

REVISTA • DE

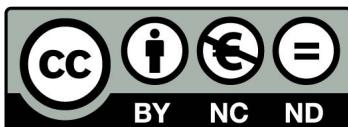
DERECHO

CIVIL

ARAGONES

III ♦ 1997 ♦ nº 2

La versión original y completa de esta obra debe consultarse en:
<https://ifc.dpz.es/publicaciones/ebooks/id/1605>



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

IGNACIO MARTÍNEZ LASIERRA
Abogado
Zaragoza

ADOLFO CALATAYUD SIERRA
Notario
Zaragoza

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

FRANCISCO CURIEL LORENTE
Registrador de la Propiedad
Zaragoza

IGNACIO MURILLO GARCÍA-ATANCE
Asesor del Justicia de Aragón

FERNANDO GARCÍA VICENTE
Justicia de Aragón

MAURICIO MURILLO GARCÍA-ATANCE
Magistrado-Juez Decano
Zaragoza

SAUL GAZO ORTIZ DE URBINA
Abogado
Huesca

HONORIO ROMERO HERRERO
Notario
Zaragoza

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

RAFAEL SANTACRUZ BLANCO
Director General
de Asuntos Jurídicos
y Coordinación Normativa de la DGA

CARMEN MAESTRO ZALDÍVAR
Procuradora
Zaragoza

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

AÑO III / NÚM. 2



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

1998

Publicación número 1.940
de la Institución «Fernando el Católico»
(Excma. Diputación de Zaragoza)
Plaza de España, 2.
50071 ZARAGOZA
Tlf.: (34) 976 28 88 78/79 - Fax: 976 28 88 69
ifc@mail.sendanet.es

FICHA CATALOGRÁFICA

REVISTA de Derecho Civil Aragonés / Institución «Fernando el Católico». Año III, Nº 2 (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. Zaragoza

Impresión: INO Reproducciones, S. A. Zaragoza

ÍNDICE
RDCA, 1997, III (Nº 2)

ESTUDIOS

GÓMEZ DE VALENZUELA, Manuel y DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Unos capítulos matrimoniales tensinos de 1490»	11
BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «La tradicional libertad de testar en Aragón desde el siglo XVI hasta el Apéndice de 1926, en base al estudio de los protocolos notariales»	31
PABLO CONTRERAS, Pedro de: «Problemas actuales de la casación foral en Aragón (Reflexiones en torno a una resolución judicial desafortunada y a una decisión política incomprensible)»	51
MURILLO GARCÍA-ATANCE, Mauricio: «Algunas consideraciones en torno al concepto de “especialidad procesal” del artículo 149.1.6º de la Constitución»	73
ZABALO ESCUDERO, Elena: «El privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia en el Derecho Internacional Privado e Interregional»...	81

NOTAS Y CUESTIONES PRÁCTICAS

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Los bienes troncales en la herencia deferida por cuotas, en parte a herederos voluntarios y en parte a los legales»	101
BERMEJO LATRE, José Luis: «El consorcio foral inducido por la donación de inmuebles en el seno de la comunidad familiar de bienes»	113

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: «El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho. (A propósito de la STSJA de 30 de octubre de 1996)»	121
---	-----

Índice

HERRERO PEREZAGUA, Juan Francisco: «La competencia casacional del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Comentario al Auto del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1998»	139
--	-----

MATERIALES

A) Informe de los Registradores de Aragón sobre la Ponencia General elaborada por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil («Objetivos y método para una política legislativa en materia de Derecho civil de Aragón»)	151
B) Encuesta del Colegio Notarial de Zaragoza sobre el Derecho Civil Aragonés.....	157
C) Borradores de reforma del Derecho de sucesiones por causa de muerte (fiducia sucesoria, sucesión legal y sucesión testamentaria) .	177
D) Borrador de Decreto, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos	201
E) Borrador de Ley de la Infancia y la Adolescencia en Aragón	207
F) Situación actual de la casación foral en Aragón	247
G) Sentencia TS (Sala 3. ^a), de 31 enero 1997, estimatoria del recurso interpuesto contra el RD 2253/1985, de 22 de mayo, sobre especialización en Derecho foral o especial como mérito preferente para el nombramiento de Notarios en determinadas Comunidades Autónomas	257
H) Acuerdo de 25 de febrero de 1998, del Pleno del CGPJ, por el que se modifica el Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial	259

NOTICIAS

A) Seminario de Jurisprudencia civil aragonesa.....	267
B) Tesis doctorales	267
C) Academia aragonesa de Jurisprudencia y Legislación	267
D) Informe Anual del Justicia de Aragón - 1996	269
E) Becas del Justicia de Aragón para el estudio del Ordenamiento Jurídico Aragonés	270
F) VII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés.....	271
G) I Premio de Derecho Civil Aragonés «Jerónimo Blancas»	272
H) Cursos de Derecho Civil Aragonés.....	273

Índice

I) Jornadas sobre el Borrador de Ley de la Infancia y la Adolescencia en Aragón.....	273
J) Noticias de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.....	275

BIBLIOGRAFÍA

Repertorio de bibliografía	281
----------------------------------	-----

JURISPRUDENCIA

A) Auto del Presidente del TSJA en recurso contra calificación registral	293
B) Sentencias de Audiencias provinciales sobre Derecho civil aragonés (1996)	301
C) Índice acumulado de la jurisprudencia	355

ESTUDIOS

UNOS CAPÍTULOS MATRIMONIALES TENSINOS DE 1490*

MANUEL GÓMEZ DE VALENZUELA
JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA

SUMARIO: I. EL DOCUMENTO. — II. LOS PROTAGONISTAS. — III. ANOTACIONES JURÍDICAS: 1. UN MATRIMONIO, DOS ORDENAMIENTOS, UNA CARTA. — 2. LOS INTERVINIENTES Y EL CONCEPTO EN QUE LO HACEN. — 3. LOS PACTOS SUCESORIOS: *a) Institución de heredero a favor del novio.* — *b) Heredamiento a favor de los hijos de los contrayentes.* — 4. LA DOTE DE MIRAMONDA. — 5. RESTITUCIÓN DE LA DOTE, «FIRMA DE DOTE» Y VIUDEDAD.

I. EL DOCUMENTO

El documento que a continuación se publica procede del protocolo del notario sallentino Antón de Blasco para 1490, conservado en el archivo de Casa Lucas, de Panticosa¹. Contiene las capitulaciones matrimoniales entre Bernat de Lobie, hijo de Arnaut Guillem de Lobie y de doña Juana de Cortada, naturales y habitantes en el lugar de Arudy, en el Valle de Ossau, y doña Miramonda de Lanuza, hija del infanzón tensino Pedro de Lanuza y de la osalesa doña Juana de Beo, habitantes en Sallent, en la Val de Tena.

Consta de 3 folios (el tercero con una carilla en blanco) de presentación y protocolización de la cédula de capitulaciones, con identificación de los com-

* La transcripción del documento y su presentación es obra de M. Gómez de Valenzuela; las anotaciones jurídicas, de J. Delgado Echeverría.

¹ Manuel GÓMEZ DE VALENZUELA, «El archivo de Casa Lucas, en Panticosa», *Argensola* (Huesca), núm. 108, pp. 119-162.

parecientes y testigos, entrega al notario del citado escrito, prolijas cláusulas de garantía y ratificación por los contratantes. En el acta va incluida la cédula propiamente dicha, que se coloca en el texto definitivo mediante la fórmula habitual «*inseratur*», que indicaría al copista el lugar en que debería incluir el texto de la capitulación al transcribir el documento.

La cédula data del 31 de agosto de 1489, y fue presentada al notario para su protocolización el 28 de septiembre del año siguiente. Los textos de cédula y acta confirman este desfase temporal: la primera se refiere al matrimonio en futuro, mientras que en la segunda ya se habla de doña Miramonda de Lanuza como *muxer e sposa* de Bernat de Lobié.

El texto de este documento constituye evidentemente un borrador o *nota*, base para las posteriores cartas que quedarían en poder de los contrayentes y sus familias. La cédula fue redactada con asesoramiento jurídico del notario, como lo revelan la caligrafía y la afirmación del propio Antón de Blasco de que estos capítulos fueron *de voluntad dellos por mi ordenados e scriptos*.

El documento nos revela también que el contrato fue objeto de vivas discusiones. Resulta revelador que al fin de la cláusula segunda se haya tachado la siguiente frase: *Et la ropa e cambra a discreción de la dita Maria de Beo madre de la dicha donzelha*. En el capitol siguiente, se barreó asimismo una referencia al pago de los 162 1/2 escudos *segunt el fuero e costumbre de la present tierra de Bearn*. Las cláusulas 4 a 8 fueron incluidas una vez escrita la confirmación de los capítulos y la consignación de testigos y, para adaptarlas al papel, se escribieron en letra diminuta y apretada. En el acta de protocolización, existen asimismo interlineados consecuencia de estas negociaciones: es especialmente digno de atención el referente a la sumisión a los *fueros, usos e costumbre de Aragon e a la juridicion coercion e compulsion del Rey Nuestro Señor e de sus oficiales e del Justicia de Aragon e de sus lugartenientes*, lo que se completa con la renuncia por el contrayente a los *fueros, leyes, ordinaciones e statutos de la dicha tierra e senyoria de Bearne e de otra qualquiere*. Estas correcciones y tachaduras revelan un tira y afloja entre ambas partes sobre la sumisión del contrato a una u otra legislación, de que salió triunfante la aragonesa.

El documento está redactado conforme a los usos notariales aragoneses de aquella época. No obstante, se advierte en él la utilización de una fórmula propia del valle de Ossau, al designarse repetidamente al contrayente como *primo heredero universal de sus padres o primero heredero de la abadía de Aruri*. Esta fórmula aparece como *son prim filh hereter* en numerosos diplomas de los cartularios de Ossau, cuando padre e hijo son citados conjuntamente en un documento. Revela el absoluto derecho de la primogenitura en favor del primer hijo o hija que menciona Tucoo Chala y al que se hace alusión más adelante.

También destaca que por parte bearnesa firmen cuatro testigos, mientras que por parte aragonesa sólo lo hacen dos, en cumplimiento de lo dispuesto en el Privilegio General. Contrasta la gran cantidad de testigos que firman en los documentos osaleses con el número de dos siempre constante en los aragoneses.

II. LOS PROTAGONISTAS

Entre las capitulaciones, por parte osalesa, aparecen el contrayente, Bernat de Lobie, hijo de Arnaut Guillem de Lobie y de Juana de Cortada. Por parte tensina, la novia, Miramonda de Lanuza, su padre Pedro de Lanuza y su madre María de Beo.

Como testigos del novio firman *los honrados e magníficos Mosen Bernat de Santa Coloma, cavallero, senyor de Santa Coloma, Bernat de Bescar, senyor de Bescat, mosen Ramón Arnaut de Lobie, rector de Casteg y mosen Goalhart de Lobie, rector de Aruri*. Por parte de Miramonda lo hacen *Fray Johan de Lanuça, comendador de Montrog et Johan de Bolea, scudero et ciudadano, habitant en la ciudat de Huesca*.

La casa de Lobie, originaria del lugar osales de Louvie Soubiron, o Lobie de arriba, constituía, al igual que los Lanuza en el Valle de Tena uno de los más ilustres linajes de la comarca. Los cartularios del Valle de Ossau recogen la presencia de los señores de esta casa en los actos más solemnes de Bearn².

En 1278, tras unas banderías entre los de Pau y los de Ossau por los pastos de Pont Long, que causaron más de diez muertos, el Vizconde de Bearn, Gastón VII Moncada, presidió en la iglesia de Santa Fe de Morlaas el acto de aceptación del laudo arbitral que ponía fin a estas disensiones. Juan de Lobie figura entre los notables osaleses que dieron y tomaron la paz.

Sus sucesores están documentados a lo largo de los siglos XIV y XV: a principios y fines del XIV los señores de Lobie mantuvieron banderías contra los de Beo, que produjeron grandes destrucciones en la zona de Lescar. Estas reyertas motivaron a los Vizcondes de Bearn a dictar severas leyes sobre porte de armas, que a pesar de sucesivas derogaciones parciales, estuvieron vigentes hasta fines del siglo XV, cuando ya se habían reconciliado las familias.

De 1482 a 1491 aparece documentado Gastón como Señor de Lobie. En el primer año, con ocasión de la jura que Francisco Fébus, *rey au pays de Bearn*, presta en el castillo de Pau ante los Estados de Bearn, Juan Gastón de Lobie figura en el brazo de los caballeros. En 1491 los señores de Gavín, Lope Abarca y Juana de Lobie otorgaron albarán a favor de don Gastón por los once mil sueldos, importe de la dote de doña Juana en su matrimonio con el de Gavín. Doña Juana envidió pronto, en 1494 los protocolos notariales tensinos nos la muestran como Señora de Gavín, tutelando a su hijo Lope Abarca II. La noble osalesa ejerció una influencia benéfica sobre la comarca: en numerosas actas notariales aparece reconciliando a las gentes del alto valle del Gállego y poniendo paz entre ellas, en evitación de peleas y banderías³.

² Todos los datos sobre los linajes osaleses están tomados de Pierre TUCOO-CHALA, *Les Cartulaires de la Vallée d'Ossau*, Zaragoza, 1970. Para no complicar innecesariamente la lectura, omito la cita exacta de cada referencia.

³ Protocolo de Antón de Blasco para 1494, ff. 9-10. Archivo de Casa Lucas (Panticosa).

De lo anteriormente expuesto, se deduce que Arnaut Guillen de Lobie no era el mayorazgo de la familia. Sin duda se trataba de un segundón, casado con Juana de Cortada, a su vez descendiente y heredera de la familia de los señores de Cortada, aldea de Aruri (hoy Arudy) también en el valle de Ossau. Ramón, Señor de Cortada, aparece citado en 1418 y Molat de Cortada, Señor den Frexo de Biela, en 1425. De ello puede deducirse que el padre del contrayente, hermano menor de casa grande, casó con la heredera de un señorío osalés, noble, pero de menor rango que su casa de origen. En una carta que dirige a su consuegro se excusa por no haberle transmitido información sobre las confrontaciones de las casas que aporta su hijo al matrimonio, y justifica su retraso por haber tenido que dejar unos animales en sus pastos, lo que revela el carácter pacífico de estos caballeros-ganaderos del Valle de Ossau, que habían abandonado sus luchas y reyertas y se dedicaban a administrar sus patrimonios.

El profesor Tucoo-Chala señala que en los siglos XIII al XV, en el valle de Ossau regía un derecho de primogenitura absoluto, para mantener la integridad de las tierras cultivadas en el fondo del valle. «Alguna vez se unían dos patrimonios, o los hermanos menores de las grandes familias se casaban con las herederas de otros notables: así se constituyó una aristocracia pastoril»⁴. Como hemos visto, este fue el caso de Arnaut Guillem de Lobie y de Juana de Cortada.

Sin duda, los clérigos Mosen Ramon Arnaut de Lobie, párroco de Casteg (hoy Castet) y Guallart de Lobie, rector de Arudy, ambos lugares en la Val de Ossau, eran hermanos menores de la casa de Lobie, dedicados al servicio divino.

Los señores de Santa Coloma, asimismo miembros de esta aristocracia pastoril bearnesa, forman una larga serie de barones, todos homónimos y designados en la documentación coetánea como *lo noble Mossenhor Bernat, cavaler, senhor de Sancte Colome*. Al igual que los de Lobie, formaban parte del estamento de nobles en las reuniones de los Estados de Bearn y en diversas ocasiones los vemos actuar como árbitros en los interminables conflictos de pastos entre paleses y osaleses y asistiendo al juramento del Rey o a actos presididos por el Vizconde o el Rey de Bearn. El otro testigo, Bernat de Bescat, señor de Bescat, no aparece en los cartularios osaleses, al contrario que su antepasado Ramonet de Catet, señor de Bescat, citado en 1456. Este cambio de nombre en la dinastía señorial puede explicarse por la tendencia de las familias hidalgas a adoptar el nombre de sus explotaciones agrícolas o dominios.

Por parte aragonesa, tenemos a Pedro de Lanuza, padre de la contrayente, de la más ilustre familia sallentina y una de las más relevantes del Valle. Documentados desde principios del siglo XIV, con solar en Sallent, los Lanuza constituyen un linaje que deja huella en la historia de Aragón. Resulta difícil, por no decir imposible, trazar su cuadro genealógico, dada la homonimia

⁴ TUCOO-CHALA, *Les Cartulaires...*, p. 32.

entre las distintas ramas sallentinas, con una enorme predominancia de Pedros entre hermanos, primos y otros parientes, que, junto con la insuficiente identificación, impide colocar a cada uno en su tiempo y rama familiar. Según Fray León Benito de Marton (cuyas genealogías hay que seguir con cierta reserva)⁵ el Pedro de Lanuza aquí citado fue hijo de Pedro Lanuza y Juana Fernández de Bergua, y posteriormente cambió su nombre por el de Pedro Fernández de Bergua, olim de Lanuza. Fue señor de Gratal, Puybolea, Lierta y gran parte de Plasencia y por parte de su mujer, del lugar de Bergua. Don Pedro Lanuza y Fernández casó con la baronesa de Beo, en el valle de Ossau, señora además de Asta, Asosta y Pardinos. Su hijo mayor, Juan Lanuza, heredó los dominios osaleses y tensinos.

Esta familia siempre desempeñó *oficios* relevantes en el Valle: a mediados del siglo XIV, Lop de Lanuza era guardián de las cosas vedadas en tierras tensinas, en 1398 un Pedro de Lanuza era Justicia y Juez Ordinario de Tena, de 1479 a 1559 se sucedieron en este cargo Beltrán de Lanuza, el Pedro de Lanuza firmemente de la presente capitulación y Pedro de Lanuza menor de días, su hijo, señor de Gratal.

De la antigüedad y nobleza de este linaje da idea el hecho de que su hermano Juan fuera caballero calatravo, comendador de Monroyo en la provincia de Teruel y posteriormente Comendador de Alcañiz y Virrey de Aragón. Fue el mecenas de la iglesia parroquial y retablo de su pueblo natal.

De la familia de Beo puede afirmarse lo mismo que de las otras osalesas de que antes hemos tratado: aparecen en los cartularios del Valle desde el siglo XIV. En 1356 se menciona al *noble, savi, discret et honrat senhor Ramon de Beo, cavaler, senhor de Assoste e de Sacase de Pont*. Los Beo aparecen asimismo en juramentos y ceremonias, citados entre la primera nobleza bearnesa y formando parte de tribunales arbitrales. En 1473 se cita al noble Johan de Beo quizás padre o abuelo de doña Juana y en 1481 aparece don Berducon de Beost, quizás su hermano o padre, de quien doña María heredaría sus fundos osaleses. Las banderías entre las casas de Lobie y Beo, a principios y fines del siglo XIV, a que antes hemos hecho referencia, parecen olvidadas a fines del XV, como lo prueba el hecho de que el Señor de Lobie permitiera el matrimonio de su hijo con una Lanuza y Beo.

Por el panorama trazado, queda claro que se trató de un enlace entre familias infanzonazas y de elevada posición social y económica para aquel tiempo y lugar, conocidas entre sí por las constantes y activas relaciones entre ambos valles, regidas por la carta de paz de 1328⁶ y desarrolladas en multitud de contratos y actividades comunes de todo orden⁷.

⁵ Fray León Benito M, *Sallent, Cabeza del Valle de Tena...*, Pamplona, 1760 (edición facsímil de 1981), p. 98.

⁶ TUCOO-CHALA, *Les Cartulaires...*, pp. 68-78.

⁷ Manual GÓMEZ DE VALENZUELA, *Documentos del Valle de Tena, siglos XIV y XV*. Zaragoza, 1992.

**CAPÍTULOS ENTRE ARNAUT GUILLÉN DE LOBIE Y SU ESPOSA
Y PEDRO DE LANUZA Y LA SUYA PARA EL MATRIMONIO
ENTRE SUS HIJOS BERNAT Y MIRAMONDA**

1490-Septiembre-28, Sallent.
Protocolo de Antón de Blasco para 1490.
Archivo de Casa Lucas (Panticosa)

[I] In Dei nomine. Sia a todos manifiesto quod anno a nativitate Domini M^o CCCCLXXXX die videlicet intitulato XX octavo mensis Septembris en el lugar de Sallent, en presencia de mi Anthon de Blasco Notario e de los testigos de parte de yuso nombrados, comparecieron e fueron personalment constituydos los magnificos Pedro de Lanuça scudero habitant en el lugar de Sallent de la Val de Tena del Reyno de Aragon de la una part et Bernat de Lobie, fillo legitimo e carnal de los magnificos Arnaut Guillem de Lobie e de donya Johana de Cortada habitantes en el lugar de Aruri e senyoria de Bearn primo herdero universal de los bienes de los ditos Guillem de Lobie e de donya Johana de Cortada conyuges e de la abadia de Aruri de la part otra, los quales dichos Pedro de Lanuça y Bernat de Lobie concordes dixeront tales e semblantes palabras en efecto contenientes:

[II] Que como mediant la gracia divinal matrimonio fuese e sia tractado e concordado entre el dicho Bernat de Lobie de voluntat y expreso consentimiento de los dichos Arnault Guilem de Lobie y de dona Johana de Cortada, padre e madre suyos y de los magnificos senyores mosen Bernat de Sancta Coloma, Senyor de Sancta Coloma et Bernat de Bescat, Senyor de Bescat, mosen Ramon Arnaut de Lobie, Rector de Castet e mosen Guallart de Lobie, Rector de Aruri y de otros parientes y amigos suyos et Miramonda de Lanuça filla legitima e carnal del dicho senyor Pedro Lanuça y de doña Maria de Beo, padre e madre suyos, y del magnifico senyor Fray Johan de Lanuça, Comendador de Montroyo hermano suyo, et de Johan de Bolea scudero e ciudadano de la Ciudad de Huesca et de otros parientes y amigos suyos, et querientes que el dicho matrimonio huviesse cumplimiento et fin devido segunt mediantes otras buenas personas entre las dichas partes era stado tractado, avenido, composado et finido, mediantes los infrascriptos capitulo.

