propietario de la finca nº 191 y que inicialmente se había propuesto como testigo también por los demandados, aunque se renunció a dicha testifical con posterioridad, todos los cuales han manifestado haber accedido a la finca por dicho lugar, prueba no contradicha con suficiente fuerza probatoria por los testigos de la demandada que en algunas ocasiones responden no saber de la utilización o no del paso, habiendo manifestado en muchos de los casos «que si lo hacía era sin permiso», lo que hace que no poda-

mos calificar el uso como de una relación de buena vecindad, que como acto de «mera tolerancia», reconociendo el dominio en otra persona, impediría la posesión necesaria para la usucapión, y sí como un acto posesorio.

**Tercero:** Teniendo en cuenta que el contenido de la servidumbre de paso adquirida por prescripción viene determinada por su posesión visible, no ha quedado acreditada la anchura exacta ni las características de la misma, pues la prueba testifical practicada a instancia de la actora, única que en el presente caso podemos tener en cuenta habida cuenta de la situación actual del predio sirviente, lo único que ha quedado probado es que se venían realizando todas las labores de la finca con normalidad, lo que llevará a determinarla en las dimensiones y características suficientes para cubrir las necesidades del predio dominante.

**Cuarto:** No ha quedado acreditado que la destrucción del «puntarrón» o paso construido para unir el camino principal con la finca de los demandados, desde donde se continuaba hasta la finca del actor, se haya destruido como consecuencia de la explanación realizada por los demandados, por lo que no procede acceder a la petición de restauración del mismo por cuenta de los demandados realizada por el actor.

**Quinto:** Que no procede hacer especial imposición de las costas ocasionadas en este procedimiento, al concurrir la circunstancia de no acogerse íntegramente las pretensiones de la parte demandante (art. 523, párrafo 1º Ley de Enjuiciamiento civil).

#### SENTENCIA NÚM. 7

*S. JPI núm. 13 de Zaragoza de 9 de marzo de 1994*

**83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE:** Aplicación del art. 541 Cc.: *Por remisión expresa del art. 145 Comp. al 541 del Cc. también en Aragón se puede producir la adquisición de servidumbre por la presunción prevista en el Código (adquisición por destino del dueño), siempre y cuando se den los requisitos para ello exigidos en el citado artículo del Cc. Pero para definir qué pueda entenderse*

*por signo aparente de servidumbre de luces y vistas entre dos fincas de un mismo dueño hay que estar al propio Derecho aragonés. Signos aparentes: La Compilación prevé supuestos específicos de cuándo podrá entenderse existente signo aparente y cuándo no en el art. 145 en relación al 144 de la Comp. RÉGIMEN NORMAL: Reja y red: De la regulación de los arts. 145 y 144 deduce la sentencia que la falta de reja y red tampoco es signo aparente de servidumbre de luces y vistas a los efectos de su adquisición por destino del dueño (art. 541 Cc.). Cuando existiendo tales protecciones sea aplicable el art. 541 Cc., quedará excluida la facultad del art. 144.3 Comp., pasándose de un situación propia de las relaciones de vecindad a la presencia de una servidumbre.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 144 y 145 Comp.; 541 Cc.

*Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Zaragoza se siguen autos de juicio de menor cuantía, sobre declaración de servidumbre de luces y vistas, promovidos por doña Josefina Margarit Salvador contra don Manuel Vázquez Pérez. La Sentencia desestima la demanda (autos nº 1049/93-A).*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** A pesar de no acreditarse con documentación aportada con la demanda, la titularidad de la finca de la demandante, la documentación aportada en periodo de prueba y las manifestaciones realizadas por ambas partes, no dejan duda sobre la legitimación de la parte demandante para ejercitar la demanda esgrimida ni la de la parte demandada para ser traída en tal posición procesal al presente procedimiento, pues la primera es la propietaria de la finca sita en esta ciudad, calle Ejea de los Caballeros núm. 15 que tenía abierta ventana a la finca vecina propiedad del demandado, hasta que éste construyó de tal forma que cerró la ventana que en un lateral tenía tal inmueble, impidiendo a su dueño que siguiera utilizando las luces y vistas que a través del hueco tenía antes de la obra del demandado.

**Segundo:** Como indica el demandante, el art. 541 del Código civil, resulta

aplicación directa a la cuestión por la remisión que al mismo hace de modo expreso el art. 145 de la Compilación Foral aragonesa, de modo que también en Aragón se puede producir la adquisición de servidumbre por la presunción prevista en el Código, tradicionalmente llamada por el destino otorgado a las fincas por su dueño, siempre y cuando se den los requisitos para ello exigidos por el citado art. de Derecho Común, esto es: primero, la existencia de signo aparente de servidumbre entre dos fincas que sean del mismo dueño; segundo: que tal signo aparente sea construido o utilizado por el mismo dueño, antes de vender una de las fincas; y tercero: que enajene una de las fincas a tercero sin hacer reserva alguna respecto a la existencia del tal apariencia de servidumbre por el dueño creada antes de transmitir una de las fincas.

Ahora bien, la remisión normativa que se hace al Código civil común no implica que para definir los distintos requisitos expuestos se deba de aplicar también y de modo preferente y principal el propio Derecho Común, sino que, —salvada la remisión, deberá estarse al propio Derecho aragonés, el cual pocas especialidades efectivas contiene en orden a determinar si concurren los presupuestos segundo y tercero (instalación por el dueño del signo aparente y enajenación sin reserva de la finca), pero en cambio sí que contiene especialidad esencial cuando se trata de definir qué pueda entenderse por signo aparente en la servidumbre de luces y vistas de que se trata el presente procedimiento.

**Tercero:** Así, frente a los genéricos términos empleados por el Código civil en el citado art. 541 al referirse al signo aparente, y a la también general definición de lo que sea aparente contenida en el art. 532 del mismo Código, la Compilación aragonesa, en línea con la atención histórica que el Derecho aragonés ha venido dando a las relaciones de vecindad, prevé supuestos específicos de cuándo podrá entenderse existente signo aparente y cuándo no en su art. 145 en relación al art. 144.

En concreto, el art. 145 establece casos de signos aparentes reveladores de existencia de servidumbres de luces o vistas,



pero también establece la directa exclusión de poder ser considerado signo aparente de servidumbre la falta de protección con reja de hierro y red de alambre o semejante situada en la ventana que da al fundo próximo. Si existen tales protecciones deberá entenderse de aplicación el art. 541 del Código Civil cuando se den las demás circunstancias precisas para ello, con exclusión así de la facultad prevista en el art. 144 párrafo tercero de la Compilación, y pasando la situación existente de ser una limitación del derecho propiedad derivada de las relaciones de vecindad, a ser una servidumbre consolidada a todos los efectos de su titularidad y protección.

Pero si tales protecciones no existen en la ventana, no cabe entender existente signo aparente de servidumbre constituida por el dueño primitivo de las fincas, y por ello, no se dará el primer y fundamental requisito del art. 541 del Código civil para poder considerar a todos los efectos creada una servidumbre.

**Cuarto:** En el presente procedimiento, como indica el demandante, y es admitido por ambas partes, la ventana que estaba abierta en la pared lateral del inmueble propiedad de la actora, y que daba luz y vista desde el inmueble del demandado, careció de siempre, y al menos, hasta la venta a la demandante de la finca, de reja de hierro remetida en la pared o de red de alambre o protección equivalente, y no tenía voladizo, por lo que, conforme a la definición de signos aparentes de la Compilación aragonesa, no puede considerarse la existencia de la ventana como signo de constitución de servidumbre de luces y vistas en la forma exigida por el art. 541 del Código civil, sino que sólo puede reputarse, mientras existió, como un derecho de la demandante recayente sobre el fundo vecino por amparo del art. 144 de la propia Compilación, de modo que si el propietario vecino demandado no podía negarle el uso de tal posibilidad legal de recibir luces y vistas, si tenía la facultad concedida en el art. 144, párrafo tercero de la propia Compilación, de edificar sin sujeción a distancia alguna, como hizo.

**Quinto:** Inexistente, por el título por la que se reivindicaba, la servidumbre que pretende a su favor la parte actora, y hecha por el demandado la construcción en su fondo bajo la cobertura legal antes expuesta, procede desestimar íntegramen-

te la demanda que se formuló, con correlativa imposición a la propia demandante del pago de las costas causadas en el presente procedimiento, por aplicación del art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

#### SENTENCIA NÚM. 8

*S. JPI núm. 1 de Teruel de 14 de marzo de 1994*

**84: SERVIDUMBRES: DE PASO:**  
**Usucapión:** *No se considera probada la posesión necesaria para la usucapión.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 147 y 148 Comp.

*Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Teruel se siguen autos de juicio de cognición, sobre acción confesoria de servidumbre de paso de ganado adquirida por prescripción, promovidos por don Manuel Gómez Miravet contra don Higinio Sánchez Soriano. La sentencia desestima la demanda (autos nº 479/93).*

#### FUNDAMENTOS JURIDICOS

**Primero:** Antes de entrar en el examen del fondo de la cuestión litigiosa es preciso resolver sobre las excepciones de carácter procesal propuestas por la parte demandada, comenzando por la alegada falta de litis consorcio pasivo necesario que se funda en que no han sido llamados al proceso los demás propietarios de la finca por donde discurre la servidumbre; excepción que debe decaer por razones obvias, ya que en la demanda no se pretende reconocimiento de servidumbre alguna en las restantes fincas por las que discurre el paso de ganado pretendido y únicamente se insta la declaración de servidumbre sobre la parcela propiedad del demandado, por lo que la resolución que en su día se dicte tan solo a esta finca podrá afectar.

**Segundo:** Debe decaer igualmente la excepción de falta de legitimación activa que alega la parte demandante por no acreditar la cualidad con la que el actor reclama en el presente procedimiento la constitución de la servidumbre y ello porque pretendiéndose el reconocimiento de la existencia de un paso de ganado de carácter público basta con alegar la con-

vicción de usuario del mismo para quedar legitimado en el ejercicio de la correspondiente acción confesoria de servidumbre.

**Tercero:** La parte actora ejercita en el presente procedimiento una acción confesoria de servidumbre tendente a que se reconozca la existencia de un paso de ganado de anchura indeterminada, que proveniente por el sur de las parcelas 205 y 185 del polígono 3, del término municipal de esta capital atraviesa la parcela del demandado núm. 183 hasta llegar a la parcela 110, pretensión que es negada por el demandado, por lo que, presumiéndose la propiedad libre deberá la parte actora acreditar la constitución de dicha servidumbre, que en el caso debatido se concreta en la prueba de que dicho paso ha venido siendo usado durante al menos el plazo de diez años establecido para la constitución de la misma por uscapión, según dispone el art. 148 de la Compilación del Derecho civil Foral de Aragón.

**Cuarto:** Si bien es cierto que la prueba pericial practicada constata la existencia de un paso de ganado que atraviesa, entre otras, la finca del actor desde la actual carretera de Alcañiz hasta el camino de Valdecebro, tal prueba no es suficiente por sí sola para declarar existente la servidumbre, pues, como se ha expuesto en el Fundamento Jurídico anterior, es necesario acreditar que cuando menos dicho paso ha sido utilizado de forma más o menos continua durante el tiempo necesario para que se produzca la prescripción adquisitiva de la servidumbre y para ello, habrá que acudir a la prueba testifical practicada, prueba que no resulta en modo alguno concluyente y que carece de la contundencia necesaria para acreditar tal extremo; así varios de los testigos que depusieron a instancia de la parte demandante, como don Pedro Collado, don Manuel Dobón, don Santiago Dobón y don Ramón Navarro, aun cuando reconocen al contestar las preguntas 3 y 7 del interrogatorio la existencia de un paso de ganado, manifiestan al contestar a las correlativas repreguntas, que dicho paso de ganado coincide con el denominado Camino del Planizar, distinto de la servidumbre y discurriendo paralelo a la misma; por otra parte dicha prueba testifical resulta contradictoria con la ofrecida por la parte demandada,

y así por ejemplo el anterior propietario de la finca del actor don José Hernández Civera niega la existencia de dicho paso contradiciendo las manifestaciones del testigo Sr. Hernández Vizcarra que manifiesta ser hijo del anterior titular de las parcelas; en definitiva, existen serias contradicciones y duda que impiden constatar con la claridad y precisión requerida la existencia de la causa alegada de constitución de la servidumbre por lo que tal insuficiencia probatoria debe redundar necesariamente en perjuicio de la parte demandante a quien, como se ha expuesto en Fundamentos Jurídicos anteriores, correspondía la carga de la prueba del derecho reclamado, procediendo en consecuencia la desestimación de la demanda.

**Quinto:** Al desestimarse en esta resolución la totalidad de las pretensiones de la demanda, las costas deberán imponerse a la parte actora, por imperativo de lo dispuesto en el art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

#### SENTENCIA NÚM. 9

*S. JPI núm. 14 de Zaragoza de 8 de abril de 1994*

**83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL:** *Facultad de abrir huecos: La apertura de huecos para luces y vistas, tanto en pared propia como medianera, sobre fundo ajeno reconocida en el art. 144 Comp. como facultad propia de una simple relación de vecindad, constituye un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta que conserva el pleno derecho a edificar sin sujeción a distancia alguna. Derecho del vecino a edificar o construir: El vecino tiene derecho a edificar sin sujeción a distancia, pero no al mero cierre del hueco mediante un plástico con una mano de escayola; prospera asimismo su acción negatoria de servidumbre, pues no la hay, sino régimen normal, expresión de las relaciones de vecindad.*

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

*Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Zaragoza se siguen autos de jui-*

*cio verbal (sobre declaración de derecho a abrir ventanas seguida de reconvencción que pide se declare la inexistencia de servidumbre en la actora) promovidos por doña Pilar Sanz Guinaló contra don Luis Giménez Marcén y don Carlos Giménez Sanz. La sentencia estimando en parte la demanda condena a los demandados a que dejen libre y expedita la ventana de la actora. Y estimando, asimismo en parte, la reconvencción declara la inexistencia de servidumbre de luces y vistas de la finca de la actora sobre la de los reconviertes (autos nº 160/94-A).*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Planteándose en la presente «litis» por la actora el tema del derecho a la subsistencia de los huecos abiertos en pared medianera con el fundo vecino, a lo que los demandados se oponen formulando, a su vez, en reconvencción una acción negatoria de servidumbre de luces y vistas, hay que señalar que la Compilación de Derecho Foral aragonesa prevé, en su art. 144.1, la apertura de huecos para luces y vistas, tanto en pared propia como medianera sobre fundo ajeno sin sujeción a dimensiones determinadas, dándole a esta facultad la naturaleza de una simple relación de vecindad, constituyendo un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno con quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta, de ahí que el núm. tercero del citado art. 144 reconozca el pleno derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna.

**Segundo:** En el presente supuesto, a través de la prueba practicada y, en particular, del reconocimiento judicial efectuado, ha quedado acreditado que en la pared medianera la actora abrió, o tenía abiertos dos huecos para luces y vistas de sendas habitaciones para su vivienda. Respecto a uno de ellos, el designado en el croquis aportado con la demanda como letra B, los demandados en el ejercicio de la facultad contemplada en el mencionado art. 144.3, levantaron, no un simple tabique, como pretende la actora, con la única finalidad de impedir las luces y vistas, sino que han construido un cuarto de baño compuesto de lavabo e inodoro, por lo que no cabe duda que la obra efectuada

por éstos en su propiedad, encaja perfectamente con el supuesto contemplado en el citado precepto legal, sin que pueda hablarse en modo alguno de abuso de derecho en la conducta de los mismos debiendo, en consecuencia desestimarse la pretensión actora en cuanto a este primer hueco. El segundo de ellos, identificado por la letra A en el «croquis» citado, se encuentra cubierto por un simple plástico al que se ha aplicado encima una «mano» de escayola que no oculta, como fácilmente se observa de las fotografías, la perfecta delimitación de su contorno; esta actuación de los demandados no casa, al contrario de lo antes indicado, con su derecho a edificar o construir en su fundo pues, tales expresiones, en su sentido gramatical, hacen referencia al levantamiento de un edificio o realización de una obra de albañilería pero no a la simple colocación de un plástico con la única finalidad de privar de luces y vistas al fundo colindante, por lo tanto, al no haber construido ni edificado los demandados en su fundo, en la interpretación gramatical y lógica antes indicada, no pueden cerrar o taponar el hueco existente debiendo, en consecuencia, estimarse la pretensión actora respecto a este segundo hueco condenando a los demandados a quitar el plástico que lo cubre.

**Tercero:** En su demanda reconvenccional, los citados demandados solicitan la declaración expresa de inexistencia de servidumbre alguna de luces y vistas a favor de la demandante, pretensión que debe ser atendida vista la inexistencia de signo aparente de servidumbre, que en este caso concreto vendría configurada por la existencia de voladizos sobre fundo ajeno (art. 145 Compilación), pero no así la segunda de sus demandas —que tapie la actora la citada ventana—, pues viniendo reconocido expresamente en el mencionado art. 144.1 de la Compilación el derecho a abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas en pared medianera, la actora se encuentra amparada por dicha facultad, a la cual pueden poner término los demandados únicamente en alguna de las formas contempladas por la Ley.

**Cuarto:** La estimación parcial tanto de la demanda como de la reconvencción, supone la no imposición de costas por ninguna de ellas, (art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

10

**SENTENCIA NÚM. 10****S. JPI núm. 13 de Zaragoza de 15 de abril de 1994****683: EL USUFRUCTO VIDUAL:**

**EXTINCION: Vida marital estable:** *Se aprecia la extinción del usufructo por llevar el cónyuge viudo vida marital estable, probada, además de otros fuertes indicios, por nacimiento de hijo con el varón con el que comparece ante notario declarando adquirir inmueble para su sociedad conyugal (aunque, en realidad, no estaban casados). Se deduce testimonio al Ministerio Fiscal a efectos penales, al faltar a la verdad sobre el estado civil ante fedatario y registro público.*

**DISPOSICIONES CITADAS: Art. 86 Comp.**

*Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Zaragoza se siguen autos de juicio de menor cuantía, sobre declaración de extinción del usufructo de viudedad, promovidos por don Andrés Giner Hernández contra doña Luisa Pinilla Procas (su nuera). La sentencia estima la demanda (autos nº 979-D/93).*

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero:** Previamente a resolver el fondo de la cuestión planteada, debe ser tratada la excepción formulada como falta de litis consorcio activo necesario, y para desestimarla, pues, reclamando el actor la extinción del derecho de usufructo viudal de la demandada sobre inmueble copropiedad del propio actor y su cónyuge, no hace sino ejercitar para su comunidad, la facultad prevista y autorizada por el art. 398 y concordantes del Código civil.

**Segundo:** De la prueba documental aportada a los autos, resulta acreditado que en fecha 18 de diciembre de 1976 se produjo el fallecimiento, sin descendencia, del esposo de la demandada, por lo que se procedió a hacer la oportuna liquidación de la sociedad conyugal existente y la partición de la nuda propiedad de los inmuebles sitos en esta ciudad objeto del procedimiento, quedando la demandada como titular del usufructo viudal legalmente previsto sobre los mismos.

Así mismo ha quedado probado, por la prueba documental consistente en cer-

tificación de los Registros Civiles y de la Propiedad y de escrituras otorgadas, que el día 14 de diciembre de 1988 nació un hijo de la demandada y don Jesús Royo Vicente, y que el día 26 de febrero de 1992 el citado Sr. Royo adquirió por escritura pública un inmueble, manifestando en el acto de compraventa estar casado con la demandada, habiendo hecho la compra, según propia manifestación del citado, para su sociedad conyugal, y habiendo quedado subrogados solidariamente el mencionado y la demandada en la hipoteca que gravaba el inmueble. Sobre tal inmueble, en escritura pública distinta de la anterior tanto la demandada como el mencionado Sr. Royo constituyeron, también bajo estado civil declarado de casados, nueva hipoteca sobre el inmueble adquirido, quedando registrada una y otra escritura pública en el Registro de la Propiedad el día 6 de mayo de 1992.

**Tercero:** Los anteriores hechos acreditados llevados a cabo voluntariamente por la demandada y don Jesús Royo Vicente, unidos a hechos de carácter menos relevante como son el de encontrarse la demandada el día 19 de mayo de 1993 en el domicilio del Sr. Royo a las 10,45 horas de la mañana al hacerse un requerimiento notarial, el de aparecer en el casillero del buzón del mencionado, el de no recibir pensión alguna del padre del niño común para manutención del mismo, y el de reconocer el padre del menor que mantiene con la demandada actualmente lazos de amistad que le permiten ver al menor siempre que lo desea, permiten deducir que al menos durante el tiempo que transcurre desde antes del día del nacimiento del menor (14 de diciembre de 1988) hasta el momento de adquisición de la vivienda y su hipoteca por ambos (el día 26 de febrero de 1992) ambos progenitores del menor mantuvieron una relación afectiva con reflejo en su común patrimonio dotada de una estabilidad que, si bien no puede conocerse si conllevó o no plena vida en común, si aparece como de suficiente entidad, relevancia, duración y efectos entre los mismos, y de apariencia y permanencia frente a terceros, como para superar la mera relación de amistad más o menos esporádica y entrar dentro de la esfera de una consideración social objetiva equiparable a la vida matrimonial legalmente regulada en los arts. 66 y siguientes del Código civil.

**Cuarto:** Las anteriores consideraciones no se desvirtúan por las pruebas de carácter subjetivo realizadas a instancia de la demandada, pues ni se trata de testigos dotados de la necesaria objetividad, ni se tiene constancia de si su conocimiento proviene de su percepción directa o de la versión que frente a los mismos mantenía y mantiene la demandada. Por el contrario, en la redacción de la posición novena (folio 141 vto.) de las formuladas al demandante y en las consideraciones de la propia demandada hechas en el sentido de que dijeron en las escrituras estar casados sólo para mantener una apariencia social, subyace precisamente la realidad de lo que aconteció: Que vivían en régimen similar o igual al matrimonio y, consecuentes con ello, querían que así apareciera en los documentos oficiales y, por tal motivo de convivencia común, obtenían la negativa del actor a venderles la nuda propiedad de los inmuebles litigiosos.

**Quinto:** Por lo expuesto, y con independencia de las relaciones que hoy día pueden mantener la demandada y don Vicente Royo, se concluye que existió durante largo tiempo relación análoga a la marital entre ambos, de modo que se incurrió en la causa de extinción del usufructo viudal prevista en el art. 86 párrafo segundo de la Compilación de Derecho aragonés por lo que procede estimar íntegramente la demanda formulada por el actor y declararlo así, sin que proceda entrar a resolver lo que menciona la demandada en el Antecedente de Hecho quinto de su contestación a la demanda (posibles reembolsos por gastos del inmueble, o capitalización del usufructo) por no hacerse tal petición ni en el suplico de la demanda, ni en forma reconvenicional, ni fijando lo que se solicita con claridad y precisión que exige el art. 524 de la Ley de Enjuiciamiento civil, lo que conlleva imposibilidad de defensa al respecto por parte del demandante.

**Sexto:** La estimación que tiene lugar de la demanda conlleva la expresa imposición a la demandada del pago de las costas causadas en el presente procedimiento, en virtud de lo ordenado por el art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

**Séptimo:** De los hechos recogidos antes puede deducirse la existencia de una infracción criminal de falsedad u otra por

la acción llevada a cabo por la demandada, doña Luisa Pinilla Procas y don Jesús Vicente Royo al faltar a la verdad al tiempo de expresar su estado civil ante Fedatario y Registro Público, por lo que se deducirá testimonio de esta resolución, de la que en su caso recaiga en apelación, y de los folios 21 a 26, 44 a 45, 107, 108, 113 a 118, y 170 a 174 de los autos para su remisión al Ministerio Fiscal a los efectos penales o los que pueda estimar oportunos.

#### SENTENCIA NÚM. 11

*S. JPI de Fraga de 4 de mayo de 1994*

#### 662: REGIMEN MATRIMONIAL

**PACCIONADO: INSTITUCIONES FAMILIARES CONSUETUDINARIAS: Dación personal:** *Frente a demanda de liquidación y partición de sociedad civil verbal entre tío y sobrino casado, opone éste tratarse de la comunidad familiar basada en "dación personal". Se estima la demanda, excluyéndose en el caso la alegada "dación personal", cuyas características se analizan brevemente. Es costumbre plasmar el pacto de dación personal en escritura pública especificando que se decide y acuerda compartir vida y trabajo con una familia normalmente constituida a la que por vía de institución hereditaria se transmite el dominio de todos sus bienes y cualesquiera derechos que sobre ellos pudiera corresponderle.*

**DISPOSICIONES CITADAS: Art. 33 Comp.**

*Ante el Juzgado de Primera Instancia de Fraga se siguen autos de juicio de menor cuantía, promovidos por don Domingo Gutiérrez Trasobares contra su sobrino don Angel Gutiérrez Gracia y su esposa doña Nieves Rodrigo Bauto que formulan reconvencción. La sentencia estimando sustancialmente la demanda y desestimando la reconvencción, declara la preexistencia de una sociedad civil entre el actor y los demandados que fue disuelta, debiéndose incluir en la 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 (autos nº 307/93).*

11

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Por parte actora se ejercita acción contra el demandado instando la declaración de preexistencia de sociedad civil entre ella y codemandados que fue disuelta de común acuerdo así como la inclusión en el haber social de cuantos bienes muebles e inmuebles hayan sido adquiridos durante la vigencia del contrato societario por los socios, formulándose demanda reconvenicional por los codemandados Sr. Gutiérrez Gracia y doña Nieves Rodrigo Bauto en la que se solicitaba la declaración de existencia de comunidad familiar amparada en los arts. 1, 2, 3, 33 y 34 de la Compilación Foral de Aragón y art. 1.255 del Código civil.

**Segundo:** En cuanto a la institución bajo la cual se rigen las relaciones entre actor y codemandados se debe precisar que la institución familiar consuetudinaria aragonesa a la que aparentemente podría asimilarse la relación planteada será la llamada «dación personal» que ha sido brevemente detallada y definida por las partes y que por razones de economía procesal se da aquí por reproducido. Pero quizá la nota más característica según lo expuesto en los escritos de demanda, contestación y demanda reconvenicional y contestación sea que lo más importante de esta figura es la existencia de una institución hereditaria del donado en favor del jefe de la familia o en su caso un hereditamiento a favor del sucesor o heredero de la casa, plasmándose en un llamado pacto sucesorio que evidentemente no está presente en este supuesto, ni tampoco concurre una transmisión de todos los bienes del donado, como ya apunto la parte actora (folio 49) y reconocen expresamente los codemandados (folio 24), así como también en la confesión judicial del codemandado Sr. Gutiérrez Gracia en la absolución de la posición veinte (folio 74). El art. 33 de la Compilación Foral aragonesa, Ley 3/85 mantiene la misma redacción que la Ley 15/67 de 8 de abril, bajo cuya vigencia se habría acordado o pactado entre las partes una regulación de sus nuevas relaciones jurídicas, y dice que habrá que estar a lo pactado en primer lugar e interpretarse de acuerdo o con arreglo a la costumbre y a los usos locales. A falta de acuerdo sobre lo mutuamente pactado como ocurre en el presente caso es forzoso aludir a

la costumbre de plasmar este pacto en escritura pública especificando que se decide y acuerda compartir vida y trabajo con una familia normalmente constituida a la que por vía de institución hereditaria se transmite el dominio de todos sus bienes y cualesquiera derechos que sobre ellos pudiera corresponderle.

**Tercero:** Por todo lo anterior y lo reflejado en los autos podemos afirmar que nos encontramos ante un contrato que reviste los caracteres de sociedad civil, regulada en los arts. 1665 y siguientes del Código civil, al que se vincula el pacto de tener al actor don Domingo Gutiérrez en el domicilio de los codemandados para alimentarlo, vestirlo, conviviendo, en suma, con la familia, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.255 del mismo texto legal. Así planteado y no existiendo contienda en cuanto a la realidad de la disolución de la sociedad civil constituida se mantiene el desacuerdo sobre qué bienes han sido adquiridos desde la constitución mediante pacto verbal de la sociedad en 1983 hasta su disolución, cuáles fueron los aportados por cada partícipe y cuales son los criterios para la liquidación y partición del haber social. En este punto y de conformidad con lo dispuesto en el art. 1.708 del Código civil la partición se hará por las reglas que rigen la partición de las herencias, debiéndose formar primeramente el inventario (art. 1.065 y concordantes de la L. E. C.), debiendo tener en cuenta lo recogido en el art. 1.689 del Código civil ante la falta de pacto sobre la participación en las ganancias. Así la división se hará por partes iguales entre el actor y los codemandados como sociedad conyugal.

**Cuarto:** En cuanto a costas y dada la estimación sustancial de la demanda, conforme a lo dispuesto en el art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento civil, serán abonadas por los codemandados.

### SENTENCIA NÚM. 12

*S. JPI núm. 2 de Ejea de los Caballeros de 9 de mayo de 1994*

**83: LUCES Y VISTAS: Régimen normal: Derecho del vecino a edificar o construir: El vecino puede edificar cerrando los huecos abiertos en pared**

medianera, que tenían reja y red, o sólo red, y carecían de voladizos. No procede indemnización de daños por este concepto, pero sí por los causados en tabla del rafe y tejas al elevar el tabique discutido.

**84: SERVIDUMBRES: DE VERTIENTE DE TEJADO: Usucapión:** *El alero del tejado que sobrevuela la finca contigua y que vierte en ella las aguas pluviales constituye signo aparente de servidumbre de vertiente de tejado y habiendo transcurrido con creces el plazo previsto en el art. 147 Comp. de persistencia de tal situación fáctica, ha de concluirse la adquisición por usucapión de la servidumbre de vertiente de tejado.* **DE MEDIANERÍA: Derecho supletorio:** *La sentencia aplica el art. 572 del Cc. Respecto del art. 573.1º Cc. dice que carece de aplicación por estar permitida en la Compilación la apertura de huecos en pared medianera.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 144 y 147 Comp., 363, 572, 573, 586 y 1902 Cc.

*Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ejea de los Caballeros se siguen autos de juicio de cognición (sobre responsabilidad extracontractual derivada de la construcción de tabique que obstruye las ventanas de la casa de los actores y causa otros daños) promovidos por don Cesáreo Beltrán Sádaba y doña Teresa Remón Olóriz contra don Agustín Murillo Arce y doña Carmen Martínez Bernal que formulan reconvencción sobre recogida de aguas pluviales. La sentencia estimando en parte la demanda condena a don Agustín a reponer la madera entre los dos primeros cañetes del rafe del tejado de la casa de los demandantes y a reponer las tejas correspondientes a dicha madera. Desestima la demanda reconvenccional (autos nº 36/94).*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** La parte actora ejerce una acción de responsabilidad extracontractual con base en el art. 1.902 del Código civil y el 363 del mismo Cuerpo Legal pretendiendo la condena de la parte contraria a demoler el tabique que obstruye las ventanas de su casa, a retirar los maderos incrustados en las paredes

de la misma y a que se reparen los daños ocasionados en las paredes y tejado de la casa hasta devolverla a su estado originario.

**Segundo:** El éxito de la acción entablada de responsabilidad civil extracontractual prevista en el art. 1.902 del Código civil requiere la ilicitud del acto causante de los daños por los que se reclama. La Compilación de Derecho Foral aragonés al regular las relaciones de vecindad recoge como régimen normal de luces y vistas en su art. 144, párrafo 1 la facultad de abrir en pared propia a cualquier distancia de predio ajeno o en pared medianera huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas; sin embargo, el párrafo 3 del mismo precepto dispone que esa facultad no limita el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna. Se ha acreditado que los demandados han realizado obras en el corral de su casa obstruyendo cuatro ventanas de la casa de la parte actora, de las cuales las dos inferiores estaban provistas de reja remetida en pared y red de alambre y las dos superiores, obstruidas sólo en parte, estaban provistas de red de alambre; careciendo todas las ventanas de voladizos. Pues bien, no habiéndose alegado siquiera por la parte demandante la existencia de servidumbre de luces y vistas favorable a su predio, hace entenderse que los demandados han actuado en ejercicio de su derecho a edificar o construir en su fundo sin sujeción a distancia alguna conforme al citado art. 144, párrafo 3 de la Compilación de Derecho aragonés, razón por la que no ha de estimarse la pretensión de la actora de demolición de la obra que obstruya las ventanas de la casa de la parte actora al no concurrir el requisito necesario de ilicitud concreta de los demandados.

**Tercero:** Es también pretensión de los demandantes la reparación del daño causado en la pared divisoria entre su casa y la de los demandados alegando que tal pared es propiedad de los actores, e invocan también como fundamento de sus pretensiones además del art. 1.902 del Código civil, el art. 363 del mismo, según el cual el dueño del terreno en que se haya edificado con mala fe puede exigir la demolición de la obra. Confor-

me al art. 1.214 del Código civil incumbe a la parte actora acreditar que se le han ocasionado tales daños y por tanto el menoscabo en su patrimonio. En el art. 572, párrafo 1 del Código civil se presume medianeras las paredes divisorias de los edificios contiguos hasta el punto común de elevación; sin que exista presunción en contrario favorable a la actora, ya que el art. 573, párrafo 1 del Código civil carece de aplicabilidad al caso por estar permitida en la Compilación de Derecho civil de Aragón la apertura de huecos en pared medianera. Antes bien, la prueba practicada revela que la pared divisoria no presentaba paramento recto por el lado de la finca de los demandados, sino que en la parte inferior presentaba un retalle. Las obras realizadas por los demandados en el patio de su finca consistieron en un forjado como suelo de la planta segunda, obstruyendo las ventanas de la planta primera de la casa de los actores ubicadas en la pared divisoria, tabicando tales ventanas y apoyando en sendos tabiques maderos de soporte del forjado, uno de los cuales sobrepasa en dos centímetros el tabique, penetrando en el vano de la ventana, pero sin llegar a la mitad ideal del grosor de la pared divisoria en la que se ubica. Por otra parte, se ha acreditado también que sobre el retalle inferior de la pared divisoria los demandados elevaron una pared adosada a la preexistente de doce centímetros de espesor sobre la cual apoyaron los maderos que sustentan la cubierta de la planta segunda sin llegar a incrustarse los maderos en la primitiva pared divisoria, en la que no se ha acreditado ningún daño derivado de las obras, razón por la que no ha de estimarse la pretensión correlativa de los demandantes. Finalmente los actores pretenden que los demandados les indemnicen por daños ocasionados en las tejas de su tejado al subirse el codemandado Sr. Murillo al mismo para remozar una pared de mayor altura; según la confesión del codemandante tal obra se hizo a su vista y ciencia; sin embargo, se han acreditado daños en el rafe del tejado de los actores próximo a donde se realizaba la obra consistentes en la falta de una madera entre los dos primeros cañetes y sus tejas correspondientes, daños que no se negaron al contestar la demanda alegando tan sólo que

el codemandado tenía autorización para subirse al tejado de los actores; por tanto, procede condenar al Sr. Murillo reponer la tabla de madera y las tejas indicadas.

**Cuarto:** La parte demandada formuló reconvencción con base en el art. 586 del Código civil pretendiendo la condena a los actores a recoger las aguas pluviales del tejado de su propiedad que vierten sobre la finca de los demandados o subsidiariamente que se establezca un servidumbre de desagüe por el punto de los predios contiguos en que sea más fácil la salida de aguas previa la indemnización correspondiente. Pretensiones a las que se opuso la parte contraria alegando la titularidad de la servidumbre de vertiente de tejado adquirida por usucapión. De lo actuado resulta que el alero de una de las vertientes del tejado de la casa del matrimonio Beltrán Remón sobrepasa la pared divisoria y vierte las aguas sobre la finca de la parte contraria. En prueba de confesión el Sr. Murillo al absolver la cuarta posición manifiesta que «cree» que la vertiente del tejado de la otra parte siempre ha caído sobre el patio de su vivienda; también su esposa en prueba de confesión aseguró que la vertiente del tejado de la parte contraria siempre ha caído sobre el patio de su vivienda, habiendo confesado también los dos que su vivienda y la de la contraparte presentan la misma configuración desde hace al menos veinte años. La prueba testifical practicada redunda también en que al menos desde hace veinte años las aguas pluviales del tejado de la finca de Cesáreo Beltrán y Teresa Remón vierten a la finca de la parte contraria. En el Derecho Foral aragonés se distingue en orden a su adquisición por usucapión sólo entre servidumbres aparentes y no aparentes, de la forma que según el art. 147 de la Compilación del Derecho civil de Aragón todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni de buena fe. En este caso, el alero del tejado que sobrevuela la finca contigua y que vierte en ella las aguas pluviales constituyen signo aparente de servidumbre de vertiente de tejados y habiendo transcurrido con creces el plazo previsto en el citado precepto foral de persistencia de tal situación fáctica, ha de concluirse la



adquisición por usucapión de la servidumbre de vertiente de tejado sobre la finca de la calle Alberca núm. 3 de Sádaba en favor de la finca sita en el núm. 1 de la misma calle y población. En consecuencia, se desestima la demanda reconvenzional.

**Quinto:** Conforme al art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento civil en caso de estimarse íntegramente las pretensiones de una de las partes las costas procesales se impondrían a la parte contraria; sin que proceda expresa imposición de costas en caso de estimación parcial.

13

### SENTENCIA NÚM. 13

*S. JPI núm. 2 de Zaragoza de 18 de mayo de 1994*

#### 662: REGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO: LIBERTAD DE PACTO:

**Art. 29:** *El régimen económico matrimonial en la Compilación permite a los cónyuges una libertad de pactos muy superior a la recogida en el Código civil para la sociedad de gananciales, y así el art. 29 Comp. otorga a los cónyuges la libertad de realizar pactos y declaraciones en escritura pública, "aun fuera de capítulos", por los cuales atribuyan a bienes muebles la condición de sitios o a éstos la de muebles.*

**6631: REGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: ACTIVO: PRESUNCION DE COMUNIDAD:** *Pese a adquirir el bien inmueble constante matrimonio, en la escritura de compraventa se puso como estado civil el de soltera y así accedió al Registro de la Propiedad; posteriormente el viudo heredero, al inventariar los bienes y aceptar la herencia de su esposa, consigna tal bien como privativo por haberlo adquirido en estado de soltera. No existiendo prueba alguna que permita saber al tiempo de su compra el verdadero carácter privativo o consorcial del piso comprado, debe prevalecer sobre la apariencia escriturada la presunción derivada del art. 40.2 Comp. y, por lo tanto, considerarlo consorcial.*

**682: EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD: BIENES AFECTOS:** *Comienzo de la afección: Estando "sub iudice" la reclamación, no puede estimarse que la porción de finca objeto de la mis-*

*ma hubiera entrado ya en el patrimonio del demandado y quedado sometida al derecho expectante de viudedad que configura el art. 76.1 de la Compilación.*

**711: DERECHO DE SUCESIONES EN GENERAL: LEY APLICABLE:** *Vecindad civil: Ostentando el causante la vecindad civil aragonesa, la normativa hereditaria específica de Aragón es aplicable también al heredero de distinta vecindad civil o nacionalidad extranjera.*

**723: TESTAMENTO MANCOMUNADO: INSTITUCION RECIPROCA ENTRE CONYUGES:** *Pacto al más viviente: La sentencia admite que la declaración contraria a que la institución mutua y reciproca entre cónyuges produzca los mismos efectos que "el pacto al más viviente", puede hacerse tanto de forma expresa como mediante declaración de voluntad tácita.*

**73: SUCESION PACCIONADA: PACTO AL MAS VIVIENTE: Facultad de disposición del sobreviviente:** *El art. 108.3 Comp. instituye heredero al cónyuge sobreviviente de los bienes del fallecido, no sólo sin límite o condición alguna, sino que, antes al contrario, con la facultad de disponer de los mismos por cualquier título. Esta facultad limita e incluso puede dejar reducido a la nada el derecho de los herederos del cónyuge primeramente fallecido a los bienes que quedaren (art. 108.3 i.f.). Bienes consorciales que quedaren: Los bienes comunes del matrimonio que ha realizado el pacto al más viviente, al abrirse la sucesión del primer cónyuge pertenecen por entero al sobreviviente. Pero fallecido éste sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, la mitad de los que quedaren pasarán a los herederos del primeramente fallecido (art. 108.3 i. f.). Frutos y rentas de los bienes que quedaren: Cuantas rentas y frutos se generen por los bienes de la esposa desde el fallecimiento de ésta pasan a lucrar el patrimonio personal del cónyuge heredero, aunque tales bienes fueran, constante matrimonio, consorciales; por tanto, sólo las rentas que se hayan generado tras la muerte del cónyuge sobreviviente pueden ser reivindicadas por los herederos del primeramente fallecido; y no todas ellas sino sólo su mitad dado el carácter consorcial de los pisos alquilados.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 29, 37, 40, 76, 108 Comp. y 337 Cc.

*Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza se siguen autos de juicio de menor cuantía, sobre declaración de derechos y reivindicaciones de bienes muebles e inmuebles, promovidos por don José García Hernández contra don Fernando Zarzosa Lozano, don Julio Zarzosa Lozano y doña Concepción Lozano Burillo. La Sentencia estimando parcialmente la demanda declara: 1ª) Que el piso en discusión tenía carácter común en el matrimonio formado por doña Carmen García Hernández y don Raimundo José Zarzosa Fraile, y que la mitad indivisa del mismo es propiedad del demandante al no haber dispuesto de él el heredero testamentario de doña Carmen García Hernández, don Raimundo José Zarzosa Fraile; 2ª) Que la mitad indivisa del otro piso discutido es propiedad del demandante; 3ª) Que es propiedad del demandante la mitad de los saldos existentes en fecha de junio de 1988 de los que eran titulares los cónyuges citados, y de los que no dispuso el viudo supérstite; 4ª) Que son propiedad del demandante la mitad de las rentas de los pisos antes señalados desde el 10 de octubre de 1991; 5ª) Se condena a los demandados a abonar al actor la cantidad de 3.610.485 ptas.; 6ª) Se acuerda la rectificación de las inscripciones registrales referidas a las citados pisos.*

*La Sentencia estima también parcialmente la demanda reconvenzional y declara el derecho de los demandados a compensar, de la cuantía a cuyo pago han sido condenados, la mitad de las cantidades abonadas para atender los impuestos y tasas que gravan la propiedad de los pisos citados (autos nº 362/93).*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Opone la parte demandada —en lugar inadecuado— la excepción de litis consorcio pasivo necesario con fundamento en el hecho de que la demanda no se haya dirigido contra la esposa del codemandado don Fernando Zarzosa Lozano, doña María Gloria Soria Navarro, por cuando «sujeto el matrimonio del aludido codemandado y de su esposa al régimen de gananciales (sic) y, en cualquier caso,

sin existir disposición capitular alguna restrictiva del citado derecho expectante, la constitución de la relación jurídico procesal es ostensiblemente defectuosa», tesis que es inacogible siguiendo el criterio sustentado por el T. S. en sentencia de 12 de noviembre de 1990, pues siendo el supuesto de autos una reclamación encaminada a cuestionar el caudal hereditario del que eran herederos abintestato los demandados, le es aplicable la doctrina de la citada sentencia que señala que, «aun cuando la demanda que inició el procedimiento fuese posterior en el tiempo, como es lógico, al testamento otorgado por doña María Nieves y a la escritura de aceptación de herencia por don Enrique B., no puede dejar de tenerse en cuenta que con aquella demanda se pretendió la entrega de determinada porción indivisa del tercio que sobre la finca correspondía a la expresada señora, la que, por testamento, instituyó heredero universal a su citado hermano Enrique, razón por la cual, estando «sub judice» (sic) la reclamación, no puede estimarse que la porción de finca objeto de la misma, hubiera entrado ya en el patrimonio del demandado don Enrique y quedando sometida al derecho expectante de viudedad que configura el artículo 76.1 de la Compilación, cuyos hipotéticos frutos tendrían la consideración de bienes comunes, a tenor de su artículo 37.3º. Despréndese de ello, la imposibilidad de asignar a la esposa de don Enrique el pertinente interés jurídicoprocesal en orden a exigir su llamada al proceso, de acuerdo con el instituto del litis consorcio pasivo necesario».

**Segundo:** No hay discusión sobre los hechos que estructuran la posición de las partes en el proceso ni las pretensiones ejercitadas en el mismo. Solo acaso en el subapartado a) del Fundamento de Derecho cuarto del escrito de contestación en el que se detalla y razona que siendo admisible que la declaración contraria a que la institución mutua y recíproca entre cónyuges produce los mismos efectos que el «pacto al más viviente» se haga de forma tácita, no cabe duda que el designio de la causante del demandante «tras los acontecimientos que provocaron su comparecencia ante el notario» el 5 de octubre de 1992 no pudo ser el que su hermano acabara heredando de ella, y que resulta incontestable que aquella

causante, de haber sido versada en derecho, o simplemente de haber conocido tal posibilidad hubiera formulado la declaración obstativa su declaración notarial había otorgado de mancomún con su esposo». Pero la propia redacción de la defensa de los demandados revela que ello constituye más un deseo de la propia parte que una realidad. No hubo declaración de voluntad expresa o tácita contraria a que la recíproca institución produjera los mismos efectos que el pacto «al más viviente». La parte demandada ha querido construir aquí un futurible en el pasado. Tal previsión le tenía que ser indiferente a la causante del demandante pues en razón al testamento mancomunado otorgado por el matrimonio quien iba a heredar era su marido y podía disponer de los bienes por cualquier título.

**Tercero:** También debe ser desestimado sin especiales razonamientos el argumento reflejado en el apartado g) del escrito de contestación, en el que se razona sobre la posible inaplicación de la normativa hereditaria específica de Aragón en favor de personas no aforadas en un llamamiento hereditario abintestado, alegato planteado en términos ciertamente dubitativos que es inacogible pues ostentando los dos causantes la vecindad civil aragonesa, según reza en el testamento mancomunado, para nada influye ni la vecindad civil ni la nacionalidad del heredero.

**Cuarto:** Mejor acogimiento merece la puntualización que realiza la parte demandada en el apartado c) de sus Fundamentos de Derecho encaminada a subrayar que el patrimonio que puede pasar a los herederos del cónyuge primeramente fallecido es el no dispuesto por el cónyuge sobreviviente. En efecto, el artículo 108 de la Compilación en su número tercero, así lo dispone al establecer que «no habiendo hijos, o fallecidos todos ellos antes de llegar a la edad para poder testar, el sobreviviente heredará los bienes del premuerto: en tal caso, fallecido a su vez aquél, sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, pasarán los que quedaren a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido». Esto no obsta al derecho del actor, pero lo cercena o limita e incluso lo puede dejar reducido a la nada en tan-

to en la medida que el cónyuge sobreviviente haya dispuesto del haber hereditario de cónyuge premuerto. Junto a ésta consideración conviene resaltar de la citada norma el que instituye heredero al cónyuge sobreviviente de los bienes del fallecido no sólo sin límite o condición alguna sino que, antes al contrario, con la facultad de disponer de los mismos por cualquier título.

**Quinto:** Sentado lo anterior y siendo incuestionable el derecho del actor a esos bienes que lo fueron de su causante y de los que no dispuso el cónyuge sobreviviente, se hace necesario pues examinar la prueba correspondiente a cada uno de los reivindicados y la problemática jurídica que las partes han planteado respecto a cada uno de ellos.

**Sexto:** En cuanto a los bienes privativos de doña Carmen García Hernández se detallan en la demanda como integrantes del mismo dos pisos, ambos sitos en la ciudad de Zaragoza, uno de la C/ Italia nº 54, piso 2º A, y otro en la C/ Unceta nº 44-46-48, piso 1º A. El primero de ellos, el sito en la calle Italia, fue adquirido en escritura pública por la causante el 28 de octubre de 1976. En dicha escritura por la causante el 28 de octubre de 1976. En dicha escritura se reflejó como estado civil de soltera y lo adquirió pues como privativo y así accedió al Registro de la Propiedad aunque había contraído matrimonio sin otorgar capítulos el 22 de septiembre de 1975 (folio 94). No es que aparezca con tal condición de privativo, pues apareciendo como soltera no hay ocasión de diferenciar el propio patrimonio del consorcial. No se da en la demanda explicación alguna ni se aportan datos que puedan justificar este proceder y del que se pudiera deducir el que, pese a adquirir el bien inmueble constante matrimonio, existiera alguna razón o título jurídico que amparara su atribución como privativo y que pudiera ser ahora examinado tanto de forma fáctica a tenor de la prueba practicada como su entidad jurídica. Al contestar a la reconvenición hizo la parte demandante una breve referencia a esta cuestión, señalando que, aunque adquirido constante matrimonio, «tampoco ello desvirtuaría el carácter privativo de tal bien, en base a lo establecido por el artículo 37-1 de la Compilación Foral de Aragón que señala que serán bienes comunes los adquiridos a título oneroso constante

matrimonio... a costa del caudal común», para luego interrogarse sobre la singularidad de que compareciera ante el Notario como soltera al adquirir tal piso, pareciendo querer dar a entender, sin llegar a decirlo, que acaso fuera porque el inmueble se adquiriría no a costa del caudal común sino del privativo de la adquirente. Prescindiendo de que no era ése el trámite que se le había concedido, la posibilidad de hacer alegaciones, no hay prueba alguna que permita saber *ab initio*, esto es, al tiempo de su compra el verdadero carácter privativo o consorcial del piso comprado.

**Séptimo:** No hay razón legal que aparentemente pueda explicar ese proceder. Debe tenerse presente que el régimen económico matrimonial en la Compilación permite a los cónyuges una libertad de pactos muy superior a la recogida en el Código civil para la sociedad de gananciales y así el artículo 29 de la Compilación, otorga a los cónyuges la libertad de realizar pactos y declaraciones en escritura pública, aun fuera de capítulos, por los cuales atribuyan bienes muebles la condición de sitios o a ésta la de muebles. En el caso ahora examinado a favor de la tesis del demandante se encuentra la circunstancia de que don Raimundo-José Zarzosa Fraile, al inventariar los bienes y aceptar la herencia en la escritura de fecha 6 de julio de 1988 consigna tal bien como privativo. Pero esta circunstancia pierde entidad jurídica en la medida en que esa atribución se apoya en el mismo error que resulta en la escritura de compraventa de la vivienda, afirmándose respecto al mismo y al reseñar el título del mismo que «adquirió el piso descrito la causante doña Carmen García Hernández, en su estado soltera, por compra a la Compañía Mercantil "Talleres Agustín Gómez, S.A."...». El Juzgado considera que en base a dicho error, tal afirmación no constituye un acto propio que pueda producir efectos jurídicos en relación a terceros, y ello por la sencilla razón de que al causante de los demandados le resultaba indiferente en esos momentos reconocer o asignar a unos u otros bienes el carácter privativo de su mujer o consorcial, pues en uno y otro y con la facultad de disponer sobre los que fueron privativos de su mujer, de una manera omnimoda y, como señala el artículo 108 de la Compilación, por cualquier título. Siendo él el heredero de su esposa

no hubiera podido encontrar persona alguna frente a la que cuestionar el carácter privativo del bien. Por tanto debe prevalecer sobre la apariencia escriturada la presunción derivada del párrafo segundo del artículo 40 de la Compilación y, por lo tanto, considerarlo consorcial. Debe tenerse presente, y acaso esto sea sustancial para resolver ésta concreta cuestión, que no es que don Raimundo Zarzosa reconociera el carácter privativo del bien, sino que se apoyaba en la titularidad formal y en el mismo error del título, afirmándose que «adquirió el piso descrito la causante doña Carmen García Hernández, en estado de soltera, por compra...».

**Octavo:** Más clara solución tiene la calificación jurídica del piso sito en la calle Unceta. Aquí es el demandante el que se alza frente a la apariencia registral aportando un documento privado que acredita que los verdaderos compradores y, por tanto, los verdaderos titulares de tal piso eran sus padres, lo que acredita mediante la aportación de una fotocopia del documento privado de compra (documento nº 18 de la demanda, folio 27 a 29). A ello cabe oponer, aparte de que se trata de una mera fotocopia y que no aparece en el mismo la firma de los compradores, el que la parte demandante no termina de adoptar una posición coherente con esa postura. Si así fuera, ese piso habría que imputarlo en primer lugar a la sucesión de sus padres y sólo en la medida en que, en razón a la división del haber hereditario de sus padres, el citado piso hubiera sido adquirido por su hermana, podría reivindicarlo ahora en razón a la sucesión de ésta por su condición de privativo. Por tanto, de seguirse la tesis del demandante, el título para reivindicar el citado piso sería distinto. Pero al margen de ello, aunque así fuera, no hay razón para negar validez jurídica a la escritura en la que se adquirió el citado piso y en el que se asignó el usufructo a los padres y la nuda propiedad a la sociedad conyugal formada por la hermana del demandante y su cuñado; no hay ningún obstáculo jurídico a que, de forma omnimoda, los padres del demandante lo hicieran así y, aunque tal escritura encubriera una atribución gratuita realizada por los padres del demandante, carecería ése hay (sic) de toda legitimación y razón jurídica

para impugnarla (lo que por lo demás no hace, sino que pretende desconocerla o más bien tratar de dar preferencia a una hipotética realidad anterior, lo que por la mera ordenación temporal de los títulos resulta inaceptable). Debe traerse a colación aquí lo antes razonando sobre las amplias facultades que el artículo 29 de la Compilación otorga a los cónyuges para atribuir a los bienes la condición de privativos o consorciales. El citado piso es, pues, consorcial.

**Noveno:** Aporta la parte demandada un dato o característica del dinero para sostener que don Raimundo Zarzosa dispuso de las cuantías dinerarias que el matrimonio poseía en depósito en determinada entidad bancaria, disposición que se derivaría de la mera cancelación de las cuentas o depósitos, y que se asentaría en la fungibilidad del mismo. La tesis es inacogible. En el Código civil se identifica la cosa fungible con lo que es consumible (artículo 337 Código civil). Pero esta característica no es trasladable al dinero sin ninguna matización. Por un lado del dinero se afirma que es un bien ultrafungible en cuanto es el común denominador de las demás cosas y bienes (materiales e inmateriales) en la vida de las relaciones patrimoniales de las personas. Pero el dinero ofrece una característica que lo diferencia con claridad de los bienes consumibles. Estos son aquellos que no pueden ser económicamente utilizados sin que vengan destruidos o que por su propio uso pierden su estructura y naturaleza. Es obvio que esto no se puede producir respecto del dinero. La doctrina se refiere más bien, cuando se refiere al consumo del dinero, al «gasto», lo que supone la enajenación o traslado de las piezas monetarias que hace una persona al desprenderse de ellas, por lo que no se trata de una consumación por destrucción o transformación del objeto, sino tan sólo de un cambio de titularidad: una persona gasta dinero cuando hace salir de su patrimonio una suma determinada del mismo. Por último es inacogible la tesis de la parte demandada que considera que, respecto al piso amueblado, no puede integrar el haber hereditario al que tiene derecho el demandante por cuanto al arrendamiento es un acto de disposi-

ner es enajenar la cosa o constituir sobre la misma un derecho real, mientras que el arrendamiento no concede al arrendatario un derecho real sino de crédito. Del arrendamiento urbano se ha predicado en ocasiones su carácter de acto de disposición (o de administración extraordinaria) sobre la base de la prórroga forzosa, que suponía que el arrendamiento un negocio de gran trascendencia (sic). Pero en el caso de autos, aunque no se ha aportado el contrato, el mismo se formalizó con posterioridad al Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril y por tanto con la posibilidad de que no esté sometido a prórroga forzosa.

**Décimo:** Entrando pues en el examen de los bienes que se consideran consorciales, y comenzando por las rentas de los alquileres de los pisos antes reseñados, resulta necesaria ya una primera matización derivada del hecho de que ambos pisos se han considerado consorciales, de modo que las rentas que cabrá reclamar por el demandante serán, no todas ellas sino sólo su mitad y hecha esa primera advertencia hay que aceptar ya, también inicialmente, el alegato de los demandados de que tales alquileres «en cuanto derecho o bien propio del usufructo, no pueden ser considerados consorciales en el ámbito hereditario de este proceso y su disposición, en una u otra forma, se hallaba a la libre y omnimoda voluntad del consorte sobreviviente». En efecto, don Raimundo-José Zarzosa adquirió, en virtud de la sucesión testamentaria de su esposa, la plena propiedad de los bienes de la misma sin limitación ni reserva vinculante alguna, de manera que cuantas rentas y frutos se generaran por tales bienes desde el fallecimiento de aquella pasaban a lucrar el propio patrimonio personal del heredero y sin que quepa imputar a la sociedad legal aragonesa ya, obvio es decirlo, inexistente. Por tanto, sólo las rentas que se hayan podido generar tras la muerte de don Raimundo-José Zarzosa Fraile (el 10 de octubre de 1991) pueden ser reivindicadas por el demandante. De la prueba practicada sólo resulta que estuviera y que esté arrendado el piso en la C/ Unceta (informe de la Cámara de la Propiedad Urbana, folio 143, y testimonio del arrendatario don José Claramonte Celma, folio 159), de

manera que correspondiendo sólo a la causante la mitad de tal vivienda, corresponde al demandante la mitad de tales rentas, esto es 162. 667 pesetas, sin perjuicio del derecho a las rentas futuras.