[III] Por tanto, presentes los ditos testimonios, los dichos Pedro Lanuça scudero y Bernat de Lobie, entramos concordes y en buena concordia stantes dixeront que daban e livravan, dieron et livraron, a mi dicho Anthon de Blasco notario de suso nombrado una cedula en paper scripta por capitulo de voluntat dellos por mi ordenados e scriptos de la concordia qui era stado feyta entre las dichas partes sobre el tracto del dicho matrimonio, los quales capitulo quisieron seyer leydos e publicados segunt de feyto presentes los dichos Bernat de Lobie primero eredero de la abadia de Aruri e los dichos Pedro Lanuça, Maria de Beo, Miramonda de Lanuça muxer y sposa del dicho Bernat de Lobie et presentes los dichos Fray Johan de Lanuça comendador de Montroy y Johan de Bolea scudero y ciudadano de la Ciudad de Huesca et los dichos et infrascriptos testimonios de capitol a capitol e de palabra a palabra fueron leydos y publicados, la qual cedula e concordia siquiere capitulo del dicho matrimonio requerieron las dichas partes e cada una dellas fuessen puestos e insertos en el principio de la present carta publica matrimonial. La qual cedula e concordia siquiere capitulo son del tenor siguiente:
Inseratur:

[IV] Capitoles matrimoniales tractados, feyts e mediant la divinal gracia concordados e concluydos entre los honrados e magnificos Arnault Guillem de Lobie senyor de Cortada et dona Johana de Cortada muller del et Bernat de Lobie filho delhos, scuderos, habitantes en el lugar de Arury de la Val de Ossal et de la Senyoria de Bearn de la una part et Pedro de Lanuça et dona Maria de Beo conyuges et Miramonda de Lanuça donzellya filha suya, scuderos, habitadores del lugar de Salhent de la Bal de Thena del Regno de Aragon de la part otra en la forma et manera siguientes et infrascripta:

[1] Primerament prende el dito Bernat de Lobie a la dita Miramonda de Lanuça por muller et por sposa por palabras de present segunt la ley de Nuestro Senyor Jhesu Christo et la santa madre yglesia lo ordenan et Sant Pedro et Sant Paulo de Roma lo confirman. Et en ayuda del dito matrimonio dan et asignan los ditos Arnaut guillem de Lobie et Maria de Cortada al dito Bernat fillo suyo et el traye en ayuda del dito su matrimonio con la dita Miramonda de Lanuça donzelha es a saber que enpues de sus dias delhos lo instituyen et ordenan primero universal heredero suyo de todos e cada unos bienes suyos mobles et sedientes, nombres, dreytos, deudos et acciones a elhos e a cada uno delhos acatantes et pertenescientes et que daqui adelant se les pertenescaran por qualquier titol, dreyto, succession, vinculo, caso, manera et razon doquier que trobados seran. Et senyaladament le dan et asignan de present las casas del dito lugar de Aruri vulgarment clamadas de Cortada, de Domech et de Belestén con toda la dominicatura e senyoria fructos e deveres, trehudos e rendas, a elhos et a cada uno dellyos en aquellas et cada una dellas pertenescientes por qualquiere manera ni por qualquiere razon ni que daqui adelant se les pertenescaran por razon de aquellas.

[2] Item assi mateix la dita Miramonda de Lanuça donzellya filha de los ditos Pedro de Lanuça et Johana de Beo conyuges, con voluntat, atorgamiento et expreso consentimiento de los ditos padre e madre et otros parientes et amigos suyos, prende por marido et por sposo suyo al dito Bernat de Lobie, filho de los ditos Arnault Guillem de Lobie et de Johana de Cortada, conyuges, por palabras de present segunt la ley de Nuestro Senyor Jhesu Christo et la santa madre yglesia lo ordenan et Sant Pedro et Sant Paulo de Roma lo confirman. Et dan et asignan los ditos Pedro de Lanuça et Johana de Beo muller del a la dita Miramonda de Lanuça donzellya filha suya et ella traye en ayuda del present matrimonio et por bienes sedientes a propia herencia suya et de los suyos son a saber Trezientos vint e cinco scudos numerados seyscientos cinquanta florines corrientes contando nueu sueldos por florin moneda corrient en Bearn pagaderos en las tandas siguientes: Primeramente XXV scudos feytos daqui a el dia et fiesta de Sant Martin del mes de Noviembre primero binient que se contara del anyo de la Nativitat de Nuestro Senyor Jhesu Christo M CCCC^o LXXXVIII. Et mas dozientos scudos del dia de la data et firma de los presentes capitulo en hun anyo continuament siguent et complidos que fueren feytos et concluidos el çaguero dia del mes de Agosto del anyo sobredito. Et los cient scudos restantes hun mes antes que no oyran la missa nupcial et todos los sobreditos en dineros contantes o en aquellas cosas et bienes que las ditas partes acordaran.

[3] Item es pactado e concordado entre las dichas partes et cada una delhas que si lo que Dios no mande defuenia el dicho Bernat de Lobie o la dita Miramonda de Lanuça que en tal caso el dito dotage se haviese de tornar et volver al dito Pedro de Lanuça o ad aquellos a qui pertenesera de dreyto en las tandas e tiempos siguientes son a saber: los cient sixanta e dos scudos e medio dentro otros seys meses que aquellos seran pagados, entendiendo todo lo sobredito dentro spatio de hun anyo continuament siguent et complido que qualquiere delhos sera finado, pero es pacto et condicion que si Dios ordenara primerament del dito Bernat de Lobie que de la dita

Miramonda de Lanuça muller suya, que en tal caso pueda tener et tienga viduidat en los ditos bienes de suso mencionados del et especificados del dito Bernat de Lobie marido suyo segunt Fuero de Aragon et que ninguno no lende pueda lançar, elha empero viviendo castament et honesta segund vidua deve fazer.

Et por todas e cada unas cosas sobreditas tener, complir et fazer firmement observar juraron a Dios, la cruz e sanctos quatro evangelios de nuestro Senyor Iehsu Christo por part de los dichos Arnaut Gilhem et Bernat de Lobie filho suyo e los honrados et magnificos Bernat de Santa Coloma cavallero, senyor de Santa Coloma et Bernat de Bescat senyor de Bescat, Mossen Ramon Arnault de Lobie Rector de Casteg et Mossen Goallart de Lobie, Rector de Arury. Et por la part del dito Pedro de Lanuça el mismo Fray Johan de Lanuça, Comendador de Montrog et Johan de Bolea, scudero e ciudadano habitant en la Ciudat de Huesca.

[4] Item es pactado e concordado que los dichos Pedro de Lanuça y su muller sian tenidos vestir et enjoyar et vistan et enjoyen a la dita Miramonda su filha a las bodas a voluntat delhos et segunt que buenament les parescera si otrament con la otra part del dito su marido no se acordaran.

[5] Item es pactado e concordado entre las partes susoditas et cada una delhas que la despesa que se fara al sposar sian tenidos pagar los ditos Pedro de Lanuça et su muller et la que se fara a las bodas, los ditos Atnault Guillem et su muller, sino que fuese caso que las ditas partes se acordassen otrament fazer la dita despessa en otra manera de nuevo de voluntat de todos.

[6] Item es pactado e concordado que los sobreditos Arnaut Guillem de Lobie et su muller Johana et Betran su fixo sian tenidos firmar et firmen el sobredito dot a saber es de los ditos treientos vint e cinco scudos, joyas et vestidos a la dita Miramonda et a los suyos en su caso en et sobre todos los bienes senyaladament sobre las ditas casas de suso mencionadas et especificadas francas et quitas segunt fuero et observancia del Regno de Aragon segunt que dotes de duanya infançona se devan firmar de continent et desde agora por toda hora et tiempo que los ditos Pedro de Lanuça et su muller hauan dado cumplimiento al dito dot con todas las clausulas necesarias en semblantes contractos.

[7] Item es concordado et en pacto expresso por las partes sobreditas deduzido que haviendo fillos del presente matrimonio los ditos Bernat de Lobie et Miramonda de Lanuça en tal caso quieren et les plaze que los bienes por los ditos Arnaut Guillem de Lobie et dona Johana et Bernat de Lobie filho dellos dados et traydos en el present matrimonio et de la part de suso nombrados et especificados ayan de benir et biengan en los ditos fillos del present matrimonio e desde agora por la hora los ne constituyessen herderos et el dito Bernat de Lobie tenga facultat de heredar de aquellas cosas ditos fillo o fillos que Dios le dara del present matrimonio haviendo endi et en aquel a aquellos que el mas querra o le plazera e no en otras personas ningunas haviendo y de los ditos fillos, segunt es costumbre de la Senyoria de Bearn.

[8] Item es concordado et en pacto expresso deduzido entre las ditas partes que en todas las otras cosas que por los presentes capitoles no es dispuesto ni ordenado el present matrimonio assi en vida como en muerte en las viduydades et avantages partes ante partes en todas las otras cosas entre las partes sobreditas sea reglado et se regle iuxta et segunt los Fueros de Aragon, observantias, usos et costumbres et no en otra manera como la intencion et voluntat de aquellos sia et es contractar, firmar et fazer el present matrimonio en todo e por todas cosas excepto las de part de suso especificadas segun los ditos Fueros, observantias, usos et costumbres del dito Regno et no en otra manera.

[V] Et asi dados e livrados en poder de mi dicho Anthon de Blasco notario los ditos capitoles del dicho matrimonio por los dichos Pedro Lanuça y Bernat de Lobie e por mi dicho e infrascripto notario en presencia dellos y de los infrascriptos testimonios a esto por mi clamados, leydos e publicados de palabra a palabra, los dichos Pedro Lanuça y Bernat de Lobie e cada huno dellos por si firmaron aquellos en poder mio. Et prometieron, convenieron e se obligaron cada huno dellos por si tener, servar e realment e con efecto complir los dichos capitoles e cada huno dellos en todas e cada hunas cosas en aquellos e cada huno a lo que por virtut de aquellos sera et es tenido et obligado, singuli singulis prout convenit referendo justa e segunt su continentia et tenor e contra aquellos o algunos dellos e las cosas en aquellos e cada huno dellos contenidas en alguna cosa no fer ni venir ni fer venir o consentir en algun tiempo, por alguna causa, manera o razon. Et a tener, servar e firmement complir todas las sobredichas e infrascriptas cosas et en los dichos capitoles e cada huno dellos contenidas et especificadas et contra aquellas no venir ni fer venir o consentir las dichas partes e cada huna dellas por si a lo que cada huno era et es tenido, obligaron sus personas e todos sus bienes e de cada huno dellos, assi mobles como sedientes, havidos e por haver en todo lugar los quales plaze a las dichas partes e a cada una dellas sean avidos cada uno dellos por confrontados, designados et especificados, bien asi como si los sitios fuesen por una e dos caras confrontados et los muebles designados, dichos et especificados. E por la dicha razon se obligaron cada huno dellos por si la huna part a la otra et vice versa haver, dar et asignar bienes suyos mobles propios, quitos e desembargados a complimiento de todas e cada hunas cosas en los dichos capitoles e cada huno dellos contenidas, las quales quesieron y expresament consen- tieron agora por la hora et en contra que pudiesen seyer presos y sacados de sus casas y fuera de aquellas e doquiere que trobados fuessen e seyer vendidos por la dicha razon sumariament sines solempnidat alguna de fuero e de dreuto ni otra qualquiera, por sola hostension de la present carta publica, no servada ni acatada antes aquella removida e tirada. Et quanto a todas e cada hunas cosas sobredichas et infrascriptas et en los dichos capitoles e cada huno de ellos contenidas, los dichos Pedro Lanuça y Bernat de Lobie, cada huno dellos por si renuntiaron qualesquiere drechos, leyes e ordinaciones et a sus propios judges ordinarios e locales. Et iusmetieron se por la dicha razon a los Fueros, usos e costumbres de Aragon e a la jurisdicion, cohercion e compulsion del Rey nuestro Senyor e de sus oficiales e del Justicia de Aragon e de sus lugartenientes e de otros e qualesquiere officiales, assi eclesiasticos como seglares et a los lugares tenientes dellos et a qualquiere dellos en qualesquiere tierras o senyorias que trobados e por la dicha razon convenidos fuessen et seran et sleyd un judge, a otro se pueda haver recurso e sobre questo el judicio bariar tantas vellas quantas a las dichas partes et cada huna dellas plazera e bien visto sera sin refusion de expensas, solo a hostension de la present carta publica matrimonial. Et el dicho Bernat de Lobie, primero heredero de la abadia de Aruri expresament renuncia a la excepcion de no numerada pecunia e de dote cauta no avient et confiese aquella aver recibido realment et de fecho et de frau et de enganyo et de privilegio de su fuero et al recurso de la appellacion al Senyor de Bearne et a su corte mayor e a otro qualquiere recurso que pudiere aver et copia del present instrumento no demandant. E renunciaron encara a qualesquiere cartas de gracia, fueros, leyes, ordinaciones e statutos de la dicha tierra e senyoria de Bearne e de otra qualquiere a esto contrariantes o repugnantes e largament guiarlse et sobre segunt firmas de dreuto, inibiciones de aquellas obtenidas e obtenederas en qualquiere manera o forma renuntiaron las dichas partes e cada huna dellas al beneficio de cesion de bienes e custodia de crehedor et a tachacion de provision en caso de inopia e al fuero contentient que en los lugares que no son de junta en singulares personas se aya a fazer la exsecucion por los judges locales e ordinarios.

[VI] Et res no menos los dichos Pedro Lanuça por si et por su parte y el dicho Bernat de Lobie, primero heredero de la abadia de Aruri por si et por su parte juraron en poder de mi dicho Anthon de Blasco notario a la cruz de Nuestro Senyor Jhesu Christo por ellos et cada uno dellos etc. e por sus manos e bocas manualment tocados e besados tener, servar y con efecto complir los preinsertos capituloes et cada huno dellos et las cosas en aquellos e cada huno dellos contenidas iusta su continentia e tener segunt que a cada huno dellos se espera et se axaca tener, servar e complir e contra aquellos o alguno dellos no fer o venir ni fazer venir ni consentir en alguna manera ius pena de perjurios infames publicos manifiestos.

[VII] Et de todas e cada hunas cosas sobredichas et en los preinsertos capituloes e cada huno dellos contenidas los dichos Pedro Lanuça de Sallent y Bernat de Lobie, primero heredero de la abadia de Aruri et cada huno dellos por si requirieron de mi dicho Anthon de Blasco notario infrascripto seyer ende feytas una e muchas cartas publicas e tantas quantas a los sobredichos e cada huno dellos o a los havientes causa o action dellos o de qualquiere dellos fuessen y seran bien vistas e necessarias e haver ne querran, no mudada la sustancia de los suso dichos capituloes o de alguno dellos o de qualquiere dellos.

[VIII] Feyto fue aquesto en el lugar de Sallent antedito dia, mes e anyo de parte de suso calendados.

[IX] Testimonios fueron desto presentes los honorables don Miguel de Marton clérigo y Miguel Sanchez de Mercader habitantes en el dicho lugar de Sallent clamados y rogados.

III. ANOTACIONES JURÍDICAS

1. UN MATRIMONIO, DOS ORDENAMIENTOS, UNA CARTA

Fueron al parecer frecuentes los matrimonios entre bearneses y aragoneses, osalés y tensina en nuestro caso. ¿Qué reglas los gobernaban? Con mentalidad actual, nos preguntaríamos qué disponían el Derecho bearnés y el aragonés para los matrimonios con un extranjero o extranjera. Buscaríamos las reglas de «Derecho internacional privado» de cada uno de los ordenamientos concurrentes.

Hasta donde puedo saber, ninguno de los ordenamientos contenía previsiones al respecto. Tan sólo cabría mencionar la admisión de renuncias al propio juez y sumisión a otra jurisdicción (como, en efecto, se hace en nuestro documento), presentes de algún modo tanto en los Fueros antiguos de Bearn⁸ como en los fueros de Aragón.

⁸ El conocimiento de los antiguos fueros de Bearn es hoy más fácil, desde que en 1990 publicaron una excelente edición y traducción al francés actual Paul OURLIAC y Monique GILLES (*Les Fors Ancians de Béarn*, CNRS, París, 1990, 738 páginas), con índices y glosarios. La edición está basada fundamentalmente en manuscritos del siglo XV, que recogen el estado de este derecho a principios del mismo siglo. Tiempo después, 1552, se imprimió el *Nouveau For*, promulgado por el rey Enrique II de Navarra, que ordenó su redacción. Reimpreso con posterioridad varias veces, estuvo en vigor hasta 1789.

En realidad, el problema recibía una respuesta más directa y adecuada al caso. Tanto en Bearn como en Aragón se reconocía a las familias amplísima libertad para pactar lo que tuvieran por conveniente con ocasión del matrimonio de los hijos. Puede decirse que cada valle y aun cada casa tenía sus usos familiares, transmitidos de generación en generación. El «Derecho general» apenas intervenía con normas imperativas. Del mismo modo que se trataban los matrimonios con vecinos del valle, habían de tratarse y concertarse cuando el novio o la novia, del otro lado de los puertos, pertenecía a otra soberanía.

Las concepciones básicas sobre la familia, la casa y la posición que en ella corresponden al heredero, al cónyuge forastero, a los señores mayores, al viudo y a los hijos parecen notablemente similares a uno y otro lado de la raya. La existencia de un Derecho privado pirenaico, por debajo (o por encima) de las divisiones políticas medievales y posteriores, tiene una evidente comprobación comparando el contenido de los fueros de Bearn con los de Aragón, así como (en particular en lo referido al derecho de familia y de sucesiones), los usos y costumbres documentados en testamentos y contratos de matrimonio («carta publica matrimonial» se autodenomina la que presentamos, en la que se insertan los «capitulos matrimoniales tratados, etc.»).

Esta coincidencia sustancial de las concepciones sobre la familia y la herencia no empece que las partes, en trance de pactar el destino de los bienes que se han de poner en manos de los desposados, sean bien conscientes de pertenecer, los unos, al señorío de Bearn y, los otros, al reino de Aragón (como señalan expresamente, por dos veces). De ahí las *professiones legis* que constituyen uno de los atractivos de este documento.

Conforme se avanza en la redacción se advierte una creciente presencia del Derecho aragonés. En el capítulo 3 se especifica que corresponderá viudedad a Miramonda «segunt Fuero de Aragon»; en el 6, que la firma de dote habrá de hacerse «segunt fuero et observancia del Regno de Aragon» y en el 8, finalmente, que en todo lo demás no expresamente dispuesto el matrimonio «se regle juxta et segunt los Fueros de Aragon, observancias, usos y costumbres», reiterándose la expresión en cláusula redundante. Junto a esto, y como excepción, en el capítulo 7 el heredamiento a favor de los hijos del matrimonio concertado se pacta «segunt es costumbre de la Senyoria de Bearn», y es de suponer que también se sujet a aquella costumbre la institución de heredero que a favor del novio hacen sus padres en el capítulo 1. Ambos heredamientos no suenan muy distintos de los habituales en esta parte de los Pirineos.

En la parte última del documento la legislación y la jurisdicción aragonesas resultan ser en definitiva las elegidas por los contratantes para regir sus relaciones. En efecto, tanto Pedro Lanuça (padre de la novia) como Bernat de Lobie (el novio) renuncian «qualesquiere drechos, leyes e ordinaciones et a sus propios judges ordinarios y locales», pero ello es para someterse «a los Fueros, usos y costumbres de Aragon e a la juridicion, cohercion e compulsion del Rey nuestro Senyor e de sus oficiales e del Justicia de Aragon». Para mayor

claridad, si aun hiciera falta, Bernat de Lobie, entre otras renuncias, hace la de «privilegio de su fuero et al recurso de la apelacion al Senyor de Bearne et a su corte mayor e a otro qualquiere recurso que pudiere aver», así como a «qualesquiere cartas de gracia, fueros, leyes, ordinaciones e statutos de la dicha tie-rra e senyoria de Bearne».

2. LOS INTERVINIENTES Y EL CONCEPTO EN QUE LO HACEN

En unos capítulos matrimoniales, no es rara la presencia de un número relativamente elevado de intervenientes⁹.

En nuestro caso, hay que distinguir entre quienes intervienen en la «carta pública matrimonial» y los que lo hacen en los «capitulos matrimoniales» en ella insertos.

En cuanto a la primera, comparecen en ella exclusivamente Pedro de Lanuza (padre de la novia) y Bernat de Lobie (el novio), actuando ambos en nombre propio (I, III, V, VI y VII). Son testigos Miguel de Marton, clérigo, y Miguel Sanchez de Mercader (IX); pero están también presentes en el otorgamiento de la carta y lectura pública de los capítulos la novia (¿ya casada?) y su madre, Fray Johan de Lanuza, comendador de Monroy (hermano de la novia) y Johan de Bolea, «scudero y ciudadano de la ciudad de Huesca» (III).

Los capítulos («una cedula en paper scripta por capitulo ... de la concordia qui era stado feyta entre las dichas partes sobre el tracto del dicho matrimonio») dicen haber sido hechos y concordados entre los padres del novio y éste, de una parte, y los de la novia y ella misma, de la otra.

Los primeros intervienen, señaladamente, para instituir heredero a su hijo (1); los padres de la novia, para dotarla (2) y, además, asumen la obligación de vestirla y enjajarla para la boda (4) y pagar los gastos que se harán para los esponsales, mientras que los padres del novio pagarán los de la boda (5) (¿se celebrarán, respectivamente, en Sallent y en Aruri?) y, junto con su hijo, se comprometen a otorgar firma de dote (6).

Bernat y Miramonda se desposan por palabras de presente (1 y 2), aceptan todo el contenido de los capítulos y, en particular, aportan al matrimonio la herencia y dote, respectivamente, que sus padres les han otorgado (1 y 2), y pactan heredamiento a favor de los hijos nacederos (7).

Son mencionadas en ambos documentos otras personas, pero no es tan fácil precisar el concepto en que comparecen o intervienen. En la cláusula II de la «carta pública matrimonial», al hacerse referencia al matrimonio acordado entre Bernat de Lobie y Miramonda de Lanuça, se dice que el primero

⁹ Sobre los posibles intervenientes en capítulos matrimoniales vid., en general, M.^a del Carmen BAYOD LÓPEZ, *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1995.

tiene para ello el consentimiento de sus padres y de cuatro «magníficos señores» parientes suyos, cuyos nombres se consignan, además de «otros parientes y amigos». Por su parte, Miramonda tiene asimismo el consentimiento, además del de sus padres, de sus dos importantes parientes que asisten al acto antes nombrados y, asimismo, «de otros parientes y amigos suyos». Todavía para ella —aunque no para Bernat—, se reitera en los capítulos insertos el consentimiento para el matrimonio de sus «padre y madre et otros parientes et amigos suyos» (2). No es fácil determinar el alcance de estos consentimientos y a qué efectos se requieren, si a algunos jurídicos. Como aquiescencia y apoyo de relevantes miembros de las familias respectivas a un enlace entre ambas su trascendencia social y aun política no parece desdeñable.