**Undécimo:** En cuanto a los depósitos bancarios los mismos no aparecen reflejados en el inventario elaborado por don Raimundo Zarzosa, y sin embargo sí que aparecen en el elaborado por su hermano al fallecer aquél. De la prueba practicada resulta que el 1 de junio de 1988, fecha del fallecimiento de la causante del demandante existían cuentas de ahorro que totalizaban un importe de 6.895.637 pesetas. A ello opone la parte demandada que se cancelaron tales cuentas y que ello fue un acto de disposición, tesis inabrogable por cuanto la mera cancelación de unas cuentas o depósitos bancarios de dinero no suponen disposición, o consumo del mismo. El mero carácter fungible del bien, como antes se ha explicado, no implica *per se* una disposición del mismo, y ello aparte de que el certificado de Ibercaja se refiere el plazo en el cual se realizaron las cancelaciones a uno que supera el que don Raimundo Zarzosa sobrevivió a su esposa. En cambio no hay prueba de que existieran depósitos en el Banco Central al tiempo del fallecimiento de ésta última. El oficio remitido por la citada entidad bancaria revela que se abrieron una cuenta de ahorro y una cuenta corriente pero tiempo después del fallecimiento de doña Carmen García. Por tanto, sólo aquella cifra puede imputarse al consorcio y su mitad al demandante, pues es claro que dicho dinero quedó sin disponer y es el mismo que parcialmente se recoge en el inventario levantado por don Julio Zarzosa. Por tanto, procede reconocer al demandante la cantidad de 3.447.818,5 pesetas.

**Duodécimo:** La demanda reconvenicional se encamina a que se declare el derecho de los demandados a deducir del importe de la cifra a la que puedan ser condenados a abonar al actor «las cantidades que hayan podido gastar en la conservación de los bienes y otros gastos necesarios y útiles, cuya cuantificación no es ahora posible concretar». La demanda reconvenicional adolecerá aquí, entre otras imprecisiones, de una falta de detalle de lo que pretende que se deduzca que le haría acreedor de una excepción de

defecto legal en el modo de proponer la demanda. Tales gastos necesarios y útiles tenían, para garantizar de modo necesario de derecho de defensa, que haber sido alegados con precisión y acreditarse en periodo de prueba, y sólo su cuantificación podía diferirse para ejecución de sentencia. La parte actora nada explicó sobre ese particular al contestar la reconvenición, aprovechando dicho trámite, dicho sea de paso, para todo menos para la finalidad que procesal y lícitamente tenía, de manera que en principio no cabe admitir tal reconvenición en razón a tales imprecisiones, siquiera no cabe desconocer que, cuando menos, los demandados habían tenido que afrontar cuantos impuestos municipales y estatales graven dichos inmuebles, de manera que la mitad de los mismos, podrán serlo ahora en su mitad a la hora de devolver los frutos y rentas, también en su mitad, a la parte actora. Por último no cabe condenar a otorgar unas escrituras que son innecesarias para acceder al Registro y las que puede haber otorgar tienen un carácter unilateral.

#### SENTENCIA NÚM. 14

*S. JPI núm. 1 de Ejea de los Caballeros de 3 de junio de 1994*

**64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: AUTORIDAD FAMILIAR DE OTRAS PERSONAS: Privación de patria potestad: A instancia de la abuela materna, se priva (del ejercicio) de la "patria potestad" a la madre, en paradero desconocido, y se confiere la autoridad familiar a los abuelos maternos, sobre el nieto que ya estaba a su cuidado en régimen de acogimiento.**

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 10 Comp., 143, 154 y 170 Cc.

*Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ejea de los Caballeros se siguen autos de juicio de menor cuantía, sobre privación de patria potestad, promovidos por doña Circuncisión Arregui Cortés contra doña Lourdes Vega Arregui, siendo parte el Ministerio Público. El Juez estimando la demanda, decide privar a la demandada del ejercicio de la patria potestad de su hijo, otorgando la autoridad familiar a sus abuelos maternos (autos nº 249/93).*

**ANTECEDENTES DE HECHO (sic)**

**Primero:** El presente procedimiento se inicia por doña Circuncisión Arregui Cortés, abuela del menor Alberto Vega Arregui, ejercitando la acción personal de privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, contra su hija, Lourdes Vega Arregui, alegando que desde el nacimiento del menor, éste ha vivido siempre con sus abuelos sin que la madre se ocupase de él, marchándose incluso de casa sin dar ningún tipo de explicaciones y dejando el niño con los abuelos.

**Segundo:** La Constitución Española, señala ya en su art. 39.3 que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad, y en los casos en que legalmente proceda. El Código civil tipifica hoy las funciones de los padres en el art. 154 pero formulando previamente una declaración de carácter general. El principio general es que «la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad». Como sostiene parte de nuestra doctrina, el art. 154 modaliza la potestad y su ejercicio y hace inadmisibles los actos que entrañan beneficio exclusivo del titular, suponiendo una regla en virtud de la cual, en caso de conflicto de interés de los hijos, prepondera y el interés de los padres se sacrifica y cede. Las funciones que según el mencionado artículo corresponden a los padres respecto de sus hijos no emancipados son las de «velar por ellos, tenerlos en compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral». El deber de velar por los hijos implica una diligencia que se suavizará en materia patrimonial y se acentuará en materia personal. El deber, que es al mismo tiempo derecho, de convivir con los hijos es consecuencia natural de la patria potestad y suele ser proclamado en las legislaciones. El deber de alimentar a los hijos incumbe sólo a los padres y existe únicamente mientras ejercen la patria potestad a diferencia de la obligación de alimentos impuesta en el art. 143 que es recíproca y dura toda la vida. En términos generales, cabe pensar que incumplirá su deber el progenitor que debe de prestar, pudiendo hacerlo, lo indispensable para el sustento, habitación, vestido o asistencia

médica del hijo, así como el que lo preste en cuantía inferior a su caudal o medios. El derecho deber de educar a los hijos, es de Derecho Natural. La educación del hijo debe tender a prepararle para una vida sana, física y moral, proporcionándole instrucción intelectual, orientación profesional, formación cívica y educación física (art. 27.2 de la Constitución Española). El incumplimiento de este deber puede dar lugar a la privación de patria potestad. El art. 154 menciona también las funciones de representación a los hijos y administrar sus bienes.

**Tercero:** El art. 170 del Código civil que el padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma. De la prueba practicada en el presente juicio se deriva que Lourdes Vega Arregui, madre del menor, Alberto Vega Arregui no cumple con los deberes que, según hemos expuesto en el Fundamento Jurídico anterior son inherentes a la patria potestad. Desde octubre de 1993 dicho menor está en régimen de acogimiento bajo la custodia de sus abuelos, Circuncisión Arregui y José Vega. Del certificado expedido por el colegio donde acude el niño también se deriva la falta de preocupación por parte de la madre respecto a la educación de su hijo. La misma incomplicencia de la madre en este expediente pone de manifiesto su desinterés total por el niño y el grave incumplimiento de sus deberes para con él. El art. 10 de la Compilación aragonesa posibilita que los abuelos asuman la autoridad familiar cuando los padres fuesen privados de ella.

**Cuarto:** Conforme el art. 523 de la L. E. C. las costas habrán de imponerse a la demandada.

**SENTENCIA NÚM. 15**

*S. JPI núm. 1 de Teruel de 16 de junio de 1994*

**84: SERVIDUMBRES: DE SALIDA DE HUMOS: Triunfa acción negatoria de servidumbre, pues la alegada de salida de humos no fue adquirida por usucapión ni por disposición del enajenante.**

**DISPOSICIONES CITADAS: Art. 147 Comp., 530 y 541 Cc.**

*Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Teruel se siguen autos de juicio de cognición, sobre acción negatoria de servidumbre, promovidos por don Octavio Collado Villalba y doña Elisa María Punter Placencia contra don Manuel Antón Placencia y doña M<sup>a</sup> Luisa Benayas Pérez. La Sentencia estimando la demanda declara que la finca propiedad de los actores se halla libre de servidumbre alguna en favor del local colindante propiedad de los demandados, condenando a los mismos a retirar a su costa el tubo de salida de humos de calefacción que atraviesa la propiedad de los actores (autos n<sup>o</sup> 119/94).*

#### FUNDAMENTOS JURIDICOS

**Primero:** Se ejercita por la parte actora una acción negatoria de servidumbre en solicitud de que se declare la inexistencia de servidumbre alguna sobre el local, sótano o bodega propiedad de los actores descrito en la demanda y que, como consecuencia de esta declaración se condene a los demandados a retirar el tubo de salida de humos de la calefacción que atraviesa dicha bodega de propiedad de los actores. Frente a dicha pretensión, la parte demandada se opone aduciendo esencialmente en primer término el carácter común del tubo de la calefacción, con el consiguiente derecho de hacer uso de ello por parte de los demandados y, en segundo lugar, el hecho de que para la colocación de ese tubo medió consentimiento del padre de la hoy actora, legitimando de forma implícita las obras realizadas.

**Segundo:** La colocación de un tubo de salida de humos que atraviesa la bodega de los demandantes en la forma en que aparece reflejada en las fotografías acompañadas en la demanda, constituye una limitación al dominio absoluto de aquella finca o inmueble incardinable en el tipo de las servidumbres, definidas en el art. 530 del Código civil como un gravamen impuesto a un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. Tales servidumbres, que constituyen, como se ha dicho, una limitación al derecho de propiedad, pueden adquirirse bien por título, bien por prescripción, que en el caso del Derecho Foral de Aragón será, para las servidumbres aparentes, de 10 años entre presente y 20 entre ausentes (art. 147 de la Compilación del Derecho

civil Foral de Aragón), bien de forma tácita, cuando existiendo signo aparente de la misma entre dos fincas se enajenare una de ellas sin hacerse desaparecer al tiempo de enajenación dicho signo o expresarse lo contrario en el título correspondiente (art. 541 del C. Civil), bien entendido, que al presumirse la propiedad libre es quien afirma la existencia de la servidumbre quien debe cumplidamente probar la realidad de los hechos determinantes del nacimiento de la servidumbre.

**Tercero:** En el caso debatido, no puede afirmarse, como pretende el demandante, que existiera signo aparente de servidumbre en el momento de dividirse las fincas correspondientes, puesto que tal y como queda acreditado con la prueba practicada, la colocación del tubo litigioso tuvo lugar a finales de 1988 cuando la finca propiedad de los demandados fue adquirida como finca independiente en fecha 11 de abril de 1986. Por otra parte, y aunque tampoco la chimenea de la calefacción privada de los demandados pueda considerarse elemento común del inmueble sería necesario en todo caso recordar que cualquier alteración de los elementos comunes del inmueble precisaría de la autorización unánime de todos los condueños, conforme a los arts. 11 y 16.1<sup>o</sup> de la Ley de Propiedad Horizontal.

**Cuarto:** Finalmente no es tampoco admisible la alegación de que la servidumbre objeto de este litigio fue constituida con el pleno consentimiento de las partes, y ello no sólo porque no existe prueba a excepción de la testifical de que el padre de la demandante autorizara o consintiera la servidumbre, sino porque además, aun cuando tal consentimiento se hubiera prestado, no hay que olvidar que en el momento de otorgarlo don Francisco Punter Alcoyent, padre de la demandante, carecía de derecho alguno sobre el local convertido en predio sirviente y, por lo tanto, difícilmente podría consentir limitación alguna sobre una propiedad que no era suya; por lo que en definitiva, no habiéndose acreditado la constitución de servidumbre alguna por cualquiera de los medios previstos en la Ley, debe prevalecer la presunción de libertad de la propiedad, y, en consecuencia, procede la total estimación de la demanda, con imposición a los demandados de las costas causadas en esta instancia, por imperativo de lo dispuesto en el art. 523 de la L. E. civil.



16

**SENTENCIA NÚM. 16**

*S. JPI num. 2 de Ejea de los Caballeros de 28 de junio de 1994.*

**5: FUENTES:** "STANDUM EST CHARTAE": Interpretación de "cartas": Conforme al art. 3 de la Compilación, ha de estarse a lo dispuesto en el pacto sucesorio, sin que el favorecido por una estipulación pueda exigir su cumplimiento si no cumple él a su vez los requisitos previstos en la misma como correspectivos. Lo dispuesto en el pacto sucesorio prevalece ante el art. 109 Comp.

**67: COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA: CARGAS Y DEUDAS COMUNES: Obligaciones del cónyuge fallecido:** A la muerte del heredero de la casa, la viuda continúa con los hijos la comunidad conyugal; como representante de la casa, la viuda está obligada al cumplimiento de las obligaciones derivadas del pacto sucesorio en el que se instituyó heredero al marido fallecido.

**73: SUCESION PACCIONADA: HEREDAMIENTO DE CASA ARAGONESA:** En 1963 se pactó en capítulos sucesión a favor de persona, ya fallecida, con obligación de alimentar y asistir sanos y enfermos, mientras sean solteros, estén en la casa y trabajen para ella al hermano del heredero, demandante. Se pacta también que el heredero no podrá gravar ni enajenar los bienes comprendidos en la institución sin el consentimiento conjunto de instituyente y esposa, heredero y esposa y del hermano del heredero, o sobrevivientes de ellos. Asimismo se dispone la obligación expresa del heredero de dotar a sus hermanos con la cantidad de 42.000 ptas. cuando contrairan matrimonio o sin contraerlo lo pidan para separarse definitivamente de la casa, renunciando al haber y poder de la misma. A la muerte del heredero, la viuda continúa con los hijos la comunidad conyugal, que está obligada al cumplimiento de las obligaciones derivadas del pacto sucesorio para con el hermano del heredero. **OBLIGACION DE ALIMENTOS EN FAVOR DEL HERMANO DEL HEREDERO:** Condicionada al trabajo en y para la casa: Tras la muerte del heredero pervive la obligación de alimentos de la casa para con el hermano soltero de aquél, pero sólo en cuanto cumpla los requisitos impuestos en el pacto sucesorio: vivir y trabajar para la casa. Trabajar para la

*casa, por parte de los hermanos solteros del heredero único, no es una obligación en sentido propio, sino una condición para poder exigir el mantenimiento en la casa. Se trata de alimentos "in natura" y como correspectivo de su contribución al sostenimiento de la casa, por lo que el beneficiario no puede pedir que se le satisfagan mediante el pago mensual de una cantidad líquida. La obligación de trabajar para la casa es susceptible de cumplimiento por equivalente mediante entrega de metálico procedente de la pensión de invalidez al no poder trabajar. HIJOS NO HEREDEROS: La dote pactada prevalece sobre la del art. 109: Lo dispuesto por el causante sobre la obligación del heredero de dotar a sus hermanos en cantidad determinada prevalece sobre el derecho de éstos a ser dotados al haber y poder de la casa recogido en el art. 109 Comp.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Fuero «De testamentis civium» (Daroca, 1311); arts. 2, 3, 60 y 109 Comp., 153 Cc.

*Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ejea de los Caballeros se siguen autos de juicio de menor cuantía, sobre declaración de derechos en cumplimiento de pacto sucesorio, promovidos por don Prudencio Ansó Lampérez (hermano del instituido heredero) contra doña Natividad Giménez Guinda (continuadora de la casa del heredero). La Sentencia estimando en parte la demanda declara la pervivencia de la obligación de alimentos de la casa que representa la demandada para con el actor, con carácter vitalicio pero con las condiciones procedentes del pacto sucesorio; declara también la obligación de la demandada de contar con el consentimiento del actor en cuantos actos de gravamen y enajenación respondan los bienes comprendidos en la casa que representa. Y estimando en parte la demanda reconventional declara que al actor, en caso de separación definitiva de la casa, le corresponden de ella 42.000 ptas. conforme a lo dispuesto en escritura pública de 9 de abril de 1963 (autos nº 252/93).*

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero:** La parte actora ejerce una acción declarativa de derechos en cumplimiento de pacto sucesorio con base en

los artículos 1.088 y concordantes del Código civil, artículo 153 del citado cuerpo legal y los artículos 2, párrafo 1.º, 3 y 99, entre otros, de la Compilación de Derecho civil aragonés.

**Segundo:** La prueba practicada revela que el día 9 de abril de 1963 los cónyuges don Daniel Ansó Orduna y doña Nicolasa Sánchez Val y el matrimonio formado por don Manuel Ansó Lampérez y doña Natividad Giménez Guinda suscribieron escritura pública sobre sucesión paccionada, habiéndose pactado en primer lugar la institución de don Manuel Ansó Lampérez como único y universal heredero de don Daniel Ansó Orduna, con las siguientes limitaciones: «...B) El heredero transmitirá los derechos que en este acto adquiere a favor de sus descendientes y de su esposa los viudales y demás que se estipularen; pero no podrán gravar ni enajenar los bienes comprendidos en la institución sin el consentimiento conjunto de instituyente, esposa de éste, heredero y su esposa y del hermano de doble vínculo del heredero, llamado Prudencia, o sobreviviente de ellos... E) Será obligación expresa del heredero: la de alimentar y asistir sanos y enfermos, mientras sean solteros, estén en la casa y trabajen para ella a su hermano de doble vínculo Prudencio...». También se ha acreditado que el instituido heredero, don Manuel Alonso Lampérez, falleció el 27 de febrero de 1984, continuando entre su esposa, la demandada doña Natividad Giménez Guinda, y los herederos del premuerto la comunidad conyugal, a la que alude el artículo 60 de la Compilación del Derecho civil de Aragón. Consta en autos que en fecha 30 de marzo de 1985. Doña Natividad Giménez Guinda en su propio nombre y en el de sus hijos suscribió un acuerdo con don Prudencio Ansó Lampérez en el que concretaban la forma de prestación de alimentos a éste último, el cual entregaría a aquélla y a sus hijos el 50 % de su pensión. Entre las partes se suscitó anterior conflicto resuelto por sentencia firme en la que se declaró: «la continuidad de la casa formada por los herederos de don Daniel Ansó Orduna entre doña Natividad Giménez Guinda y los herederos de su difunto esposo, don Miguel Ansó Lampérez, la condición de miembro de esa

casa del actor don Prudencio Ansó Lampérez; la obligación que tiene la demandada, como representante de la sociedad conyugal continuada de alimentar a don Prudencio Ansó con arreglo al patrimonio de la casa»; desestimándose la pretensión del actor don Prudencio Ansó de que se decretara el carácter independiente de los bienes y negocios de la casa de la pensión que por invalidez percibe. Don Prudencio Ansó Lampérez abandonó la casa familiar donde vivía sin que conste que haya realizado aportaciones económicas a la misma a partir de abril de 1989. Actualmente reside en Zaragoza en el Hogar de las Hermanitas de los Ancianos Desamparados, desde el día 29 de junio de 1989. Según la prueba pericial médica practicada don Prudencio no tenía necesidad de abandonar la casa familiar por razones de salud; tampoco se ha acreditado que no fuera tratado adecuadamente en la misma por su cuñada y sobrinos ya que el único testigo ajeno a la familia y que convivió con ella como huésped manifestó que don Prudencio estaba bien atendido y alimentado, sin constatar ningún maltrato. Consta en autos que el demandante percibe una pensión de invalidez procedente de la Seguridad Social de 73.530 pesetas mensuales, siendo el importe mensual que paga por su alojamiento, manutención y cuidados, de 58.000 pesetas. Por otra parte, según las capitulaciones matrimoniales las fincas del patrimonio de la casa integrantes de la herencia consisten en: una casa en Sigües sita en C/ de la Carretera compuesta de planta baja y dos pisos, de 55 metros cuadrados de superficie; casa en la C/ Esteban, núm. 32 de la misma localidad de 64 metros cuadrados de superficie, cinco corrales de la extensión siguiente: el señalado en las capitulaciones matrimoniales por el número 10 mide 46 metros cuadrados, el número 27 mide 50 metros cuadrados, el número 44 designa junto al corral un faginerado anexo con pajar y era de trillar de unos 500 metros cuadrados; el número 59 designa una paridera o corral de 403 metros cuadrados de cubierto y un descubierto de 21 metros de longitud; finalmente, el número 60 incluye otro corral de encerrar ganado en el camo de la partida Cachalo. El resto de la herencia consiste en aproxima-

damente 20 hectáreas de tierras dispersas en 55 minifundios. Doña Natividad Giménez Guinda tiene cinco hijos habidos en su matrimonio con don Manuel Ansó Lampérez llamados: Juana María, de 30 años de edad, José Daniel, de 27 años de edad, M<sup>a</sup> Asunción, de 22 años, Alicia Francisca de 19 años y Mariano Francisco, también de 19 años de edad. Doña Natividad Giménez Guinda percibe una pensión de viudedad de 31.530 pesetas mensuales. Según los certificados de la Seguridad Social aportados, sobre los hijos de doña Natividad, únicamente consta de alta en la Seguridad Social al expedir los informes don José Daniel, habiendo constancia de trabajo de temporada por breves períodos de tiempo en años anteriores respecto de doña Juana María, doña M<sup>a</sup> Asunción, y don Mariano Francisco, éste sólo del 1 de julio de 1993 al 12 de noviembre de 1993, sin que consten antecedentes de alta en Seguridad Social de doña Alicia Francisca. Don Mariano y doña M<sup>a</sup> Asunción están cursando estudio en Jaca y en Zaragoza respectivamente. Sentados los hechos precedentes han de examinarse ahora las pretensiones de las partes en litigio.

**Tercero:** Las pretensiones aducidas en el suplico de la demanda sobre declaración de determinados extremos se formulan en cuatro apartados, solicitándose en el quinto la imposición de costas a la parte demandada. La primera pretensión consta de dos partes: 1.- Que se declare la pervivencia de la obligación de alimentos de la casa para con el actor con carácter vitalicio y 2.- Que se declare la satisfacción mediante el pago de una cantidad líquida mensual de acuerdo con el haber y poder de la casa.

Sobre la pervivencia de la obligación de la casa que representa la demandada de alimentar con carácter vitalicio al actor, la fuente de tal obligación de alimentos es la limitación a la institución del heredero estipulada en la letra E) de las capitulaciones matrimoniales de fecha 9 de abril de 1963 que concreta la obligación del heredero de alimentar entre otros a don Prudencio Ansó supeeditando la obligación al cumplimiento correspondiente de los siguientes requisitos: que sean «solteros, estén en la casa y trabajen para ella». La propia demanda

da en el hecho octavo de la contestación para ella». La propia demandada en el hecho octavo de la contestación afirmó que no se le niega al actor su calidad de miembro de la casa ni su derecho a ser alimentado, no obstante discrepa sobre la forma de prestación concreta de los alimentos entendiendo que debe prestarse en la casa familiar y también en que tal prestación debe corresponderse con la contribución por el demandante al sostenimiento de la casa. No constando la separación definitiva de la casa ni renuncia a su haber y poder ha de entenderse que pervive la obligación de alimentos de la casa para con el actor, pero sólo en cuanto éste cumpla los requisitos impuestos en el pacto, con sustitución del de trabajar para la casa por el de contribuir con dinero procedente de su pensión al sostenimiento de la casa, pues tal era la finalidad de los otorgantes del pacto al exigir para la obligación de alimentos que el alimentista trabajara para la casa, en aras al interés superior de conservación de la misma. Por tanto, ha de estimarse en parte la pretensión de que se declare la pervivencia de la obligación de alimentos debiendo matizarse su pervivencia en las condiciones procedentes del pacto sucesorio entre las que ha de incluirse la contribución por el actor al sostenimiento de la casa.

**Cuarto:** La pretensión de que se declare la procedencia de satisfacer los alimentos a don Prudencio Ansó Lampérez mediante el pago de una cantidad líquida tampoco ha de estimarse ya que, en primer lugar, la cláusula citada de las capitulaciones matrimoniales en la que se pactó la obligación de alimentos requiere que el alimentista esté en la casa y trabaje para ella, por tanto, preveía la prestación de alimentos *in natura* y como correspectivo de la aportación de su trabajo para la casa, sin que el actor esté en la casa ni aporte nada de la pensión que percibe en compensación por su incapacidad para trabajar. Por tanto, conforme al artículo 3 de la Compilación del Derecho civil de Aragón que proclama el principio *standum est chartae*, ha de estarse a lo dispuesto en el pacto sucesorio, sin que el favorecido por una estipulación pueda exigir su cumplimiento si no cumple él a su vez los requisitos previstos en

la misma como correlativos, debiendo entenderse sustituida por identidad de razón, la prestación de trabajo por su equivalente: aportación en parte de pensión de invalidez.

**Quinto:** De lo anterior se colige también la desestimación de la pretensión de que se declare la obligación de la casa que representa la demandada de restituir al actor las cantidades satisfechas al Hogar de Ancianos donde reside, teniendo en cuenta como se ha expuesto, que el actor abandonó voluntariamente la casa aunque no se haya separado definitivamente, según manifiesta, sin que se haya justificado tal abandono ni por desistencia de la demandada ni por necesidades de salud del actor. A mayor abundamiento, el demandante obtiene ingresos propios con los que ha costeado su subsistencia; siendo actualmente su pensión de invalidez de 73.530 pesetas mensuales de las que paga 58.000 pesetas al Hogar de Ancianos. No se deduce, pues, de lo actuado —antes al contrario— que los ingresos mensuales *per cápita* de los miembros de la comunidad conyugal continuada superen la pensión del demandante; con lo que de acogerse sus pretensiones se produciría un detrimento de la economía de la casa en contra de la finalidad de los capitulantes.

**Sexto:** Ha de estimarse, en cambio, la pretensión del actor designada con la letra C) de que se declare la obligación de contar con su consentimiento en cuantos actos de gravamen y enajenación respondan los bienes comprendidos en la casa, y ello al haberse admitido así expresamente en el suplico de la contestación a la demanda; por tanto, conforme al principio dispositivo queda suficientemente justificada su estimación.

**Séptimo:** No ha de correr la misma suerte la pretensión del actor de que se declare la transformación de la obligación de alimentar por la de indemnizar en cuantía que se determine en ejecución de sentencia con base en el artículo 1.101 del Código civil; este precepto fundamenta la consecuencia jurídica de la indemnización en que el obligado haya incurrido en dolo, negligencia o morosidad o haya contravenido el tenor de la obligación, causando un daño al que reclama. De cuanto antecede resulta que

no concurre ninguno de tales supuestos, ya que la exigibilidad de la obligación de alimentos está condicionada en las capitulaciones matrimoniales a que el actor esté soltero, en la casa, y trabaje para ella; como se ha acreditado, el actor abandonó la casa y no desea de momento volver a ella según la prueba de confesión, ni aporta a la casa nada de la pensión de invalidez que percibe; por tanto, no cumpliendo tales requisitos el actor, no le es exigible a la demandada la obligación de alimentos por lo que no concurre incumplimiento ni cumplimiento irregular ni moroso, debiéndose desestimar la pretensión indemnizatoria.

**Octavo:** La parte demandada formuló reconvencción por la que solicitaba que se declare en primer lugar la obligación de don Prudencio Ansó Lampérez de contribuir al sostenimiento de la casa mientras forme parte de la misma. Para resolver al respecto es preciso partir de la cláusula E) pactada entre las limitaciones al heredero en las capitulaciones matrimoniales. Conforme al principio *standum est chartae* ha de entenderse que en dicha cláusula se disponen como requisitos la prestación de su trabajo para la casa por parte de don Prudencio Ansó y su continuación en la misma para que el heredero tenga obligación de alimentarlo y asistirlo como cualquier miembro de la casa; en cuanto a la pretensión consistente en aportación de su trabajo ha de entenderse, como se ha expuesto, que es susceptible de cumplimiento por equivalente mediante entrega de metálico procedente de su pensión de invalidez al no poder trabajar; siendo esta interpretación como se ha expuesto, la más conforme con el principio tradicional del Derecho aragonés de conservación de la casa y de darle continuidad con preferencia a los intereses individuales de sus miembros; así ha de entenderse también la voluntad de los otorgantes que en cláusula anterior a la que se analiza, la D) se imponía a los componentes de la sociedad familiar la obligación de aportar a ella los productos de sus bienes y trabajo con el recíproco derecho a ser alimentado a sus expensas. Sin embargo, respecto de don Prudencio Ansó, tercero respecto del pacto sucesorio, no existe en sentido propio la obligación de contribuir al sostenimiento de la casa, en tanto pueda, ya que tal comportamiento no le es exigible sino que es, como se ha

resuelto al conocer de la demanda principal, una condición potestativa que ha de cumplir para la obligatoriedad de la estipulación a su favor en el pacto sucesorio referente a ser alimentado y asistido, sano y enfermo. Por ello no ha de acogerse la pretensión aducida en primer lugar.

**Noveno:** No procede pronunciamiento sobre la 2ª pretensión de que se declare que la casa no está obligada a satisfacer los gastos que don Prudencio Ansó Lampérez ocasione como consecuencia de su unilateral decisión de residir fuera de la misma al haber sido ya resuelta al conocer de la demanda principal, sin que suponga tal pretensión el planteamiento de cuestión distinta.

**Décimo:** Finalmente la parte reconviente solicitó que se declarara que en caso de abandonar la casa le correspondían a don Prudencio Ansó Lampérez 42.000 pesetas a lo que se opuso la contraparte por entender que se le ha obligado a dejar la casa. En la cláusula E) se dispone también la obligación expresa del heredero de dotar a don Prudencio Ansó y sus hermanas con la cantidad de 42.000 pesetas cuando contraigan matrimonio o sin contraerlo lo pidan para separarse definitivamente de la casa, renunciando al haber y poder de la misma. La facultad de libre disposición *mortis causa*, respetando a la legítima global colectiva, de bienes entre los hijos, pudiendo instituir heredero a uno solo de ellos, se reconoce a todos los ciudadanos en el ordenamiento jurídico aragonés ya desde las Cortes de Daroca de 1311 por el Fuero «De testamentis civium»; por tanto, el artículo 109 de la Compilación aragonesa ha de ceder ante lo dispuesto en pacto sucesorio conforme al tradicional principio *standum est chartae* recogido en el artículo 3 de la Compilación del Derecho civil de Aragón. En consecuencia, a don Prudencio Lampérez le corresponde con cargo a la casa en caso de abandonarla definitivamente renunciando al haber y poder de la casa la cantidad de 42.000 pesetas.

**Undécimo:** No habiéndose estimado íntegramente las pretensiones de la demanda principal ni de la reconvención, no procede expresa condena en costas conforme al artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento civil, tanto respecto de la demanda como de la reconvención.

## SENTENCIA NÚM. 17

*S. JPI núm. 1 de Ejea de los Caballeros de 12 de julio de 1994*

**83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE:** *Usucapión: Prospera acción negatoria de servidumbre con imposición de demoler voladizos en dos de los huecos y dotar de reja y red a los cuatro debatidos, por no probarse adquisición por usucapión de veinte años entre ausentes (art. 537 Cc.) de una servidumbre de luces y vistas (balcón). Respecto de los huecos sin voladizo, se dice que el plazo habría de contarse desde un "hecho obstativo".*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 144, 145 y 147 Comp., 348, 532, 537 y 538 Cc.

*Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Ejea de los Caballeros se siguen autos de juicio de cognición, sobre acción negatoria de servidumbre de luces y vistas (balcón), promovidos por don Vicente-Javier y doña Delfina Plano Begue contra doña Roberta Artigas Labarta y los herederos desconocidos y herencia yacente de don Juan-José Artigas. La Sentencia estimando íntegramente la demanda condena a los demandados a la demolición del balcón que vuela sobre la finca de los demandantes y a que coloquen protección de red y reja remitida en los cuatro huecos resultantes de su finca en la colindancia con la finca de los actores, realizando las obras necesarias al efecto, con apercibimiento expreso que, de no hacerlas, serán ejecutadas a su costa (autos nº 246/93).*

## FUNDAMENTOS JURIDICOS:

**Primero:** Aun cuando la demandante hace en su fundamentación jurídica alusión al derecho de luces y vistas sin mención expresa al ejercicio de la acción negatoria de servidumbre, lo cierto es que su pretensión la lleva implícita al relatar en la causa de su petición que los huecos sin voladizos de la casa de los demandados fueron provistos de éstos en una remodelación que data en 1988, instando el derribo de los expresados salientes. Se hallan éstos en dos de los cuatro vanos que tiene la pared propia que de la casa del demandado da a la propiedad del actor, concretamente en los dos de la

derecha de la referida pared, según aparece en las fotografías aportadas por la demandante, en los folios 20 y 81 del procedimiento.

**Segundo:** Si bien el dominio se presume libre, conforme al principio jurídico derivado del art. 348 del Código civil, lo cierto es que, conforme a lo expuesto más arriba, nos hallamos frente a un signo aparente de servidumbre de los señalados en el art. 145 de la Compilación del Derecho civil de Aragón. Dicho signo aparente en favor de la finca de los demandados ha de ser puesto en relación con lo dispuesto en el art. 537 del Código civil, en el que se afirma que los únicos modos de adquisición de una servidumbre continua y aparente son el título o la prescripción de veinte años por lo que, no habiendo aportado la demandada título ninguno que acredite que su finca tiene carácter de dominante sobre la del demandante, (es más, éste ha aportado su título de adquisición de la finca que se describe como libre de cargas), no le queda más modo de adquisición que el de la prescripción para la que forzosamente hemos de remitirnos al art. 538 del Código civil.

**Tercero:** Puesto que la servidumbre de luces y vistas tiene el carácter de continua y aparente, de acuerdo con lo expuesto en el art. 532 del Código civil, habrá que discernir cuál es el *dies a quo* en el que comienza el cómputo del plazo prescriptivo, resultando que si el hueco está abierto en pared medianera o propia del predio sirviente, la servidumbre tiene carácter positivo y el plazo se computa desde el mismo día de su apertura, en tanto que si el vano se halla en pared propia del predio dominante, el plazo se contará desde el día en que se produce un acto obstructivo por el que el dueño del predio dominante prohíbe al del sirviente la ejecución de un hecho que le sería lícito sin la servidumbre. Al respecto son de citar las sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 17 de julio de 1990, de 15 de octubre de 1990, de 7 de noviembre de 1989, o las del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1975, 30 de septiembre de 1982, y 8 de octubre de 1988; ahora bien, si los huecos en pared propia dan carácter de negativa a la servidumbre,

lo contrario ocurre cuando no son tales huecos, sino balcones o voladizos como en este caso, conforme a doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 8 de enero de 1908, 19 de junio de 1951 y 8 de octubre de 1988. Particularmente clara es esta última, cuando en su Fundamento Jurídico quinto afirma que la calificación de negativa corresponde solamente a los huecos que, abiertos en pared propia del dueño del que sería predio dominante, se hallan remetidos o enmarcados exclusivamente en dicha pared, pero sin voladizo o saliente sobre la finca ajena, pues, cuando esto último ocurre, la servidumbre adquiere el carácter de positiva, en cuanto al dueño del predio dominante ya está imponiendo al del sirviente la obligación de dejar hacer alguna cosa, (invasión u ocupación de su derecho de vuelo mediante el citado voladizo o saliente). Dicha jurisprudencia es aplicable, en definitiva, al supuesto ahora debatido, pues de balcón y de voladizo en pared propia del que sería dominante sobre la finca que sería sirviente se trata en este pleito.

**Cuarto:** Considerada así como una servidumbre continua y aparente, por disposición legal, y positiva conforme a lo ya apuntado por la jurisprudencia, el periodo de 20 años previsto para la adquisición en regla de tal servidumbre, con referencia exclusiva al balcón y al voladizo, pues los otros dos vanos son huecos que darían pie a una servidumbre negativa, se computará desde el día de realización de tales salientes, y desde el día en que se produjo un acto obstructivo en cuanto a los dos huecos sin salientes que aparecen en la parte izquierda de la casa del demandado, según las fotografías de los folios 20 y 81. A los efectos probatorios tanto del *dies a quo* en el que se ha de iniciar el cómputo del plazo en ambos casos, como de la presencia de los dueños del predio sirviente para el acortamiento del periodo prescriptivo conforme a lo dispuesto en el art. 147 de la Compilación, se hace necesaria la reconducción al art. 348 del Código civil mencionado en el razonamiento jurídico segundo de esta resolución y al principio de él derivado de que toda propiedad es libre mientras no se demuestre lo contrario por el que pre-

tende el gravamen, en este caso el demandado y actor reconvenional, el cual ha distado mucho de acreditar los dos expresados extremos. Es más, en el título de adquisición que aportan los demandantes, del año 1988, se hace constar que los anteriores titulares eran vecinos de Sangüesa (Navarra) y que el titular del que traían causa había fallecido hacía más de 10 años, por lo que el plazo prescriptivo habría de computarse entre ausentes, fijándolo en 20 años, es decir, el *dies a quo* debería ser, al menos, el día 26 de noviembre de 1973, atendiendo al día de presentación de la demanda. No quedando constancia en autos de que exista un acto obstativo, ningún derecho en favor del demandado le generan los dos huecos abiertos, en su pared. En cuanto al voladizo y al balcón, el día de su construcción tampoco queda demostrado, pues las testificales son plenamente contradictorias, favoreciendo cada testigo a la parte que lo ha propuesto. Antes al contrario, en la fotografía aportada por la actora al amparo del 506 de la L. E. C., perfectamente válida, aunque le pese al demandado en la impugnación realizada, se demuestra que la casa de los demandados no tenía ni voladizos, ni balcón, siendo el propio demandado el que data la realización de tal foto en el año 1979 a 1981, como prolijamente expone en su impugnación, derivándose de ello, en definitiva, que no ha transcurrido el plazo necesario para la descripción entre ausentes de tal servidumbre continua, aparente y positiva.

**Quinto:** De todo ello habrá de derivarse precisamente el acogimiento íntegro de la pretensión del actor y la consecuente desestimación, por contrapuesta, de la reconvenición planteada por la contraria, debiendo colocarse la protección pedida de red y reja remetida en los cuatro huecos, al mismo tiempo que se deberá demoler el balcón y el voladizo indebidamente realizados sobre el fundo del actor.

**Sexto:** Siendo las pretensiones del demandado totalmente desestimatorias, tanto en su oposición como en su reconvenición, las costas del pleito serán íntegramente a su cargo, de acuerdo con lo previsto en el art. 573 de la L. E. C.

## SENTENCIA NÚM. 18

*S. JPI núm. 2 de Jaca de 1 de septiembre de 1994*

**6633: REGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: GESTION: GESTION DE LOS BIENES PRIVATIVOS: Vivienda familiar: Se dice que, "a mayor abundamiento cabría invocar el art. 51 de la Compilación", pero que no hay nada que oponer a la cita del art. 1.320 Cc. Se citan, asimismo, los arts. 1.318 y 1.347 Cc.**

**DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 51 Comp., 103, 1.320, 1.318 y 1.347 Cc.**

*Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Jaca se siguen autos de medidas provisionales (contra las fijadas en auto de 5-5-1994 formulan ambas partes el presente incidente) promovidos por don Ismael Gavín Escartín contra doña Asunción Pardo Laguna. La Sentencia desestimando la oposición formulada ratifica el auto en todos y cada uno de sus extremos, fijándose por tanto en favor de don Ismael una pensión mensual de 40.000 ptas. (autos nº 110/94).*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** En lo referente a las alegaciones formuladas por el Letrado Sr. Vivas, debe tenerse en cuenta que el art. 103 del Código civil al referirse a las cargas lo hace en el supuesto que nos ocupa a la concreta situación del Sr. Gavín, cuyas circunstancias de enfermedad e incapacitación relativa han sido tenidas en cuenta a la hora de fijar esta pensión, pensión cuya cuantía tiene también en cuenta un hecho no aludido por la parte indicada, como es el de que el Sr. Gavín verá reducida su pensión de la Seguridad Social de un modo sensible (en 16.604 ptas.) en el mismo momento en que recaiga la sentencia de separación que se sigue en los autos 290/93 de este Juzgado. Por otra parte y en lo referente a la vivienda matrimonial, nada que oponer a la cita del art. 1.320 del Código civil; a mayor abundamiento cabría invocar el art. 51 de la Compilación, pero ambos no son de aplicación al caso, dado que en ningún momento la Sra. Pardo Laguna ha pretendido en el curso de estas medidas provisionales el uso de la misma, solicitándose únicamente y pronunciándose el auto frente el que

se formula oposición sobre la concesión de una pensión. Asimismo el hecho de que doña Asunción Pardo Laguna haya causado baja en el I.A.E. del establecimiento que regentaba no impide seguir considerando acreditado que el establecimiento de carnicería sito en Biescas no es sino el que originariamente inició don Ismael Gavín Escartín; por ello la baja en el I.A.E. no implicaría sino un cese en una actividad pero no una exoneración de contribuir al levantamiento de cargas del matrimonio, en aplicación del art. 1.318 del Código civil que así lo establece, toda vez que el establecimiento de carnicería se considera un bien ganancial al haber sido creado con el trabajo de ambos cónyuges conforme postula el art. 1.347. Todo ello independientemente de que la Sra. Pardo haya causado baja en su licencia fiscal, puesto que dicha baja no implica que deje de ser propietaria del establecimiento y de las expectativas comerciales que éste conlleva como son la clientela y los proveedores. Ello obliga a fijar una pensión en favor de don Ismael Gavín Escartín que tendrá en cuenta las circunstancias ya mencionadas en el auto.

En lo referente a las alegaciones del Letrado Sr. Lalaguna relativas al aumento de la pensión, la improperabilidad (sic) de dicha petición se deriva del hecho de que no se haya acreditado de un modo fehaciente si lo que verdaderamente se ha percibido en el negocio familiar es o no superior a lo que se declara a efectos fiscales.

Por último debe decaer la alegación reiterada de que la titularidad del establecimiento comercial obedece únicamente a fines testimoniales que no han sido acreditados por los interesados conforme al 1.214 del Código civil. De otra parte no debe prosperar la pretensión del Letrado Sr. Lalaguna en lo referente al aumento de la pensión, puesto que los fundamentos de su petición son meras conjeturas.

**Rescisión:** *Se declara la rescisión por fraude de acreedores de la modificación del régimen económico matrimonial, en cuanto perjudique a la Hacienda Pública como acreedora de ambos cónyuges, así como la rescisión de varias donaciones otorgadas por los cónyuges, cuyo régimen será el de la sociedad conyugal tácita aragonesa en cuanto pueda perjudicar a los acreedores.*

**6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: PASIVO: DEUDAS COMUNES:** *Deuda tributaria por IRPF: De las deudas de uno de los cónyuges por IRPF responden los bienes gananciales del matrimonio, con independencia de cuál fuere el cónyuge que la contrajo, como se desprende del art. 41.5º de la Compilación y 1365 del Código civil.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 41-5º Comp.; 1.297, 1.299, 1.317 y 1.365 Cc.

*Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Teruel se siguen autos de juicio de menor cuantía, sobre acción revocatoria, promovidos por el Abogado del Estado, en representación de la Hacienda Pública, contra don Manuel Monzón Legua, doña Mª Guadalupe Monzón Montañés y doña Mª Luisa Monzón Montañés. La Sentencia estima la demanda y declara la rescisión por fraude de acreedores de la modificación del régimen jurídico matrimonial efectuada por los cónyuges don Manuel Monzón y su esposa doña Mª Luisa Montañés, en cuanto perjudiquen a la Hacienda Pública como acreedora de ambos; declara también la rescisión por fraude de acreedores de las donaciones de varios inmuebles efectuadas por la esposa a sus hijas, condenando a las donatarias a restituir a la donante las cosas que fueron objeto del contrato por usufructo, y en el caso de no poder hacerlo, a indemnizar a los acreedores en el daño y perjuicio producido, siendo el régimen jurídico del matrimonio el de la sociedad conyugal tácita aragonesa en cuanto pueda perjudicar a los acreedores; declarando asimismo la nulidad de las inscripciones de los negocios jurídicos antes referidos, practicadas en el Registro de la Propiedad, ordenando su cancelación. (autos nº 215/94).*

#### SENTENCIA NÚM. 19

*S. JPI núm. 1 de Teruel de 13 de septiembre de 1994*

**662: REGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO: CAPITULACIONES:**



### FUNDAMENTOS JURIDICOS

**Primero:** El Abogado del Estado, en la representación de la Hacienda Pública, ejercitada en el presente procedimiento la acción revocatoria contemplada en el art. 1.111 párrafo 2 del Código civil, que permite a los acreedores, después de haber perseguido los bienes que estén en posesión del deudor para realizar cuanto se les debe, impugnar los actos que el deudor haya efectuado en fraude de su derecho, siendo los requisitos de tal acción, como han señalado entre otras las Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1988, 7 de diciembre de 1989 y 30 de abril de 1990: a) la existencia de un crédito, b) la celebración por el deudor de un acto o contrato posterior que beneficie a un tercero proporcionándole una ventaja patrimonial; c) la realización de un acto dispositivo por el deudor con ánimo de perjudicar al acreedor y sustraer bienes a la acción del mismo (*consilium fraudis*); y d) carencia de posibilidad del acreedor de obtener por otro medio el cobro de su crédito. Frente a dicha pretensión los demandados se oponen a la demanda, aduciendo en primer término que la acción ejercitada no lo ha sido en el plazo legal establecido, por lo que se haya prescrita que en el momento de efectuarse los actos dispositivos los demandados no tenían el carácter de deudores de la Hacienda Pública y que además la deuda que se reclama a la esposa demandada y que corresponde a su marido no tiene como pretende la demandante carácter solidario.

**Segundo:** Por lo que respecta al primero de los motivos de oposición de la actora, esto es, al hecho de haberse ejercitado la acción fuera del plazo establecido en la Ley, es necesario señalar que el plazo de cuatro años que establece el art. 1.299 del Código civil ha de empezarse a contar en el momento en que de las ejecuciones que se sigan contra el deudor no aparezcan bienes libres, pues hasta entonces no se vieron imposibilitados los acreedores para obtener el cobro de lo debido (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1946), por lo que en el presente caso el *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción habrá de computarse desde el momento en que la Hacienda Pública tuvo conocimiento de

las transmisiones cuya rescisión pretende, momento que no es otro que aquél en el cual se comunicó a ésta la denegación por parte del Registro de la Propiedad, la denegación de la anotación de los embargos correspondientes, no habiendo transcurrido cuatro años desde aquella fecha.

**Tercero:** No puede ser puesto en duda tampoco el carácter acreedor de la Hacienda Pública frente a los demandados con anterioridad a la fecha en que éstos efectuaron la transmisión de sus bienes y ello, porque, frente a la tesis del demandado de que la deuda tributaria existe desde el momento en que se notificó el acta de inspección correspondiente, es necesario señalar que la obligación tributaria nace, no en el momento en que la Inspección de Tributos practica la correspondiente liquidación por impago de los mismos, sino con la mera realización del hecho imponible, tal y como señala el art. 28 de la Ley General Tributaria, por lo que resulta obvio que en el momento de otorgarse la escritura de capitulaciones matrimoniales, en fecha 19 de abril de 1990 y las posteriores donaciones ya habían nacido las obligaciones tributarias correspondientes al Impuesto de Renta sobre las Personas Físicas de los años 1984 y 1986. Por otra parte, resulta indiferente el hecho de que la deuda tributaria tenga o no carácter solidario para los cónyuges, pues lo que es indiscutible es que de la misma responden los bienes gananciales del matrimonio, con independencia de cual fuere el cónyuge que la contrajo, como se desprende del art. 41.5 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón y 1.365 del Código civil.

**Cuarto:** Por lo demás los restantes requisitos señalados en el Fundamento Jurídico primero, aparecen acreditados en una simple lectura de las actuaciones, pues no cabe duda que al otorgar los cónyuges demandados don Manuel Monzón y doña María Luisa Montañés escritura de capitulaciones matrimoniales en la que se adjudicaron a la esposa diversos bienes inmuebles, de los que posteriormente hizo donación en favor de sus hijas, se benefició a terceras personas sustrayendo los bienes a la acción de los acreedores, concretamente de la Hacienda Pública, que se ha visto im-

sibilitada para el cobro de su crédito, como se deduce de una simple lectura del expediente administrativo; conducta en la que ha de presumirse el ánimo defraudatorio, por aplicación de los arts. 1.317 y 1.297 del C. Civil; procediendo en consecuencia la estimación de la demanda.

**Quinto:** Al estimarse en esta resolución la totalidad de los pedimentos de la demanda, las costas deberán imponerse a la parte demandada, por imperativo de lo dispuesto en el art. 523 de la L. E. Civil.

#### SENTENCIA NÚM. 20

*S. JPI de La Almunia de doña Godina de 5 de octubre de 1994*

**83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Actos meramente tolerados:** *El disfrute de unas ventanas y vistas sobre el solar vecino, más o menos duradero, constituye un mero y simple hecho posesorio, no protegible por esta vía interdictal porque, como ha declarado el TS, dicho uso y disfrute es de mera tolerancia, y por sí solos no crean el derecho de servidumbre, pues a tenor de lo dispuesto en el art. 444 Cc., los actos meramente tolerados no afectan a la posesión, ni incluso a la de mero hecho. SERVIDUMBRE: Interdicto de obra nueva: No prospera el interdicto de obra nueva ante construcción de muro que cierra huecos de luces y vistas, cuando no se acredita ni siquiera se alega servidumbre de luces y vistas. La facultad de impedir una edificación a menor distancia de la señalada en el art. 585 del Cc. sólo puede basarse en la titularidad del derecho real de servidumbre de luces y vistas y no en la simple situación de hecho representada por el disfrute de unas ventanas y vistas sobre el solar vecino.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 144 y 145 Comp., 444 y 585 Cc., 1.631 Lec.

*Ante el Juzgado de Primera Instancia de la Almunia de doña Godina se siguen autos de interdicto de obra nueva, promovidos por don Darío Ripa Domínguez contra don Manuel Ballarín Aured. La Sentencia desestima la demanda y manda alzar la suspensión que se acordó de las obras identificadas en la demanda (autos nº 190/94).*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Ejercita el actor en el escrito rector del proceso acción interdictal de obra nueva alegando, en síntesis, que siendo propietario de una casa sita en la plaza Mayor de Calatorao, la cual linda por la espalda con la casa del demandado en la que este viene realizando unas obras a consecuencia de las cuales «en días pasados» ha anclado una escalera de acceso a una terraza en una pared de propiedad exclusiva del interdictante, ha obstruido dos ventanas sitas en el local planta calle propiedad del actor y ha recargado el muro con los escombros procedentes de la indicada obra.

La demandada se opone a la pretensión interdictal alegando, en primer lugar, la inadecuación del procedimiento elegido por el interdictante pues, alegando que la obra denunciada se viene realizando por partes, entiende improcedente la vía interdictal elegida al encontrarse concluidas las obras que, según el actor, afectan a su posesión. Por otra parte, niega la existencia de escombros y, en cuanto a las ventanas cerradas, sostiene que se haya legitimado para su cierre de acuerdo con el art. 144.3 de la Compilación aragonesa por tratarse la apertura de los huecos sobre el solar de su propiedad de actos meramente tolerados que no limitan su derecho a construir y edificar sin sujeción a distancia alguna.

**Segundo:** El interdicto de obra nueva, cuyo remoto antecedente se encuentra en la «denuntiatio opera novis» del Digesto, que como tal pasó a la legislación de Partidas, se recoge en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil en el art. 1.631.3 y en los arts. 1.663 y siguientes. Consiste en su esencia en un medio legal para defender tanto la propiedad como la posesión que se dirige a impedir la continuación de una obra cuando un propietario o poseedor se siente perjudicado injustamente por su realización, siendo razonable la posibilidad de que efectivamente la obra le ocasione algún perjuicio. Se trata de un proceso que pertenece a lo que la doctrina procesal denomina «proceso cautelar conservativo» que trata de evitar que, por no haberse adoptado las necesarias precauciones, se frustre el éxito de otro proceso posterior, obteniendo una resolución provisio-

nal fundada en la probabilidad o racional posibilidad de que la continuación de la obra pueda ocasionar un perjuicio injusto al interdictante.

La pretensión interdictal exige como requisitos para su éxito, en primer lugar, que el interdictante acredite su carácter de propietario, poseedor o titular de un derecho real sobre un inmueble próximo a la realización de la obra que pueda resultar perjudicado por la misma; en segundo lugar, que se dirija como demandante contra el dueño de la obra, entendida en sentido amplio comprensivo de edificaciones, demoliciones, explanadas, aperturas o construcción de nuevas vías de comunicación entre otras semejantes; en tercer lugar, que la obra no esté acabada ya que, caso de estarlo, no se justificaría una acción urgente y paralizadora como este interdicto, y por último, que el perjuicio que se cause sea ilegítimo —aún cuando no se precise la certeza pero sí la probabilidad— dado que esta acción no puede utilizarse como un arma de la que se pueden valer litigantes arbitrarios para impedir la continuación de unos trabajos dignos de protección.

**Tercero:** Del material probatorio obrante en autos —incluido, como se verá, las testificales de los testigos tachados don Fernando López Fondón y don Jorge Navarro Betrián, pues el hecho de haber sido contratados en su condición de profesionales de la construcción por el demandado no altera la fiabilidad de sus testimonios— resulta acreditado que el actor es copropietario de una casa sita en la plaza Mayor, núm. 5, de Calatorao, edificada sobre un solar adquirido al Ayuntamiento de Calatorao en 1987, cuya obra nueva declaró mediante escritura pública otorgada el 23 de enero de 1991 (todo ello, según la escritura notarial de declaración de obra nueva aportada como documental por el interdictante). Dicha casa linda a su espalda con casa y solar propiedad del demandado en la cual este viene realizando obras de restauración.

Una parte de tales obras consiste en la construcción de un porche en el antiguo corral a cuyo fin se proyectó —documento núm. 9 de los aportados por el demandado— la realización de un muro que sirviese de apoyo al citado porche y

que habría de correr inmediatamente paralelo a la pared del edificio propiedad del actor y lindante con el solar del demandado, cerrando de esta forma los huecos y ventanas abiertos por el actor en su pared sobre el solar o corral del demandado. Las obras de construcción del repetido muro que había de servir de basamento al porche fueron paralizadas por la comisión judicial cuando el muro todavía no había alcanzado y cubierto las dos ventanas litigiosas, las cuales, sin embargo, como puede apreciarse en las fotografías tomadas en el momento de la diligencia e incorporadas a esta, se encontraban, en aquel momento, tapiadas. Las citadas ventanas habían sido cerradas por la mujer del demandado, o por tercero siguiendo sus instrucciones, con el instrumental y materiales suministrados por el testigo don Jorge Navarro Betrián el día 18 de abril del año en curso, si bien dichos cerramientos tenían carácter provisional hasta que esa zona la ocupase una de las paredes de los porches (testifical de don Jorge Navarro Betrián al responder a la pregunta cuarta del interrogatorio en relación al documento núm. 5 de los aportados por la demandada).

Las escaleras de acceso al tejado de la vivienda del demandado se terminaron de construir el día 18 de febrero de 1994 (testificales de don Fernando López Fondón —pregunta segunda y tercera— y don Jorge Navarro Betrián, pregunta octava) sin que se haya acreditado que se encuentre anclada sobre la pared propiedad del actor.

Por último, no se ha acreditado que la pared del interdictante soporte escombros alguno derivado de las obras del demandado.

**Cuarto:** La pretensión interdictal está llamada al fracaso en cuanto a las perturbaciones consistentes en el anclado de la escalera sobre el muro propiedad del interdictante y a la acumulación de escombros contra el mismo ya que no existe prueba alguna que acredite los hechos en los que el actor sustenta su pretensión: Ni se ha probado la existencia de escombros ni se ha probado que la escalera se encuentre anclada en el muro del actor, lo que justifica sin necesidad de mayores razonamientos la suerte

desestimatoria del interdicto en tales extremos. Por otra parte, y en relación con la escalera, al haberse terminado su construcción al interponerse el interdicto, no debe olvidarse que una de las condiciones para que la vía procesal elegida tenga éxito y conduzca a una sentencia que ratifique la suspensión inicial de la obra denunciada es que la misma no se halle ya concluida, entendiéndose que lo está cuando lo realizado ha alcanzado ya el máximo daño que a los derechos o posesión del actor puede causar, por cuanto si se ha llegado a tal situación las posibilidades del proceso, estrictamente suspensivas, carecen de finalidad y de interés para el interdictante, al que únicamente convendrá ya la posibilidad de pedir la demolición de lo construido en el juicio declarativo correspondiente.

**Quinto:** Procede entrar en el estudio de la tercera de las perturbaciones denunciadas, la consistente en el cerramiento de las ventanas abiertas por el actor en la pared de su propiedad sobre el solar del demandado. Conviene comenzar señalando que la alegada excepción de inadecuación del procedimiento no puede prosperar por cuanto si bien es cierto que las ventanas se encontraban tapiadas en el momento en que la obra fue paralizada, su cerramiento tenía carácter provisional y su consolidación estaba prevista mediante la construcción del muro objeto parcial de las obras en ese extremo paralizadas lo que justifica la adecuación de la vía procedimental elegida de acuerdo con la doctrina expuesta en el fundamento segundo de esta resolución.

**Sexto:** La Compilación del Derecho Civil de Aragón, dentro del Libro III dedicado al Derecho de Bienes, materia hoy de carácter residual frente al amplio contenido que tuviera en los Fueros y Observancias aragonesas, regula en su art. 144 el que denomina régimen normal de luces y vistas en el marco de las relaciones de vecindad. Dispone dicho precepto —con notables especialidades frente al régimen del Derecho común— que tanto en pared medianera como en pared propia, y a cualquier distancia del predio ajeno, pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a distancias determinadas si bien aquellas abiertas a menos de dos metros de distancia de la finca vecina deberán estar provistas de

reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente. No obstante, según dispone el art. 145 la ausencia de tales protecciones no constituye signo aparente de servidumbre de luces y vistas. Por último el art. 144.3 establece que la facultad de abrir huecos sobre la finca vecina no limita el derecho del propietario de esta a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna.