Los mismos parientes por una y otra parte se mencionan en la cláusula que habría de ser de cierre y quedó en mitad de los capítulos (por el añadido a última hora de otros pactos), pero aquí como obligados bajo juramento a «complir et fazer firmement observer» todo lo en ellos acordado. Esta intervención de parientes que se obligan a cumplir y hacer cumplir lo acordado añade peso específico a la habitual consideración de los capítulos matrimoniales como «pacto entre familias».

3. LOS PACTOS SUCESORIOS

a) *Institución de heredero a favor del novio*

Era práctica corriente en Bearn instituir heredero a uno de los hijos con ocasión de su matrimonio, aunque las recopilaciones de los Fueros antiguos de Bearn realizadas a principios del siglo XV apenas se ocupan de esta materia (tampoco lo hará el Fuero Nuevo publicado en 1552), que se entiende regida por los usos y costumbres, diversos en cada valle o villa según muestran los documentos¹⁰. Los fueros suponen que la casa se transmite indivisa a un heredero único, pero guardan silencio sobre la designación de éste. OURLIAC y GILLES se preguntan si la elección corresponde al padre de familia o si la costumbre impone criterios de primogenitura, que es lo que consideran más probable. En su opinión, «la costumbre más antigua, comprobada en Ossau, parece admitir la primogenitura llamada absoluta, es decir, con preferencia de la hija mayor respecto de sus hermanos menores (...). Para el Fuero General, sin embargo, el derecho de primogenitura iba acompañado del privilegio de masculinidad»¹¹.

¹⁰ Para la constatación documental, Pierre LUC, *Vie rurale et pratique juridique en Béarn aux XIV et XV siècles*, Toulouse, 1943. El Fuero General de Bearn supone el caso en que «un homi pren molher ab heretatz de sons ancestres», así como el de quien casa a su hijo o hija y le designa heredero, que parece ser el mismo supuesto desde el otro punto de vista. Es el fragmento 279 del Fuero General en la edición de Paul OURLIAC y Monique GILLES antes citada.

¹¹ Paul OURLIAC y Monique GILLES, *Les Fors anciens de Béarn*, CNRS, París, 1990, p. 121.

Con ocasión del matrimonio de Bernat de Lobie su padre y su madre lo instituyen «primero universal heredero suyo». Probablemente, era el primogénito, confirmando la costumbre de Ossau a que se refieren los autores mencionados. La institución es para «enpues de sus dias delhos», con expresión muy similar a la utilizada en el Fuero General de Bearn («apres son dies») y en tantas disposiciones capitulares del Alto Aragón en siglos posteriores («para después de los días de los instituyentes»); y respecto de los bienes «pertenescientes y que daqui adelant se les pertenesceran por cualquier titol» (bienes «habidos y por haber», es la expresión tradicional aragonesa que recoge la Compilación vigente en su art. 101). La técnica de esta institución contractual de heredero es bastante refinada, no tiene para nada en cuenta las prohibiciones del Derecho romano ni siente la necesidad de circunvenirlas mediante donaciones aparentes o reales.

Además, le asignan de presente tres casas, que designan por sus nombres (Cortada, Domech y Belestren). Veremos luego que estas tres casas son objeto de la firma de dote en favor de la mujer.

b) Heredamiento a favor de los hijos de los contrayentes

Los padres de Bernat y de Miramonda, pero sobre todo estos dos esposos para cuyo matrimonio se capitula, pactan que los bienes en que Bernat ha sido designado heredero han de recaer en hijos del matrimonio de Bernat y Miramonda, que quedan desde ahora constituidos herederos para entonces. Se impide con ello que la herencia de Bernat recaiga en descendientes de un hipotético segundo matrimonio. En el Fuero general de Bearn se indica que el padre puede dividir sus bienes entre hijos de diversos matrimonios¹² «si no s'en es obligat aus amicx de la molher prumere», es decir, si no se hubiese obligado con los amigos (¿parientes?) de la primera mujer a designar heredero entre los hijos tenidos con ésta.

Entre los hijos que tengan Miramonda y Bernat, éste designará heredero o herederos a quien o quienes quiera. No se reconoce participación a Miramonda en la decisión al respecto. Tampoco se prevé ninguna solución para el caso de que Bernat fallezca sin haber dispuesto. Por otra parte, se le permite elegir libremente heredero, uno o varios, entiendo que también entre las hijas (incluidas en el masculino «fillo o fillos») «segunt es costumbre de la Senyoria de Bearn», lo que parece entrar en contradicción con una regla de transmisión indivisa de los bienes de patrimonio al primogénito que los citados OURLIAC y GUILLES entienden dominante en la costumbre, aunque también advierten sobre la oscuridad y contradicciones de los textos de los Feros Antiguos de Bearn.

¹² Fragmento 279. No en el caso de heredad noble (284), en el que tiene preferencia la hija de primer matrimonio respecto del hijo del segundo

4. LA DOTE DE MIRAMONDA

Los padres de Miramonda le asignan trescientos veinticinco escudos que ella «traye en ayuda del presente matrimonio» (2) (el eco de «*ad sustinenda onera matrimonii*» suena claramente) en concepto de dote. «*Dotage*» y «*dot*» (siempre en masculino) se denomina esta aportación en los capítulos 3 y 6, en el último de los cuales se incluye en el concepto, además de los 325 escudos, las joyas y vestidos pactados en el capítulo 4. No se menciona la palabra axovar o sus variantes, que en Fueros y Observancias pueden denotar precisamente la dote constituida por los padres, sea en inmueble, sea también en otros bienes o en dinero¹³.

Se trata, por tanto, de una dote al modo romano, constituida por los padres de la mujer y entregada al marido, con pacto de reversión al padre de ella «*o ad aquellos a qui pertenescerá de dreyto*» para el caso de disolución del matrimonio por fallecimiento (3). Es dote estimada, pagadera en dinero (con posible dación de otros bienes en pago si así se acuerda), con la notable particularidad de que la novia la aporta «*por bienes sedientes a propia herencia suya et de los suyos*».

Nos encontramos así con una de las cuestiones más complejas e interesantes en el desarrollo histórico del régimen matrimonial en el Derecho aragonés, origen del actual artículo 29 de la Compilación («Muebles por sitios o viceversa»). En el tiempo en que se pactaron los capítulos matrimoniales que comentamos, las Observancias recopiladas oficialmente por Díez de Aux (1437) habían introducido una expresión que, en siglos posteriores, seguirá dando origen a dudas sobre su alcance en casos como el que consideramos. En efecto, tras advertir que si al marido se le entrega al casarse alguna cosa inmueble como mueble, por ejemplo por cien o mil sueldos, el marido lucra la mitad de aquella posesión como si fuera cosa mueble, se añade: «pero si se lleva al matrimonio mueble por sitio, se tiene por sitio»¹⁴. La Observancia siguiente de la misma recopilación oficial señalaba que «si la mujer lleva al matrimonio mil sueldos, el marido lucra la mitad, y esto es así a no ser que el marido firmara especialmente sobre sus propios bienes aquellos mil, pues entonces aquellos mil siempre permanecen salvos para la misma mujer».

Este último efecto, es decir, que el dinero llevado por la mujer como dote le quede salvo y sea restituido su valor en su momento a ella o a sus herederos (y no que el dinero se conserve *in natura*, como inmueble, durante el matri-

¹³ Sobre dote, arras, axobar, excreix y firma de dote, en la regulación de los Fueros y Observancias, por todos LACRUZ BERDEJO, José Luis, comentario a los arts. 30-32, en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por el mismo, volumen I, Zaragoza, 1988, en particular pp. 745-759, 778-779 y 798.

¹⁴ *Si vero ducat in casamento mobile pro sedenti, habetur pro sedenti.* Observancia 43, *De iure dotium.*

monio) parece, con seguridad, el perseguido en nuestro caso¹⁵. Así resulta también de la forma en que se pacta la restitución (3) y la «firma de dote» (6).

Un pacto como el presente es necesario, en el Derecho aragonés, para evitar que el dinero aportado, por ser mueble, se haga común y, por tanto, corresponda al marido la mitad. Pero ello presupone que el régimen del matrimonio es el de comunidad de muebles y adquisiciones. Si este era el que regía el matrimonio de Bernat y Miramonda, lo veremos más adelante. En cualquier caso, el sentido general del capítulo 2 y la primera parte del 3 (hasta el pacto de viudedad) parece armonizar bien con lo que conocemos del Derecho bearnés de la época, que en esta materia tiene una regulación muy fragmentaria y aun contradictoria en sus Fueros, como ponen de manifiesto OURLIAC y GILLES¹⁶, quienes subrayan que la regulación bearnesa de la restitución de la dote no pretende, en su origen, salvaguardar los intereses de la mujer, sino los de la casa. Probablemente, lo mismo ocurría en las costumbres tensinas, sino que en este caso los padres de Miramonda logran robustecer la posición de su hija (mediante la firma de dote, acaso la comunidad de adquisiciones y, sobre todo, la viudedad aragonesa) asegurándole mayores derechos de los que parecen normales en mujer que casa con heredero bearnés.

5. RESTITUCIÓN DE LA DOTE, «FIRMA DE DOTE» Y VIUDEDAD

El capítulo 4 parece, en principio, que quiere regular todas las consecuencias patrimoniales que la disolución del matrimonio tendrá, por muerte de cualquiera de los cónyuges. No se distingue según haya o no descendientes ni, en principio, según cuál de ellos fallezca el primero: en cualquiera de los casos, la idea básica, que parece acorde con la costumbre bearnesa, es que la mujer no tendrá otro derecho que la restitución de la dote que ella ha aportado, es decir, de la misma cantidad de escudos, cuyo pago en dos plazos se prevé. Pero en éstas la redacción hace un quiebro y se añade en la misma cláusula una viudedad a fuero de Aragón que cambia sustancialmente el panorama.

Luego, en otro pacto (6), se obligan el marido y sus padres a «firmar el sobredito dot» de nuevo según fuero de Aragón y «segunt que dotes de duenya infanzona se deven firmar». Mayores garantías, pero acaso también algo más y distinto.

Por último (8), una remisión general reiterada a los Fueros y Observancias de Aragón para cuanto se refiere a la ordenación del matrimonio concertado,

¹⁵ Para la disputa entre los clásicos aragoneses sobre la interpretación de la regla *habetur por sedentis*, vid. LAGRUAZ BERDEJO, José Luis, comentario al art. 29, en los Comentarios citados, pp. 746-727.

¹⁶ Paul OURLIAC y Monique GILLES, *Les Fors ancians de Béarn*, CNRS, París, 1990, pp. 123-124.

así en vida como en muerte, con referencia de nuevo a viudedades, a ventajas y partes (aunque las expresiones no son del todo claras en su sentido y alcance).

Pieza clave en este conjunto de pactos es la firma de dote¹⁷, de cuya interpretación puede depender el sentido de todos ellos. La firma de dote es institución creada por la práctica, sin regulación directa en los Fueros y de alcance discutido desde los foristas clásicos hasta nuestros días. Probablemente, no ha significado siempre lo mismo. En su origen, tiene que ver con las arras que, en el Derecho de los Fueros, el marido está obligado a constituir en favor de su mujer y que, cuando ésta es infanzona, consisten en «tres heredades» (que no tienen tampoco idéntico contenido según el marido sea barón o bien caballero o infanzón: Observancia 4.^a, *De iure docum*). Estas heredades las recibe la mujer, al enviudar, en usufructo, pues las arras tienen como finalidad principal asegurar la viudez de la mujer y están destinadas necesariamente a sus hijos comunes; no habiéndolos, a los parientes del marido (origen del vigente art. 129 de la Compilación).

Estas arras infanzonales debían conservar toda su importancia a principios del siglo XIV, como atestiguaría la última parte del Fuero *De testamentis nobilium* (Alagón, 1307) y las glosas de Pérez de Patos a los fueros *De iure dotium* (primera mitad del siglo)¹⁸, y se generalizarían a todos los estamentos (sustituyendo la antigua regulación de «arras muertas» a favor de la mujer franca o de la villana), como resulta de la indistinta regulación de las Observancias (Obs. 38 y 50, *De iure docum*, ya presentes en la colección de Hospital). Por el contrario, en el siglo XVI, Miguel del Molino habla de «aquellos tres heredades en que, según los fueros antiguos, era dotada la mujer infanzona» como cosa del pasado, distinguiendo las arras (*dos*, en latín, lo que contribuyó a las confusiones con la dote romana) precisamente de la «firma de dote»¹⁹.

¹⁷ No parece desconocida la firma de dote, o algunas de sus variantes, en los Fueros de Bearn. El fragmento 265 de la edición de Paul OURLIAC y Monique GILLES (pág. 292) lleva por rúbrica, en algunos manuscritos «*Judynam de assignation de dot*», y en él se parte de que un marido «*assigna lo dot, quant fe lo maridadge, sober totz son bees*» a su mujer: literalmente, «*asignó la dote, cuando hizo el matrimonio, sobre todos sus bienes*». OURLIAC y GILLES, en su traducción, explican entre corchetes que los bienes los había asignado el marido a la mujer «*en garantía de la restitución de su dote*». En el Fuero parece que se distingue entre la asignación sobre todos los bienes y la asignación sobre cosa determinada.

¹⁸ En particular, glosa al F. 4, *De iure docum*, donde establece las distinciones que han de hacerse respecto de las dotes, y añade: *Et tene in hoc quod litera sonat, quia sic servatur hodie in Aragonia et iacet in litera in istu casu*. Vid. PÉREZ MARTÍN, Antonio, *Las glosas de Pérez de Patos a los Fueros de Aragón*, Estudio introductorio y edición del manuscrito 13408 de la Biblioteca Nacional de Madrid, Zaragoza, 1993, p. 394, gl. 32.

¹⁹ Tras transcribir el contenido de la Observancia 5.^a, *De iure docum*, Miguel del MOLINO explica: «*Adverte, ne decipiaris in intellectu huius observanciae. Quia secundum foristas ista observancia non loquitur de firma dotis, quia illa potest peti per filios successentes matri statim post mortem matris: sed loquitur dicta observancia, de illis tribus haereditatibus, in quibus iuxta foros antiquos in titulo de iure dotium, mulier infanzona dolabatur: quia firma dotis statim posset peti. Et talis est practica et consuetudo regni, etc.*» (Repertorium, 1585, f. 140, col. 1, voz *Filius*).

Este proceso de sustitución y separación de instituciones es incierto en cuanto a su concreción temporal²⁰ y, como se ha dicho, discutido ya en la doctrina contemporánea a los hechos. En nuestro documento, parece claro que el capítulo 6 no contiene una constitución de dote *ex marito* ni un aumento de dote, es decir, Bernat y sus padres no se obligan a entregar en ningún momento una cantidad adicional a los 325 escudos que aporta Miramonda. En principio, esta firma simplemente asegura o garantiza sobre los bienes del marido la restitución de los 325 escudos (más vestidos y joyas), en los que el marido no lucrará la mitad ni tendrá viudedad.

Ahora bien, aunque este es el sentido que, con toda probabilidad, llegó a tener en el Derecho aragonés la firma de dote (como institución distinta del aumento de dote o *excreix*), no casa del todo con la expresión del documento «segunt dotes de duanya infançona se devén firmar», pues no hay fvero ni observancia que señalen tal obligación de firmar o asegurar la restitución de la dote aportada por la mujer, infançona o no. Las dotes de la infançona, según fvero, son aquellas tres heredades del marido constituidas en arras, sobre las que la viuda tendrá usufructo y estarán sujetas al régimen que hemos indicado. Y resulta que las «*ditas casas de suso mencionadas*» sobre las que «*senyaladamente*» han de firmar son precisamente tres, descritas en el capítulo 1 de forma tal que concuerdan perfectamente con las tres heredades en el sentido de los fueros. Podría ser mera coincidencia, pero me inclino a entender que el capítulo 6 está mostrando la estrecha relación genética entre las arras y la firma de dote, hasta el punto de que cabe pensar si las tres casas no serán precisamente objeto de usufructo de Miramonda caso de quedar viuda. Si se lee de nuevo el final del capítulo 3, surge la duda sobre el objeto de la viudedad allí pactada, es decir, si los «*ditos bienes de suso mencionados del et especificados del dito Bernat de Lobie marido suyo*» no serán, precisamente, las tres casas, que son los únicos bienes «especificados» en el capítulo 1, únicos que su marido recibe de presente. Ello no impediría que, además, las tres casas fueran garantía de la restitución de los 325 escudos.

Tanto si la viudedad pactada recae únicamente sobre las tres casas como si sobre todos los bienes del marido al tiempo de su fallecimiento, la mujer no podrá exigir la restitución de la dote por ella aportada mientras disfrute de la viudedad. Lo explica Miguel del Molino, en un párrafo que pone asimismo de manifiesto las relaciones entre firma de dote y viudedad. Tras indicar que la

²⁰ En el *formulario de actos extrajudiciales de la sublime arte de la notaría*, impreso en 1523, anónimo (reeditado por Mariano ALONSO Y LAMBÁN, como vol. III de la Sección IV del Centenario de la Ley del Notariado, Madrid, 1968) no aparecen para nada las arras. Pero en la fórmula de *firma de dote* más parece que se trata de constitución de dote en dinero *ex marito* (a propia herencia de la mujer), garantizada sobre todos los bienes del marido y en especial sobre algunas casas. Con especial claridad resulta que no se trata de garantizar la restitución de la dote que la mujer aporta, en la variante final de la fórmula, en la que se dice «quisiendo cumplir con el fvero y observancia del regno de Aragon, que a los que no son dotados aquellos los dotan ...» (se refiere, probablemente, a la Observancia 50, *De iure dotium*, que comienza: «Item, mulier potest agere constante matrimonio contra virum, ut dotet eam secundum suam decentiam»).

viuda «deue sacar la firma de su dote, que está assegurada sobre los bienes del marido» añade: «Empero acerca de esto de la firma es de notar, que la mujer viuda no pueda demandar la firma de dote a los herederos del marido, mientras ella tiene la viudedad en los bienes sitiós del marido, sobre los quales la dicha firma está assegurada. Et aquesto aunque no este escripto en los fueros, ni observancias, empero consiste en las cabeças de los foristas, & tal es la platica, y costumbre del reyno: y señaladamente fue esto determinado en el fecho de doña Juana Despes sobre la viudedad de Gurrea»²¹.

Si esto es así, lo dicho en la primera parte del capítulo 3 debe entenderse totalmente rectificado por lo dispuesto al final para el caso del fallecimiento previo del marido.

El último capítulo, con su remisión genérica a los fueros de Aragón, plantea nuevos interrogantes. La referencia a «*las viduydades*» ¿confiere viudedad también al marido, sobre los inmuebles de su mujer, como es regla general en la época? Y a la mujer ¿asimismo sobre todos los inmuebles —pero sólo estos bienes— del marido?

«*Avantages partes ante partes*» —expresión acaso no correctamente redactada— parece referirse a las aventajas forales, pero ello implicaría, junto con la palabra partes, que todos los bienes adquiridos durante el matrimonio así como todos los muebles habrían de partirse entre el supérstite y los herederos del premuerto, pues esta es la regla (régimen matrimonial legal, diríamos hoy) en los Fueros de Aragón. Cabe dudar si se han pretendido tales consecuencias, que la deficiente redacción hace inseguras. Así habría de ser si damos toda su fuerza a las palabras finales, que enfatizan la voluntad de contratar el matrimonio «en todos y por todas las cosas excepto las de part de suso especificadas segunt los ditos Fueros, observancias, usos et costumbres del dito Regno et non en otra manera».

²¹ MOLINO, *Repertorium*, f. 99, col. 1 (voz *Divisio*); vid. también fol. 31, col. 3 (voz *viduitas*).

LA TRADICIONAL LIBERTAD DE TESTAR EN ARAGÓN DESDE EL SIGLO XVI HASTA EL APÉNDICE DE 1926, EN BASE AL ESTUDIO DE LOS PROTOCOLOS NOTARIALES

ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA

Profesora de Derecho Civil

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. — II. LA COSTUMBRE, LA NORMA ESCRITA Y LOS TESTAMENTOS. — III. LA LIBERTAD DE TESTAR: 1. LA LIBERTAD DE TESTAR Y LA EXIGENCIA DE LA CLÁUSULA DE LEGÍTIMA FORAL: *a) Introducción.* — *b) La preterición y la cláusula de legítima foral.* — *c) La libertad de disposición y la cláusula de legítima foral.* — *d) Libertad de vinculación y legítima foral.* — 2. LA LIBERTAD DE TESTAR Y LA INSTITUCIÓN RECÍPROCA DE HEREDEROS. — 3. LA LIBERTAD DE TESTAR Y LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE.

I. INTRODUCCIÓN

La investigación y estudio del contenido del testamento mancomunado aragonés, en base a los protocolos históricos notariales en el período de tiempo comprendido desde el siglo XVI hasta 1926, acredita la existencia de la libertad civil y su proyección en la autonomía de la voluntad en el Derecho sucesorio testamentario.

Se pueden citar, dentro del campo sucesorio testamentario, dos importantes manifestaciones documentales de dicha libertad:

1. La primacía del Derecho consuetudinario y, en estrecha relación, el carácter dispositivo de los Fueros y Observancias.
2. La libertad de testar.

II. LA COSTUMBRE, LA NORMA ESCRITA Y LOS TESTAMENTOS

Los documentos demuestran que es la costumbre la que rige la formulación y contenido de las diferentes figuras sucesorias testamentarias, y que las escasas normas que regulan esta materia son de carácter dispositivo¹.

En efecto, se hace necesario el estudio documental de las instituciones sucesorias aragonesas para poder llegar a la realidad jurídica de las mismas, porque acudiendo a los Fueros y Observancias, éstos nada o poco dicen o lo que preceptúan no se ve plasmado en los documentos. Así:

1. El mismo testamento mancomunado, cuya frecuencia es relevante en Aragón², sólo está recogido en «la Observancia 1^a de Testamentis», con

¹ Sí son por el contrario normas de carácter imperativo las que regulan las formalidades documentales notariales.