Sentado lo anterior, en el caso de autos, no acreditada ni siquiera alegada existencia de servidumbre de luces y vistas, la cuestión que, en definitiva, se plantea es la de determinar si una persona que ha abierto unos huecos sobre el solar vecino al amparo de lo dispuesto en el art. 144 de la Compilación, puede posteriormente ampararse en la simple situación de hecho representada por la apertura de esos huecos para impedir al vecino, mediante un interdicto de obra nueva, que éste pueda construir sobre su solar obligándole a acudir a un declarativo para ejercitar la acción negatoria de servidumbre.

Para la resolución de dicha cuestión conviene precisar, ante todo, que el interdicto de obra nueva no tiene igual naturaleza que el de retener y recobrar la posesión, ya que su finalidad es, según establece el art. 1.631 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, impedir una obra nueva, de tal manera que lo que otorga dicho procedimiento, y lo que en él se discute, es el derecho legal a paralizar una obra a fin de proteger la propiedad u otro derecho real e incluso la posesión que tenga cierta base jurídica, pero sin que puedan gozar de amparo a través de esta vía las relaciones o situaciones derivadas de la violencia, de la clandestinidad o de la mera tolerancia, o bien aparezcan como abusivas al enfrentarse con los principios que entraña la propia justicia.

El interdicto ha de ser desestimado ya que el actor no puede impedir o prohibir al demandado la construcción del muro basándose, única y exclusivamente, en el simple y mero hecho de tener vistas o ventanas sobre el fundo colindante. La facultad de impedir una edificación a menor distancia de la señalada en el art. 585 del Código Civil sólo puede basarse en la titularidad del derecho real de ser-

vidumbre de luces y vistas, que no se adquiere por el simple hecho posesorio, sino por título o por la usucapión, que no puede darse en el caso de autos en el que el actor adquiere el solar en 1987 y declara la obra nueva en 1991. El disfrute de unas ventanas y vistas sobre el solar vecino, más o menos duradero, constituye un mero y simple hecho posesorio, no protegible por esta vía interdictal porque, como ha declarado el Tribunal Supremo, dicho uso y disfrute es de mera tolerancia, y por sí solos no crean el derecho de servidumbre, pues a tenor de lo dispuesto en el art. 444 del Código Civil, los actos meramente tolerados no afectan a la posesión, ni incluso a la de mero hecho.

**Séptimo:** En materia de costas debe regir el principio de temeridad o mala fe ex art. 1.902 del Código Civil pues no existe previsión específica ni se trata de un juicio declarativo ordinario, por lo que en el caso de autos no procede especial pronunciamiento en cuanto a las costas al no resultar méritos suficientes para apreciar tal temeridad o mala fe.

21

## SENTENCIA NÚM. 21

*S. JPI de Fraga de 26 de septiembre de 1994*

**6631: REGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: ACTIVO: BIENES PRIVATIVOS:** Subrogación real: Según interpretación tradicional y constante del art. 38.4 Comp. se debe entender propiamente como reemplazados aquellos bienes deteriorados por el uso o el paso del tiempo, o en el supuesto de la venta de bienes privativos por una determinada cantidad de dinero y la compra casi inmediata o en corto espacio de tiempo de otros por el mismo importe o valor. De otro modo, nada impide la adquisición de bienes constante matrimonio con cargo al fondo común que se declaren privativos de uno de los cónyuges de mutuo acuerdo, pero sin olvidar nunca el derecho de reembolso entre los patrimonios conyugales (art. 47 Comp.).

**6635: REGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: LIQUIDACION Y DIVISION: INVENTARIO:** Valoración de vivienda de protección oficial al precio

*oficial. La pensión compensatoria no se asimila a los alimentos a que se refiere el art. 41.1 Comp. Inversiones en finca privativa; venta de finca privativa cuyo precio ingresó en el acervo común: reintegros y reembolsos.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 38.4, 41.1, 47.1 y 55 Comp., 95, 1.392 y 1.410 Cc.

*Tras separación judicial, se procede a liquidar la comunidad conyugal por los trámites del juicio de testamentaria. La esposa impugna el cuaderno particional confeccionado por el contador designado por las partes. Ante el Juzgado de Primera Instancia de Fraga se siguen autos de juicio de menor cuantía, promovidos por doña M<sup>a</sup> Pilar Chine Sánchez contra don Gabriel Cerezuela Henen. La Sentencia estima parcialmente la demanda (autos n<sup>o</sup> 83/94).*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Por el actor se ejercita acción con base en lo dispuesto en el art. 55 de la Compilación Aragonesa y art. 1410 del Código Civil al remite en el caso de disconformidad en la realización y contenido del inventario en la liquidación y disolución del régimen matrimonial legal.

**Segundo:** En cuanto al primer punto debatido, la valoración de la vivienda sita en la C/ Ramón y Cajal N<sup>o</sup> 10, 2.<sup>a</sup> de la localidad de Fraga se hará conforme al módulo establecido y actualmente vigente para las viviendas calificadas como de Protección Oficial, y así se atenderá a la valoración determinada por Real Dto. 727/1993 de 14 de Mayo, según informa la D.G.A. (folio 94) y que asciende a un total de 10.300.000 ptas.

**Tercero:** En cuanto a la omisión en el cuaderno particional de los resultados de la explotación del Bar Avenida sito en la Avda. de Aragón N<sup>o</sup> 8 de la localidad de Fraga desde la fecha del auto de medidas provisionales, el día 28 de enero de 1991 hasta la fecha de cierre del local, el día 5 de noviembre de 1991, se entiende correcta, puesto que se computa en el activo de la socie-

dad legal la cantidad de 4.300.000 ptas. que recibida en concepto de indemnización por lanzamiento del mencionado bar, sin que quepa entender como ganancial o común las ganancias o rendimientos de un bien que fue común después de la disolución del régimen matrimonial legal aragonés en virtud de sentencia de separación dictada el 15 de febrero de 1991.

**Cuarto:** En cuanto a las inversiones efectuadas en la finca sita en Fraga, en la partida de «Arenales», cuyo carácter privativo no se cuestiona y que se determinan en la cantidad de 4.500.000 ptas. deberán constar como activo de la sociedad puesto que sin perjuicio de aplicar el art. 38.4 de la compilación, debemos tener en cuenta también lo dispuesto en el art. 47.1, en cuanto al derecho de reembolso entre los patrimonios. En este sentido se acredita en autos la existencia anterior de una finca sita en la C/ San Lorenzo nº 6 privativa del Sr. Cerezuela que fue vendida en el año 1979 y por precio no determinado en autos (Folios 101 y 102) que al pasar a engrosar el patrimonio común convierte al Sr. Cerezuela en acreedor del patrimonio común, en virtud de lo dispuesto en el art. 47.1 de la compilación, y ello, porque según interpretación tradicional y constante de este precepto se debe entender propiamente como reemplazados aquellos bienes deteriorados por el uso o el paso del tiempo o en el supuesto de la venta de bienes privativos por una determinada cantidad de dinero y la compra casi inmediata o en corto espacio de tiempo de otros por el mismo importe o valor. De otro modo, nada impide la adquisición de bienes constante el matrimonio con cargo al fondo común que se declaren privativos de uno de los cónyuges de mutuo acuerdo, pero sin olvidar nunca el derecho de reembolso ya mencionado, (art. 47.1 y art. 38.4 de la Compilación).

**Quinto:** Que la cantidad que se fija en 525.000 ptas. en concepto de contribución a las cargas del matrimonio del demandado a la actora en este procedimiento por el Sr. Cerezuela es la correcta tras comprobar el error en la fecha del día inicial del cómputo en el punto 11.1 del cuaderno particional (folio 27) que

deberá entenderse modificado y sustituida la fecha de 1 de febrero de 1990 por la de 1 de febrero de 1992.

**Sexto:** En cuanto a la pensión por desequilibrio determinada en favor de la esposa en la sentencia de separación de 15 de febrero de 1991 no deberá computarse puesto que en ningún caso su carácter debe asimilarse al de los alimentos a los que se refiere el art. 41.1 de la Compilación y ello porque ésta tiene como finalidad y sentido el de equilibrar la situación económica de los cónyuges después de la disolución del matrimonio y conforme a los criterios recogidos en el art. 97 del Código Civil, mientras que los alimentos presuponen la existencia de un vínculo familiar. En todo caso la liquidación y división del caudal común llega hasta la disolución del vínculo matrimonial o separación, mientras que el derecho a la pensión compensatoria nace, precisamente, a partir de entonces.

**Séptimo:** Que teniendo en cuenta lo recogido en el Fundamento anterior, siendo que para la determinación de la cantidad a satisfacer como pensión compensatoria se tuvo en cuenta la gestión y explotación del que fuera negocio familiar, Bar Avenida, por el Sr. Cerezuela, se entiende que es correcta su no inclusión en el activo del inventario, así como tampoco los intereses bancarios obtenidos reclamados en el punto tercero del suplico de la demanda puesto que encontrándonos ante una situación de «administración provisional postmatrimonial» excepcional y en defecto de acuerdo entre los cónyuges será el Juez quien resuelva lo que estime pertinente y por el mismo motivo que el anterior.

**Octavo:** Que mostrando su disconformidad la parte demandada con respecto al punto 3 de los bienes adjudicados al Sr. Cerezuela, procederá acceder a lo solicitado y así dividir entre las partes litigantes para completar sus respectivos lotes compensándose las diferencias en metálico.

**Noveno:** En cuanto a costas y conforme a lo dispuesto en el art. 523 de la LEC cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

22

**SENTENCIA NÚM. 22**

*S. JPI núm. 14 de Zaragoza, de 10 de octubre de 1994*

**84: SERVIDUMBRES: DE MEDIANERÍA:** *Usucapión: Se entiende adquirida por usucapión de diez años la servidumbre de medianería sobre una pared particular del vecino, en razón de los soportes de antena de televisión y peldaños de acceso durante dicho tiempo.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 147 Comp., 572 y 573 Cc.

*Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Zaragoza se siguen autos de juicio de cognición, sobre servidumbre de medianería, promovidos por doña Araceli Moreno Gotor contra don Ricardo Huguet Vidal y doña M<sup>a</sup> Luisa Abio Casamian. La Sentencia desestima la demanda (autos n<sup>o</sup> 386/94-B).*

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**Primero:** Se formula en la presente «litis» por la parte demandante y de forma conjunta una acción declarativa, tendente a obtener que se atribuya la condición de medianera a la pared divisoria que separa el patio de su propiedad del de los demandados (con la salvedad de una parte del mismo de reciente elevación), y una acción de condena para que los citados demandados retiren una antena de televisión y unos peldaños metálicos de la pared de su propiedad así como una chimenea que invade la parte del medianil propiedad de aquélla, pretensiones todas a las que se oponen los citados demandados.

**Segundo:** A través tanto del reportaje fotográfico aportado por la actora como del plano (doc. núm. 1) acompañado por los demandados y del informe elaborado por el perito judicialmente designado (y que responde a todas las cuestiones planteadas por las partes habiendo observado «in situ» la situación de las fincas) hay que convenir, siguiendo la descripción del mencionado plano, la existencia de tres tramos distintos en la pared de separación de las fincas núms. 14 y 16: Uno de ellos, designado como tramo «A», se refiere únicamente a las viviendas y es a él al que hace referencia el doc.

núm. 2 de los aportados con la demanda, como se desprende del tenor literal del mismo; dicho tramo tiene evidentemente la condición de medianero hasta el punto común de elevación, tal como ambas partes vienen a reconocer, surgiendo la discrepancia respecto al tramo alzado que puede apreciarse en la fotografía aportada como doc. núm. 3 el cual atendiendo a lo establecido en el art. 572 del Código Civil, no goza de la presunción de medianero debiendo considerarse el mismo, en principio, como privativo; ahora bien, resulta acreditado, a través de la prueba testifical practicada, que tanto los soportes de la antena de televisión como los peldaños de acceso a la misma se encuentran instalados en dicha pared desde hace más de diez años, por lo que ante la ausencia de un acto fehaciente de negativa por parte de la actora, cabe entenderse que dicho tramo ha adquirido la condición de medianero según lo dispuesto en el art. 147 de la Compilación de Derecho Foral de Aragón; por ello los mencionados anclajes (que no consta que atraviesan más de la mitad del muro) están correctamente colocados en pared medianera (como señala el perito informante), debiendo rechazarse, en consecuencia, la pretensión actora sobre este punto pues sí bien es cierto que parte de la antena vuela sobre espacio recayente a tejado propiedad de la actora, los supuestos perjuicios notorios que, a juicio de la misma dicha inmisión provoca sobre su tejado no son tales, a tenor de la fotografía acompañada como núm. 3, pues la suciedad existente en las tejas de ese punto concreto como consecuencia de los excrementos de los pájaros posados sobre la antena (único perjuicio acreditado) puede ser fácilmente eliminada por los demandados, no teniendo, en consecuencia, virtualidad suficiente como para entender infringido el art. 350 del Código Civil, precepto éste cuyos términos en los actuales tiempos, dado el progreso de la técnica, no pueden mantenerse de una forma rigorista y absoluta cuando las relaciones de vecindad exigen la acomodación de técnicas constructivas a los adelantos universalmente aceptados, de ahí que, en aras a las relaciones de vecindad, ha de suavizarse la interpretación de este precepto, sobre todo en los casos de

inmisión cuando, como consecuencia de ella, los perjuicios causados son mínimos, criterio sustentado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 3 de abril de 1984.

**Tercero:** No existiendo tampoco discrepancia respecto a la condición de medianero del denominado tramo B (también hasta el punto común de elevación) la misma surge respecto al señalado en el croquis como tramo C, fácilmente distinguible del anterior a tenor del reportaje fotográfico; en dicho tramo, en principio y en cuanto pared divisoria de los patios o corrales, se presume la existencia de una servidumbre de medianería (art. 572.2 del Código Civil), presunción que, no obstante decae ante la existencia de signos exteriores contrarios a la misma como son el haberse construido toda la pared sobre el terreno de una de las fincas y no por mitad entre una y otra de las dos contiguas (art. 573.3), circunstancia que resulta acreditada tanto por la prueba testifical (Sr. Vidal) como por la pericial (el tramo C es bastante anterior que los A y B y se encuentra ligeramente retranqueado sobre la propiedad de los demandados); otros signos que atribuyen la condición de pared privativa al mencionado tramo son el de que sufre las cargas de carreras, pisos y armaduras de una de las fincas y no de la contigua y el que está construido de modo que la albardilla vierte únicamente hacia la propiedad de los demandados (art. 572.4 y 5); a ellos debe añadirse el hecho (señalado como cierto por los testigos sres. Paléndez y Vidal) de que en el momento en que se levantaron las dos edificaciones (local para leña y almacén agrícola) cuyas paredes sirvieron, a su vez, de muro divisorio con la propiedad limítrofe (lo que tuvo lugar en 1960) esta última no llegaba hasta la calle de las Eras Altas, como ocurre en la actualidad, teniendo menos largura pues existía un «vago» o callejón entre dicha calle y la finca lo que, ya de por sí, impide considerar como medianera la pared. La interpretación que hace la parte actora del informe emitido por el Ayuntamiento de La Puebla de Alfindén, unido a los autos como diligencia para mejor proveer, no es compartida por este juzgador pues el hecho de que en 1960 la concesión de la licencia de obras fuese solicitada para la

construcción de pajar «dentro del corral de su propiedad» no significa que la pared divisoria de los patios ya existiese con anterioridad, tal como indica la parte demandante.

**Cuarto:** Consecuencia de lo anterior es que la chimenea edificada por los demandados está construida sobre terreno de su propiedad, obedeciendo únicamente a cuestiones técnicas el hecho de que la misma no ocupe todo el grosor del muro, y siendo así que la misma cumple con todos los requisitos legales no procede estimar tampoco la reclamación actora respecto a este punto concreto.

**Quinto:** La desestimación de la totalidad de las pretensiones de la parte demandante conlleva la imposición a la misma de las costas causadas (art. 523 de la LEC).

#### SENTENCIA NÚM. 23

*S. JPI núm. 1 de Calatayud de 14 de noviembre de 1994*

**92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA: FUNDAMENTO:** *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; también se fundamenta por la doctrina en el mayor engrandecimiento económico y social de la casa. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS:* *Venta a un extraño: La sentencia no da lugar al retracto porque el bien troncal -la mitad indivisa de una finca- no es adquirido por un extraño, sino, para su sociedad conyugal, por el marido de una hermana del disponente, propietaria de la otra mitad indivisa. La doctrina y la jurisprudencia afirman que no podrá ejercitarse el derecho de la saca sobre sólo la cuota indivisa troncal si como consecuencia de ello surge una comunidad entre el titular del abolorio y el propietario de la otra cuota indivisa del inmueble. Sujeto pasivo:* *En relación al sujeto pasivo, la jurisprudencia y la doctrina distinguen entre si se ejercita el derecho de tanteo en cuyo caso, el sujeto pasivo será el propietario de los bienes que los quiere enajenar, y si se ejercita el derecho de retracto, siendo entonces sujeto pasivo el primer adquirente de los bienes, y si dicha adquisición se hace para una*

23



*sociedad conyugal, la acción debe dirigirse contra ambos esposos. Elemento objetivo: Aunque dentro del concepto "inmuebles" usado por el art. 149 Comp. se puede comprender a todos los relacionados en el art. 334 Cc., en realidad parece que el derecho de abolorio ha de poder ejercitarse respecto de los denominados "inmuebles por naturaleza". "Permanencia en la familia durante dos generaciones" no quiere decir necesariamente que los bienes hayan pertenecido al patrimonio de miembros de cada una de esas dos generaciones; la Compilación sólo dispone que durante el tiempo normal de existencia de las dos generaciones, los inmuebles no hayan dejado de pertenecer a miembros de la familia, de cualquiera de ambas generaciones. FACULTAD MODERADORA DE LOS TRIBUNALES: Es una facultad para regular y ajustar a la realidad el ejercicio del privilegio que supone el derecho de abolorio (S. ATZ 13-2-75); moderar equitativamente es sinónimo de examinar en cada caso las circunstancias que en él concurren, impidiendo que la institución sirva a otros fines que aquellos para los que tiene de resalte del elemento causal en el ejercicio del derecho de abolorio, pero no limitará el resto (S. TS 9-1-76). FORMA: REQUISITOS DE LA DEMANDA: La cantidad depositada es la correcta, por cuanto el retrayente debe consignar el precio que figura en el escritura pública y prometer, además, la consignación de la mayor cantidad que se demuestre por gastos, mejoras etc. (Ss. ATZ 11-5-59 y 22-12-77).*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Art. 149 Comp.

*Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Calatayud se siguen autos de retracto gentilicio o de abolorio, promovidos por doña Teresa Lozano Serrano contra don Angel Lozano Serrano y su esposa doña Dolores Erles Cuello y don Alfredo Sebastián Peiró y su esposa doña Eusebia Lozano Serrano. La Sentencia desestima la demanda (autos nº 56/94).*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** La representación procesal de la parte actora ejercita en el escrito rector de este proceso la acción derivada del art. 149 y siguientes de la Compilación de derecho Aragonés, es decir, el

llamado retracto de abolorio, alegando que doña Teresa Lozano Serrano es hermana del vendedor de la mitad indivisa de la finca objeto de dicho retracto, y ambos, hijos del causante don Faustino Lozano Arcega.

El hoy demandado don Angel Lozano Serrano adquirió de su padre por herencia la finca sita en Villarroja de la Sierra (Zaragoza), en la C/ Diseminados núm. 8; dicha finca pertenecía por mitad y proindivisa a don Angel Lozano Serrano y a doña Eusebia Lozano Serrano; dicha finca ha permanecido en la familia desde tiempo inmemorial, más allá de las dos generaciones anteriores al causante.

El día 4 de noviembre de 1992, continúa esta parte, don Angel Lozano Serrano vendió a don Alfredo Sebastián Peiro la mitad indivisa de dicha finca, compraventa que fue inscrita en el Registro de la Propiedad, el día 10 de enero de 1994.

Dª Teresa Lozano Serrano, tuvo conocimiento, según siempre ésta parte, de la citada transmisión el día 9 de noviembre de 1993 al recibir la demandada la acción negatoria de servidumbre de paso (autos 215/93 tramitados por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de esta ciudad), no habiéndole sido notificado con anterioridad la venta.

El día 3 de febrero de 1994 fue consignada en la cuenta de Depósitos y Consignaciones judiciales del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Zaragoza, la cantidad de 200.000 pesetas a favor de don Alfredo Sebastián Peiro, cantidad reflejada en la escritura pública de compraventa.

Por todo ello, esta parte terminaba suplicando al Juzgado dicte Sentencia de conformidad con el Suplico de la demanda.

La representación procesal de los demandados, don Alfredo Sebastián Peiro y doña Eusebia Lozano Serrano, por su parte, argumentaba en su escrito de contestación a la demanda que, efectivamente, don Alfredo Sebastián Peiro compró a don Angel Lozano Serrano (quien a su vez había adquirido la mitad de la finca por herencia) dicha mitad indivisa para su sociedad conyugal, es decir, con su esposa doña Eusebia Lozano Serrano, propietaria a su vez de la otra mitad incluso habiendo renunciado doña Dolores Erles Cuello,

esposa del sr. Lozano a su derecho de usufructo, de lo que se deduce que, aportada la mitad de la finca a la sociedad conyugal, no puede reputarse ajeno a don Alfredo Sebastián Peiro al tronco familiar de los abuelos, de quien procede ésta.

Dicha finca pertenecía a los padres de los hermanos Lozano Serrano, por lo que solamente existe una generación anterior y no dos.

Doña Teresa Lozano Serrano conocía la realidad de la transmisión, por cuanto por el Letrado Sr. Arroyo, en fecha 27 agosto de 1993 y en nombre de la que hoy es actora y de su esposo, envió una carta a don Alfredo Sebastián Peiro, en la que manifestaban que el Sr. Sebastián Peiro era propietario de la casa de la C/ Diseminados núm. 8 de Villarroya de la Sierra.

Terminaba esta parte alegando la excepción de falta de legitimación pasiva de doña Eusebia Lozano Serrano, y solicitando que, se desestime a la demanda en uso de la facultad del párrafo segundo del art. 149 de la Compilación de Derecho Aragonés, por cuanto el bien familiar no ha ingresado en el patrimonio de un extraño, añadiendo que la hoy actora, en su condición de poseedora de una casa en la misma calle, no puede alegar desconocimiento de la transmisión; por último, aludía esta parte a la cantidad consignada —200.000 pesetas— notablemente inferior a la cantidad invertida en el inmueble.

La representación procesal de los demandados don Angel Lozano Serrano y doña Dolores Erles Cuello, además de suscribir lo anteriormente expresado, exceptuaba la falta de legitimación pasiva de don Angel Lozano Serrano y doña Dolores Erles Cuello, suplicando el que se dicte sentencia por la que se desestime la demanda, condenando en costas a la actora.

**Segundo:** El llamado retracto de Abolitorio o derecho de la saca, se regula en los artículos 149 y siguientes de la Compilación de Derecho Foral Aragonés, siendo su fundamento, según la Sentencia de la Audiencia territorial de Zaragoza de fecha 13 de febrero de 1975, 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»; fundamento éste que se une al añadido por la doctrina (García Atance, Merino) relativo al

mayor engrandecimiento económico y social de «la Casa».

En lo que doctrina y jurisprudencia se ponen de acuerdo es en la interpretación restrictiva de este derecho tanto en lo que se refiere a sus elementos subjetivos (limitando las personas que pueden ejercitarlo, y contra quienes pueden ejercitarlo) como sus elementos objetivos y a los negocios de transmisión que pueden dar origen a la saca.

Es de resaltar la facultad moderadora de los Tribunales plasmada en el párrafo 2.º del art. 149 de la Compilación, de la que afirma la citada Sentencia de fecha 13 de febrero de 1975 de la Audiencia Territorial de Zaragoza «es una facultad para regular y ajustar a la realidad el ejercicio del privilegio que supone el derecho de Abolitorio», sentencia que confirmó el Tribunal Supremo en fecha 9 de enero de 1976, afirmando que «moderar equitativamente es sinónimo de examinar en cada caso las circunstancias que en él concurren, impidiendo que la institución sirva a otros fines que aquellos para lo que tiene de resalte del elemento causal en el ejercicio del derecho de abolitorio, pero no limitará en el resto».

Es, por tanto, desde el prisma de esta idea, desde donde se tiene que realizar un análisis de los elementos subjetivos, objetivos y formales que confirman esta figura jurídica, analizando también y paralelamente el supuesto que nos ocupa.

Comenzando por el elemento subjetivo que debe concurrir en el ejercicio del derecho de abolitorio, el sujeto activo del mismo debe ser pariente colateral del enajenante, con un límite hasta el cuarto grado, debiendo, en todo caso ser parientes por la línea de procedencia de los bienes, requisitos éstos que se cumplen íntegramente por la actora, por cuanto la hermana del disponente don Angel Lozano Serrano, es hija también del causante don Faustino Lozano Arcega, de quien heredó la mitad de dicha finca don Angel Lozano Serrano.

Respecto del sujeto o sujetos pasivos, la jurisprudencia y la doctrina distinguen entre si se ejercita el derecho de tanteo en cuyo caso, el sujeto pasivo será el propietario de los bienes, que los quiere enajenar y si se ejercita el derecho de retracto, siendo entonces, sujeto pasivo el primer adquiren-

te de los bienes y si dicha adquisición se hiciera para una sociedad conyugal, la acción debería dirigirse contra ambos esposos; éste último es precisamente el supuesto que nos ocupa, porque de la documentación aportada con la demanda (documento número 7) queda acreditado que el comprador es don Alfredo Sebastián Peiró, «quien adquiere para la sociedad conyugal», de lo que se desprende que efectivamente ha de prosperar la excepción de falta de legitimación pasiva de don Angel Lozano Serrano y doña Dolores Erles Cuello, porque ya se ha perfeccionado la transmisión, pero no puede prosperar la excepción de falta de legitimación pasiva de doña Eusebia Lozano Serrano, por cuanto se ha adquirido para la sociedad conyugal, de la que forma parte doña Eusebia Lozano Serrano. Respecto del elemento objetivo, doctrina y jurisprudencia, en interpretación del art. 149 de la Compilación entienden que aunque dentro del concepto «inmuebles» se puede comprender a todos los relacionados en el art. 334 del Código Civil, en realidad parece que el derecho de abolorio ha de poder ejercitarse respecto de los denominados «inmuebles por naturaleza» debiendo tratarse de bienes que tengan el carácter de troncales, es decir, que hayan permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente; «permanencia en la familia durante dos generaciones» no quiere decir necesariamente que los bienes hayan pertenecido al patrimonio de miembros de cada una de esas dos generaciones; la compilación sólo dispone que durante el tiempo normal de existencia de las dos generaciones, los inmuebles no hayan dejado de pertenecer a miembros de la familia, de cualquiera de ambas generaciones.

En el presente supuesto, la actora alega, que la finca objeto de este procedimiento, ha pertenecido «desde tiempo inmemorial a la familia», negándolo los demandados, quienes afirman que la finca perteneció a don Faustino Lozano y a su esposa, padres de los hermanos Lozano-Serrano.

Si bien la documentación solicitada al Centro de Gestión Catastral y Cooperación tributaria de la Gerencia Territorial de Zaragoza-provincia no puede aclarar el extremo solicitado por la actora, porque el régimen catastral se implantó en fecha 1 de

julio de 1993, no puede ir la demandada en contra de sus propios actos» alegando que la finca ha pertenecido a sus padres, y no a la generación anterior a éstos, por cuanto, en la documentación aportada con el escrito de demanda (documentos nº 10), don Angel Lozano Serrano, se avino a reconocer que la finca sita en la C/ Diseminados 8 de Villarroja de la Sierra, era propiedad de la familia de los hermanos Lozano-Serrano desde tiempo inmemorial.

Llegados a este punto, procede analizar un hecho que la actora omite en su escrito de demanda, pero que no puede soslayar: la mitad indivisa de la citada finca, propiedad de don Angel Lozano Serrano, por herencia, se transmite a don Alfredo Sebastián Peiro, quien la compra «para la sociedad conyugal», sociedad formada por el Sr. Sebastián y por doña Eusebia Lozano Serrano, hermana del disponente y de la actora, y propietaria de la otra mitad de la finca, ostentando el matrimonio Sebastián Lozano la vecindad civil aragonesa, su régimen económico matrimonial de Comunidad de muebles y adquisiciones (Capítulo 3.º del Título IV de la Compilación), siendo bienes comunes de la sociedad conyugal, ex artículo 37.1 de dicho texto legal «los bienes inmuebles o sitios adquiridos a título oneroso, constante matrimonio, por cualquiera de los cónyuges a costa del caudal común», es decir, que la mitad indivisa de la finca adquirida por el Sr. Sebastián para la sociedad conyugal es un bien común de dicha sociedad, e ingresa, por tanto, en el patrimonio común de dicha sociedad, quedando afecto a la satisfacción de las cargas unitarias del matrimonio derivadas por Ley.