En relación a este tema es interesante lo que dice Joaquín RAMS ALBESA al hablar de la libertad civil aragonesa: «Se trata de una verdadera potestad del querer, es decir, de una participación directa, sin intermediación, en la soberanía... si su poder del querer se concibe colectivamente formando parte de la soberanía, las normas de Derecho Privado sólo le obligarán en la medida en que además de ser dictadas por quien tiene la potestad para ello y sirviéndose de los cauces adecuados para su elaboración y promulgación, sean en cuanto a su contenido material concordes con aquellas ideas que reconociéndolas como propias les trascienden...En su consecuencia, las normas de Derecho privado que no tienen tal carácter no pasan de ser otra cosa que directrices, modelos jurídicos de actuación y reglas supletorias de la voluntad implícita de las partes y, en tanto que tales, totalmente dispositivas» (*Libertad Civil, Libertad de Testar, notas para su formulación*, Jornadas Internacionales sobre instituciones civiles vascas. Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, pp. 109, 110 y 111).

² Vid. BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena, «*Testamento mancomunado. Estudio de los documentos notariales aragoneses desde el siglo XVI hasta la actualidad*» Colección del Justicia de Aragón, n.º 6, julio 1997. En esta obra aparecen los cuadros de frecuencia y apéndices documentales relativos a esta institución así como la de las distintas figuras sucesorias que se hacen mención en el texto. Los porcentajes (en relación al número de protocolos investigados) en los Protocolos Históricos son significativos en la consideración del testamento mancomunado como práctica habitual en Aragón.

En Calatayud:

Siglo XVI: 75,26 %; siglo XVII: 51,16 %; siglo XVIII: 216 %; siglo XIX: 331,57 %.

En Teruel:

Siglo XVI: 112 %; siglo XVII: 117,39 %; siglo XVIII: 300 %; siglo XIX: 210 %.

En Zaragoza:

Siglo XVI: 78,78 %; siglo XVII: 237,75 %; siglo XVIII: 140,90 %; siglo XIX: 503,33 %.

En Huesca:

Siglo XVI: 15,24 %; siglo XVII: 26,73 %; siglo XVIII: 17,18 %; siglo XIX: 37,5 %.

Se aprecia cómo la cifra que representa las frecuencias del Protocolo Histórico de Huesca es significativamente menor al de las otras zonas aragonesas investigadas, esto se debe a que en el Alto Aragón las disposiciones sucesorias suelen contenerse en testamentos unipersonales y capitulaciones matrimoniales. Sirva como ejemplo: el protocolo n.º 693 del Archivo Histórico de Huesca del notario Sebastián Canales del año 1568 que no contiene ningún tes-

- la única finalidad de declarar su revocabilidad salvo en el supuesto de que uno de los cónyuges disponga y el otro acepte³.
2. La institución recíproca de herederos en sus diferentes modalidades (pura, condicional, con vinculación o sustitución a favor de...) que conforma el contenido típico del testamento mancomunado aragonés hasta el Apéndice de 1926⁴, carece de regulación legal. El Fuero *De rebus vinculatis* en 1247, el Fuero 6.^o *De Testamentis* de 1436 y dos Observancias *De rebus vinculatis*, regulan, sólo en relación a las vinculaciones, y de forma no muy clara, el tiempo límite de las mismas, impuestas en los bienes dispuestos a favor de los hijos⁵.
 3. La legítima es una figura sucesoria de ordenación legal muy confusa por los Fueros *De Testamentis nobilium*, *De Testamentis civium* y los Fueros y Observancias citados en el apartado anterior. Por el contrario se mani-

tamento mancomunado y por el contrario sí hay 16 testamentos unipersonales y 18 capitulaciones matrimoniales. La situación reseñada se repite en la mayoría de los protocolos consultados en este Archivo por lo que se pudo comprobar que la escasez de testamentos mancomunados se debe a que no era costumbre testar conjuntamente aunque sí se hacía individualmente.

³ «Si el marido y la mujer hacen juntos su testamento, ya sea hablando ambos y disponiendo de los bienes conjuntamente, ya sea hablando cada uno de ellos por su parte, haciendo sus propios legados y otros actos, el superviviente, en lo que atañe a sus propios bienes, puede cambiar el testamento. Lo contrario ocurre si solamente uno dispone de los bienes o hace testamento y el otro no habla o hace testamento sino que consiente en la disposición o testamento hecho por el otro. Entonces el que consiente no puede contravenir el testamento» (Fueros, Observancias y actos de Corte del reino de Aragón, ed. facs. de la de Pascual SAVALL y DRONDA y Santiago PENÉN Y DEBESA; estudio preliminar, traducciones, textos complementarios e índices [por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA...], Zaragoza 1991, traducción, tomo III, p. 222).

⁴ En la citada obra «Testamento mancomunado...» aparecen los cuadros de frecuencia de la institución recíproca de herederos, en cualquiera de sus modalidades, en relación a los testamentos mancomunados investigados. Así:

Calatayud:

Siglo XVI: 88,57 %; siglo XVII: 77,27 %; siglo XVIII: 74,35 %; siglo XIX: 76,19 %.

Huesca:

Siglo XVI: 85,18 %; siglo XVII: 77,77 %; siglo XVIII: 54,54 %; siglo XIX: 66,66 %.

Teruel:

Siglo XVI: 112 %; siglo XVII: 117,39 %; siglo XVIII: 300 %; siglo XIX: 210 %.

Zaragoza:

Siglo XVI: 76,92 %; siglo XVII: 92,26 %; siglo XVIII: 90,32 %; siglo XIX: 93',75 %.

⁵ Es interesante destacar que la Observancia 19 *De iure dotium* hace referencia al régimen económico matrimonial de hermandad llana y no a la institución recíproca de herederos hecha en testamento o en pacto sucesorio como algunos juristas han considerado (GIL BERGES en la exposición de motivos del proyecto de 1904, p. XXIV).

Observancia 19 *De iure dotium*:

«Así mismo por la hermandad hecha entre marido y mujer, el sobreviviente no pierde su derecho de viudedad si no renuncia expresamente al mismo. (traducción, tomo III, p. 216, Fueros y Observancias..., op. cit.).

fiesta de forma inequívoca en los testamentos con fórmulas que no se encuentran en la colección de Fueros y Observancias⁶.

4. La regulación legal de la tutela y curatela: Fueros *De Liberationibus, et absolutionibus tutoribus...*, Zaragoza 1348; *De Tutoribus, Curatoribus*, Alcañiz 1436 y Monzón 1533, no responde a lo que se establece en la práctica testamentaria⁷.

En el Derecho aragonés escrito, se confiere tutor a todo menor de catorce años, sin distinción de sexo y al póstumo, equiparándolo al nacido a estos efectos, y curador al loco o al furioso. Es decir, la tutela y curatela aparecen en la regulación como dos instituciones bien diferenciadas en cuanto a las personas sobre las que se ejerce.

En cambio, no responde el régimen anterior al contenido de las disposiciones de nombramiento de tutor y curador que aparecen en los testamentos. Su redacción suele ser de éste o parecido tenor:

«Item. Ordenamos y nombramos en tutores y curadores de las personas y bienes de dichos Martín y Juana Morales, nuestros hijos, a saver, yo, Antón de Morales (el testador), a Francisca Villalva, mi muger, y a Antón Vellido y Domingo Abril, vecinos de dicho lugar de Villalva. Y yo la dicha Francisca Villalva, a mi marido Antón de Morales y a Roque Villalva, mi hermano, vecinos de dicho lugar, a todos juntamente y cada uno de ellos, por si damos y atribuimos todo aquel poder y facultad que a tutores testamentarios conforme a fvero, dar y atribuir les podemos y devemos atribuir.»

⁶ Ya se verá en el epígrafe que trata sobre la libertad de testar que los documentos demuestran que la única legítima existente en Aragón es la legítima foral o formal consistente en una atribución patrimonial simbólica a favor de los legitimarios mencionados con sus nombres y apellidos. Como se comenta en el texto este concepto sólo se puede deducir de forma inequívoca a partir de la lectura documental.

⁷ Es habitual encontrar al final de los testamentos mancomunados y junto al nombramiento de ejecutores, la cláusula en la que los testadores se instituyen recíprocamente tutores y curadores de los hijos, o en su caso de nietos menores, en base a la Observancia 1.^a *De Tutoribus...*, que determina: «Es observancia que muerto el marido o la mujer, se da un tutor a los hijos menores de edad...» (traducción en Fueros y Observancias... DELGADO ECHEVERRÍA, op. cit., tomo III, p. 223) ya que como dice Jesús DELGADO ECHEVERRÍA: «se estatuye igualmente sobre la base de que la patria potestad no existe y es necesario salvaguardar los intereses económicos del menor. Se separan la facultad de guardar en su compañía a sus hijos que es una manifestación de la autoridad natural de los padres y la facultad de administrar» (*Comentario art. 12 de la Compilación de Aragón, Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón* dirigidos por LACRUZ BERDEJO, tomo I, pp. 463 y ss.).

Normalmente acompaña al nombramiento recíproco el de otras personas, que son parientes, amigos, vecinos del lugar, especialmente de religiosos o del propio notario, por lo que parece que el único denominador común es la relación de confianza existente entre los otorgantes y las personas nombradas. No se puede acreditar la frecuencia de esta cláusula cuando hay menores, ya que rara vez aparece determinada en los testamentos la edad de las personas que en ellos aparecen mencionados.

(Protocolo n.º 314 del Archivo Histórico de Teruel, f. 144 v, notario: Jaime Soriano, Villalba Baja, año 1638.)

Del contenido de ellas, se desprende fundamentalmente, la no distinción, salvo excepciones, entre las distintas situaciones personales y patrimoniales de los menores para una correlativa precisión de la institución de guarda pertinente, y el nombramiento acumulativo de todos los cargos —tutor y curador— relativos a la guarda y protección personal y patrimonial de los menores necesitados legalmente de la misma. Puesto que en la disposición testamentaria sólo se dice «nombramos y ordenamos tutores y curadores de la persona y bienes de los dichos...».

La redacción uniforme de la cláusula testamentaria referida a la tutela y curatela y la escasa similitud entre el Derecho escrito y la realidad jurídica plasmada en las fuentes documentales, son una muestra más de la relevancia del Derecho consuetudinario y de la autonomía de voluntad de las partes, ya que son los testadores, a través de la referida cláusula, habitualmente del mismo contenido, los que determinan el régimen tutelar de sus hijos, pretendiendo prever ellos, por insuficiencia o desacuerdo con la norma escrita, toda posible y eventual situación en que el hijo, nieto, pudiera necesitar asistencia jurídica (representación personal, patrimonial, asistencia, complemento de capacidad) con un nombramiento acumulativo de cargos de indudable efectividad.

5. Y en la misma linea se demuestra documentalmente cómo los Decretos de Nueva Planta de 1707-1711 no afectaron a la sucesión testamentaria ya que desde 1711 y hasta 1925 el contenido de los testamentos⁸ es esencialmente igual al del período anterior a 1707⁹. Ello supone, por un

⁸ Los testamentos castellanos de la época no se estructuran de la misma forma que los aragoneses. Así el contenido religioso es muy superior ya que buena parte del documento contiene invocaciones religiosas o cláusulas en las que se dispone sobre las sepulturas, entierros, sufragios, novenas...con la finalidad de la salvación de las almas o son legados de carácter piadoso. Se hace inventario de los bienes, cosa inusual en Aragón. Se nombran a los albaceas en vez de a los ejecutores (aunque la función es la misma) después de la determinación individualizada de los bienes (en el testamento aragonés se hace al final, antes de la identificación y suscripción de testigos). No existe cláusula de legítima foral. La fecha se pone al final y no al principio como en Aragón. La fórmula de identificación de los testigos es diferente así como su número (se nombran seis en vez de dos). (Vid. la transcripción de testamentos castellanos, separata n.º 3, junio 1983; separata n.º 6, octubre 1985; separata n.º 11, diciembre 1987; y en concreto "Varia Notarium". *La otra historia de los granadinos del siglo XVI*, por María Amparo MORENO TRUJILLO, Juan María DE LA OBRA SIERRA y María José OSORIO PÉREZ, separata n.º 22, noviembre 1993, todas del Boletín de Información del Ilustre Colegio Notarial de Granada).

⁹ Se da un paréntesis en el carácter dispositivo de la norma en el intervalo de tiempo de 1707-1711 en el que se aplicó con carácter imperativo las leyes castellanas, extremo que acreditan la mayoría de los testamentos estudiados. En apariencia, y en el período al que nos referimos, la influencia de la Ley castellana se plasma principal o prioritariamente en el aspecto estructural o formalista del documento (supresión de la cláusula de legítima foral, sustitución de los ejecu-

lado, que persiste la costumbre de los aragoneses de regular sus propios negocios jurídicos, y por otro, que el derecho castellano no tiene en esta materia carácter supletorio.

III. LA LIBERTAD DE TESTAR

1. LA LIBERTAD DE TESTAR Y LA EXIGENCIA DE LA CLÁUSULA DE LEGÍTIMA FORAL.

a) Introducción

En todos los testamentos investigados se incluye una cláusula, propiamente de estilo, en la que se adjudica a los legitimarios, mencionados con sus nombres y apellidos, una atribución simbólica de cinco sueldos jaqueses por bienes muebles y otros cinco por bienes inmuebles.

tores por los albaceas, cambio en el número de testigos, contenido mas largo por ser mayor el número de las cláusulas de invocación religiosa y legados piadosos...), sin embargo el estudio documental demuestra que esa alteración estructuralista o formalista conlleva trascendentales alteraciones en el contenido material o sustantivo del testamento y por tanto en el mismo derecho sucesorio aragonés (MORALES ARRIZABALAGA plantea, en relación a los testamentos de contenido aragonés de esta época, su validez y consecuentemente el carácter dispositivo o no de la ley castellana en *La derogación de los fueros de Aragón (1707- 1711)*. Colección de Estudios Altoaragoneses, Huesca 1986, pp. 45-53).

Es curioso por ejemplo resaltar que en testamentos otorgados por el mismo notario pero en distintas fechas, antes, durante y después de dicho periodo de tiempo, el contenido y formulación del testamento son respectivamente aragonés, castellano y aragonés (vid. entre otros Protocolo n.º 5.085, f. 54, Zaragoza, año 1708 y Protocolo n.º 5.087, f. 256 r, Zaragoza, año 1712, en Archivo Histórico de Zaragoza, ambos del notario Juan Antonio Loarre).

Aunque también hay que decir que en algunos de ellos se palpa la confusión reinante dándose conjuntamente figuras sucesoria aragonesas y castellanas. Así entre otros vid. Protocolo n.º 1988, año 1710, en Archivo Histórico de Calatayud, del notario José Antonio Larrea. En él se recogen tanto testamentos de contenido aragonés como de contenido castellano. O el testamento mancomunado del Archivo Histórico de Zaragoza, Protocolo n.º 4.605, f. 742 r, año 1709, notario Gerónimo Montaner, en el que aparecen cláusulas cuyo contenido se inspira en principios de Derecho aragonés (se habla del menor de 14 de años) y otras, la mayoría, de derecho castellano (se habla de mejora, legítima estricta y suplemento de la misma, albaceas en vez de ejecutores).

También cabe destacar que en el Archivo Histórico de Huesca nos encontramos con poblaciones y notarios que se resisten en aplicar la ley castellana a los testamentos, no se podría decir si es el factor geográfico o el humano la causa de esta resistencia (vid. Protocolo n.º 5.918, Ayerbe, años 1707-1711 del notario R. Otal; Protocolos n.º 2.805, año 1707, n.º 2.806, años 1708 y 1709 y n.º 2.807, años 1710 y 1711, todos en Almudévar y del notario Miguel Tolosana; Protocolo n.º 4.186, Barbastro, años 1.707 a 1.713, Barbastro, notario: R. Berbegal, Protocolos n.º 4.694, año 1708 y 4.695, año 1711, Bielsa, notario Mateo Soláns; Protocolo n.º 9.971, año 1707, Jaca, del notario José Oliván).

El contenido de la cláusula de legítima suele ser de este o parecido tenor:

«Dexamos de nuestros bienes y de cada uno de nosotros, por parte y herencia legítima, a Pedro Pérez Artieda y Isabel Pérez Artieda, María Pérez Artieda, Cathalina Pérez Artieda, hijos nuestros legítimos y a todas cualesquiera otras personas pretendan haver algún derecho de nosotros y de nuestros bienes diez sueldos jaqueses por todo mueble y sediente, con los cuales se hayan de tener por contenidos etc. de la legítima.»

(Protocolo n.º 3.566 del Archivo Histórico de Zaragoza, f. 405 v, Notario: Pablo Gurrea, Zaragoza, año 1.579)¹⁰.

Dicha cláusula no se encuentra regulada ni en los Fueros ni en las Observancias pero sí se puede deducir de su letra. Hay autores que han querido ver su origen en los Fueros de 1307, 1311 o en los Fueros *De rebus vinculatis*, acordados en Huesca, año 1247 o en Alcañiz en 1437 y Observancias *De rebus vinculatis* que se recogen en las compilaciones de 1437.

Es posible que no haya grandes distancias entre unas y otras posiciones doctrinales ya que las finalidades de la cláusula documental de la legítima foral son varias. Se podrían citar como fundamentales: evitar la preterición, la libertad de distribución y la libertad de vinculación de los bienes de la herencia.

b) La preterición y la cláusula de legítima foral

La lectura de los testamentos denota la preocupación de los otorgantes por evitar la omisión de algún legitimario que sea causa de impugnación por preterición. Son manifestaciones documentales de este sentir la existencia de la cláusula de legítima foral en todos los testamentos investigados y su propio contenido. Pues, además de la citada frecuencia documental del 100 por 100, lo más relevante de la misma, lo que hace que no sea sólo una cláusula de estilo, es la mención, con nombres y apellidos, de todos los legitimarios de los testadores, es decir hijos e hijos de hijos premuertos, especificando si son comunes o de anteriores matrimonios y a los póstumos o póstumas que se puedan

¹⁰ La atribución patrimonial simbólica de la legítima foral en los testamentos que se encuentran en el Protocolo Histórico de Calatayud suele ser de este tenor: «Cinco sueldos por bienes muebles y sendas arrobas de tierra en los montes comunes de dicho lugar por bienes sitiós».

En el supuesto de que el testador sea religioso (tanto en los testamentos unipersonales como pluripersonales) la cláusula de legítima foral será de este o parecido tenor:

«Item. Dejamos por parte y derecho de legítima herencia de todos nuestros bienes y haciendas, así muebles como sitiós, al Ilustrísimo S. Don Manuel Pérez de Aracié y Rada, Arzobispo de la Ciudad de Zaragoza, y a los señores Arzobispos que por tiempo serán de ella sus sucesores y en sede vacante al muy ilustre Cabildo, a las Dignidades y Canónigos de la santa Iglesia metropolitana Cesaraugustana, el bonete de nuestro llevar por bienes muebles y el brebriario con el que rezamos por bienes sitiós y a cualesquiera parientes nuestros y personas otras que, parte y derecho de legítima herencia en dichos nuestros bienes y hacienda pueden pretender y alcanzar cada cinco sueldos jaqueses por bienes muebles y otros tantos por bienes sitiós.»

(Protocolo n.º 5.364 del Archivo del Colegio Notarial de Zaragoza, f. 7 r, notario Juan Francisco Sánchez del Castelar, Zaragoza, año 1716.)

tener¹¹, y aquella otra manifestación genérica de posibles preteridos que se hace a continuación expresada de cualquiera de estas formas: «a cualesquiera parientes que tengan derecho según la ley» o «a qualesquiere otros deudos de nosotros, los cuales pretendan tener algún derecho de nosotros y de nuestros bienes» o «a qualesquiere persona o personas que derecho de legítima herencia pretendiere alcanzar» o «a qualesquiere parientes deudos y otras personas a quienes derecho legítimo tuvieren»¹².

Esta idea se plasma en los formularios de la época consultados, así en el Formulario *Método y Forma para saber el arte del notario, la naturaleza de los actos y cláusulas que en cada genero de actos conciernen y efectos de cada una de ellas*¹³: «Se menciona la legítima nombrando a sus hijos porque si dejases de nombrar no valdría nada el testamento como está dispuesto en el *Fuero De testamentis nobilium*, folio 127, y en fuero *De Testamentis civium...*, folio 127¹⁴».

Y en la misma línea y siglos después, en el Formulario *Prontuario de Notarios. Escribanos y Procuradores o sea Colección de Actos Públicos entresacada de los mejores autores*. Por uno de la Facultad¹⁵ dice: «Síguese después la cláusula de legítima, en que se nombran todos los hijos, los nietos, y nietas del testador, pues en este caso representan, o están en lugar de padre o madre y entran en la herencia con los otros hijos del testador; debe así mismo expresarse el póstumo o póstuma o póstumos, de que la mujer presume estar preñada, pues dejándolos el tes-

¹¹ Se entiende documentalmente por póstumos a los hijos que se tienen después de haber sido otorgado el testamento. Su mención se hace necesaria, aunque los testadores no tengan hijos, siempre que haya posibilidad de tenerlos en el futuro. Así:

«Item. Dejamos por parte y derecho de legítima herencia al póstumo o póstuma, póstumos o póstumas que yo, dicha testadora, pudiera estar preñada y a qualesquiere pariente deudos y otras personas a quienes derecho legítimo tuvieren, a cada uno diez sueldos jaqueses, la mitad por bienes sitios y la otra mitad por bienes muebles con los cuales etc.».

(Protocolo n.º 2.143 del Archivo Histórico de Huesca, 25 r, notario Vicente Santolaria, Huesca, año 1738.)

Si la mujer está casada se le cita junto al nombre y apellidos de su marido.

¹² Es expresiva, en este sentido, la explicación que da un formulario de Zaragoza del siglo XIX (Prontuario de Notarios, Escribanos y Procuradores ó sea Colección de Actos Públicos entresacada de los mejores autores. Por uno de la Facultad, Zaragoza 1.845, Imprenta y librería de Melchor Gallifar, Calle nueva del mercado Plazuela de S. Cristóbal) cuando al comentar esta parte del contenido de la cláusula de legítima foral dice: «... Según derecho se debe dejar la legítima a todos los parientes que en caso de intestada sucederían en la herencia; más por fuero sólo a los hijos o nietos; pero a mayor seguridad nombrados los hijos y nietos se acostumbra a decir: y otros qualesquiere parientes, que parte y derecho de legítima herencia etc. debiendo dejar a todos una cantidad determinada que según práctica acostumbra a ser cinco sueldos por bienes muebles y otros cinco por bienes sitios...».