La consecuencia inmediata de tal hecho es que el bien troncal —la mitad de la finca— no va a ingresar en un patrimonio «extraño», porque uno de los miembros integrante de la sociedad conyugal, como tantas veces se ha dicho, pertenece a la familia, siendo hermana de la actora y del disponente, e hija del causante. La doctrina y la jurisprudencia afirman que no podrá ejercitarse el derecho de la saca sobre sólo la cuota indivisa troncal si como consecuencia de ello surge una comunidad entre el titular del abolorio y el propietario de la otra cuota indivisa del inmueble.

Esta circunstancia excluye por sí misma la aplicación del artículo 149 de la

Compilación a este supuesto, puesto que los hechos no responden en absoluto al fundamento de lo que es y supone el derecho de abolorio, ya mencionado: que los bienes troncales salgan de la familia y vayan a parar al patrimonio de un «extraño».

Respecto de los elementos formales que deben concurrir para el ejercicio, advertir que del documento nº dos aportado con el escrito de contestación a la demanda no se deduce que la actora haya sido notificada fehacientemente de la transmisión, por cuanto en dicho escrito, una tercera persona dice representar a la actora, y verter esas afirmaciones en su nombre, lo que en este pleito nunca se ha probado; tampoco es relevante el hecho de que la actora sea vecina de Villarroya de la Sierra, ni puede deducirse de ello que haya sido debidamente notificada. Al no probarse la notificación a doña Teresa Lozano Serrano, a falta de la misma, el plazo de 90 días se contará a partir del asiento de inscripción 10 de enero de 1994 y no desde el de nueva presentación, ya que, sólo cuando no ha existido ni notificación ni inscripción debe contarse el plazo desde que el retrayente conoció la enajenación y sus condiciones.

Por otra parte, respecto de la cantidad depositada, reseñar que este depósito es correcto, por cuanto el retrayente debe consignar el precio que figura en la E. P. (de 200.000 ptas.) y prometer, además la consignación de la mayor cantidad que se demuestre, por gastos, mejoras, etc. (de esta forma se pronuncian las sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 11 de mayo de 1959 y 22 de diciembre de 1977), lo que así ha manifestado la actora en el primer otrosí de la demanda: estudiadas las bases fácticas y los elementos objetivos y subjetivos que concurren de forma restrictiva, llegamos a la conclusión de que no puede otorgarse el efecto jurídico solicitado por la actora en la demanda, por cuanto ha de impedirse que esta figura jurídica sirva para otros fines que aquéllos a los que va destinada.

**Tercero:** Conforme a lo dispuesto en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer las costas a aquella parte cuyos pedimentos hayan sido totalmente rechazados.

## SENTENCIA NÚM. 24

*S. JPI núm. 2 de Jaca de 15 de noviembre de 1994*

**716: COLACION: ORDENADA EN DOCUMENTO PUBLICO:** *Interpretación de la expresión "en concepto de herencia anticipada" utilizada en donación a descendiente: expresión que en su sentido habitual y cotidiano únicamente puede ser interpretada como alusiva al deseo de atribuir a un heredero anticipadamente lo que ulteriormente se atribuya a los demás por vía mortis causa, pero no como referente a un reparto desigual entre los mismos. Se aprecia, por tanto, orden de colación en la sucesión intestada.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 140 Comp., 1.035 y 1.046 Cc.

*Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Jaca se siguen autos de juicio de menor cuantía, sobre colación de bienes, promovidos por doña Pilar Ara Latras contra contra sus hermanos e hijos de un hermano ya fallecido. La Sentencia estima íntegramente la demanda y declara que los bienes incluidos en la manifestación de herencia de 1990 corresponden por cuartas partes a doña M<sup>a</sup> del Carmen, doña Angeles, doña Pilar Ara Latras y una cuarta parte a don Gabriel, doña M<sup>a</sup> José, Ana, Susana y Joaquín Ignacio Ara Marraco. Igualmente doña Angeles Ara Latras deberá traer a colación el inmueble donado por sus padres, debiendo por tanto deducir de la porción hereditaria que pudiera corresponderle el valor que a dicho inmueble se atribuya (autos nº 206/91).*

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** La cuestión controvertida en el presente procedimiento lo es de naturaleza estrictamente jurídica, y pasa forzosamente por interpretar el sentido de la expresión «en concepto de herencia anticipada» utilizada por los cónyuges causantes en su escritura de donación de fecha 3 de septiembre de 1973. Una interpretación que tanto por un examen de tipo literal, como logico-sistemático y teológico debe forzosamente llevarnos a la conclusión de que la intención de los donantes no era otra que la de atribuir a

su hija anticipadamente lo que pudiera corresponderle ulteriormente por vía mortis causa. Igualmente lo entendió la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1965 al considerar como colacionable todo tipo de lucro derivativo y dimanante del causante, incluyendo lógica y primordialmente las donaciones. Una interpretación distinta supondría una vulneración del art. 1.035 del Código Civil, siendo a este respecto irrelevante e inaplicable al caso la interpretación que pretenda la demandada del art. 140 de la Compilación de Derecho Foral Aragonés, dado que es precisamente en un documento público como el que constituye la meritada escritura en el que se establece que el inmueble es donado en concepto de herencia anticipada, expresión que en su sentido habitual y cotidiano únicamente puede ser interpretada como alusiva al deseo de atribuir a un heredero anticipadamente lo que ulteriormente se atribuya a los demás por vía mortis causa, pero no como referente a un reparto desigual entre los mismos. Por todo ello procede la colación del inmueble mencionado, debiendo compensarse a los restantes herederos en los términos previstos en el art. 1.046 y ss. del Código Civil.

**Segundo:** En lo relativo a la valoración que deba darse al inmueble sujeto a colación, se estará a lo dispuesto en el art. 1.045 y ss. del Código Civil, esto es, habrá de estimarse al valor de los bienes en el momento en el que se evalúen, siendo de cargo y riesgo del donatario su aumento o deterioro físico posterior de cargo y riesgo del propio donatario.

**Tercero:** En lo referente a los bienes y valores que habrán de ser incluidos en el caudal hereditario, éstos no son otros que los inmuebles y valores mobiliarios que los inmuebles incluidos en la declaración liquidadora del impuesto de sucesiones de fecha 11 de abril de 1990, 902 acciones de Unión Eléctrica Fenosa; 621 acciones de Fenosa; local sito en c/ Abad Banzo, núm. 13 de Sabinánigo; piso en c/ Abad Banzo, núm. 13 de Sabinánigo; Coso en c/ Villacampa, núm. 46 de Zaragoza; piso, principal H en c/ Pedro Alfonso, núm. 6-8 de Zaragoza; parcela de terreno y edificaciones del hospital de Ipies (Huesca). Respecto de todos éstos bienes y valores mobiliarios se considera correcto el dictamen de valoración emiti-

do por el arquitecto sr. Paricio. En lo referente al metálico que habrá de ser el ya explicitado en la declaración de fecha 11 de abril de 1990, debiendo determinarse su cuantía definitiva en fase de ejecución de sentencia.

**Cuarto:** Conforme al art. 1.064 del Código Civil, los gastos de la presente partición se deducirán de la herencia.

**Quinto:** Habida cuenta de la oposición formulada a la demanda por la representación de doña María Angeles Ara Latras, procede imponerle las costas de la presente litis, habida cuenta de la estimación de las pretensiones de la actora, todo ello de conformidad con el art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

#### SENTENCIA NÚM. 25

*S. JPI de Boltaña de 7 de diciembre de 1994*

#### 6631: REGIMEN MATRIMONIAL

#### LEGAL: ACTIVO: BIENES PRIVATIVOS:

**Accesión:** *Comunidad conyugal legal: construcción en suelo privativo con dinero común (art. 38.7 Comp.): las edificaciones pertenecen al esposo propietario del solar privativo, pero quedando deudor a la comunidad conyugal por el dinero que empleó de ésta para levantar las construcciones, ya que el esposo no era titular exclusivo del dinero empleado en la obra.*

#### 6632: REGIMEN MATRIMONIAL

#### LEGAL: PASIVO: REINTEGROS Y REEMBOLSOS:

**Fallecido el marido sin descendencia, los herederos abintestato y la viuda no verifican la liquidación de la comunidad conyugal; a la muerte de la esposa viuda le sucede un hijo adoptivo que hereda de su madre un derecho de crédito contra el haber hereditario del marido de su madre, consistente en el importe de la mitad indivisa del coste de las obras que se realizaron con patrimonio de la comunidad conyugal para la reconstrucción de las edificaciones de propiedad privativa del marido.**

#### 682: EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD: SOBRE BIENES LITIGIOSOS:

**Litisconsorcio pasivo necesario:** *No hay litisconsorcio pasivo necesario en pleito en que es demandado un cónyuge por el hecho de que el otro*

*podría tener viudedad sobre el bien cuya propiedad se discute.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 23, 36, 37, 38.1º y 7º, 53 Comp.

*Ante el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña se siguen autos de juicio de menor cuantía, sobre acción declarativa de propiedad y cuantía, promovidos por don Joaquín Bielsa Vispe y don Manuel-Félix Aguirre Bielsa contra don Ramiro Revestido Alzola y su esposa doña María Dolores Vispe Ferrer que formulan reconvencción. La Sentencia estima parcialmente la demanda y la reconvencción (autos 51/92).*

*El pleito enfrenta a los herederos de quien aportó los solares como privativos a su matrimonio, con el heredero de la viuda (hijo adoptivo), que explotó en vida de esta y luego por sí durante muchos años, sin oposición de aquéllos, negocio de hostelería en edificios contruidos o reconstruidos sobre aquellos solares.*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Que antes de conocer de las cuestiones de fondo planteadas en la demanda principal y en la demanda reconvenccional formulada de contrario al contestar a la demanda, es procesalmente necesario de conformidad con lo dispuesto en los arts. 687 y 702 de la LEC, resolver previamente sobre la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario por incompleto, opuesto por el actor reconvenido al contestar a la demanda reconvenccional, en base a que planteada por el reconveniente una pretensión que entraña una auténtica acción reivindicatoria, desde el momento que solicita una declaración de copropiedad de determinados inmuebles, debería haberse demandado reconvenccionalmente a todas aquellas personas que pudieran resultar afectadas por la sentencia, y que no son sólo los intervinientes como parte actora en este pleito, sino también don Antonio Aguirre Bielsa, así como las respectivas esposas de todos ellos, que aparecen en la escritura de aceptación de herencia, pues el resultado de la pretensión reconvenccional habría de afectarles a todos estos, ya que en cuanto a don Antonio Aguirre Bielsa porque la tercera parte indivisa que ostenta sobre el pleno domi-

nio de las fincas litigiosas quedaría convertida en una tercera parte indivisa de la mitad de las mismas, y en cuanto a las esposas de todos ellos, porque su derecho de usufructo viudal quedaría constreñido a la mitad de los respectivos bienes. Ya entrado a resolver sobre la excepción de litisconsorcio pasivo necesario cuya construcción no esta regulada expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, pero si extensamente estudiada y sancionada por la doctrina legal del Tribunal Supremo, que en la abundante jurisprudencia publicada al efecto ha dejado sentado que el derecho material exige que en las relaciones jurídicas en las que estén interesadas varias personas que se las llame al proceso a todas ellas, debiendo estar presentes en el juicio en el que se va a decidir una situación que les afecte, pues en esencia se trata de evitar la indefensión, el que nadie puede ser condenado sin ser odio, y todo ello para que la resolución judicial no pueda adolecer de efectividad al declararse luego su nulidad por no haberse observado los principios antes expuestos; ya que la falta de emplazamiento de los demandados que deberían estar en el proceso, provocaría al acogimiento incluso de oficio de la «excepción pluvium litisconsortium», cuya finalidad es proteger a los interesados frente a la posible extensión subjetiva de la cosa juzgada evitando que los sujetos no presentes sean condenados «inaudita parte». En ese sentido en un principio cabría ser estimada la excepción opuesta en cuanto a lo que se refiere a la presencia necesaria en el pleito de Antonio Aguirre Bielsa, el cual debiera haber sido demandado como copropietario de parte de los bienes objeto de la litis, si bien luego se tiene conocimiento en las actuaciones (F. 1.176 a 1.182) que Antonio Aguirre Bielsa vende al demandado reconveniente Ramiro Revestido Vispe su parte en la propiedad de los inmuebles objeto de la litis debiendo quedar rechazada en consecuencia, la posible indefensión ya que esta queda inexistente al producirse la referida compraventa, quedando pues desestimada por inoperante la excepción opuesta en lo que se refiere al sr. Antonio Aguirre Bielsa. En lo que se refiere a la misma excepción opuesta de litisconsorcio pasivo necesario relativo a la falta de demanda en la reconvencción a las esposas de los actores, al entender éstos que aquellas deberían haber sido llamadas

al juicio por figurar en la escritura de aceptación de herencia y quedar afectado por la sentencia su derecho de usufructo viudal. Hay que resolver para este segundo caso en el sentido de afirmar que para este caso concreto que luego analizaremos no hay indefensión alguna en las esposas de los actores al no haber sido demandadas al ser éstas titulares del derecho expectante de viudedad ya que ese derecho aducido respecto a los bienes objeto del litigio, aun no está configurado, pues precisamente se discute en este pleito la titularidad de ese derecho de propiedad por lo que estando aún sin declarar ese derecho dominical no se puede aducir indefensión por un derecho expectante de viudedad respecto de unos bienes —en todo caso privativos de los actores por ser de herencia anterior al matrimonio de éstos—, sobre los que aún se discute su titularidad. Es como si se pretendiera traer a juicio a los hijos de los actores reconvenidos al quedar afectado por el litigio su futuro derecho hereditario. No se puede declarar la indefensión de una situación jurídica futura, aún inexistente, en cuanto que de su existencia se trata la celebración del propio juicio, por lo que necesariamente no ha de quedar acogida la segunda parte de la citada excepción opuesta, al no ser apreciada indefensión alguna en las esposas de los actores, ya que estas no tienen derecho hereditario sobre los bienes de la lits, figurando en todo caso en la escritura de aceptación y adjudicación de herencia aportada a las actuaciones como aceptantes y adjudicatarios sus esposos y no ellas (F. 10 a 24).

**Segundo:** Que por otra parte y en cuanto a las excepciones opuestas por los actores al contestar a la demanda reconvenicional consistentes en entender que los demandados carecen de legitimación activa para formular reconvenición así como la prescripción de la acción reclamatoria o acción personal, han de quedar desestimadas las excepciones opuestas pues el demandado si esta legitimado para reconvenir como poseedor de buena fe de los bienes objeto de la lits, no estando prescrita su acción por cuanto que lo que solicita es la división de la cosa o petición de herencia (art. 1.965 del Código Civil).

**Tercero:** Que de la prueba practicada a instancias de ambas partes ha quedado acreditado en las actuaciones los siguientes extremos: Don Adolfo Bielsa Bruned

y doña Julia Revestido Alzola contrajeron matrimonio en Zaragoza el 15 de marzo de 1919 (f. 4 Expte adopción en cuerda floja), sin haber pactado capítulos matrimoniales ni ningún régimen económico especial para el matrimonio, quedando este sujeto al régimen matrimonial legal de comunidad de bienes. A ese matrimonio aportó don Adolfo Bielsa Bruned como bienes privativos, los inmuebles que figuran descritos en el acta de notoriedad de fecha 16 de abril de 1941, autorizada por el Notario de Boltaña don David Mainar Pérez, núm. 165 de protocolo, levantada a requerimiento del citado esposo, al objeto de conseguir la reinscripción en el Registro de la Propiedad de Boltaña de las fincas incluidas en dicha acta. Ello por haberse destruido en la Guerra Civil los libros de Registro y las escrituras que poseía el requirente. Dichas fincas las adquirió el esposo don Adolfo Bielsa Bruned por institución de heredero que le hicieron sus difuntos padres Francisco Bielsa Morillo y Lucia Bruned por escritura que autorizó el Notario de Boltaña don Ramón Palmes en uno de los días del año 1921, (F. 72 a 82 y 721 a 725). La reinscripción se materializó el día 11 de febrero de 1942, figurando las fincas que son objeto de este pleito en dicha acta de notoriedad con el núm. 13, 14, 15 y 16 de las escrituradas, correspondiéndose con las fincas 178, 179, 180 y 181 de las inscritas en el Registro de la Propiedad de Boltaña, al tomo 112, libro 2, término municipal de Puértolas. Las citadas fincas están sitas en la localidad de Escalona, correspondiéndose la núm. 13 de las escrituradas con una casa en la plaza de la Iglesia, la núm. 14 con una casa en ruinas, la núm. 15 una Borda en ruinas y la 16 un pajar en ruinas (F. 77, 78 y 744 a 755). Dichas fincas, como otras de Escalona fueron quemadas y bombardeadas en la guerra civil española en 1938, resultando destruidas en su totalidad (F. 655 a 665, 734, 805, 806, 825, 843 a 848, 868 a 870, 873 a 893 y 919), por lo que el citado matrimonio inició su reconstrucción con bienes gananciales de la sociedad conyugal, comenzando las obras al concluir la guerra en 1940, (F. 83 a 86, 106 a 108, 873 a 893), razón por la que solicitaron un crédito del Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional para la recons-

trucción de las edificaciones, (F. 105, 109, 110, 112 a 115, 117, 135). Solicitando igualmente créditos de garantía personal al Banco Aragonés de Crédito que fue afianzado por la madre de la citada esposa sra. Revestido, siendo cancelado este último el 26 de julio de 1944, (F. 116). Solicitando otros créditos a este último banco (F. 118 a 134). Más tarde los citados esposos Adolfo Bielsa Bruned y Julia Revestido Alzola, instaron de mutuo acuerdo el 10 de abril de 1945 expediente para conseguir la autorización judicial para adotar al niño León Ramiro Avellanas Rubiella, expósito núm. 17.657, nacido en Huesca el 2 de julio de 1939, acogido en la Residencia Provincial de la Diputación de Huesca. Dicho expediente fue tramitado ante el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia de Boltaña, en el que se resolvió favorablemente a lo solicitado por los referidos cónyuges, autorizándose por Auto de 2 de noviembre de 1945 la adopción pretendida, disponiéndose en dicho Auto que para que se llevara a efecto, se otorgase la correspondiente escritura pública por los adoptantes (F. 57 a 68 548 y expediente de adopción en cuerda floja). El día 18 de noviembre de 1945 falleció el citado esposo Adolfo Bielsa Bruned sin otorgar testamento ni disposición alguna de última voluntad (F. 56, 489, 732), por lo que tampoco pudo otorgar la escritura de adopción solicitada, pues en esa fecha aún no le había sido notificado en mentado auto. La escritura de adopción del referido niño expósito fue otorgada sólo por la viuda del fallecido Adolfo Bielsa Bruned autorizada el día 9 de julio de 1947 por el Notario don Manuel Corazón Molina, con residencia en Barbastro y sustituto legal de la Notaría vacante en Boltaña con el núm. 130 de su protocolo (F. 57 a 71). Recibiendo más tarde el hijo adoptivo de doña Julia Revestido el nombre de Ramiro Revestido Alzola (Codemandado en estos autos). A la muerte de su esposo su viuda sra. Revestido continuó la explotación del negocio que ambos habían iniciado con anterioridad alquilando habitaciones a los trabajadores de la Cía Hidro-Nitro, S. A., pasando a denominarse la actividad Fonda Revestido. Continuando la mejora de las edificaciones destinadas a la explotación del referido negocio, haciendo frente a los créditos

solicitados para la reconstrucción y posterior mejora de las edificaciones, llevando para ello una esforzada contabilidad, no sin atravesar verdaderos apuros económicos para amortizar los créditos solicitados antes y después del fallecimiento de su esposo, los que fueron invertidos en continuas mejoras de los inmuebles (F. 87, 88, 92, 136 a 193, 198 a 273, 678 a 700).

El 24 de enero de 1952 la viuda sra. Revestido junto a los presuntos herederos del causante, su fallecido esposo, instaron en el Registro de la Propiedad de Boltaña la inscripción del usufructo legal de viudez de la sra. Revestido y luego de satisfacer los promotores de la inscripción la liquidación del impuesto de derechos reales, en cuanto a las fincas relacionadas en la escritura de notoriedad de fecha 6 de abril de 1941, el 29 de marzo de 1952 se inscribió el derecho pretendido (F. 489 a 491).

El 9 de mayo de 1975 fallece la viuda de Bielsa, sra. Revestido, habiendo otorgado con anterioridad testamento abierto autorizado por el Notario de Graus, don Octavio Fernández Cadenas el día 1 de junio de 1975, con el núm. 182 de protocolo, a favor de su hijo adoptivo Ramiro Revestido Alzola a quien instituyó heredero universal (F. 69 a 71, 717 a 719, 897, 898). Ramiro Revestido Alzola a la muerte de su madre Julia Revestido Alzola, contaba con 39 años de edad, y desde la infancia ayudó a ésta con su trabajo personal en la explotación de la Fonda Revestido. Continuando Ramiro Revestido al fallecer su madre en la explotación junto con su esposa e hijos el referido negocio, ampliando este mediante reformas y mejoras en las edificaciones (folios 274 a 472, 655 a 665, 734, 843 a 848, 873 a 893, 530 y 531).

A la muerte de la viuda sra. Revestido los actores instaron en el Registro de la Propiedad de Boltaña la extinción del usufructo de la viuda quedando inscrita la inscripción solicitada el 13 de septiembre de 1976, (F. 28 vuelto).

Los actores en mayo de 1976 instaron expediente de declaración de herederos abintestato de Adolfo Bielsa Bruned seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña con el núm. 20/77, en que se resolvió por Auto de 23 de julio de 1977, declarando herederos universales abintestato, por iguales partes, del causante don Adolfo Bielsa Bruned, a su hermana doña



Presentación Bielsa Vispe, en representación de su padre don Joaquín Bielsa Bruned, con reserva del dominio de usufructo viudal en favor del cónyuge sobreviviente doña Julia Revestido Alzola hasta el momento de su fallecimiento (F. 487, 488). El 8 de marzo de 1982 Ramiro Revestido escribe una carta a Antonio Aguirre coheredero abintestato de los bienes del causante Adolfo Bielsa Bruned, dándole cuenta de las malas perspectivas de proyecto para un hotel y de las próximas reformas que iba a cometer en las casas (F. 30), posteriormente el 22 de diciembre de 1990 escribe otra carta a uno de los actores manifestándole que se consideraba heredero de los derechos de su madre y ellos del patrimonio de Escalona y dueños del solar y resto de edificios quemados y destruidos durante la guerra, proponiéndole la compra de los solares (F. 31). Posteriormente el 14 de marzo de 1991 los actores otorgan escritura de división, aceptación y adjudicación de herencia del causante Adolfo Bielsa Bruned, autorizada por el Notario de Zaragoza don José María Badía Gascó, con el nº 675 de su Protocolo (F. 10 a 24). En dicha escritura los comparecientes exponen un inventario de las fincas que fueron dejadas por el causante sitas en Escalona, el cual no coincide en su redacción con el inventario de las mismas fincas que se reinscribieron en el Registro de la Propiedad de Boltaña el 11 de febrero de 1942 en virtud de acta de notoriedad autorizada por el Notario de Boltaña don David Mainar Pérez el 16 de abril de 1941 (F. 72 a 82 y 721 a 725), pues en lo referente a las fincas objeto de la litis, es decir, las numeradas en el acta de notoriedad con los núms. 13, 14, 15 y 16, se identifican en la escritura de adjudicación de herencia con los núms. 20, 21, 22 y 23, habiendo cambiado en esta última la configuración de las edificaciones iniciales que sólo eran ruinas, por lo que describen en dicho inventario el contenido de las edificaciones actuales con todas sus accesiones efectuadas en las sucesivas mejoras de las edificaciones afirmando a continuación que las fincas descritas pertenecían privativamente a dicho causante.

**Cuarto:** Que una vez sentados los hechos que han quedado acreditados a lo largo de este juicio, y ya resolviendo directamente sobre la cuestión litigiosa, hay que entender que las fincas que heredó el cau-

sante don Adolfo Bielsa Bruned de sus padres tenían el carácter de bienes privativos, y con tal carácter las aportó al matrimonio con Julia Revestido Alzola en régimen legal de comunidad de bienes, ya que no constan capítulos matrimoniales al efecto, ni ningún otro pacto expreso (At. 23-2, 36 y 38-1 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón). Como ya quedo dicho anteriormente esas edificaciones privativas que aportó Adolfo Bielsa Bruned a la sociedad Conyugal, quedaron destruidas totalmente en la Guerra Civil española, procediendo a reconstruirlas los cónyuges mediante la concesión de un préstamo que se amortizaba con bienes propios de la sociedad conyugal, ya que no consta que se amortizara con bienes privativos de ninguno de los esposos pues ello no ha quedado probado (Art. 37 Compilación). Como esa reconstrucción se hizo sobre bienes inmuebles de carácter privativo del esposo, es decir las edificaciones se levantaron sobre solar propiedad del esposo con dinero de la sociedad conyugal, pertenecen al esposo propietario del solar privativo las accesiones o incrementos a éste (art. 38-7 Compilación y 1.359 Código Civil). Construyendo por ello el esposo a continuación una deuda con la comunidad conyugal por el dinero que empleó de ésta para levantar las construcciones, ya que el esposo no era titular exclusivo del dinero empleado en la obra. La deuda contraída por el esposo con la comunidad conyugal habría de haberse computado en el momento en que se hubiera procedido a la liquidación de la sociedad (arts. 53 a 58 Compilación y art. 1.359 C. Civil). A la muerte del esposo, Adolfo Bielsa Bruned la citada comunidad conyugal por imperativo legal quedo disuelta, pero no liquidada, continuando su viuda administrando el patrimonio de esta, deduciendo alimentos, atendiendo a los pagos, al desarrollo de los negocios y conservando y aumentando los bienes (art. 53 Compilación). Al esposo, Adolfo Bielsa Bruned, como fallecido sin descendencia, ya que por su parte no se pudo consumir la adopción pretendida, le sucedieron como herederos abintestato una hermana y un sobrino carnal, sin que estos herederos ocupasen la posición del fallecido verificando la liquidación de la sociedad conyugal, ni el llamado reintegro entre patrimonios con la viuda del finado, sra. Julia Revestido, falleciendo ésta sin

haber verificado definitivamente la liquidación. Si la viuda, sra. Revestido, hubiera fallecido sin descendencia, el problema de haber liquidado o no las deudas entre patrimonios en la referida sociedad conyugal no tendría mayor transcendencia, pero al haber fallecido ésta sucediéndola a título universal un hijo adoptivo Ramiro Revestido, ocurre que éste hereda de su madre un derecho de crédito contra el haber hereditario del causante Adolfo Bielsa Bruned, consistente en el importe de la mitad indivisa del coste de las obras que se realizaron con el patrimonio de la Comunidad conyugal, para la reconstrucción de las edificaciones y puesta en marcha del negocio hostelero a que se refiere la demanda, debiendo computarse a esos efectos de amortización de los créditos que fueron satisfechos por esos conceptos. Ese derecho de crédito sobre el caudal hereditario que tiene el demandado y que viene a solicitar que sea liquidado en su reconvencción a la demanda, no esta prescrito como afirman los actores puesto que la partición de la herencia no se llevó a cabo hasta el año 1991, momento en el que al no verificarse la liquidación del crédito que el Sr. Revestido tiene contra esta, es cuando se convierte en acreedor y nace su acción (Art. 1.084 Código Civil). Otra relación jurídica distinta surge cuando Ramiro Revestido Alzola, hijo de la viuda fallecida, sucede a su madre en el negocio hostelero que ella regentaba, con el asentimiento de los antedichos herederos abintestato y ahora de los demandantes bajo una situación de verdadera permisibilidad como los propios demandantes reconocen, situación que se prolonga hasta la fecha de interposición de la presente demanda, y aunque no conste una autorización expresa en cuanto a la gestión y uso que hace Ramiro Revestido de las edificaciones y negocio hostelero, si existe un consentimiento tácito por parte de los demandantes, ya que conocedores desde el año 1975 de las mejoras, ampliaciones, etc, que se llevan a cabo en las edificaciones por los demandados, no impiden de una forma expresa el desarrollo de las mismas. Tampoco se puede pensar que los demandados obraran de mala fe cuando sobre dichas edificaciones arremetían continuas reformas y mejora, que en cualquier caso han dado como fruto el aumento del valor del patrimonio. De esta relación jurídica se desprende que el

demandado ha poseído los bienes durante todos estos años en concepto de tenedor para conservarlos y disfrutarlos, mientras que el dominio ha pertenecido a los demandantes (art. 432 Código Civil), presumiéndose por lo expuesto la buena fe del demandado (art. 434 CC), ya que la posesión como hecho no se puede reconocer en dos personas distintas (art. 445 CC). Así, Ramiro Revestido y esposa como poseedores de buena fe tienen derecho a hacer suyos los frutos percibidos en este tiempo (art. 451 CC). Así como derecho a los gatos que hubieren hecho para la producción de los frutos pendientes y a la parte del producto liquido de los frutos proporcional al tiempo de su posesión (art. 452); teniendo también derecho los poseedores, es decir Ramiro Revestido y esposa, a que los titulares del dominio les abonen los gastos necesarios y útiles hechos sobre los bienes objeto de la demanda desde el momento del comienzo de la posesión en 1975 (art. 453 CC). Debiéndose entender a esos efectos, que esta sentencia en cuanto que reconoce el dominio como propietarios de los actores y otro, sobre los bienes a que se refiere la demanda, y es la intención de estos recuperar la posesión de los mismos, ha de quedar interrumpida la buena fe, sólo pudiendo retener la cosa los actuales poseedores hasta que les sean abonados los gastos útiles y necesarios a los que antes se ha hecho referencia, operación que será verificada en ejecución de sentencia.

En resumen y por todo lo expuesto sólo se estiman parcialmente tanto la demanda como la reconvencción a la misma, ya que si bien se reconoce que los actores junto con Antonio Aguirre Bielsa son propietarios proindiviso de las fincas descritas en la demanda, también se reconoce la justa tenencia de estas fincas por los demandados, las cuales podrán seguir poseyendo hasta que se les abonen los gastos útiles y necesarios, reconociéndose igualmente el derecho de crédito subsistente a favor del demandado contra los propietarios proindiviso de los mencionados bienes.

**Quinto:** Que conforme a lo dispuesto en el art. 523 de la LEC y habiéndose estimado sólo parcialmente la demanda y la reconvencción a la misma, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

26

**SENTENCIA NÚM. 26***S. JPI núm. 1 de Teruel de 15 de diciembre de 1994*

**83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Derecho del vecino a edificar o construir: Límites: Derecho sujeto en su ejercicio a las exigencias de la buena fe y a la prohibición del abuso de derecho; por ello, sólo puede ser amparado cuando la construcción, pese a suponer un perjuicio para el colindante, represente un claro beneficio para quien la efectúa, sin que puedan ampararse en el art. 144.3 aquellas construcciones que tan sólo tienen por finalidad el obstruir el derecho del colindante a abrir huecos en pared propia o medianera que reconoce el art. 144.1 Comp.**

**DISPOSICIONES CITADAS: Art. 144 Comp.**

*Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Teruel se siguen autos de juicio verbal civil, promovidos por don Delfín Luis Mezquita contra don José Enrique Hernández Neila. La Sentencia estima la demanda y condena al demandado a demoler el tabique levantado en el solar de su propiedad que obstruye el hueco o ventana abierto en la pared divisoria de su finca con la del demandante (autos núm. 457/94).*

**FUNDAMENTOS JURIDICOS**

**Primero:** El art. 144 de la Compilación del Derecho Civil foral de Aragón, permite a todo propietario abrir en pared propia o medianera, huecos para luces y vistas sin sujeción a distancia determinando, pudiendo el propietario del fundo colindante edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna, obstruyendo por ello esos huecos o ventanas, sin que ello pueda entenderse como una servidumbre propiamente dicha, sino como un modo de ser de la propiedad en Aragón. Ahora bien, éste derecho a edificar o construir que recoge el párrafo 3.º del precepto antes citado está sujeto en su ejercicio, como lo están el resto de los derechos a las exigencias de la buena fe y a la prohibición y abuso de derecho y, por ello, tan sólo puede ser amparado cuando esa construcción, pese a suponer

un perjuicio para el colindante represente un claro beneficio para quien la efectúa, sin que pueda ampararse en dicho precepto aquellas construcciones que tan sólo tienen por finalidad el obstruir el derecho del colindante a abrir huecos en pared propia o medianera que reconoce el párrafo primero del citado precepto foral. Pues bien, en el caso debatido basta con examinar las fotografías que se acompañan a la demanda, cuya autenticidad quedó corroborada a través de la prueba de reconocimiento judicial, para comprobar que el muro cuya demolición se pretende no cumple otra finalidad que la de obstruir el hueco o ventana abierto por el colindante, no siendo admisible la justificación de que la finalidad de dicho muro era la de construir una perrera, no sólo porque no acierta a comprender el juzgador la necesidad de construir ese muro para alzar la perrera, sino porque además no resulta de recibo tal alegación cuando en una parcela de la extensión de la que es propiedad del demandado, tan sólo se encuentre como ubicación idónea para la perrera precisamente el lugar donde se encuentra ubicada la única ventana abierta por el colindante, máxime cuando además, como se constató en la diligencia de reconocimiento judicial, existe ya dentro del mismo recinto una perrera construida; razones que deben necesariamente llevar a la total estimación de la demanda.

**Segundo:** Al estimarse en esta resolución la totalidad de los pedimentos de la demanda, las costas deberán imponerse a la parte demandada, por imperativo de lo dispuesto en el Art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

**SENTENCIA NÚM. 27***S. JPI núm. 2 de Teruel de 31 de diciembre de 1994*

**5: FUENTES: "STANDUM EST CHARTAE": Renta pactada en vivienda de protección oficial: Es doctrina común que si las partes fijan libremente para una vivienda de protección oficial un precio de renta superior al establecido por la Administración, podrán derivarse, tras su denuncia, las sanciones administrativas establecidas, pero nunca conllevará ello la**

27

*nulidad de la cláusula de pago estipulada, puesto que el precio pactado fue decisivo para la formalización del contrato de arrendamiento. La libertad y soberanía de la voluntad (art. 3 Comp. y 1255 Cc.) comprende la de fijar en el arrendamiento un precio superior al que autoriza la legislación especial administrativa.*

**DISPOSICIONES CITADAS:** Arts. 3 Comp. y 1255 Cc.

*Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel se siguen autos de juicio de cognición en reclamación de cantidad, promovidos por don Federico Alegre Serrano contra don Jesús Murria Maicas. La Sentencia desestima la demanda por la que el arrendatario (actor) pretendía la restitución de lo pagado en exceso respecto de la renta fijada por el Instituto del Suelo y la Vivienda (autos nº 229/94).*

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** Reclama el actor en su demanda la cantidad de 507.600 ptas., indebidamente abonadas la demandada, en concepto de pago de las rentas, por el arrendamiento de la vivienda propiedad de este último, sita en esta Ciudad de Teruel, C/ Ronda del Turia Nº 14, bajo, por la que, según manifiesta, viene pagando una renta mensual de 15.000 ptas., y perteneciendo la mencionada vivienda a las catalogadas o calificadas como viviendas de Protección Oficial, la renta a abonar debía haber sido inferior, según la normativa establecida. Por ello, reclama en el presente procedimiento la devolución del exceso pagado, aportando con su demanda una serie de recibos, de la Caja de Ahorros de la Inmaculada con los que pretende acreditar la reclamación que entabla. Dichos documentos, no justifican en absoluto la reclamación planteada, ya que pertenecen a los años 89-94, y ni contienen todos la cantidad fijada en concepto de alquiler, esto es, 15.000 ptas. mensuales, ni suman el total reclamado en la demanda. Ello sólo bastaría, pues, para considerar no justificada debidamente la cantidad reclamada, procediendo en consecuencia la desestimación de la demanda.

**Segundo:** Además de lo anteriormente expuesto, y sin entrar a dilucidar la fecha en que se concertó el arrendamiento, ya que

dicha cuestión es objeto de otro procedimiento, sí es necesario señalar que, tratándose de un contrato verbal y no existiendo pruebas concretas, no puede determinarse con exactitud la fecha cierta en que dio comienzo, a efectos de la reclamación que formula el actor, de una cantidad exacta, como pagos indebidamente realizados, pero este extremo carece de importancia, pues el nudo gordiano de la cuestión debatida radica en si el demandado, Sr. Murria Maicas viene obligado a devolver el importe diferencial existente entre las 15.000 ptas. que ha cobrado por el alquiler de su vivienda, y las 10.300 ptas. que fija el Instituto del Suelo y la Vivienda para este tipo de inmuebles. Ya este respecto ha de señalarse, como doctrina comúnmente aceptada, que si las partes, libremente fijan, para una vivienda de protección oficial un precio de renta superior al establecido, podrán derivarse, tras su denuncia, las sanciones administrativas también establecidas, pero nunca conllevará ello la nulidad de la cláusula de pago estipulada, puesto que el precio pactado fue decisivo para la formalización del contrato de arrendamiento.

**Tercero:** Rigiendo en nuestro ordenamiento jurídico la libertad y soberanía de la voluntad, como sanciona el art. 1255 del Código Civil, y por tanto, la de fijar en el arriendo un precio superior al que autoriza la legislación especial administrativa que califica la vivienda como de protección oficial, es evidente que, como se ha señalado en el fundamento jurídico anterior, tal acción puede dar lugar a algún tipo de sanción administrativa pero no obsta, en forma alguna, a la validez absoluta del contrato. Establecido con carácter general, en nuestra Compilación de Derecho Foral Aragonés, Art. 3.º, el principio *Standum est Chartae*, conforme al cual, se estará en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes expresada en pactos o disposiciones, siempre que no resulten de imposible cumplimiento, y habiendo quedado acreditado en las presentes actuaciones que ambas partes fijaron libremente y de común acuerdo, incluso desde el año 1985 como reconoce expresamente el actor, la renta que ha venido abonando regularmente en concepto de alquiler, procede la desestimación de la demanda.

**Cuarto:** Por imperativo de lo dispuesto en el Art. 523 de la L.E.C., al desestimarse la demanda, procede la condena en costas del actor.

## 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 sub-conceptos. 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) SÓLO 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 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 (núm. 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 (núm. 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 (núm. 1º)

*S. JPI ZARAGOZA N° 13 9 de marzo 1994*

Aplicación del art. 541 Cc. Por remisión expresa del art. 145 Comp. al 541 del Cc., también en Aragón se puede producir la adquisición de servidumbre por la presun-

ción prevista en el Código (adquisición por destino del dueño), siempre y cuando se den los requisitos para ello exigidos en el citado artículo del Cc. Pero para definir qué pueda entenderse por signo aparente de servidumbre de luces y vistas entre dos fincas de un mismo dueño hay que estar al propio Derecho aragonés (art. 145 en relación al 144).

7 1996,II (núm. 2º)

*S. JP II CASPE 2 marzo 1994*

Aplicación supletoria del art. 532 del Cc. en cuanto define las servidumbres aparentes y no aparentes. Según la doctrina el signo exterior de servidumbre debe tener una relación objetiva con el uso y aprovechamiento que revele la existencia de la servidumbre, ser permanente y susceptible de reconocimiento por todos.

6 1996,II (núm. 2º)

*S. JP II EJEJA N° 2 9 mayo 1994*

Medianería: La sentencia aplica el art. 572 del Cc. Respecto del art. 573.1º Cc dice que carece de aplicación por estar permitida en la Compilación la apertura de huecos en pared medianera.

12 1996,II (núm. 2º)

*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 (núm. 1º)

*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 (núm. 1º)



• *DISPOSICIONES TRANSITORIAS*

*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 vigente la Compilación (disp. trans. 12ª Comp. y disp. trans. preliminar, 1ª y 2ª Cc.).

3 1993,I (núm. 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 aplicad el Cc. como Derecho supletorio al no existir tampoco costumbre ni principio general tradicional aragonés que le sea de aplicación.

50 1996,II (núm. 91)

*A. PRES. TSJA 17 de 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. 271.2º 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,I (núm. 1º)

*S. TSJA 25 marzo 1992*

Inaplicación de los arts. 1344, 1375 y 1377 Cc.

6 1995,I (núm. 1º)

*S. TSJA 23 marzo 1993*

El art. 1318 Cc. no es contradictorio con la normativa aragonesa, pero su contenido esencial coincide con el del art. 46 Comp. El art. 1394 Cc., que fija la fecha de disolución de la sociedad conyugal, es de aplicación plena en Aragón. Los arts. 1396, 1397 y 1398 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 (núm. 1º)

• *OBLIGACIONES Y CONTRATOS*

*S. JP II HUESCA Nº 2 21 febrero 1994*

Para fundamentar el principio de irrevocabilidad unilateral de un pacto sucesorio otorgado en 1903 puede servir de ayuda el Derecho supletorio (art. 13 Cc.): arts. 1256 y 1331 (antes 1319) Cc.

4 1996,II (núm. 2º)

*S. TSJA 22 enero 1990*

La aplicación de los llamados «gastos legítimos» que señala el art. 1518 Cc. al retracto de abolorio nunca ha sido cuestionada.

1 1995,I (núm. 1º)

*S. TSJA 18 diciembre 1990*

El principio «standum est chartae» está limitado por el art. 633 Cc. que impone la forma pública en las donaciones de inmuebles, en concordancia con la tradición jurídica aragonesa.

2 1995,I (núm. 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 Cc. a los herederos del donante o disponente.

4 1995,I (núm. 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 (núm. 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 Gistaín, criterio que también es acogido en el art. 115.2 Comp.

3 1996,II (núm. 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 (núm. 1º)

#### LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

##### • RETRACTOS

S. TSJA 22 enero 1990

La norma contenida en el art. 1618.2 Lec. es aplicable a los supuestos de toda clase de retractos.

1 1995,I (núm. 1º)

##### «STANDUM EST CHARTAE»

##### • INTERPRETACIÓN DE «CARTAS»

S. JPJH EJEJA Nº 2 28 junio 1994

Conforme al art. 3 de la Compilación, ha de estarse a lo dispuesto en el pacto sucesorio,

sin que el favorecido por una estipulación pueda exigir su cumplimiento si no cumple él a su vez los requisitos previstos en la misma como correspectivos. Lo dispuesto en el pacto sucesorio prevalece ante el art. 109 Comp.

16 1996,II (núm. 2º)

S. JPJH HUESCA Nº 2 21 febrero 1994

Cláusula, en capitulaciones de 1922, de sustitución de las hijas habidas en el primer matrimonio en favor de hijo habido del segundo, contradiciendo capitulaciones anteriores (de 1903): se insta su nulidad; interpretación de modo que no contradigan el pacto sucesorio anterior.

4 1996,II (núm. 2º)

##### • 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 (núm. 1º)

S. TSJA 13 de 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,II (núm. 1º)

##### • LÍMITES

S. TSJA 18 diciembre 1990

El principio «standum esta chartae» está limitado por el art. 633 Cc. que impone la

forma pública en las donaciones de inmuebles, en concordancia con la tradición jurídica aragonesa.

2 1995,I (núm. 1º)

*S. TSJA 5 julio 1995*

Los litigantes —un matrimonio y el tío de uno 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 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 art. 3 Comp.

4 1996,II (núm. 1º)

- *RENTA PACTADA EN VIVIENDA DE PROTECCIÓN OFICIAL*

*S. JPII TERUEL Nº 2 31 diciembre 1994*

Es doctrina común que si las partes fijan libremente para una vivienda de protección oficial un precio de renta superior al establecido por la Administración, podrán derivarse, tras su denuncia, las sanciones administrativas establecidas, pero nunca conllevará ello la nulidad de la cláusula de pago estipulada, puesto que el precio pactado fue decisivo para la formalización del contrato de arrendamiento. La libertad y soberanía de la voluntad (art. 3 Comp. y 1255 Cc.) comprende la de fijar en el arrendamiento un precio superior al que autoriza la legislación especial administrativa.

27 1996,II (núm. 2º)

## TRADICIÓN JURÍDICA

*S. TSJA 18 diciembre 1990*

La tradición jurídica aragonesa, recogida en los arts. 1 y 2 Comp., exige forma «ad substantiam» para la validez y eficacia de las donaciones de bienes inmuebles.

2 1995,I (núm. 1º)

## 6: PERSONA Y FAMILIA

### 64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES

#### AUTORIDAD FAMILIAR DE OTRAS PERSONAS

- *PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD*

*S. JPII EJEJA Nº 1 3 junio 1994*

A instancia de la abuela materna, se priva (del ejercicio) de la «patria potestad» a la madre, en paradero desconocido, y se confiere la autoridad familiar a los abuelos maternos, sobre el nieto que ya estaba a su cuidado en régimen de acogimiento.

14 1996,II (núm. 2º)

### 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 (núm. 1º)

• *FIDUCIA*

*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 usucapión del heredero.

15 1996,II (núm. 1º)

*S. TSJA 13 junio 1993*

Composición de la Junta de parientes para designar heredero de la Casa según la voluntad del causante expresada en capítulos matrimoniales.

3 1996,II (núm. 1º)

*TUTEA*

• *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 (núm. 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. 271.2º 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 histórica y vigente, y la aplicación del Derecho supletorio.

52 1996,II (núm. 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 3, 41.5, 42, 43.2, 46.1, 52.1 y 56.2 de la Compilación.

51 1996,II (núm. 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 (núm. 1º)

RÉGIMEN PACCIONADO Y RÉGIMEN LEGAL.

• *NATURALEZA*

*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 (núm. 1º)

## 662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO

### CAPITULACIONES

#### • RESCISIÓN

*S. JPII TERUEL Nº 1 13 septiembre 1994*

Se declara la rescisión por fraude de acreedores de la modificación del régimen económico matrimonial, en cuanto perjudique a la Hacienda Pública como acreedora de ambos cónyuges, así como la rescisión de varias donaciones otorgadas por los cónyuges, cuyo régimen será el de la sociedad tácita aragonesa en cuanto pueda perjudicar a los acreedores.

19 1996,II (núm. 2º)

### INSTITUCIONES FAMILIARES CONSUEUDINARIAS

#### • 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 (núm. 1º)

#### • DACIÓN PERSONAL

*S. JPII FRAGA 4 de mayo 1994*

Frente a demanda de liquidación y partición de sociedad civil verbal entre tío y sobrino casado, opone éste tratarse de la comuni-

dad familiar basada en «dación personal». Se estima la demanda, excluyéndose en el caso la alegada «dación personal», cuyas características se analizan brevemente. Es costumbre plasmar el pacto de dación personal en escritura especificando que se decide y acuerda compartir vida y trabajo con una familia normalmente constituida a la que por vía de institución hereditaria se transmite el dominio de todos sus bienes y cualesquiera derechos que sobre ellos pudiera corresponderle.

11 1996,II (núm. 2º)

*S. TSJA 5 julio 1995*

El contrato concertado ente 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 (núm. 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 (núm. 1º)

### LIBERTAD DE PACTO

#### • ART. 29

*S. JPI ZARAGOZA Nº 2 18 mayo 1994*

El régimen económico matrimonial en la Compilación permite a los cónyuges una libertad de pactos muy superior a la recogida en el Código civil para la sociedad de gananciales, y así el art. 29 Comp. otorga a los cónyuges la libertad de realizar pactos y declaraciones en escritura pública, «aun fuera de capítulos», por los cuales atribuyan a bienes muebles la condición de sitios o a éstos la de muebles.

13 1996,II (núm. 2º)

## 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 de diciembre 1994*

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.

17 1996, II (nº 1º)

### • ACCESIÓN

*S. JP II Boltaña 7 diciembre 1994*

Comunidad conyugal legal: Construcción en suelo privativo con dinero común (art. 38.7 Comp.): Las edificaciones pertenecen al esposo propietario del solar privativo, pero quedando deudor a la comunidad conyugal por el dinero que empleó de ésta para levantar las construcciones, ya que el esposo no era titular exclusivo del dinero empleado en la obra.

25 1996, II (nº 2º)

### • 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)

### • SUBROGACIÓN REAL

*S. JP II FRAGA 26 septiembre 1994*

Según interpretación tradicional y constante del art. 38.4 Comp. se debe entender propiamente como reemplazados aquellos bienes

deteriorados por el uso o el paso del tiempo, o en el supuesto de la venta de bienes privativos por una determinada cantidad de dinero y la compra casi inmediata o en corto espacio de tiempo de otros por el mismo importe o valor. De otro modo, nada impide la adquisición de bienes constante matrimonio con cargo al fondo común que se declaren privativos de uno de los cónyuges de mutuo acuerdo, pero sin olvidar nunca el derecho de reembolso entre los patrimonios conyugales (art. 47 Comp.).

21 1996, II (nº 2º)

#### 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)

*S. JPI ZARAGOZA Nº 2 18 mayo 1994*

Pese a adquirir el bien inmueble constante matrimonio, en la escritura de compraventa se puso como estado civil el de soltera y así accedió al Registro de la Propiedad; posteriormente el viudo heredero, al inventariar los bienes y aceptar la herencia de su esposa, consigna tal bien como privativo por haberlo adquirido en estado de soltera. No existiendo prueba alguna que permita saber al tiempo de su compra el verdadero carácter privativo o consorcial del piso comprado, debe prevalecer sobre la apariencia escriturada la presunción derivada del art. 40.2 Comp. y, por lo tanto, considerarlo consorcial.

13 1996, II (nº 2º)

#### 6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: PASIVO

*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)

*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)

#### 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)

• **DEUDA TRIBUTARIA POR IRPF**

*S. JPII TERUEL N° 1 13 septiembre 1994*

De las deudas de uno de los cónyuges por IRPF responden los bienes gananciales del matrimonio, con independencia de cuál fuere el cónyuge que la contrajo, como se desprende del art. 41.5º de la Compilación y 1.365 del Código Civil.

**19 1996, II (nº 2º)**

**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)**

• **EMBARGO DE BIENES COMUNES**

*S. APZ 21 febrero 1994*

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.

**28 1996, II (nº 1º)**

*S. APZ 28 junio 1994*

Tercería de dominio interpuesta por un cónyuge sobre inmueble perteneciente al consorcio conyugal; no procede alzar el embargo

sobre la mitad 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 tercería 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 tercerista.

**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)**

**REINTEGROS Y REEMBOLSOS**

*S. JPII BOLTAÑA 7 diciembre 1994*

Fallecido el marido sin descendencia, los herederos abintestato y la viuda no verifican la liquidación de la comunidad conyugal; a la muerte de la esposa viuda le sucede un hijo



adoptivo que hereda de su madre un derecho de crédito contra el haber hereditario del marido de su madre, consistente en el importe de la mitad indivisa del coste de las obras que se realizaron con patrimonio de la comunidad conyugal para la reconstrucción de las edificaciones de propiedad privativa del marido.

25 1996, II (nº 2º)

#### RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES

##### • DESPUÉS DE LA DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD LEGAL

A. PRESS. 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 1.398.1 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 pre-

tendía la nulidad de tales acuerdos alegando la falta de consentimiento de la esposa de uno de los contantes, 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 solo 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 o no ha ejercitado «facultades legales».

**2 1996, II (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)**

##### • VIVIENDA FAMILIAR

*S. JPII JACA Nº 2 1 septiembre 1994*

Se dice que, «a mayor abundamiento cabría invocar el art. 51 de la Compilación», pero que no hay nada que oponer a la cita del art. 1.320 Cc. Se citan, asimismo, los arts. 1.318 y 1.347 Cc.

**18 1996, II (nº 2º)**

#### 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. JPII FRAGA 26 septiembre 1994*

Valoración de vivienda de protección oficial al precio oficial. La pensión compensatoria no se asimila a los alimentos a que se refiere el art. 41.1 Comp. Inversiones en finca privativa; venta de finca privativa cuyo precio ingresó en el acervo común: Reintegros y reembolsos.

**21 1995, I (nº 1º)**

*S. TSJA 23 marzo 1993*

En relación al inventario son aplicables los arts. del Cc. como complemento de las normas 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 formal 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 1.398.1 Cc.).

51 1996, II (nº 1º)

## 67: COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA

## CARGAS Y DEUDAS COMUNES

• *OBLIGACIONES DEL CÓNYUGE FALLECIDO**S. JPJII EJEJA Nº 2 28 junio 1994*

A la muerte del heredero de la casa, la viuda continúa con los hijos la comunidad conyugal; como representante de la casa, la viuda está obligada al cumplimiento de las obligaciones derivadas del pacto sucesorio en el que se instituyó heredero al marido fallecido.

16 1996, II (nº 2º)

## 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,

cias 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 *favor viduitatis* y enraizada en el pueblo aragonés.

## 682: EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD

BIENES AFECTOS

• *COMIENZO DE LA AFECCIÓN*

*S. JPI ZARAGOZA Nº 2 18 mayo 1994*

Estando «sub iudice» la reclamación, no puede estimarse que la porción de finca objeto de la misma hubiera entrado ya en el patrimonio del demandado y quedado sometida al derecho expectante de viudedad que configura el art. 76.1 de la Compilación.

13 1996, II (nº 2º)

## ENAJENACIÓN DE BIENES AFECTOS

*S. TSJA 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 privativo, 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.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 a 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 descen-

dencia 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)

SOBRE BIENES Y LITIGIOSOS

• *LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO*

S. JPII BOLTANA 7 diciembre 1994

No hay litisconsorcio pasivo necesario en pleito en que es demandado un cónyuge por el hecho de que el otro podría tener viudedad sobre el bien cuya propiedad se discute.

25 1996, II (nº 2º)

683: EL USUFRUCTO VIDUAL

EXTINCIÓN

• *ANALOGÍA*

S. JPI ZARAGOZA Nº 14 14 enero 1994

Las causas de extinción del usufructo vidual (art. 86 Comp.) no pueden aplicarse

análogicamente para declarar la extinción de la fiducia sucesoria por separación de hecho de los cónyuges.

2 1996, II (nº 2º)

• *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 vidual. 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)

• *VIDA MARITAL ESTABLE*

S. JPI ZARAGOZA Nº13 15 abril 1994

Se aprecia la extinción del usufructo por llevar el cónyuge viudo vida marital estable, probada, además de otros fuertes indicios, por nacimiento de hijo con el varón con el que comparece ante notario declarando adquirir inmueble para su sociedad conyugal (aunque, en realidad, no estaban casados). Se deduce testimonio al Ministerio Fiscal a efectos penales, al faltar a la verdad sobre el estado civil ante fedatario y registro público.

10 1996, II (nº 2º)

## 7: DERECHO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

### 711: DERECHO DE SUCESIONES EN GENERAL

#### LEY APLICABLE

- *VECINDAD CIVIL*

*S. JPI ZARAGOZA N° 2 18 mayo 1994*

Ostentando el causante la vecindad civil aragonesa, la normativa hereditaria específica de Aragón es aplicable también al heredero de distinta vecindad civil o nacionalidad extranjera.

13 1996, II (n° 2°)

#### NULIDAD DE LA INSTITUCIÓN HEREDITARIA

- *PRESCRIPCIÓN*

*S. JPII HUESCA N° 2 21 febrero 1994*

No existe respecto a los pactos sucesorios o testamentos plazo de prescripción cuando se trate de supuestos de inexistencia (falta de algunos de los elementos del art. 1.261 Cc.) o cuando existe nulidad absoluta por atentar a normas prohibitivas e imperativas.

4 1996, II (n° 2°)

#### PETICIÓN DE HERENCIA

- *PRESCRIPCIÓN*

*S. JPII HUESCA N° 2 21 febrero 1994*

El TS reiteradamente tiene establecido como plazo de prescripción de esta acción el de 30 años; el inicio del cómputo será conforme prevé el art. 1.969 Cc.

4 1996, II (n° 2°)

## 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 (n° 1°)

### 716: COLACIÓN

#### ORDENADA EN DOCUMENTO PÚBLICO

*S. JPII JACA N° 2 15 noviembre 1994*

Interpretación de la expresión «en concepto de herencia anticipada» utilizada en donación a descendiente: Expresión que en su sentido habitual y cotidiano únicamente puede ser interpretada como alusiva al deseo de atribuir a un heredero anticipadamente lo que ulteriormente se atribuya a los demás por vía mortis causa, pero no como referente a un reparto desigual entre los mismos. Se aprecia, por tanto, orden de colación en la sucesión intestada.

24 1996, II (n° 2°)

## 721: SUCESIÓN TESTAMENTARIA EN GENERAL

#### NULIDAD DE TESTAMENTO

- *COACCIÓN*

*S. APZ 2 marzo 1994*

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 vali-

dez 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

### INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE CÓNYUGES

#### • PACTO AL MÁS VIVIENTE

*S. JPI ZARAGOZA Nº 2 18 mayo 1994*

La sentencia admite que la declaración contraria a que la institución mutua y recíproca entre cónyuges produzca los mismos efectos que «el pacto al más viviente», puede hacerse tanto de forma expresa como mediante declaración de voluntad tácita.