¹³ Protocolo n.º 337 del Archivo Histórico de Calatayud, anónimo, siglo XVI.

¹⁴ Se está refiriendo a las citas que hace MOLINO de los citados Fueros en *Repertorium fororum et observantiarum regni aragonum* en la edición de 1585.

¹⁵ Zaragoza 1.845. Imprenta y Librería de Melchor Gallifar: Calle nueva del mercado, Plazuela de S. Cristóbal n.º 63 (en Biblioteca del Colegio Notarial de Zaragoza, 6-211).

tamento es lícito y a título de intestado podrían suceder después en la herencia igualmente con los demás, aunque en aquel no se le dejare cosa alguna».

c) *La libertad de disposición y la cláusula de legítima foral*

El sentido equívoco de los Fueros de 1307 y 1311¹⁶ plantea en Aragón las siguientes cuestiones:

- Los padres, siempre que dejen testamentariamente algo simbólico a todos y cada uno de sus hijos, ¿gozan de libertad de disposición de sus herencias, incluso con la facultad de instituir heredero a un extraño?
- Los padres ¿tienen obligación de distribuir, aunque sea de forma desigual, toda su herencia entre sus hijos, de tal forma que ninguno de ellos quede sin atribución patrimonial?. O dicho de otra forma, ¿toda herencia es legítima de los hijos?
- ¿Existe una parte de la herencia, que se llama legítima, que se ha de distribuir forzosamente entre los legítimarios, con la posibilidad de que alguno o algunos de ellos sólo reciban una atribución simbólica?¹⁷

¹⁶ De testamentis Nobilium

Iacobus Secundus, Alagonis, 1307:

... In perpetuò duximus statuendum, quod de caetero Nobiles, Mesnadarii, Milites et Infantiones, possint unum ex filis, quem voluerint haeredem facere: aliis filiis de bonis suis, quantum eis placuerit dimittendo (Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón, edición facsimilar de la de Pascual SAVALL Y DRONDA y Santiago PENÉN Y DEBESA, realizada con ocasión del IV centenario de la ejecución de D. Juan de Lanuza, Justicia de Aragón, en 1591. Estudio preliminar, traducciones, textos complementarios e índices [por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA...], tomo I, p. 242).

De testamentis Civium.

Iacobus Secundus, Darocae, 1.311.

... De voluntate, et consilio totius Curiae, perpetuò duximus statuendum, quod de caetero omnes Cives, et omnes alii homines Villarum, et Villariorum Aragonum, possint in suis testamentis unum ex filiis, quem voluerint, haeredem facere: aliis filiis de bonis suis, quantum eis placuerit relinquendo: exceptis hominibus Universitatis Turolii, et Albarrazini, qui habent alias Foros suos (Fueros y Observancias...op. cit., tomo I, p. 242).

¹⁷ En relación a los cinco sueldos jaqueses que aparece como atribución simbólica en la cláusula de legítima foral comenta COSTA que la determinación de esa cantidad no responde, como se había supuesto en general a un capricho de los notarios sino que tiene su origen en antiguas costumbres celtibéricas por la que el patrimonio principal quedaba vinculado a un hijo y a los demás se les daba como legítima vinculante aquello que se considera necesario para la subsistencia de una familia: una casa de campo, un huerto y una era, entendiendo lícito presumir que a ese solar o heredamiento se hubiera fijado el límite de cinco unidades agrarias. Sigue diciendo el autor que cuando en Aragón se estatuyó la libertad de testar: «en vez del solar de cinco cabanadas de tierra, que componían la legítima en el derecho gentilicio, se asignó a cada hijo una representación de ella en cinco monedas usuales, con las cuales debía darse por contento y pagado de todo su derecho» (*Derecho Consuetudinario y Economía Popular de España*, p. 151).

FRANCO DE VILLALBA habla de la libre facultad de testar como procedente del Fuero de Jaca, y concedida posteriormente primero a las personas honorables, y, finalmente a todos (Forum ac Observantiarum Regni Aragonum Codex, Zaragoza, 1727, p. 481).

La práctica documental demuestra que la existencia de la cláusula de legítima foral por la que se atribuye a los legitimarios la cantidad simbólica de cinco sueldos jaqueses por bienes muebles y otros cinco por bienes sitios es

Ignacio JORDÁN DE ASSO y Miguel de MANUEL Y RODRÍGUEZ: ARAGÓN... Qualquier es libre de instituir heredero á quien bien le parezca, aunque tenga hijos, con tal que les dexe la legítima, que son cinco sueldos por bienes muebles, y otros cinco por raices; F. un. de testam. Nobilium, F. un. de test. Civium, lib. 6. (*Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, edición 5.^a, 1792, p. 123).

Mariano LAFUENTE Y POYANOS, en relación a los mencionados fueros dice: «No es cierto lo que han creído Cenedo, Gutierrez, y otros autores castellanos, que el padre puede en Aragón instituir heredero á un hijo, dejando a los demás únicamente cinco o diez sueldos por vía de legítima, y mucho menos lo es, lo que trae un moderno aragonés de que puede nombrar heredero á un extraño dejando dicha legítima á los hijos. Ambas son equivocaciones que están desvanecidas con solo ver al autor de mas nota en Aragón que es el regente Sessé en las decisiones 26, 267 y 272. Por ellas se verá que las palabras del fuero arriba citado, alii filii quantum placuerit reliquendo, se han entendido siempre de la cantidad necesaria para alimentarse, según las fuerzas del patrimonio, y ademas de esto (que puede hacerlo por legado ó de otro modo) debe el padre pro formula hacer nominatum de todos sus hijos, la institución de cinco sueldos ó en lo que quiera bajo pena de nulidad de testamento (*Memoria presentada a las Cortes en sesión de 4 de Octubre de 1.820 sobre la preferencia que para ser adoptada en el Código Civil merece la Ley de Aragón respecto de la de Castilla en punto a la sucesión testada entre padres e hijos*, Zaragoza, Imprenta de Francisco Magallón, año 1821).

LACRUZ considera que los fueros de 1307 y 1311 transformaron el sistema aragonés de sucesión forzosa en uno de legítima global colectiva y que la costumbre de considerar al causante facultado para distribuir sus bienes como quiera, incluso entre extraños, aunque tuviera hijos, no provenía de una correcta interpretación de los Fueros, como opinaban PORTOLÉS, en parte SESSÉ, LISSA, ASSO y DE MANUEL y LA RIPA, sino de una corrección de los mismos, pues interpretativamente nunca podía llegarse al resultado de ser posible desheredar. Se pronuncia por la influencia en los fueros citados del fuero de Jaca de 1187, en el cual Alfonso II alaba y confirma que los jacetanos puedan disponer con hijo o sin ellos, de sus bienes y heredades sicut eis placuerit, de tal forma que esta libertad de testar llegó a ser ley general si bien reducida a la libertad entre los hijos (*Derecho de sucesión por causa de muerte. De las legítimas; De la sucesión intestada; normas comunes a las diversas clases de sucesión*. Boletín Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, 1967-1968, pp. 146 y ss.).

ORTEGA CANO: «... era principio de la sucesión aragonesa, el de la libertad de testar de los padres, pero siempre entre los hijos. Por esto y porque sólo a esto podía referirse, se pudo decir con algún fundamento aquella frase de que en Aragón, toda herencia es legítima de los hijos» (*Las sustituciones en Aragón*, 1.^a Semana de Derecho Aragonés, año 1942, p. 47).

ALONSO LAMBÁN: «En la Compilación de 1247, f. 2.^a, *De desheredatione filiorum*, se establece la posibilidad de mejorar al hijo o hija que quisieren precisamente sobre los muebles; en los inmuebles, condicionadamente. En los bienes inmuebles gananciales se observa la misma tónica vista para los muebles. Poco a poco la cohesión familiar primitiva va desapareciendo, y el crecimiento de la libertad dispositiva del padre determina una reducción en el Derecho de expectativa de los hijos, hasta llegar a un simple crédito de legítima, *para desembocar todo ello en 1307 y 1311, cambiando el derecho de cada hijo a una porción de los bienes paternos por un derecho de legítima colectiva en favor de todos ellos*. (*Las formas testamentarias en la Alta Edad Media de Aragón*, Revista de Derecho Notarial, julio-diciembre 1954, p. 83).

VIDIELLA resume el derecho de los hijos en el haber paterno en base a los Fueros 2.^a *De exhaereditatione*, Fuero único *De donationibus*, Fuero único *De natis ex damnato coitu*, Fuero único *De rebus vinculatis*, Fuero 4.^a *De donationibus* de la Compilación de 1247, en las siguientes conclusiones: los hijos tienen derecho al haber paterno; fuera de limitados casos el padre no puede privarle de ese derecho; esa *parte* es igual para todos los hijos salvo que uno sea mejorado con los muebles y una heredad y aunque no había disposición concreta sobre la porción que se podía dar a extraños,

requisito suficiente para que los testadores dispongan libremente del resto de los bienes¹⁸.

Ello supone, por un lado, la ausencia de una legítima global y por otro, la existencia de una libertad de distribución de los bienes hereditarios, no forzosamente entre los legitimarios, sino entre las personas, aunque sean extrañas, que deseen los testadores; y la de una legítima simbólica consistente en cinco sueldos jaqueses por bienes muebles y otros cinco por bienes sitios (o cinco arrobas de los montes comunes por sitios), que necesariamente se ha de atribuir a los legitimarios.

bien por el fuero 4º *De donationibus* bien por la costumbre, se toleraba la libre disposición en porciones considerables. Y según este autor los fueros de 1307 y 1311 sólo afectaron a la mejora ya que si con anterioridad y por el F uero 2º *De exhaeredatione* sólo se puede mejorar a uno de los hijos con los bienes muebles y una heredad y no con más, a partir de los mismos se obtiene un ejercicio más amplio de la misma, y sólo se detiene ante el derecho de los hijos no mejorados a que les quede su *parte* (el autor la identifica con legítima y su contenido viene a ser el del derecho actual de alimentos) si no la recibieron (*De la legítima de los descendientes en Aragón*, Revista de Derecho Privado, tomo V, año 1918, pp. 10 y ss.).

LALINDE considera que los referidos F ueros de 1307 y 1311 parecen resolver el problema para el futuro, que en ellos se reconoce una libertad de distribución, que excluye una libertad de disposición. Reconoce sin embargo: «ello no ha sido así, y no ha debido ser así, incluso en la propia Baja Edad Media» (*Precisiones conceptuales sobre la legítima aragonesa*, Anuario Historia de Derecho, 1985, p. 351).

BINDER: «En Aragón, donde la Compilación de 1247 había mantenido el primitivo derecho de expectativa hereditaria, dos F ueros de 1307 y 1311 permiten disponer libremente entre los hijos —o en su caso, descendientes de ulterior grado— únicos legitimarios» (*Derecho de sucesiones*, traducido de la 2.ª edición y anotado conforme al Derecho español por José Luis LACRUZ BERDEJO, p. 292).

COSTA dice que resulta del Fuero la doctrina siguiente: «... los padres pueden instituir heredero universal a uno de ellos, dejando *quantum eis placuerit* a los demás (ff. *de testamentis militum*, etc.; *de testam. civium*) cuyo *quantum* recibe los foristas la misma interpretación que la *sua pars* arriba citada, entendiendo que se les concede la facultad de apreciar, según su prudente arbitrio, con arreglo a su fortuna y las necesidades de cada hijo, lo que debe ser su legítima; la preterición de un hijo rescinde el testamento» (*Derecho consuetudinario y Economía Popular de España*, p. 153).

RAMS ALBESA en relación a los F ueros del texto dice: «la función es dar continuidad a la casa a través de un nuevo jefe de la misma que ocupe la personalidad y funciones que representó y ejerció en ella y fuera de ella el titular desaparecido» (*Libertad civil, libertad de testar, notas para su formulación*, Jornadas Internacionales sobre instituciones civiles vascas, Universidad de Deusto, Bilbao, 1991, pp. 108 y ss.).

A mediados del siglo XIX dice LACRUZ que por mimetismo con el Derecho castellano la doctrina optó por el quinto de libre disposición, y promulgado el Código Civil, no sin ciertas vacilaciones, por el tercio, que es lo que ha pasado al Apéndice y a la Compilación (*Las legítimas..., op. cit.*, p. 148).

En la práctica documental se empezó a notar cierto confusionismo en la aplicación del derecho sucesorio en el periodo existente entre la promulgación del Código Civil en 1889 hasta la del Apéndice en 1926, siendo la legítima la más afectada, quizás por ser la más diferente al concepto que de la misma se tiene en el Código Civil, así en algunos testamentos se habla de tercio de libre disposición, completar la legítima, colación.

¹⁸ Vid. el apartado siguiente en dónde se habla de la elevada frecuencia de la institución recíproca de herederos en testamentos otorgados por matrimonios con hijos.

d) *Libertad de vinculación y legítima foral*

En las disposiciones mortis causa otorgadas por matrimonios con hijos, se acredita documentalmente la frecuencia de las vinculaciones a favor de los mismos. El cónyuge supérstite es instituido heredero con vinculación del resto o de la totalidad de la herencia del premoriente a favor de los hijos y descendientes legítimos o de legítimo matrimonio. Estos entran en la herencia en que han sido instituidos a partir del momento de la muerte del supérstite o del cumplimiento de la condición resolutoria impuesta¹⁹.

La cláusula tipo de sustitución o vinculación a favor de los hijos o descendientes a partir de la muerte de los testadores es de éste o parecido tenor:

«Item. Hecho y cumplido todo lo que por nosotros de parte de arriba disponemos y ordenamos del remanente de nuestros bienes, nos dexamos e instituimos el uno al otro herederos unibersales de todos los bienes, así muebles como sitios, derechos, instancias y acciones donde quiere habidos y por haber, esto es, el premoriente al sobreviviente y, por muerte de nosotros, dichos testadores la dicha herencia unibersal recaiga en los dichos Antón Buil, Vicente Buil, Miguel Buil, Juan Buil y Beatriz Buil, nuestros hijos, para que se la partan por iguales partes...»

(Protocolo n.º 651 del Archivo Histórico de Teruel, folio 19 v, Notario: Fernando Noguera, Teruel, año 1695.)

De la lectura del contenido de estas cláusulas, que conforman el contenido típico del testamento mancomunado de la época investigada, se desprende la existencia de una total libertad de vinculación sin ninguna clase de limitación. Así el supérstite, al ser instituido heredero por la propia institución, será dueño de los bienes del premoriente y sólo a partir de su fallecimiento o cuando se cumpla la condición impuesta, aquella herencia, habitualmente junto a la suya, pasará a los hijos nombrados sustitutos²⁰.

La ausencia de limitaciones en vinculaciones de herencias con legitimarios no sorprende por su coherencia con el principio de libertad que inspira ésta y las demás instituciones sucesorias que aparecen en los testamentos²¹.

¹⁹ La condición que se suele imponer como condición resolutoria es la celebración de un nuevo matrimonio por el supérstite, de tal forma que la muerte o las nuevas nupcias del supérstite pondrá fin a la institución de heredero haciendo efectiva la sustitución.

²⁰ Igualmente frecuente es que sólo sea la herencia del premoriente la que se vincule concediéndole al supérstite la facultad de fiducia a favor de los hijos.

«Item... Dejámoslos todos de gracia especial y de aquellos heredero nuestro universal, *hacemos e instituimos al sobreviviente de nosotros (institución reciproca de heredero)*, dichos testadores, *no casándose (condición resolutoria)* y con obligación expresa y no sin ella de haber de disponer y *ordenar de los bienes del premoriente*, enteramente en hijos nuestros del presente matrimonio, legítimos y de legítimo matrimonio procreados a *qual más y a qual menos, a qual poco, a qual mucho, a qual nada (fiducia sucesoria)* de la manera que pareciera al dicho sobreviviente.»

(Protocolo n.º 1.373 del Archivo Histórico de Calatayud, f. 66 r, notario Martín de Sissamón, Velilla, año 1637.)

²¹ Ignacio JORDÁN DE ASSO y Miguel de MANUEL Y RODRÍGUEZ: «Como en Aragón el testador es sumamente libre para disponer de sus cosas, si acaso formare vínculo, se deberá estar á lo que

Sin embargo, una vez más, la tantas veces citada cláusula de legítima foral desempeña un papel fundamental, ya que gracias a ella los testadores con legítimos pueden vincular su herencia sin riesgo de que su disposición sea impugnada.

Respecto a las fuentes escritas²², existen criterios interpretativos diversos debido a la contradicción de los Fueros y Observancias que regulan el tema de las vinculaciones, así, el Fuero *De rebus vinculatis*, accordado en Huesca, año 1247, que, como dice LACRUZ, responde a unos principios sucesorios que con probabilidad no regían cuando el Fuero se incluye en la Compilación de Huesca y que indudablemente no estaban en la línea de los famosos Fueros *De testamentis nobilium* y *De testamentis civium* que concedían a los padres la libertad de elegir heredero entre los hijos dejando a los no favorecidos lo que les plaza, y las Observancias *De rebus vinculatis*, enunciadas por Jacobo de Hospital y recogidas en la Compilación de 1437 y el Fuero del mismo nombre dado en Alcañiz en 1436²³.

expresare su voluntad, para conocer de qué modo se ha de graduar la sucesión» (Instituciones del Derecho Civil de Castilla..., op. cit., p. 146).

²² Fuero *De rebus vinculatis*, Huesca, año 1247:

Si el padre o la madre vinculan las heredades u otros bienes al hijo o a la hija diciendo: Si por azar muere mi hijo sin hijos legítimos, esta heredad estos bienes vayan a tales personas, ese hijo nunca puede enajenar algo de los bienes vinculados hasta que tenga veinte años; una vez completado el vigésimo año puede hacer de ellos sus voluntades libremente como si no estuvieran vinculados; sin embargo si tal hijo o hija muere intestado o intestada, antes o después del vigésimo año, prevalezca el vínculo del padre... (Fueros y Observancias..., traducción, tomo III, p. 134).

Observancia *De rebus vinculatis*:

1. Así mismo el Fuero que dice que el vínculo se rompe pasados los veinte años —por ejemplo, en ese mismo título *De rebus vinculatis* en el capítulo I— se entiende cuando el testador no transmite o deja en su testamento a su hijo una parte determinada como parte legítima —dejándole graciosamente unos bienes determinados— porque entonces el vínculo no dura más allá de veinte años. Pues si dejara unos determinados bienes como parte legítima, dejando los demás bienes bajo vínculo, entonces el vínculo dura para siempre exceptuada solamente la parte legítima. La legítima puede vincularse también hasta veinte años, pero no más...
2. Así mismo según costumbre del Reino, cuando a un hijo se le hace heredero de unos bienes determinados y otros bienes se le legan o se le dan por una gracia especial, si en estos mismos bienes le sustituye otro, la sustitución en aquellos bienes de los que fue hecho heredero dura veinte años, en los demás por el contrario, dura perpetuamente y no desaparece con el tiempo como no desaparecería si la sustitución se hubiera hecho a un extraño (Fueros y Observancias... Zaragoza, 1991, traducción, tomo III, pp. 223 y 224).

Fuero *De rebus vinculatis*, Juan Rey de Navarra, Lugariente, Alcañiz 1436

«Ordenamos, que la aposición del vínculo, que de aquí avant se fará en la legítima del filio mayor de veinte años, no valga. E sino será apart lexada legítima, no valga el vínculo posado en los bienes á el lexados en testament é ultima disposición, ó en los quales es heredero instituydo» (Fueros y Observancias..., tomo I, p. 241).

²³ Vid. MOLINO, *Repertorium*, v.^o *testamentum*, Zaragoza 1585, f. 315. DIESTE, *Diccionario del Derecho civil Aragonés*, voz VÍNCULO, Madrid, 1869, pp. 650-651. ISÁBAL, *Exposición y Comentario del*

. Y en su expresión documental, las vinculaciones que aparecen en los testamentos mancomunados (al igual que los unipersonales) lo hacen sin ninguna clase de limitaciones, ni complejidades, simplemente sometidas al cumplimiento o no de condiciones. Son instituciones utilizadas por los testadores para regular su sucesión con toda clase de previsiones que impidan la aplicación de la sucesión intestada.

En alguna medida la práctica documental responde a lo que se determina en los Fueros y Observancias. Y es la tesis mantenida por LACRUZ la más cercana a dicha realidad, en efecto, este autor, después de resolver a favor del último fuero (Alcañiz, 1436) por ser de fecha posterior al resto de los preceptos legales, llega entre otras a la siguiente conclusión: «Dejando al hijo determinadas cosas (en cualquier cantidad y por cualquier título) a modo de legítima vale perpetuamente la sustitución impuesta sobre el resto de la herencia». Disposición que se da en todo testamento a través de la cláusula de legítima foral por la que se atribuye a cada uno de los legitimarios «por parte y derecho de legítima herencia» cinco sueldos jaqueses por bienes muebles y otros tantos por bienes sitios (o fórmulas equivalentes).

Y como se dice en párrafos anteriores, nuevamente la cláusula de legítima foral tiene una importante misión, ya que con ella se cumple la obligación de dejar una parte libre de todo gravamen a los legitimarios (cinco sueldos jaqueses por bienes muebles y otros tantos por bienes sitios), y gracias a la misma los testadores no encuentran ningún obstáculo para que en el resto de la herencia se establezca las vinculaciones con el contenido que estimen conveniente²⁴.

Cuerpo legal denominado «Fueros y Observancias del Reino de Aragón», Zaragoza, 1926, p. 306. ORTEGA, *Las sustituciones en Aragón*, 1.ª Semana de Derecho Aragonés, año 1942, pp. 47 y ss. LACRUZ, «La cláusula si sine liberis decesserit en el Derecho Aragonés» en *Homenaje a la memoria de Don Juan Moneva*, pp. 586 y ss.

²⁴ LALINDE diferencia la parte como la que el padre concede graciosamente y puede vincular a perpetuidad y la legítima como la que no se puede vincular por más de 20 años y dice: «el propio Molino, habla de "pro parte et pro legítima", y sobre todo, mientras que en la sucesión normal, basta que no haya preterición para que el testamento sea válido, en la vinculada es necesaria la asignación "pro parte et pro legítima" (*Precisiones conceptuales sobre la legítima aragonesa...*, op. cit, p. 362).

En el formulario de Calatayud Método y Forma para saber..., op. cit., se dice: «Mencionada la legítima por las causas y razones contenidas en estos fueros y para fin y efecto que valga perpetuamente porque de otra manera no valdría el vínculo más que hasta que tuviese edad de veinte años como está declarado en los fueros...».

En el formulario de Zaragoza ya citado de 1845 se dice: Algunos foristas entienden que las palabras por parte y derecho de legítima herencia, son de esencia en el testamento, de manera que sin ella será nulo; pero esto no es cierto, así bastará que se nombren todos los hijos y nietos, y que a cada uno le deje alguna cosa especial, excepto cuando hay institución e vínculo o violario, pues en este caso son indispensables las dicha palabras y sino no subsistiría la institución de vínculo.

2. LA LIBERTAD DE TESTAR Y LA INSTITUCIÓN RECÍPROCA DE HEREDEROS

De la lectura de cerca de un millar de testamentos mancomunados en el periodo comprendido entre el siglo XVI y 1926, se llega a la conclusión de que las cláusulas que fundamentalmente conforman, en dicho periodo, el contenido típico del testamento mancomunado es la institución conjunta de herederos y la institución recíproca de herederos en todas sus modalidades: pura, condicional y con sustitución a favor de terceros.

Y a su vez el estudio documental de la institución recíproca de herederos acredita que el principio en el que se basaba todo el derecho sucesorio es el de la libertad de testar.

En efecto, investigando conjuntamente el contenido de las figuras sucesorias (en este caso la institución recíproca de herederos) y la composición de la familia de los otorgantes (matrimonio sin hijos, con hijos, comunes o no) se puede llegar, con la adecuada relación de los datos obtenidos, a importantes conclusiones, como la ya citada libertad²⁵.

²⁵ La composición familiar a la que hace referencia el texto es la del núcleo parental formado por el matrimonio y descendientes. Para que documentalmente se pueda conocer dicha situación es preciso acudir a la cláusula de legítima foral, cuyo contenido nos revela si tienen hijos comunes, si no los tienen, o si lo son de anterior matrimonio, dado que hasta la Ley del Notariado de 1862 no se hace referencia en ninguna otra disposición ni a la existencia de hijos ni a su edad.

Así por ejemplo se conocerá que los testadores *no tienen hijos* si la cláusula de legítima foral tiene un contenido del siguiente o parecido tenor:

«Item: dejamos por parte y derecho de legítima herencia de todos nuestros bienes y de cada uno de nosotros, así muebles como sitios, a cualesquiera parientes nuestros y otras cualesquiera personas que parte y derecho de legítima herencia en dichos nuestros bienes pretendan tener y alcanzar, cinco sueldos jaquezes por bienes muebles y otros tantos por bienes sitios» (*si tuvieran hijos los mencionarán con sus nombres y apellidos, como ocurre en las cláusulas que a continuación se transcriben*).

(Protocolo n.º 2.154 del Archivo Histórico de Zaragoza, f. 1.040 v, notario Félix Jaime Mezquita, año 1765.)

Si los testadores tienen *sólo hijos comunes*, el contenido de la cláusula de legítima foral será como esta o similar:

«Item. Dexamos por parte de derecho de legítima herencia de todos nuestros bienes, muebles y sitios habitados y por haber donde quiera que estén, a saber a Juan, Manuel, Juan Antonio, y Ana Ruiz y Calbo, nuestros hijos, y a todos y cualesquiera parientes nuestros que pretendan intereses en nuestros bienes, así muebles como sitios, a cada uno de ellos cinco sueldos jaquezes por bienes sitios y otros cinco sueldos jaquezes por bienes muebles sin que puedan pretender ni alcanzar otra cosa de dichos nuestros bienes si no es lo que por este testamento fuera dispuesto.»

(Protocolo n.º 2.374 del Archivo Histórico de Calatayud, f. 59 r, notario Miguel Pardos, f. 59 r, Paracuellos, año 1772.)

Cuando los cónyuges tengan *hijos comunes concurriendo con hijos no comunes* de anteriores matrimonios, el contenido de la mencionada cláusula podrá ser:

«Item. Dexamos por parte y derecho de legítima herencia de todos nuestros bienes, así muebles como sitios, etc. habitados y por haber a saver; a Miguel Roque Aznar, Manuel Aznar y Josepha Aznar, hijos de nosotros dichos testadores, y a Theresa Aznar hija de mi dicho Roque Aznar testador y de María Gumiell mi primera mujer y a Jacinta Aznar nuestra nieta hija del ya fallecido Jacinto Aznar y de Ana Rebollo también

Así, es una manifestación documental de la misma, la habitualidad de la mencionada figura sucesoria en testamentos otorgados por testadores con hijos, comunes o no, disponiendo y vinculando sin limitación la propia herencia²⁶.

Son características del contenido de los testamentos que la recogen, además de la existencia de la cláusula de legítima foral que como se dice en párrafos anteriores no falta en ningún testamento:

- a. La existencia de hijos, comunes o no²⁷.
- b. La institución recíproca de herederos por parte de los cónyuges-testadores que puede ser, pura, si por ella el cónyuge supérstite sucede en la totalidad de la herencia del premuerto; o con sustitución a favor de los hijos, si el cónyuge supérstite sucede en la totalidad de la herencia del premuerto pero con la obligación de que a su fallecimiento la herencia pase a sus hijos; o con sustitución del residuo en favor de los hijos, si a la situación anterior se le añade la facultad que tiene el cónyuge supérstite de disponer libremente de la herencia del premoriente²⁸.
- c. Inexistencia de atribuciones patrimoniales a favor de los hijos²⁹.

En relación a este tema es cierto como dice LALINDE ABADÍA, y de hecho en muchas ocasiones consta documentalmente, «que muchos bienes se traspasen en vida sin esperar al fallecimiento, o que sirvan para cumplir obligaciones

nuestro hijo y a qualesquiere otros etc., diez sueldos jaqueses la mitad por bienes muebles y la otra mitad por bienes sitios.»

(Protocolo n.º 2.136 del Archivo Histórico de Calatayud, f. 28 r, notario Josep Carnicer, Sabiñán, año 1733.)

²⁶ Vid. *Testamento mancomunado*, op. cit..., en la que se recoge una abundante relación documental de testamentos, otorgados por cónyuges con hijos, que contienen esta figura sucesoria.

²⁷ Esta cuestión se determinará, como se ha dicho anteriormente, a través de la cláusula de legítima foral.

²⁸ Cuando los testadores tienen hijos comunes la figura sucesoria típica es la institución recíproca entre los cónyuges con sustitución a favor de los hijos, su frecuencia es de 38,60 por 100. La institución que le sigue en frecuencia (20,14 por 100) es la recíproca y pura de herederos entre los cónyuges.

Si los testadores tienen hijos comunes concurriendo con hijos de anterior matrimonio del testador o de la testadora o de ambos, la figura sucesoria típica es la institución recíproca con sustitución a favor de los hijos comunes, su frecuencia es de 39 %. La de la institución recíproca de herederos con sustitución del residuo a favor de los mismos es de 33,33 por 100.

Si los testadores tienen hijos, no comunes, la figura sucesoria típica es la institución recíproca y pura de herederos, su frecuencia es de 38,46 por 100. Estos testamentos recuerdan en gran medida al contenido de aquellos otorgados por testadores sin hijos.

²⁹ Vid. entre otros muchos en Archivo Histórico de Calatayud, Protocolo n.º 372, s/n, Calatayud, año 1546, notario Fernando Díaz; Archivo Histórico de Huesca, Protocolo n.º 1.133, f. 42 r, f. 64 v, Huesca, año 1.564, notario Juan Canales; Archivo Histórico de Zaragoza, Protocolo n.º 4.023, f. 1.091 r, Zaragoza, año 1579, notario Cristóbal Navarro.

paterno filiales, como la de dotar a las hijas, o la de hacer posible que los hijos doten a sus mujeres y que en estas condiciones es muy difícil hablar de libertad de testar o de sucesión forzosa, tal como concebimos en el mundo moderno»³⁰.

Pero también es cierto que la institución recíproca de herederos aparece igualmente en testamentos otorgados por matrimonios con hijos menores (se sabe este extremo por la existencia de la cláusula en la que se nombran tutores y curadores), y aquí no cabe hablar de atribuciones en vida a título de dote o para costear oficio o carrera.

En ocasiones los hijos tienen derecho a ser asistidos (alimentos, sanidad, instrucción etc.) en cumplimiento de la obligación que se le impone al cónyuge supérstite.

Hay autores que identifican lo que hoy llamaríamos derecho de alimentos en sentido amplio con la parte o legítima de los hijos. Así VIDELLA dice que se infiere de las Observancias 17 *De donationibus* y 8.^a *De secundis nuptiis*³¹. En la misma dirección COSTA comenta que dar a los hijos *partem suam* los foristas entienden ser lo necesario para alimentarlos o dotarlos y que parece sinónimo de legítima cuando la Observancia 1.^a *De rebus vinculatis* emplea el término «*pro parte et legitima*»³². DIESTE en Diccionario del Derecho Civil Aragonés dice: «En efecto, la legítima de los hijos, así como su cuantía hasta lo necesario para sus alimentos, es de derecho natural. Más allá de ese límite, es de derecho civil»³³.

Suelen considerar la atribución de la legítima foral insuficiente para que los padres aparten a su hijo de la herencia, de tal forma que sólo después de que hayan cumplido con la obligación de alimentarle y dotarle pueden gozar de la libertad de disposición de sus bienes.

Pero estas posiciones no coinciden con la realidad documental investigada hasta el Apéndice, pues si bien es frecuente que los matrimonios con hijos que se instituyen herederos recíprocamente se impongan la carga de alimentarlos y educarlos e incluso de darles una cantidad de dinero con ocasión de su matrimonio, no siempre ocurre así, y es igualmente habitual que en ese testamento en el que los testadores se instituyen recíprocamente herederos, los hijos no reciban ninguna atribución patrimonial y solamente aparezcan mencionados en la cláusula de legítima foral, sin aparecer en el documento ninguna cláusula de desheredación.

³⁰ *Precisiones conceptuales sobre la legítima aragonesa*, A.H.D. año 1985, p. 355

³¹ *De la legítima de los descendientes en Aragón*, Revista de Derecho Privado, tomo V, año 1918, pp. 138 y ss.

³² *Derecho Consuetudinario y Economía Popular de España*, pp. 153 y ss.

³³ *Voz LEGÍTIMA*, Diccionario del Derecho Civil Aragonés, Madrid, 1869, p. 370.

Vid. en el mismo sentido SESÉ, *Decisionum sacri senatus regnii aragonum, et curiae*, Zaragoza, 1625, Decisión 267, p. 225 y vid. LISSA y GUEVARA, *Tyrcinum Jurisprudentiae forensis*, 1703, lib. II, tit. XVIII.

3. LA LIBERTAD DE TESTAR Y LA PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

La libertad de testar es una consecuencia directa de la libertad civil y como dice Joaquín RAMS ALBESA³⁴ para alcanzar una cabal comprensión de su naturaleza y función se hace necesario el examen, además del tema de las legítimas, de otras instituciones del derecho altamente relacionadas con el tema que nos ocupa, así: la propia libertad civil y su proyección en la autonomía de la voluntad; la estructura familiar con relación al patrimonio igualmente familiar; la posición del cónyuge viudo en la sucesión; y el personalismo o la ausencia de él en la manifestación de las últimas voluntad.

Desde el punto de vista documental, la citada libertad no se equipara a la libertad de distribución sino a una verdadera libertad de disposición mortis causa aparentemente sin ninguna limitación, salvo el nombramiento de los legítimos en la cláusula de legítima foral. Los testadores disponen de sus bienes relictos como desean y lo más usual en todos los testamentos mancomunados investigados es que las disposiciones que conforman su contenido vayan dirigidas en una misma dirección como es la integridad del patrimonio familiar (sin distinción entre bienes comunes, privativos o troncales) durante la vida del cónyuge supérstite salvo que contraiga nuevo matrimonio. A su fallecimiento el patrimonio puede mantenerse indiviso adjudicándose a un heredero (es inusual la institución de heredero único en los testamento mancomunados) o repartirlo por partes iguales entre los hijos o como deseé el supérstite si se le ha concedido la facultad de fiducia, pero hasta entonces él es el titular del patrimonio reicto del premuerto (y por supuesto del propio) con las connotaciones no sólo económicas sino sociales y familiares que conlleva dicha titularidad.

Y la proyección de la libertad de testar hacia la protección del cónyuge supérstite se manifiesta documentalmente en la figura sucesoria de la institución recíproca de herederos, institución tan frecuente, sea cual sea la posición familiar de los testadores, que es, sin duda, la cláusula típica del testamento mancomunado aragonés.

Las fuentes documentales demuestran que se queda pequeño tanto el usufructo viudal sobre bienes inmuebles que reconocen los Fueros y Observancias³⁵ como el que además se extiende, según práctica testamentaria, aunque no con excesiva frecuencia, sobre los restantes bienes³⁶; de la misma

³⁴ Libertad civil, libertad de testar..., op. cit., p. 108.

³⁵ El Fuero *De iure Dotium* acordado en Huesca el año 1247 concedió el usufructo a la viuda en todos los bienes. La práctica comenzó a limitarlo a los inmuebles y concedérselo igualmente al viudo. Esta costumbre fue sancionada en términos expresos por la Observancia *De iure dotium*: Así mismo, muerto uno de los cónyuges deben dividirse al punto todos los bienes muebles entre el superviviente y los hijos, pero no los bienes inmuebles, si quiere tener viudedad (Fueros y Observancias..., op. cit., traducción, tomo III, p. 219), en el mismo sentido la Observancia 2.^a *De secundis nuptiis*.

³⁶ Salvo en Teruel, la concesión recíproca de usufructo entre los cónyuges no es una figura sucesoria frecuente en los testamentos mancomunados de la época (vid apéndice documental en *El Testamento mancomunado...*, op. cit., capítulo III, apartado IV). Cuando los testadores se conce-

forma parece insuficiente la concesión recíproca de la facultad de fiducia que con frecuencia se otorgan los testadores. Todo ello se debe a que el espíritu que rige el derecho sucesorio testamentario aragonés hasta la promulgación del Apéndice es la protección del cónyuge supérstite, cumpliendo su propósito a través de la institución recíproca de herederos, unas veces puramente y otras con limitaciones, en el caso de que haya hijos comunes normalmente a favor de los mismos, pero siempre recordando que sucederán en el patrimonio al fallecimiento del viudo y en algunos casos diciendo expresamente que el supérstite es el dueño³⁷.

den el usufructo recíprocamente lo que pretenden es proporcionar al supérstite una situación superior a la que por ley le corresponde (Fueros y Observancias citados), de ahí el carácter universal de su concesión.

³⁷ En la práctica testamentaria documental el cónyuge instituido en la universalidad de la herencia con sustitución, a término o bajo condición resolutoria, a favor de tercero, aparece como dueño de la misma, su posición sucesoria no se identifica con la del usufructuario vitalicio o condicional de menor poder en relación al patrimonio hereditario. Las manifestaciones documentales de dicho extremo son continuas, así, transcribimos a continuación una cláusula testamentaria demostrativa de los dicho. Se otorga por un matrimonio con hijos comunes, se instituyen recíprocamente herederos con obligación de disponer a favor de los mismos, pero si éstos mueren antes de cumplir los catorce años o de tomar estado, se instituyen usufructuarios y sus disposiciones varían notablemente de contenido. Por tanto se considera que no tiene la misma posición jurídica el viudo instituido heredero con sustitución a favor de tercero que el nombrado usufructuario con la misma obligación.

«Item... nos instituimos en herederos universales el premoriente al sobreviviente, con obligación que haya de disponer y disponga de la herencia en hijos de dicho matrimonio, dando a qual mas, a qual menos y a qual nada y conforme y de forma y manera le pareciera y sera bien visto y para en caso que, habiendo hijos de dicho nuestro matrimonio y, sobreviviendo, murieran menores de edad de catorce años cumplidos y sin haber contraído matrimonio, para en ese caso, nos instituimos en usufructuarios...»

(Protocolo n.º 2.743 del Archivo Histórico de Zaragoza, f. 496 v, notari: Diego Francisco Moles, Zaragoza, año 1621.)

El espíritu de protección al cónyuge supérstite es tan obvio en el Derecho aragonés tradicional que no es raro encontrar testamentos en los que los otorgantes instituyan herederas a terceras personas a partir del fallecimiento del supérstite sin determinar la posición jurídica del mismo desde la muerte del premuerto hasta la suya propia. En alguna ocasión los mismos testadores califican la situación a la que nos referimos:

Item. Hecho y cumplido todo lo de parte de arriba dispuesto y ordenado, del residuo y remanente de todos nuestros bienes y del otro de nosotros instituimos y nombramos en herederos universales por partes iguales a dichos, ..., nuestros hijos, o a quien en su caso representaren sus derecho respectivamente, con cuyos bienes y gracias especiales, arriba dexadas, se han de dar y darán por contentos y pagados de nuestros bienes sin que pueda pedir ni alcanzar otra cosa. Y así mismo queremos y es nuestra voluntad que no tengan ningún efecto dichas y expresadas gracias especiales herencia, hasta el fin y la muerte del sobreviviente de nosotros dichos testadores, *pues mientras vivan somos y seremos dueños de todo*.

(Protocolo n.º 2.143 del Archivo Histórico de Calatayud, f. 146 r, notario Joseph Carnicer y Pérez, Sabiñán, año 1747.)

PROBLEMAS ACTUALES DE LA CASACIÓN FORAL EN ARAGÓN

**(Reflexiones en torno a una resolución judicial desafortunada
y a una decisión política incomprensible)**

PEDRO DE PABLO CONTRERAS

Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. — II. BREVE RECORDATORIO DE LA FUNCIÓN E IMPORTANCIA DE LA CASACIÓN: 1. SOBRE EL ORIGEN DEL RECURSO DE CASACIÓN. 2.— LA CASACIÓN Y LAS FUENTES DEL DERECHO: *a) El monopolio de la ley (1812-1855). — b) La «doctrina legal» como fuente del Derecho supletoria de la ley (1855-1889). — c) La «doctrina legal» o jurisprudencia del Tribunal Supremo como «complemento» de las normas jurídicas.* — III. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN: 1. LA CASACIÓN Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARAGONÉS. — 2. LA CONSTITUCIÓN Y EL ESTATUTO ARAGONÉS DE 1982. LA «JURISPRUDENCIA FORAL» DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. — IV. LA «JURISPRUDENCIA FORAL» DEL TRIBUNAL SUPREMO: 1. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO ARAGONÉS POR EL TRIBUNAL SUPREMO. — 2. LA DISPONIBILIDAD POR EL RECURRENTE DE LOS MOTIVOS DE CASACIÓN. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JULIO DE 1996. — V. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA SOBRE PRECEPTOS PERTENECIENTES AL ORDENAMIENTO DEL ESTADO. — VI. LA CASACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL. — VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Desde su implantación en 1989 —tras la Ley de demarcación y planta judicial, de 28 de diciembre de 1988—, la Sala de lo civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón venía conociendo de los recursos de casación en los que se

denunciara la infracción, por las sentencias dictadas en última instancia por órganos judiciales radicados en su territorio, de normas del Derecho civil aragonés; todo ello con fundamento en los artículos 29.1 del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley orgánica 8/1982, de 10 de agosto, 73 de la Ley orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio de 1985, 54 de la citada Ley de planta y 1.686 de la Ley de enjuiciamiento civil (redactado éste por la Ley 10/1992, de 30 de abril). En cambio, cuando se denunciara en casación la exclusiva infracción de normas no aragonesas, la competencia para conocer del recurso venía atribuida al Tribunal Supremo.

Este sistema de distribución de atribuciones, entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia, planteaba no pocos problemas. Uno de ellos, sin duda —y acaso, desde un punto de vista sustantivo, el más importante—, era el derivado de la que podríamos llamar *disponibilidad de la competencia de uno y otro Tribunal por el recurrente*, capaz éste de determinar aquélla fundando el recurso en la violación de normas aragonesas (supuesto en que su conocimiento correspondería al Tribunal Superior) o exclusivamente en normas pertenecientes al ordenamiento del Estado (en cuyo caso su conocimiento correspondería al Tribunal Supremo). La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1996, que resuelve un recurso de casación formulado, denunciando como infringidos preceptos del ordenamiento estatal, contra una sentencia de la Audiencia de Zaragoza sobre una cuestión llamada a resolverse con arreglo al Derecho civil aragonés, vino a poner de manifiesto las graves disfunciones que el sistema previsto podía llegar a producir.

Ciertamente, la referida sentencia merecía —y merece— un comentario. Tras ella se ha producido, empero, un acontecimiento cuya trascendencia es todavía difícil de medir. Al reformarse el Estatuto de Autonomía de Aragón por Ley orgánica 5/1996, de 30 de diciembre —se supone que para ampliar nuestro grado de autonomía—, se suprimió la referencia expresa, contenida en el anterior art. 29.1.a), a que la competencia de los órganos jurisdiccionales radicados en Aragón se extendía, «en el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias de Derecho civil foral aragonés». Ahora, en este punto, el nuevo art. 29 —cuyo contenido coincide con el del anterior art. 28— se limita a decir que «el Tribunal Superior de Justicia de Aragón es el órgano jurisdiccional en que culmina la organización judicial en su ámbito territorial y ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales en los términos del artículo 152 de la Constitución y de acuerdo con el presente Estatuto».