13 1996, II (nº 2º)

### 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

#### • COMUNIDAD FAMILIAR

*S. JP II EJE A Nº 2 28 junio 1994*

En 1963 se pactó en capítulos sucesión a favor de persona, ya fallecida, con obligación de alimentar y asistir sanos y enfermos, mientras sean solteros, estén en la casa y trabajen para ella a los hermanos del heredero. Se pacta también que el heredero no podrá gravar ni enajenar los bienes comprendidos en la institución sin el consentimiento conjunto de instituyente y esposa, heredero y esposa y hermano del heredero, o sobrevivientes de ellos. Igualmente el heredero debe dotar a sus hermanos con la cantidad de 42.000 ptas. cuando contraigan matrimonio o sin contraerlo lo pidan para separarse definitivamente de la casa, renunciando al haber y poder de la misma. A la muerte del heredero, la viuda continúa con los hijos la comunidad conyugal, que es la obligada al cumplimiento de las obligaciones derivadas del pacto sucesorio.

16 1996, II (nº 2º)

*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 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)

### HIJOS NO HEREDEROS

#### • LA DOTE PACTADA PREVALECE SOBRE LA DEL ART. 109

*S. JP II EJE A Nº 2 28 junio 1994*

Lo dispuesto por el causante sobre la obligación del heredero de dotar a sus hermanos en cantidad determinada prevalece sobre el derecho de éstos a ser dotados al haber y

poder de la casa recogido en el art. 109. Comp.

16 1996, II (nº 2º)

#### MODIFICACIÓN

*S. JPII HUESCA Nº 2 21 febrero 1994*

Cláusula, en capitulaciones de 1922, de sustitución de las hijas habidas en el primer matrimonio en favor de hijo habido del segundo, contradiciendo capitulaciones anteriores (de 1903): Se insta su nulidad; interpretación de modo que no contradigan el pacto sucesorio anterior, pues éste no puede ser modificado por la sola voluntad de uno de los intervinientes según era regla consuetudinaria. Derecho de transmisión (art. 105 Comp.) y sustitución vulgar.

4 1996, II (nº 2º)

#### OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS EN FAVOR DEL HERMANO DEL HEREDERO

- *CONDICIONADA AL TRABAJO EN Y PARA LA CASA*

*S. JPII EJEJA Nº 2 28 junio 1994*

Tras la muerte del heredero pervive la obligación de alimentos de la casa para con el hermano soltero de aquél, pero sólo en cuanto cumpla los requisitos impuestos en el pacto sucesorio: vivir y trabajar para la casa. Trabajar para la casa, por parte de los hermanos solteros del heredero único, no es una obligación en sentido propio, sino una condición para poder exigir el mantenimiento en la casa se trata de alimentos *in natura* y como correspondido de su contribución al sostenimiento de la casa, por lo que el beneficiario no puede pedir que se le satisfagan mediante el pago mensual de una cantidad líquida. La obligación de trabajar para la casa es susceptible de cumplimiento por equivalente mediante entrega en metálico procedente de la pensión de invalidez al no poder trabajar.

16 1996,II (nºm. 2º)

#### 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 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 (nºm. 2º)

- *BIENES CONSORCIALES QUE QUEDAREN*

*S. JPI ZARAGOZA Nº 2 18 mayo 1994*

Los bienes comunes del matrimonio que ha realizado el pacto al más viviente, al abrirse la sucesión del primer cónyuge pertenecen por entero al sobreviviente. Pero fallecido éste sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, la mitad de los que quedaren pasarán a los herederos del primeramente fallecido (art. 108,3 i. f.).

13 1996,II (nºm. 2º)

- *FACULTAD DE DISPOSICIÓN DEL SOBREVIVIENTE*

*S. JPI ZARAGOZA Nº 2 18 de mayo 1994*

El art. 108.3 Comp. instituye heredero al cónyuge sobreviviente de los bienes del fallecido, no sólo sin límite o condición alguna, sino que, antes al contrario, con la facultad de disponer de los mismos por cualquier título. Esta facultad limita e incluso puede dejar reducido a la nada el derecho de los herederos del cónyuge primeramente fallecido a los bienes que quedaren (art. 108.3 i. f.).

13 1996,II (nºm. 2º)

- *FRUTOS Y RENTAS DE LOS BIENES QUE QUEDAREN*

*S. JPI ZARAGOZA Nº 2 18 mayo 1994*

Cuántas rentas y frutos se generen por los bienes de la esposa desde el fallecimiento de ésta pasan a lucrar el patrimonio personal del cónyuge heredero, aunque tales bienes fueran, constante matrimonio, consorciales; por tanto, sólo las rentas que se hayan generado tras la muerte del cónyuge sobreviviente pueden ser reivindicadas por los herederos del primeramente fallecido; y no todas ellas sino



sólo su mitad dado el carácter consorcial de los pisos alquilados.

13 1996,II (núm. 2º)

#### REVOCACIÓN

*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 Cc. a los herederos del donante o disponente.

4 1995,I (núm. 1º)

#### VALIDEZ

*S. TSJA 29 septiembre 1992*

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 hereditaria de nombramiento de heredero único. Defecto de forma.

8 1995,I (núm. 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 (núm. 1º)

RDCA-1996-II-(nº 2)

#### EXTINCIÓN

##### • NUEVAS NUPCIAS DEL FIDUCIARIO VIUDO

*S. JPI HUESCA Nº 2 21 febrero 1994*

Junto a referencias al origen consuetudinario, naturaleza y caracteres del pacto de fiducia, la sentencia defiende, por analogía con el usufructo de viudedad, que, salvo pacto, el nuevo matrimonio del cónyuge fiduciario extinguió la fiducia ya en la época de los fueros. Señala también que no hay plazo para su ejercicio.

4 1996,II (núm. 2º)

##### • SEPARACIÓN DE HECHO

*S. JPI ZARAGOZA Nº 14 14 enero 1994*

No se extingue la fiducia sucesoria por separación de hecho, pues a estos efectos no pueden aplicarse analógicamente las causas de extinción del usufructo viudal. El art. 110.3º Comp. establece sin ninguna duda y en términos claros y precisos los únicos motivos por los que cabe dejar sin efecto el nombramiento de fiduciario.

2 1996,II (núm. 2º)

#### 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 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,I (núm. 1º)

*S. TSJA 21 mayo 1993*

Es 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 (núm. 1º)

## 742: FIDUCIA COLECTIVA

## CONSTITUCIÓN

*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 usucapión del heredero.

15 1996,II (núm. 1º)

*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 desestimada, puesto que la composición de la Junta en la forma en que se hizo para designar heredera fue correcta.

3 1996,II (núm. 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 evitar la preterición, salvo que se prefiera una asignación simbólica o hayan recibido ya liberalidades imputables en la legítima.

12 1995,I (núm. 1º)

## LESIÓN DE LA LEGÍTIMA

• *USUFRUCTO VIDUAL*

*S. APA 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 (núm. 1º)

## 8 DERECHO DE BIENES

## 83: LUCES Y VISTAS

## RÉGIMEN NORMAL.

• *ACTOS MERAMENTE TOLERADOS*

*S. JP/II La Almunia 5 octubre 1994*

El disfrute de unas ventanas y vistas sobre el solar vecino, más o menos duradero, constituye un mero y simple hecho posesorio, no protegible por esta vía interdictal porque, como ha declarado el TS, dicho uso y disfrute es de mera tolerancia, y por sí solos no crean el derecho de servidumbre, pues a tenor de lo dispuesto en el art. 444 Cc., los actos meramente tolerados no afectan a la posesión, ni incluso a la de mero hecho.

20 1996,II (núm. 2º)

• *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 (núm. 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 (núm. 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 (núm. 1º)

*S. APZ (SECC. 5ª) 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 (núm. 1º)

*S. JPI ZARAGOZA Nº 14 8 abril 1994*

El vecino tiene derecho a edificar sin sujeción a distancia, pero no al mero cierre del hueco mediante un plástico con una mano de escayola; prospera asimismo su acción negatoria de servidumbre, pues no la hay, sino régimen normal, expresión de las relaciones de vecindad.

9 1996,II (núm. 2º)

*S. JPII EJEJA Nº 2 9 mayo 1994*

El vecino puede edificar cerrando los huecos abiertos en pared medianera, que tenían reja y red, o sólo red, y carecían de voladizos. No procede indemnización de daños por este concepto, pero sí por los causados en table del rafe y tejás al elevar el tabique discutido.

12 1996,II (núm. 2º)

*S. JPII TERUEL Nº 1 15 diciembre 1994*

Límites: Derecho sujeto en su ejercicio a las exigencias de la buena fe y a la prohibición del abuso de derecho; por ello, sólo puede ser amparado cuando la construcción, pese a suponer un perjuicio para el colindante, represente un claro beneficio para quien la efectúa, sin que puedan ampararse en el art. 144.3 aquellas construcciones que tan sólo tienen por finalidad el obstruir el derecho del

colindante a abrir huecos en pared propia o medianera que reconoce el 144.1 Comp.

26 1996,II (núm. 2º)

• *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 (núm. 1º)

*S. JPI ZARAGOZA Nº 14 8 abril 1994*

La apertura de huecos para luces y vistas, tanto en pared propia como medianera, sobre fundo ajeno reconocida en el art. 144 Comp. como facultad propia de una simple relación de vecindad, constituye un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta, que conserva el pleno derecho a edificar sin sujeción a distancia alguna.

9 1996,II (núm. 2º)

• *INTERDICTO DE OBRA NUEVA**S. JPI ZARAGOZA Nº 13 21 julio 1993*

No procede frente a levantamiento de pared con huecos a más de dos metros del lindero. Tampoco cabe imponer al demandado la obligación de colocar reja de hierro, red de alambre o protección semejante en sus nuevas ventanas.

1 1996,II (núm. 2º)

*S. JPI ZARAGOZA Nº 13 28 enero 1994*

No procede frente a edificación en fundo vecino alegando disminución en cuanto a vistas.

3 1996,II (núm. 2º)

• *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 (núm. 1º)

*S. JPI ZARAGOZA N° 13 9 marzo 1994*

De la regulación de los arts. 145 y 144 deduce la sentencia que la falta de reja y red tampoco es signo aparente de servidumbre de luces y vistas a los efectos de su adquisición por destino del dueño (art. 541 Cc.). Cuando existiendo tales protecciones sea aplicable el art. 541 Cc., quedará excluida la facultad del art. 144.3 Comp., pasándose de una situación propia de las relaciones de vecindad a la presencia de una servidumbre.

7 1996,II (núm. 2º)

SERVIDUMBRE

• *APLICACIÓN DEL ART. 541 Cc.*

*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 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 servidumbre de luces y vistas lo que por éstos se entiende en la Compilación.

35 1996,II (núm. 1º)

*S. JPI ZARAGOZA N° 13 9 marzo 1994*

Por remisión expresa del art. 145 Comp. al 541 del Cc. también en Aragón se puede producir la adquisición de servidumbre por la

presunción prevista en el Código (adquisición por destino del dueño), siempre y cuando se den los requisitos para ello exigidos en el citado artículo del Cc. Pero para definir qué pueda entenderse por signo aparente de servidumbre de luces y vistas entre dos fincas de un mismo dueño hay que estar al propio Derecho aragonés.

7 1996,II (núm. 2º)

• *INTERDICTO OBRA NUEVA*

*S. JPI LA ALMUNIA 5 octubre 1994*

No prospera el interdicto de obra nueva ante construcción de muro que cierra huecos de luces y vistas, cuando no se acredita ni siquiera se alega servidumbre de luces y vistas. La facultad de impedir una edificación a menor distancia de la señalada en el art. 585 del Cc. sólo puede basarse en la titularidad del derecho real de servidumbre de luces y vistas y no en la simple situación de hecho representada por el disfrute de unas ventanas y vistas sobre el solar vecino.

20 1996,II (núm. 2º)

• *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 de 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 (núm. 1º)

• *SIGNOS APARENTES*

*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 de 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 (núm. 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 obstativo no han transcurrido 10 años para su usucapión.

40 1996,II (núm. 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 (núm. 1º)

*S. APZ (SECC. 2ª) 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 (núm. 1º)

*S. JPI ZARAGOZA Nº 13 9 marzo 1994*

La Compilación prevé supuestos específicos de cuándo podrá entenderse existente signo aparente y cuándo no en el art. 145 en relación al 144 de la Comp. De esta regulación deduce la sentencia que la falta de reja y red tampoco es signo aparente a los efectos de su adquisición por destino del dueño (art. 541 Cc).

7 1996,II (núm. 2º)

• *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 obstativo no han transcurrido 10 años para su usucapión.

40 1996,II (núm. 1º)

*S. APZ (SECC. 2ª) 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 (núm. 1º)

*S. JPJ EJEJA Nº 1 12 julio 1994*

Prospera acción negatoria de servidumbre con imposición de demoler voladizos en dos de los huecos y dotar de reja y red a los cuatro debatidos, por no probarse adquisición por usucapión de veinte años entre ausentes (art. 537 Cc.) de una servidumbre de luces y vistas (balcón). Respecto de los huecos sin voladizo, se dice que el plazo habría de contarse desde un «hecho obstativo».

17 1996,II (núm. 2º)

## 84: SERVIDUMBRES

## ALERA FORAL.

• *DEFINICIÓN Y CARACTERES**S. JPJ CALATAYUD Nº 2 1 marzo 1994*

Esta institución faculta a los vecinos de un pueblo para introducir sus ganados a pastar en los términos de los inmediatos, aunque solamente en la parte de ellos que confrontan con los suyos. Se trata de un derecho de utilización de pastos ya originariamente limitado bajo el apotegma «de sol a sol y de era a era», el cual suponía que partían los ganados de sus eras, tras la salida del sol, debiendo regresar a las mismas antes de la puesta de sol. El terre-

no sobre el que se sustenta la alera foral es zona comunal, de secano, nunca regadío, normalmente yerma, si bien es posible ejercitar este derecho sobre zona cultivada, eso sí, una vez levantada la cosecha. En dicha zona está prohibido acotar, cerrar, roturar o plantar, a no ser que se establezca la entrada libre de ganados no obstante haber llevado a cabo las anteriores operaciones.

5 1996,II (núm. 2º)

• *NATURALEZA JURÍDICA*

*S. JPII CALATAYUD N° 2 1 marzo 1994*

En el fallo se dice que la alera foral existente entre los vecinos de los Ayuntamientos de Malanquilla y Aranda de Moncayo es una servidumbre personal de pastos recíproca, en favor, respectivamente, de los vecinos de uno y otro pueblo, que consiste en el derecho a entrar sus ganados a pastar, sin límite de reses, sin exclusividad, de sol a sol y de era a era, en una zona geográfica del municipio colindante. En el fundamento de derecho primero — con cita de Fairén e Isábal — se dice, en términos generales, que la alera foral es una servidumbre de carácter predial (sic), discontinua, positiva y no aparente, esto último, en la mayoría de los casos.

5 1996,II (núm. 2º)

• *ORIGEN Y REGULACIÓN*

*S. JPII CALATAYUD N° 2 1 marzo 1994*

Institución netamente aragonesa, con unos orígenes constatables que se remontan al Fuero de Jaca, pasando por la Compilación de Huesca y por las Observancias de 1437. Hoy se halla recogida en el art. 146 de la Compilación.

5 1996,II (núm. 2º)

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 (núm. 1º)

• *DERECHO SUPLETORIO*

*S. JPII EJEJA N° 2 9 mayo 1994*

La sentencia aplica el art. 572 del Cc. Respecto del art. 573.1º del Cc dice que carece de aplicación por estar permitida en la Compilación la apertura de huecos en pared medianera.

12 1996,II (núm. 2º)

• *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 (núm. 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 (núm. 1º)

*S. JPI ZARAGOZA N° 14 10 Octubre 1994*

Se entiende adquirida por usucapión de diez años la servidumbre de medianería sobre una pared particular del vecino, en razón de los soportes de antena de televisión y peldaños de acceso durante dicho tiempo.

2 1996,II (núm. 2º)

DE PASO

• *USUCAPIÓN*

*S. APH 25 abril 1994*

Servidumbre de paso: Usucapión de servidumbres aparentes: es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino o carril.

10 1996,II (núm. 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 nego-

cio 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 (núm. 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 (núm. 1º)

*S. APT 7 septiembre 1994*

Servidumbre de paso: la adquisición por usucapación de las mismas dista mucho del Derecho común. Usucapación: 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 (núm. 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 usucapación de exceso, no procede: abuso en el uso de la servidumbre meramente tolerado por el dueño del fundo sirviente.

25 1996,II (núm. 1º)

*S. APT 7 noviembre 1994*

Servidumbre de paso: usucapación: no procede por no haberse cumplido el plazo exigido por la ley.

36 1996,II (núm. 1º)

*S. APT 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 está obstaculizado por vallas.

38 1996,II (núm. 1º)

*S. JP II CASPE 2 marzo 1994*

Se declara la existencia, por usucapación, de servidumbre de paso aparente discontinua.

6 1996,II (núm. 2º)

*S. JP II TERUEL Nº 1 14 marzo 1994*

No se considera probada la posesión necesaria para la usucapación.

8 1996,II (núm. 2º)

#### DE SALIDA DE HUMOS

*S. JP II TERUEL Nº 1 16 junio 1994*

Triunfa acción negatoria de servidumbre, pues la alegada de salida de humos no fue adquirida por usucapación ni por disposición del enajenante.

15 1996,II (núm. 2º)

#### 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 parente 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 (núm. 1º)

#### • USUCAPACIÓN

*S. JP II EJE A Nº 2 9 mayo 1994*

El alero del tejado que sobrevuela la finca contigua y que vierte en ella las aguas pluviales constituye signo aparente de servi-

dumbre de vertiente de tejado y habiendo transcurrido con creces el plazo previsto en el art. 147 Comp. de persistencia de tal situación fáctica, ha de concluirse la adquisición por usucapión de la servidumbre de vertiente de tejado.

12 1996, II (núm. 2º)

## DERECHO SUPLETORIO

### • *SIGNO APARENTE*

*S. JPII CASPE 2 marzo 1994*

Aplicación supletoria del art. 532 del Cc. en cuanto define las servidumbres aparentes y no aparentes. Según la doctrina el signo exterior de servidumbre debe tener una relación objetiva con el uso y aprovechamiento que revele la existencia de la servidumbre, ser permanente y susceptible de reconocimiento por todos.

6 1996, II (nº 2º)

## POSESIÓN INMEMORIAL

### • *ALERA FORAL*

*S. JPII CALATAYUD Nº 2 1 marzo 1994*

Alera entre los municipios de Malanquilla y Aranda de Moncayo. Interpretación de concordias y hermandades de 1625, 1688 y 1820. Alegación de posesión inmemorial para justificar la modificación del alcance territorial de la alera foral en el sentido de que se ha variado con la práctica histórica lo que se pactó hace ya tres siglos: Falta de posesión pacífica exigida por el art. 148 para la usucapión de las servidumbres no aparentes por posesión pacífica exigida por el art. 148 para la usucapión de las servidumbres no aparentes por posesión inmemorial no interrumpida.

5 1996, II (nº 2º)

## 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 constituir 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. JPII CASPE 2 marzo 1994*

La Compilación d 1967, modificando, en la materia relativa a la adquisición de las servidumbres por usucapión, la normativa del Apéndice, prescinde, como dice en su Exp. de M. de las discriminaciones clásicas de servidumbres positivas o negativas y continuas o discontinuas para sentar unas reglas más precisas en base a la distinción entre aparentes y no aparentes en los arts. 147 y 148 (STS 12 julio 1984).

6 1996, II (nº 2º)

*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

### 9.1: 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 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)

### • ELEMENTO OBJETIVO

*S. JPII CALATAYUD Nº 1 14 noviembre 1994*

Aunque dentro del concepto «inmuebles» usado por el art. 149 Comp. se puede comprender a todos los relacionados en el art. 334 Cc., en realidad parece que el derecho de abolorio ha de poder ejercitarse respecto de los denominados «inmuebles por naturaleza». «Permanencia en la familia durante dos generaciones» no quiere decir necesariamente que los bienes hayan pertenecido al patrimonio de miembros de cada una de esas dos generaciones; la Compilación sólo dispone que durante el tiempo normal de existencia de las dos generaciones, los inmuebles no hayan dejado de pertenecer a miembros de la familia, de cualquiera de ambas generaciones.

23 1996, II (nº 2º)

### • 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)

### • SUJETO PASIVO

*S. JPII CALATAYUD Nº 1 14 noviembre 1994*

En relación al sujeto pasivo, la jurisprudencia y la doctrina distinguen entre si se ejercita el derecho de tanteo en cuyo caso, el sujeto pasivo será el propietario de los bienes que los quiere enajenar, y si se ejercita el derecho de retracto, siendo entonces sujeto pasivo el primer adquirente de los bienes, y si dicha adquisición se hace para una sociedad conyugal, la acción debe dirigirse contra ambos esposos.

23 1996, II (nº 2º)

### • 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)

### • VENTA A UN EXTRAÑO

*S. JPII CALATAYUD Nº 1 14 noviembre 1994*

La sentencia no da lugar al retracto porque el bien troncal —la mitad indivisa de una finca— no es adquirido por un extraño, sino, para su sociedad conyugal, por el marido de una hermana del disponente, propietaria de la otra mitad indivisa. La doctrina y la jurisprudencia afirman que no podrá ejercitarse el derecho de la saca sobre sólo la cuota indivisa troncal si como consecuencia de ello surge una comunidad entre el titular del abolorio y el propietario de la otra cuota indivisa del inmueble.

23 1996, II (nº 2º)

### FACULTAD MODERADORA DE LOS TRIBUNALES

*S. JPII CALATAYUD Nº 1 14 noviembre 1994*

Es una facultad para regular y ajustar a la realidad el ejercicio del privilegio que supone el derecho de abolorio. (S. ATZ 13º de febrero

de 1975); moderar equitativamente es sinónimo de examinar en cada caso las circunstancias que en él concurren, impidiendo que la institución sirva a otros fines que aquellos para los que tiene de resalte del elemento causal en el ejercicio del derecho de abolorio, pero no limitará en el resto (S. TS 9 de enero de 1976).

23 1996, II (nº 2º)

#### FORMA: REQUISITOS DE LA DEMANDA

*S. JPII CALATAYUD Nº 1 14 noviembre 1994*

La cantidad depositada es la correcta, por cuanto el retrayente debe consignar el precio que figura en la escritura pública y prometer, además, la consignación de la mayor cantidad que se demuestre por gastos, mejoras, etc. (Ss. ATZ 11 de mayo de 1959 y 22 de diciembre de 1977).

23 1996, II (nº 2º)

*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)

#### FUNDAMENTO

*S. JPII CALATAYUD Nº 1 14 noviembre 1994*

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; también se fundamenta por la doctrina en el mayor engrandecimiento económico y social de la casa.

23 1996, II (nº 2º)

### 10: DERECHO TRANSITORIO

#### RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: GESTIÓN

*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; anulación; prescripción adquisitiva.

8 1996,II (nºm. 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 (nºm. 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 (nºm. 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 (nºm. 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 (núm. 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 (núm. 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 (núm. 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 (núm. 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 R.R.C. que el cómputo de dicho plazo ha de acontecer durante la mayoría de edad. El T.S. considera oportuno conceder a la tesis del recurrente una superior consistencia que a la defendida por el Tribunal «a quo», por que la norma del art. 225.2. R.R.C. está en pugna con la prevenida por el Cc. Pero, no obstante, el T.S. califica la falta de prueba del transcurso de los diez años exigido para la adquisición de la vecindad catalana.

6 1996,II (núm. 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)

## REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

### ÍNDICE

RDCA, 1995, I (Nº 1)  
370 páginas. 2.500 pesetas

<b>PRESENTACIÓN .....</b>	<b>7</b>
---------------------------	----------

#### ESTUDIOS

MEDRANO SÁNCHEZ, Juan Ignacio: «La responsabilidad del patrimonio común por deudas [aparentemente] privativas de uno de los conyuges. La posición y derechos del cónyuge no deudor» .....	11
MOLÍNS GARCÍA-ATANCE, Emilio: «La reforma de la sucesión intestada de la Comunidad Autónoma de Aragón» .....	47
LÓPEZ LÓPEZ, Ana Belén: «Un acercamiento al derecho aragonés deluces y vistas» .....	

#### NOTAS Y CUESTIONES PRÁCTICAS

CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «Adquisición de la vecindad civil por opción en Aragón y pérdida de la vecindad civil aragonesa por el menor de edad mayor de 14 años» ..	105
ROMERO HERRERO, Honorio: «Cuestión práctica de conflicto interregional. El régimen económico matrimonial y el principio de fe pública registral» .....	109

#### COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

LÓPEZ AZCONA, Aurora: «Tribunal Superior de Justicia de Aragón y derecho de abolitorio: La primera jurisprudencia (Comentario a la sentencia de 22 de enero de 1990)» .	115
BERNAD MAINAR, Rafael: «Junta de Parientes o autorización judicial (ex Auto del TSJA de 29 de octubre de 1992)» .....	137

#### MATERIALES

#### NOTICIAS

#### BIBLIOGRAFÍA

##### A) Recensiones:

• MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: <i>La fiducia sucesoria en Aragón</i> , El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, 222 págs., por Rafael Bernad Mainar .....	187
• SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Carmen: <i>El consorcio foral en el Derecho civil aragonés</i> , El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, 574, págs., por Cecilio Serena Velloso .....	189
• VV.AA.: <i>Actas de los I, II y III Encuentros del Foro de Derecho Aragonés</i> , El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1992, 1993 y 1994, por Rafael Bernad Mainar .....	199

B) Repertorio de Bibliografía .....	223
-------------------------------------	-----

#### JURISPRUDENCIA

## REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

### ÍNDICE

RDCA, 1996, II (Nº 1).  
424 páginas. 2.500 pesetas

«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 abolitorio.....	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 renovación de los pactos sucesorios por incumplimiento de cargas. (A propósito de la S. TSJA de 9 de noviembre de 1991)» .....	111

#### MATERIALES

#### NOTICIAS

#### BIBLIOGRAFÍA

##### A) Recensiones:

- |  |     |
|--|-----|
| • BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas. Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1995, 353 págs., por Mª Teresa Alonso Pérez.....  | 221 |
| • MONASTERIO ASPIRI, Iziar: Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno. 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

## REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Director: Fernando López Ramón

Secretario: Luis Alberto Pomed Sánchez

Sumario del número 9 (diciembre 1996)

### ESTUDIOS

- A. EMBID IRUJO: *Los servicios públicos del agua: su problemática jurídica con atención especial al abastecimiento y la depuración de las aguas residuales.*
- J. L. BARTOLOMÉ NAVARRO y A. GARCÉS SANAGUSTÍN: *Consideraciones en torno a algunos aspectos relacionados con la gestión institucional del agua.*
- G. GARCÍA-ÁLVAREZ: *Presunción de certeza, discrecionalidad técnica o pericia de los jurados de expropiación.*
- O. HERRAIZ SERRANO: *Régimen jurídico de los productos lácteos en la Unión Europea.*

### DEBATES

- R. BARBERÁN ORTÍ: *La hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón en 1995.*
- E. MONTOYA MARTÍN: *Reflexiones en torno a la empresa pública sometida al Derecho Privado.*
- R. FERNÁNDEZ ACEVEDO: *Derecho transitorio y adecuación de procedimientos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. La seguridad jurídica en entredicho.*
- J. M<sup>a</sup> SOCÍAS: *La regulación de las zonas turísticas en el Plan Insular de Ordenación de Gran Canaria (En especial, análisis de la situación transitoria).*
- A. SALGADO CASTRO: *La distribución de competencias en materia de turismo.*
- L. MURILLO JASO: *Los procedimientos de adjudicación del contrato de obras.*
- P. CORVINOS BASECA y J. HERRERO LORENTE: *Las ciudades y la ordenación territorial: un modelo de organización para el espacio metropolitano de Zaragoza.*
- F. LÓPEZ/RAMÓN: *Instrumentos de urbanismo transfronterizo pirenaico.*

### JURISPRUDENCIA

- J. OLIVÁN DEL CALLO: *La adopción de medidas provisionales frente a un acto de la Confederación Hidrográfica del Ebro (AATSJ Aragón 15 enero y 10 abril 1996).*
- G. GARCÍA-ÁLVAREZ: *La obligación de seguridad de los hospitales en la jurisprudencia civil (SSTS 1<sup>a</sup> 1 y 3 junio 1996).*
- J. C. TEJEDOR BIELSA: *La necesaria reformulación del cocepto de bases provocada por la STS 118/1996, de 27 de junio.*
- O. HERRAIZ SERRANO: *Algunas consecuencias derivadas de los principios inspiradores de la Ley de Aguas sobre el ámbito competencial de la Administración Hidráulica (STSJ Aragón).*





INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO»



EXCMA. DIPUTACIÓN DE ZARAGOZA