A la vista de esta reforma, ¿ha desaparecido la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para conocer de los recursos de casación por infracción de normas civiles aragonesas? Así lo ha entendido el propio Tribunal Superior, además de otros órganos judiciales de Aragón con competencia para conocer en última instancia, los cuales, en diversas resoluciones —que se reproducen en el número anterior de esta *Revista de Derecho Civil Aragonés*¹—, termi-

¹ Cfr. los Autos de 14 de abril de 1997, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (que se refiere al recurso de revisión, pero la problemática es idéntica para

nan remitiendo a las partes al Tribunal Supremo. Aunque —sin duda— palíe sus consecuencias, el problema no queda resuelto por el hecho de que el Tribunal Supremo haya entendido ya (en Auto de 10 de febrero de 1998, que se publica en este mismo número de la *Revista*) que la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para conocer de la casación por infracción de preceptos del Derecho civil aragonés continúa subsistente, pues —como es obvio— tal interpretación jurisprudencial (que no puede calificarse sino como correctora del tenor de las normas) podría cambiar en el futuro.

Desconozco si la aludida reforma del Estatuto se hizo con la intención de privar al Tribunal Superior de Justicia de Aragón de la competencia, que venía ejerciendo pacíficamente, para conocer del recurso de casación por infracción de normas del ordenamiento civil aragonés. Espero que no, y así lo ha supuesto el aludido Auto de 10 de febrero de 1998, de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Lo que es evidente es que, en todo caso, dicha reforma ha generado una grave situación de incertidumbre, por lo que, por mi parte, teniendo en cuenta la esencial función que el ordenamiento español reserva a la casación y que, en las restantes Comunidades con Derecho civil propio, dicho recurso —fundándose en la infracción de sus normas privativas— continúa residenciado, por determinación expresa de sus respectivos Estatutos, ante los correspondientes Tribunales Superiores de Justicia, no dudo en calificar la misma, de entrada, como un grave error político.

No creo equivocarme si digo que en la base del error padecido es más que probable se encuentre un incorrecto entendimiento de cuál sea el valor e importancia del recurso de casación, seguramente inducido por la crisis de éste; crisis a la que no es ajeno el frecuente olvido de tal valor en muchas de las sentencias del propio Tribunal Supremo y que es, por lo demás, reflejo de la propia crisis de la ley —a cuyo servicio nació y subsiste todavía la casación— en el sistema de fuentes. A la hora de abordar los problemas que motivan este comentario, parece procedente, pues, comenzar recordando la función que en nuestro ordenamiento jurídico cumple el recurso de casación.

II. BREVE RECORDATORIO DE LA FUNCIÓN E IMPORTANCIA DE LA CASACIÓN

1. SOBRE EL ORIGEN DEL RECURSO DE CASACIÓN

La casación hunde sus raíces en los fundamentos dogmáticos de la Revolución francesa, esto es, en los principios de racionalidad y suficiencia de la ley y de separación de poderes.

la casación); de 28 de febrero de 1997, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza; y de 4 de marzo de 1997, del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Zaragoza. Se publican todos ellos en la *Revista de Derecho Civil Aragonés*, III (1997), núm. 1, pp. 175 y sigs.

Como explica SANCHO REBULLIDA, para la ideología revolucionaria la única fuente del Derecho es la ley, entendida como el establecimiento *ex novo* de un sistema de reglas inmutables obtenidas deductivamente de unos pocos axiomas teóricos. En esta concepción, la ley carece de lagunas —es capaz de resolver todos los casos posibles— y no precisa, por tanto, de fuentes supletorias. La función del juez, en este planteamiento, es la de aplicar mecánica y automáticamente esta ley completa y perfecta, y sólo eso: cualquier extralimitación de los órganos judiciales —no sólo utilizando alguna clase de regla no legal, sino incluso interpretando la ley— supondría invadir las funciones del poder legislativo y violar, por tanto, el dogma de la separación de poderes.

Este planteamiento ideológico se intentó llevar a la práctica por la Asamblea Nacional francesa a través del sistema del doble *réferé* previsto en el Decreto 16-29 de agosto de 1790. El *réferé legislatif* facultativo autorizaba a los jueces a que, suspendiendo el fallo, pidieran aclaraciones a la asamblea legislativa cada vez que creyesen necesario interpretar una ley o promulgar una nueva para resolver un caso sometido a su decisión; mas si, pese a todo, se dictase una sentencia contraria a la ley o interpretativa de ésta, entraría en juego el *réferé obligatorio*, pudiéndose, a través de la Corte o Tribunal de casación —órgano vinculado, originariamente, no al poder judicial, sino al legislativo—, dejar sin efecto —*casar*— la sentencia.

El sistema, empero, pronto se mostró impracticable. Las solicitudes elevadas por los órganos judiciales para que el legislativo dictase leyes interpretativas fueron, en poco tiempo, ingentes, paralizándose numerosos procesos judiciales sin haberse dictado sentencia.

La única solución posible al problema creado por el dogmatismo originario era, evidentemente, restituir a los jueces la función de interpretar la ley. Y eso es precisamente lo que hizo el Código napoleónico, formulando la regla, no ya como facultad, sino como obligación: así, con arreglo a su artículo 4º, el juez que rehusase juzgar bajo pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, podría ser perseguido como culpable de un delito de denegación de justicia.

Pero, reconocida la insuficiencia de la ley y establecida la obligatoriedad de sentenciar, ¿a qué reglas había de recurrir el juez para resolver los casos no previstos en aquélla? Aunque, a inspiración de PORTALIS, el proyecto de libro preliminar del año VIII afirmaba que, «en las materias civiles, el juez, en defecto de ley precisa, es un ministro de equidad», entendiendo por tal la ley natural o los usos recibidos en silencio de la ley positiva (art. 11), lo cierto es que el *Code* no dio respuesta a aquel interrogante. Sí que lo hicieron, en cambio, otros Códigos posteriores y, entre ellos, el español de 1889, cuyo art. 6º originario, tras establecer en un primer párrafo la regla contenida en el art. 4º del Código francés, dispuso, en un segundo párrafo, que «cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho».

Así las cosas, el recurso de casación subsiste, ligado ya a estas nuevas funciones judiciales, como mecanismo técnico destinado a asegurar la vinculación de los jueces a la ley; pero, a la vez —en estrecha relación con el sistema de fuentes—, atribuyendo al Tribunal que conoce de él una función muy similar a la que ejerció el poder legislativo a través del *réferé legislatif* facultativo. Merece la pena explicar la evolución habida, a este respecto, en la experiencia española.

2. LA CASACIÓN Y LAS FUENTES DEL DERECHO

a) *El monopolio de la ley (1812-1855)*

En la concepción de la Constitución de Cádiz, la única fuente del Derecho es la ley y la función de los jueces y tribunales consiste, exclusivamente, en aplicar ésta en las causas civiles y criminales (cfr. art. 242). La ley se considera perfecta y completa, y capaz de resolver todos los casos posibles. Si acaso hubiera necesidad de interpretar la ley, tal interpretación no compete a los Tribunales, sino a las propias Cortes autoras de la ley (cfr. art. 131.1.²). En este extremo, lo única función posible del Supremo Tribunal de Justicia —previsto en el art. 259— es la de «oír las dudas de los demás tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al Rey con los fundamentos que hubiere, para que promueva la conveniente declaración en las Cortes» (art. 261.10.²). El recurso de nulidad —del que toca conocer al Supremo Tribunal de Justicia y que procede contra las sentencias dictadas en última instancia para el preciso efecto de reponer el proceso, devolviéndolo, y hacer efectiva la responsabilidad personal de los jueces por la falta de observancia de las leyes que arreglan el proceso en lo civil y en lo criminal (cfr. arts. 261.9.² y 254)— no sirve para juzgar la adecuación de las sentencias de última instancia a las leyes sustantivas, sino sólo para asegurar el cumplimiento de los trámites procesales.

Ninguno de los citados preceptos de la Constitución de 1812 está presente en la de 18 de junio de 1837, bajo cuyo imperio se dicta el Real Decreto de 4 de noviembre de 1838, que supuso la efectiva instauración del Tribunal Supremo. De ahí que implique este último Decreto un notable cambio respecto a la concepción de los constitucionalistas gaditanos, al admitirse, en efecto, que el Tribunal Supremo puede interpretar la ley, y de ahí que pueda declarar la nulidad de las sentencias que «fueren contrarias a ley clara y terminante» (art. 3.²). La jurisdicción del Tribunal Supremo es sólo rescindente o de anulación del fallo, debiendo devolver los autos al Tribunal *a quo* para que éste «sobre el fondo de la cuestión determine en última instancia lo que estime justo» (art. 18); mas, en todo caso, la decisión de uno y otro tribunal carece de valor fuera del caso concreto que la motiva y no puede servir como fundamento para ulteriores recursos. Como se ve, se amplía el ámbito previsto por la Constitución de 1812 para el recurso de nulidad, pero es claro que la jurisprudencia sigue sin tener valor

de regla de Derecho, principal o subsidiaria, el cual sigue atribuido en exclusiva a la ley².

b) *La «doctrina legal» como fuente del Derecho supletoria de la ley (1855-1889)*

El nuevo recurso de casación establecido por la Ley de enjuiciamiento civil de 5 de octubre de 1855, reconociendo ya la insuficiencia de la ley para decidir todos los casos necesitados de solución jurídica, procedía tanto cuando la sentencia de última instancia fuese «contra ley» como cuando fuese «contra doctrina admitida por la jurisprudencia de los tribunales» (cfr. arts. 1.012, 1.015, 1.025, 1.059 y 1.060). Por su parte, la Ley de enjuiciamiento civil de 23 de febrero de 1881 dispuso que el recurso de casación podía fundarse en «infracción de ley» o de «doctrina legal».

Según creo, el correcto entendimiento de la expresión *doctrina legal* sólo es posible, en el momento en que aparece en los textos positivos españoles, desde la perspectiva de la superación del legalismo a ultranza propio de los primeros intentos codificadores. Como he indicado, el inicialmente llamado recurso de nulidad responde a la idea de que la ley es perfecta y completa, capaz por tanto de resolver todos los casos posibles sin que el juez pueda interpretarla sino sólo aplicarla automáticamente: no hay en él, consecuentemente, lugar para regla subsidiaria alguna. Sin embargo, en 1855 parece ya superado este planteamiento y se piensa, con realismo, en la necesidad de establecer algún género de regla supletoria que pueda resolver los supuestos no previstos en la ley; y así, la Real Orden de 30 de enero de 1855, que dio nueva organización a la Administración de Justicia en las provincias de Ultramar, admitió el recurso de casación, además de «por violación de ley expresa», por la de «una doctrina legal recibida *a falta de ley* por la jurisprudencia de los Tribunales» (art. 194), siendo este sentido subsidiario de la casación el que pasó a las Leyes de enjuiciamiento civil de 1855 y 1881. En esta última, la doctrina legal parecía identificarse con los *principios* que merezcan tal concepto y las opiniones de los jurisconsultos a las que la legislación del país dé fuerza de ley (art. 1.729, núm. 10, interpretado *a contrario*): en todo caso, se configura —como señala DE CASTRO— como algo distinto de la doctrina jurisprudencial y no es creada por ésta.

Así pues, en las leyes de enjuiciamiento de 1855 y 1881, la *doctrina legal* se concebía, en último término, como una verdadera fuente del Derecho, supletoria de la ley, que no se identificaba con la doctrina de los tribunales, ni siquiera con la emanada del propio Tribunal Supremo. Pero, al corresponder a éste decidir sobre la procedencia del recurso, el mismo Tribunal Supremo identificó desde un primer momento los conceptos de «doctrina legal» y «doc-

² Sin embargo, el Real Decreto de 1838 contribuyó a aumentar la eficacia fáctica de la jurisprudencia al ordenar la publicación en la «Gaceta de Gobierno» de las decisiones del Tribunal Supremo y de las que «dictaren los superiores a quienes se devolviere el conocimiento de los autos anulados».

trina jurisprudencial»; y, al ser competente tanto para anular la resolución impugnada cuanto para dictar una nueva sentencia sobre el fondo, terminó por equiparar aquélla con la emanada de sus propias resoluciones. Pero, en cualquier caso, este planteamiento, justificado en el plano legal por la misión de unificación de la jurisprudencia atribuida por las leyes de procedimiento al Tribunal Supremo (art. 1.782 Lec. de 1881), no implicó un abandono de la función supletoria de la doctrina legal, y así la STS. 28 enero 1878 pudo afirmar que «la doctrina legal útil en casación no es la que, mejor o peor derivada de la ley, crea conveniente cada uno invocar, sino la que se establece por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dada la necesidad de que las cuestiones no queden sin resolución bajo el pretexto o en el concepto de no existir leyes apropiadas al caso o de ser éstas oscuras».

C) *La «doctrina legal» o jurisprudencia del Tribunal Supremo como «complemento» de las normas jurídicas*

El abandono de la función supletoria prevista inicialmente para la *doctrina legal* se produce por virtud de la previsión expresa en el art. 6 del Código civil de 1889 de unas reglas subsidiarias en defecto de ley: «cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido —decía aquel precepto, en regla carente de precedente en el Proyecto de 1851—, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho». El mantenimiento del concepto y de la función que la Lec. de 1881 reservaba a la doctrina legal debiera haber llevado a identificar la infracción de ésta con la de los principios generales del Derecho; sin embargo, la previa equiparación de los conceptos de doctrina legal y doctrina jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal Supremo en los términos explicados³, condujo a subsumir las violaciones de principios generales, a efectos de casación, en la «infracción de ley». De este modo, la doctrina legal quedó definitivamente identificada con la jurisprudencia del Tribunal Supremo; identificación ésta que vino a reconocer expresamente el art. 1.6 del Cc., redactado en la reforma del Título preliminar de

³ Que explica también, dicho sea de paso, la repetida doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de que, «para fundamentar un motivo de casación en la infracción de un principio general del Derecho ha de estar reconocido como tal en la ley o en la jurisprudencia, que debe ser citada expresamente como ineludible exigencia para que pueda ser tenido en cuenta» (sentencia de 12 de junio de 1980, por todas). Como quiera que la Ley de enjuiciamiento civil posibilitaba el acceso a la casación sólo a través de los conceptos de *infracción de ley* e *infracción de doctrina legal*, y que en el primero sólo se entendía incluida la ley en sentido formal, la vulneración de los principios, si no estaban expresamente recogidos en ella, había de denunciarse como infracción de doctrina legal, concepto éste que el Tribunal Supremo identificaba con su propia jurisprudencia. Tras la reforma de la Lec. de 6 de agosto de 1984, constituye motivo de casación cualquier «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate» (actual art. 1.692.4º Lec.), por lo que todos los principios generales del Derecho —siendo como son «normas del ordenamiento jurídico»— pueden servir para fundamentar un recurso de casación. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha insistido en su tradicional —y equivocada, ahora con mayor razón— doctrina en varias sentencias (así, por ejemplo, las de 1 de diciembre de 1989 o 5 de junio de 1992).

1974, al establecer que «la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho», y que encontró definitiva acogida en el art. 1.692.5.^º Lec. (reformado en 1984; ahora, tras la ulterior reforma de 1992, art. 1.692.4.^º), que sustituyó la expresión «doctrina legal» por la más genérica de «jurisprudencia».

Así pues, desde la entrada en vigor del Código civil, es indiscutible que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es fuente del Derecho español. Sin embargo, su trascendencia, en la medida en que su solo desconocimiento por los tribunales de instancia puede servir para que prospere un recurso de casación, no es equiparable a la que puede predicarse de las resoluciones de los restantes tribunales: si, por un lado, el Tribunal Supremo sólo puede interpretar y aplicar las verdaderas normas jurídicas, por otro puede dar lugar a la casación por la sola infracción de su propia doctrina; curioso fenómeno que, a mi juicio, sólo puede explicarse diciendo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo constituye una suerte de interpretación auténtica de aquellas normas. En este sentido, es exacta la afirmación de que la jurisprudencia del Tribunal Supremo *complementa* el ordenamiento jurídico, tal como señala el vigente art. 1.6 Cc.

Se ha producido, así, una cierta vuelta a los orígenes de la casación, correspondiendo ahora al Tribunal Supremo la función interpretativa de la norma que los revolucionarios franceses —y, en España, como ya he indicado, la Constitución de 1812— atribuía al legislativo. La misión del Tribunal Supremo termina siendo similar a la que ejercía el legislativo mediante el sistema del *réferé*.

Mas, sin embargo, todo ello no quiere decir, por supuesto, que la doctrina del Tribunal Supremo deba ser aplicada como si fuese una norma jurídica por los tribunales inferiores y que aquél, en cambio, pueda modificarla en cualquier momento. El hecho de que tanto unos como otro formen parte del poder judicial, y el dogma de la independencia de todos los órganos de éste, lo impide de plano. Pero, en último análisis, sólo esto (además de la cada vez más acusada tendencia del Tribunal Supremo a la aplicación del Derecho *ad casum*, con olvido de la verdadera función de la casación) impide que sus doctrinas reiteradas actúen como verdaderas leyes interpretativas, esto es, como normas de vigencia abstracta y general.

III. LA JURISPRUDENCIA DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN

1. LA CASACIÓN Y EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARAGONÉS

Como resulta de lo hasta aquí explicado, el recurso de casación constituye un mecanismo de integración al servicio de un determinado ordenamiento jurídico. Es a través de él como la jurisprudencia sirve para *comple-*

mentar éste, como dice el art. 1.6 Cc.; y por eso sólo constituyen jurisprudencia, en su más estricto sentido, las resoluciones de los Tribunales llamados a resolverlo, porque únicamente la vulneración de la doctrina contenida en éstas es capaz, por sí sola, de servir para fundamentar un ulterior recurso y provocar la revocación de una decisión judicial de última instancia sin que se impute a ésta vulneración ninguna de las fuentes del ordenamiento mismo.

No resulta difícil de comprender, por ello, cómo la atribución a un determinado Tribunal, en exclusiva, del conocimiento del recurso de casación por infracción de normas de un preciso ordenamiento jurídico, o de la jurisprudencia relativa a él, contribuye decisivamente a dotar de unidad a ese ordenamiento. Si, como ocurre en el caso de los Derechos civiles forales, el ordenamiento en cuestión se presenta formando parte de otro más amplio, la atribución de la competencia para conocer del recurso de casación a un único Tribunal inevitablemente diluye los linderos existentes entre uno y otro.

Se trata, como es obvio, de una cuestión de concepto, independiente de cómo discurran las cosas en la práctica. Puede ocurrir, por supuesto, que la sensibilidad del único tribunal con competencia para conocer de la casación produzca sentencias respetuosas con los Derechos civiles territoriales, y puede ocurrir lo contrario, que la atribución en exclusiva de la competencia para conocer de la casación por infracción de las normas de aquéllos a un tribunal específico no evite la insensibilidad o el desconocimiento por éste de los rasgos esenciales que los cualifican como ordenamientos autónomos. Pero lo que es innegable es que, en todo caso, la jurisprudencia del primero *complementará* el ordenamiento general: el subordenamiento foral también, pero como parte del todo; mientras que la jurisprudencia de un tribunal con esa función específica estará llamada, exclusivamente, a *complementar* el ordenamiento civil foral.

Nada de extraño tiene, pues, que la existencia de un tribunal específicamente llamado a resolver el recurso de casación por infracción de las normas de cada uno de los Derechos civiles territoriales o forales haya sido reivindicación constante⁴ de quienes han sentido y sienten éstos, no como peculiaridades o folklorismos, mera excepción a reglas generales de un hipotético Derecho común o general, sino como verdaderos ordenamientos autónomos, constitutivos, cada uno, de un sistema propio, coherente con una tradición jurídica diversa y regido, por ende, por principios específicos.

⁴ Es buena muestra de ello la Exposición dirigida al Ministro de Gracia y Justicia en diciembre de 1905, por la Real Sociedad Económica de Amigos del País, de Barcelona, acerca de la constitución en Zaragoza de una Sección, Sala o Delegación del Tribunal Supremo a la que «serían sometidos todos los recursos de casación interpuestos en litigios sustanciados en las regiones o provincias aforadas de Cataluña, Aragón, Navarra, Vizcaya y Mallorca, y en que se tratará de cuestiones de derecho civil». Se ha publicado —acertadísimamente— ese documento, cuya lectura resulta imprescindible, en esta *Revista de Derecho Civil Aragonés*, III, núm. 1 (1997), pp. 165 y ss.

2. LA CONSTITUCIÓN Y EL ESTATUTO ARAGONÉS DE 1982. LA «JURISPRUDENCIA FORAL» DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

La Constitución española de 1978 previó la existencia de unos Tribunales Superiores de Justicia en los que, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, habría de culminar la organización judicial en el ámbito territorial de cada Comunidad Autónoma, «todo ello de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del poder judicial y dentro de la unidad e independencia de éste»; estableciendo también que, igualmente sin perjuicio de aquella jurisdicción en toda España y del carácter de órgano jurisdiccional superior del Tribunal Supremo, «las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia» (art. 152.1, párrafos segundo y tercero). Y, aunque esta disposición se estableciera en la Constitución para las Comunidades Autónomas con mayor grado de autonomía, esto es, las constituidas por la vía del art. 151 de la norma fundamental, luego los diversos Estatutos y la misma Ley orgánica del poder judicial ampliaron sus previsiones a todas ellas. Y así, el art. 28 del Estatuto de Autonomía de Aragón dispuso, en efecto, que «el Tribunal Superior de Justicia de Aragón es el órgano jurisdiccional en que culmina la organización judicial en su ámbito territorial y ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales en los términos del artículo 152 de la Constitución y de acuerdo con el presente Estatuto».

Ciertamente, tanto el tenor literal de la Constitución, cuanto la intención de los constituyentes, no hacían prever otra cosa que la sustitución en Aragón —como en las demás Comunidades— de la Audiencia Territorial por un Tribunal Superior de Justicia, con competencia para conocer en última instancia (apelación) de cualesquiera asuntos civiles procedentes de órganos judiciales radicados en su territorio, manteniéndose la exclusiva competencia del Tribunal Supremo para conocer de los recursos de casación, que no son una tercera instancia. Sin embargo, los diversos Estatutos de Autonomía de las distintas regiones con competencia exclusiva sobre su Derecho civil privativo que fueron aprobándose recogieron una interpretación diversa de la Constitución, afirmando que la competencia de los órganos jurisdiccionales radicados en su territorio se extendería, en el orden civil, a los recursos de casación y de revisión relativos a su respectivo Derecho foral. Asumiendo también este planteamiento, el art. 29.1.a) del Estatuto aragonés estableció que la competencia de los órganos jurisdiccionales radicados en Aragón se extendía, «en el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias de Derecho civil foral aragonés». Y la Ley orgánica del poder judicial, de 1 de julio de 1985, vino a sancionar definitivamente esta interpretación al atribuir a las Salas de lo civil y penal de los Tribunales Superiores la competencia para conocer, como Sala de lo civil, «del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas del Derecho civil, foral o especial propio de

la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución» [art. 73.1.a)]; pronunciándose en similares términos para el recurso de revisión [art. 73.1.b)].

Como es evidente, todo ello permitía que el Tribunal Superior, órgano radicado en Aragón del poder judicial único del Estado, creara jurisprudencia —en sentido estricto, esto es, con el mismo valor que la doctrina emanada del Tribunal Supremo— al interpretar y aplicar las normas del Derecho civil aragonés. Todavía el precepto que establece, con carácter general, el valor de la jurisprudencia sigue siendo el art. 1.6 Cc., que se refiere exclusivamente a «la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho»; pero, desde luego, las mismas razones que justifican la atribución por la ley de una especial función a la doctrina emanada del Tribunal Supremo concurrían en la sentada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón cuando interpreta o aplica las fuentes del Derecho civil aragonés: tanto la infracción de una cuanto la de la otra permitía, en sus respectivos casos, interponer el correspondiente recurso de casación «por infracción de jurisprudencia» (art. 1.692.4.^º Lec.). Aunque los preceptos atributivos de la competencia al Tribunal Superior hablan sólo de la «infracción de las normas» del Derecho civil propio, ningún argumento se revela bastante como para impedir el acceso a la casación de la «infracción de la jurisprudencia» que hubiere recaído sobre aquéllas.

IV. LA «JURISPRUDENCIA FORAL» DEL TRIBUNAL SUPREMO

1. INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DEL DERECHO ARAGONÉS POR EL TRIBUNAL SUPREMO

Vigente el texto estatutario de 1982, en el orden de los principios cabía, pues, afirmar que se identificaban los conceptos de «jurisprudencia foral» y doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón al interpretar el Derecho civil aragonés; y la infracción de tal doctrina por los tribunales de apelación sitos en la Comunidad permitía interponer, conforme a las normas procesales generales, el correspondiente recurso de casación por «infracción de jurisprudencia» (art. 1.692.4.^º Lec.) ante el propio Tribunal Superior. Ahora —aun con la zozobra que produce la modificación del Estatuto de Autonomía—, si nos atenemos a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en el Auto, ya citado, de 10 de febrero de 1998, la conclusión debe seguir siendo la misma.

Mas, pese a todo, sigue siendo posible, en determinados supuestos, que quien interprete y aplique el Derecho civil aragonés sea el Tribunal Supremo, en cuyo caso también la doctrina sentada por él ha de ser considerada «jurisprudencia foral», apta para fundar otro recurso de casación ante el propio Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

La distribución de competencias entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia de Aragón se contemplaba, como hemos dicho, además de en el Estatuto, en la Ley orgánica del poder judicial, de 1 de julio de 1985, en la Ley de 28 de diciembre de 1988, de demarcación y de planta judicial, y en la Ley de enjuiciamiento civil, en la redacción de esta última recibida por Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal. Dando por buena la aplicación de estos últimos preceptos al Tribunal Superior de Justicia de Aragón, cabe inducir de los mismos las siguientes conclusiones:

- 1^a Corresponde al Tribunal Superior de Justicia de Aragón conocer del recurso de casación siempre que el mismo se funde en la infracción de normas del Derecho civil aragonés y se interponga contra una sentencia dictada, en última instancia, por un órgano jurisdiccional radicado en Aragón [cfr. art. 73.1.a) LOPJ.]. Si el recurso se funda conjuntamente en la infracción de normas de Derecho civil común y de Derecho civil foral, también corresponde entender de él al Tribunal Superior de Justicia [arts. 54.1.a) de la Ley de planta y 1.730 Lec.].
- 2^a «En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para decidir el recurso correspondiente corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualquiera que sea la materia, el Derecho aplicable y el orden jurisdiccional» (art. 5.4 LOPJ.). Pero «si el Tribunal Supremo, en la decisión del recurso, estimase que no concurre la infracción de precepto constitucional invocada, si además se hubiese fundado en infracciones de normas de Derecho civil, foral o especial, remitirá las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia», quien resolverá sobre la concurrencia o no de estos últimos motivos de casación [art. 54.1.f) de la Ley de planta y 1.732 Lec.].

Pues bien, como hemos indicado, de la precedente normativa se deduce que, ciertamente, no siempre será el Tribunal Superior de Justicia de Aragón quien, resolviendo recursos de casación, interprete y aplique el Derecho civil aragonés: con frecuencia habría de hacerlo el Tribunal Supremo. Así:

- a) En todos los casos en que, siendo éste competente para conocer del recurso de casación (cuando el mismo se funde en infracción de precepto constitucional o infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia: arts. 5.4 LOPJ. y 1.692.3.^º Lec., respectivamente) y, habiéndolo estimado, deba el propio Tribunal Supremo dictar una segunda sentencia resolviendo «conforme a Derecho» —foral, en su caso— (art. 1.715 Lec., al principio) «lo que corresponda dentro de los términos en que aparezca planteado el debate» (art. 1.715.3.^º Lec.); es decir, actuando como Tribunal de instancia.

El dictado de una nueva sentencia sobre el fondo por el Tribunal Supremo, en la que éste habrá de interpretar y aplicar el Derecho civil aragonés, ha de darse siempre que la casación se haya estimado por infracción de un precepto constitucional; pero si el motivo invocado en el recurso de casación fuese la infracción de normas procesales reguladoras de la sentencia y se invocase, además, la infracción de normas forales —o forales y generales— *ex art. 1.692.4.^º Lec.*, habría de conocer de la casación y dictar, en su caso, la segunda sentencia el Tribunal Superior de Justicia: así se deriva de la incondicionada atribución a éste de la competencia para conocer del recurso cuando se fundara en la infracción de normas de Derecho civil propio [art. 73.1.a) LOPJ.] o, conjuntamente, forales y comunes [arts. 54.1.a) de la Ley de planta y 1.730, párrafo primero, Lec.], y de lo dispuesto en los arts. 54.1.b) de la Ley de planta y 1.730, párrafo segundo, Lec., a cuyo tenor «si se preparamasen por la misma parte sendos recursos de casación contra una misma resolución ante la Sala de lo civil del Tribunal Supremo y ante la Sala de lo civil del Tribunal Superior de Justicia, se tendrá el primero de ellos por desistido en cuanto se justifique esta circunstancia». Consecuentemente, únicamente cuando los motivos del recurso encuentren exclusivo acomodo en el primer inciso del artículo 1.692.3^º Lec., corresponde al Tribunal Supremo conocer de aquél y, si lo estimase, habría de dictar una segunda sentencia conforme a Derecho foral.

Por lo demás, la exclusiva concurrencia de los motivos 1.^º y 2.^º del art. 1.692 Lec., o de los comprendidos en el ordinal 3.^º que se refieran a transgresiones o faltas cometidas en los actos o garantías procesales, aunque su conocimiento —no habiéndose invocado la infracción de norma foral o, conjuntamente, foral y común— corresponda al Tribunal Supremo, no permite a éste aplicar el Derecho civil aragonés: la estimación del recurso, en el primer caso, «dejará a salvo el derecho de ejercitarse las pretensiones ante quien corresponda o por el procedimiento adecuado» (art. 1.715.1.^º Lec.); en el segundo, «se mandarán reponer las actuaciones al estado y momento en que se hubiera incurrido en la falta» (art. 1.715.2.^º Lec.) y, por tanto, será la correspondiente Audiencia Provincial la que habrá de volver a decidir conforme a Derecho foral.

- b) Ha de conocer también el Tribunal Supremo, aplicando e interpretando el Derecho aragonés, en todos los casos en que la resolución recurrida proceda de un órgano judicial radicado fuera de Aragón, lo que sucede al menos cuando las partes hayan sometido voluntariamente el litigio a uno de esos órganos; cuando el demandante interponga la demanda ante un juez radicado fuera de Aragón y el demandado no interponga la declinatoria; y cuando la pretensión fundada en una norma aragonesa deba plantearse necesariamente en otro juicio que se tramite ante un órgano jurisdiccional no radicado en Aragón.

**2. LA DISPONIBILIDAD POR EL RECURRENTE DE LOS MOTIVOS DE CASACIÓN.
LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JULIO DE 1996**

Si se tiene en cuenta la función e importancia, ya explicadas, del recurso de casación, así como la concurrencia de los Tribunales Superiores de Justicia con el Tribunal Supremo en su conocimiento, no es difícil apreciar las disfunciones que provoca el hecho —que, por otra parte, parece inevitable— de que la competencia de los primeros o la del segundo dependa del modo en que el recurrente formule los motivos en que funde el recurso, concretamente de las normas cuya infracción denuncie.

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1996⁵ nos sirve para poner de manifiesto esas disfunciones. Para ello, no hace falta entrar a especificar los hechos enjuiciados: basta con decir que el supuesto de hecho que dio lugar, finalmente, a dicha resolución estaba llamado a ser resuelto conforme a las normas del Derecho civil aragonés (conforme al cual, por lo demás, lo había resuelto la Audiencia de Zaragoza), pese a lo cual, a través de sus doce motivos, se denuncian exclusivamente en casación como infringidos preceptos, procesales y sustantivos, pertenecientes al ordenamiento general del Estado.

En el cuarto de los fundamentos de Derecho de la sentencia se relata cómo, ante tales circunstancias, «en el momento procesal oportuno de la tramitación del presente recurso de casación (art. 1.731 Lec.), el Ministerio Fiscal emitió dictamen en el que, en síntesis, exponía que al tener la normativa aplicable y aplicada al presente caso litigioso sus bases fundamentales en preceptos de Derecho foral, entendía que la competencia para conocer de este recurso de casación, conforme al art. 1.730 de la citada Ley, correspondía al Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Ante dicho dictamen del Ministerio Fiscal, esta Sala, en cumplimiento de lo preceptuado en el primero de los artículos antes citados, acordó oír a las partes. La representación procesal de la parte recurrente presentó escrito en el que alegó que todos los motivos de su recurso de casación estaban fundados en supuestas infracciones de normas procesales y de Derecho civil común y de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, a más de considerar también supuestamente infringido un artículo de la Constitución, por lo que entendía que la competencia para conocer de este recurso de casación correspondía a esta Sala. La representación procesal de la parte recurrida no hizo alegación alguna al respecto. Ante la referida manifestación de la parte recurrente, y un vez examinados los doce motivos integradores del recurso, por auto de fecha 13 de enero de 1994 esta Sala Primera del Tribunal Supremo se declaró competente para conocer del presente recurso de casación, pero puntualizando expresamente en dicho auto que ello “supone, lógicamente, que la parte recurrente ha asumido el riesgo de prescindir por completo de las normas de Derecho foral aplicadas en la sentencia recurrida”». Y, en el fundamento de

⁵ Se ha publicado el texto íntegro de esta sentencia en esta misma *Revista de Derecho Civil Aragonés*, III (1997), núm. 1, pp. 285 y ss.

Derecho decimoquinto, la sentencia cita los artículos de la Compilación del Derecho civil de Aragón aplicados por la Audiencia afirmando que «no nos es dable examinar (dichos preceptos) aquí, por lo que ya se dejó dicho en el fundamento jurídico cuarto de esta resolución».

El citado fundamento jurídico decimoquinto de la sentencia, en el que se dilucida el motivo décimo del recurso, es profundamente revelador de la complejidad del problema del que me ocupo. La sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza había declarado probado que el negocio que reivindicaban los actores recurridos era propiedad de los padres del demandado recurrente como bien común o consorcial de los mismos; propiedad del negocio que, al fallecer el padre, con base en lo dispuesto en el testamento mancomunado de ambos esposos y en aplicación de los artículos 60 a 63 y 65 de la Compilación del Derecho civil de Aragón, pasó a la comunidad conyugal continuada existente entre la viuda y los tres hijos del matrimonio. Así, las cosas, el recurrente, a través del indicado motivo décimo, acusa a la sentencia de la Audiencia de haber infringido el párrafo segundo del art. 348 Cc. y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta, por no concurrir ninguno de los requisitos exigidos por ésta para el éxito de la acción reivindicatoria (cfr., por todas, STS. 24 enero 1992). Resulta evidente, empero, que, en cuanto al requisito de la prueba de la propiedad por el reivindicante, esto es, de la existencia en su favor de título de dominio, su apreciación exigía, como hizo la Audiencia, de la aplicación en cascada de normas nítidamente aragonesas: las relativas a la comunidad conyugal, al testamento mancomunado y a la comunidad conyugal continuada. En este punto, el artículo 348 Cc. no operaba, en este caso —como en casi todos—, sino como una pura norma de remisión, de modo que la denuncia de aquél como infringido suponía, en realidad, poner en cuestión la adecuada aplicación por la sentencia de instancia de las normas remitidas. En estas condiciones, me parece dudoso que el rigor de la casación (que obliga al Tribunal a ceñir su juicio a las normas que expresamente se denuncian como vulneradas en la sentencia de instancia) impidiera al Tribunal Supremo dar lugar a la misma, estimando como infringido el art. 348 Cc. y la jurisprudencia que establece la necesidad de probar el dominio para dar lugar a la acción reivindicatoria, por apreciar que, de acuerdo con el Derecho aragonés, el negocio de autos no podía entenderse incluido en la comunidad conyugal continuada formada por la viuda y sus tres hijos (¿no lo habría declarado así si las normas remitidas pertenecieran al ordenamiento estatal?); pero, en todo caso, de lo que no me cabe duda es de que la razón para no entrar en el análisis de las normas aragonesas que aplica la Audiencia para estimar acreditado el dominio de los actores no puede ser otra que ese rigor de la casación, no una inexistente atribución exclusiva y excluyente al Tribunal Superior de Justicia de Aragón de la competencia para interpretar y aplicar el Derecho aragonés. Porque, en efecto, el ordenamiento jurídico español, considerado en su conjunto, es único; y, cuando la resolución de un litigio obliga a aplicar las normas de alguno de los subordenamientos civiles que se integran en él, éstas deben aplicarse.

En mi opinión, pues, articulados los motivos de casación denunciando exclusivamente la infracción de normas pertenecientes al ordenamiento estatal, habrá

de conocer del mismo —como ocurrió en este caso— el Tribunal Supremo; pero si, ello supuesto, la resolución del fondo del asunto requiere hacer uso de normas civiles forales, la aplicación de las mismas —con la consiguiente necesidad de interpretarlas, sentando doctrina sobre las mismas— deviene ineludible.

V. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO . Y DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA SOBRE PRECEPTOS PERTENECIENTES AL ORDENAMIENTO DEL ESTADO

En realidad, admitida la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer del recurso de casación por infracción de normas del correspondiente Derecho privativo, y atendiendo a la lógica del sistema instaurado por la Constitución y los Estatutos, por «normas del Derecho civil foral o especial, propio de la Comunidad» (art. 73.1 LOPJ.), habría que entender, no sólo los preceptos actualmente existentes, consecuencia del ejercicio de la competencia exclusiva de cada una de ellas para la «conservación, modificación y desarrollo» del respectivo Derecho foral (cfr. art. 149.1.8.^a CE.), sino, además, los del ordenamiento del Estado que actuaren como supletorios: todos los que se encuentren, por tanto, dentro del ámbito de competencia de la Comunidad Autónoma, que es el que define los contornos del propio ordenamiento civil. A diferencia de lo que ocurre con las normas civiles estatales de aplicación directa (las que son de competencia exclusiva del Estado, por cubrir campos en que las normas autonómicas no pueden incidir), cuando las normas del Estado se aplican supletoriamente el contexto interpretativo de las mismas viene constituido por el total sistema del Derecho civil privativo, lo que matiza o condiciona notablemente su sentido y alcance.

Me parece, en efecto, que, cuando se estudia el alcance de la competencia de una determinada Comunidad Autónoma en materia de Derecho civil (como, por lo demás, en cualquier otra), se desenfoca la cuestión si se trata de responder tan sólo a la pregunta de sobre qué aspectos o instituciones puede legislar el correspondiente Parlamento autónomo. La competencia de la Comunidad define mucho más que eso: delimita el ámbito del ordenamiento autonómico, dentro del cual son posibles —y, por ende, válidas—, no sólo las normas escritas, sino también las fuentes extralegales de ese ordenamiento, sus normas secundarias o «normas sobre normas», sus criterios de interpretación e integración y, en particular, la fuerza informadora de sus principios propios; todo lo cual afecta, no sólo a los preceptos escritos emanados del órgano que en la Comunidad de que se trate ostente la potestad legislativa, sino también a las normas del Estado que, por situarse dentro del ámbito propio del ordenamiento autonómico —definido por la competencia de la Comunidad en la materia—, hayan de actuar en su caso como supletorios. Así, en el caso concreto del Derecho civil aragonés, cuando el art. 1 de la Compilación afirma que lo constituyen las disposiciones de la misma «inte-

gradas con la costumbre y los principios en que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico», resulta evidente —a mi juicio— que estos últimos tamizan y condicionan la aplicación supletoria del «Código civil y las demás disposiciones constitutivas del Derecho general español»; como también lo es, por ejemplo, que, planteada en Aragón la eficacia de la voluntad de las partes en un contrato sobre el que guarde silencio la Compilación, la regla aplicable será el art. 3.^º de ésta —*standum est chartae*—, y no el art. 1.255 Cc., aunque —por lo demás— el régimen del contrato en cuestión se encuentre, de momento, en este último cuerpo legal de aplicación supletoria.

Entiendo, por ello, que, cuando un Tribunal Superior de Justicia interprete y aplique normas civiles no forales, lo razonable sería entender que su doctrina constituirá jurisprudencia —y podrá fundamentar ulteriores recursos de casación ante el propio Tribunal Superior— cuando aquéllas sean aplicadas como supletorias del correspondiente Derecho foral privativo, esto es, cuando la competencia para la regulación de la concreta materia o institución corresponda a la Comunidad Autónoma; y no, en cambio, cuando se trate de normas dictadas por el Estado en ejercicio de competencias que sólo a él pertenecen. Y, desde luego, tratándose de disposiciones recibidas expresamente por el respectivo Derecho foral, mediante la técnica de las remisiones legislativas estáticas, la doctrina del Tribunal Superior sobre las mismas debe merecer, a todos los efectos, la misma consideración que la que establezca sobre normas propiamente forales. Y el mismo valor habría de concederse a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo cuando, resolviendo cuestiones que —con arreglo al principio de competencia— el correspondiente Derecho foral esté llamado a resolver, interprete y aplique preceptos estatales recibidos por dicho Derecho privativo o supletorios de él; debiendo negarse, en cambio, valor de verdadera jurisprudencia, a efectos del recurso de casación para cuyo conocimiento resulta competente el Tribunal Superior de Justicia, a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo resolviendo litigios cuya solución, con arreglo al criterio de la competencia y a las reglas del Derecho interregional, no corresponda al respectivo Derecho foral, por más que la misma se refiera a preceptos que puedan ser aplicados como recibidos por este último o como supletorios de él⁶.

⁶ La Ley gallega 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial de Galicia, parece pretender que la infracción de doctrina jurisprudencial, como motivo de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se circunscriba a la «que establezca el Tribunal Superior de Justicia o la anterior del Tribunal Supremo»; y, desde una perspectiva no procesal, sino sustantiva, la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco señala, dentro del tratado de las fuentes, que «la jurisprudencia complementará el Derecho civil foral con la doctrina reiterada que establezca la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco al interpretar y aplicar aquél». Uno y otro precepto son, a mi juicio, interpretados literalmente, contrarios a la Constitución. Según creo, todo valor que pueda atribuirse a la jurisprudencia deriva, en último término, de que el Tribunal del que emane tenga jurisdicción, esto es, poder para juzgar; y, siendo así que la del Tribunal Supremo se extiende a toda España (art. 123.1 CE.), me parece evidente que, en los supuestos —en todo caso posibles, según se ha visto— en que dicho Tribunal interprete y aplique normas forales, su doctrina constituirá jurisprudencia, «complementará» el respectivo ordenamiento foral en el sentido del art. 1.6

Parece evidente, sin embargo, que, en la práctica, no resulta posible restringir de esta manera la alegación de doctrina jurisprudencial —tanto del Tribunal Supremo cuanto del correspondiente Tribunal Superior— a efectos de la interposición del recurso de casación para cuya resolución resulten competentes los Tribunales Superiores de Justicia. Es la propia doctrina de éstos la que, ulteriormente, debe dilucidar qué jurisprudencia es asumible y aplicable en el contexto del sistema privativo de que se trate; lo cual, por otra parte, no plantea ningún problema, al no estar vinculado el Tribunal Superior a la doctrina del Tribunal Supremo y no haber posibilidad de recurso alguno ulterior ante este. Bueno sería, pese a todo, que el legislador aragonés —en nuestro caso— se planteara estas cuestiones⁷ en una ley que regulara el recurso de casación foral ante el Tribunal Superior de Justicia, para cuyo dictado es posible invocar, además de la atribución competencial contenida en el art. 35.1.4.^º del Estatuto de Autonomía, el precedente de la Ley gallega 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial de Galicia⁸.

Cc. y su infracción habrá de servir, por tanto, como motivo para fundamentar ulteriores recursos de casación, tanto ante el correspondiente Tribunal Superior cuanto ante el propio Tribunal Supremo. En este punto, me parece que la única restricción posible ha de derivar de la vinculación existente entre la doctrina jurisprudencial y el Derecho que el Tribunal, al establecerla, está interpretando y aplicando: por eso, como he defendido en el texto, entiendo que, en puridad, la opinión del Tribunal Supremo expresada en litigios no forales no debiera servir para fundamentar recursos de casación ante los Tribunales Superiores de Justicia y que, en cambio, aunque no se denuncie como infringido ningún precepto foral, ni tampoco jurisprudencia —del Tribunal Superior o, eventualmente, del Tribunal Supremo— interpretativa de normas de esta clase, sí debería poder conocer de la casación el Tribunal Superior si lo que se denuncia como infringido es, o bien un precepto que haya de actuar como supletorio en el ámbito del ordenamiento de que se trate, o bien la jurisprudencia —aquí también del Tribunal Superior o, eventualmente, del Tribunal Supremo— que lo haya interpretado o aplicado precisamente en tal concepto de Derecho supletorio de ese concreto ordenamiento foral.

⁷ Además de otras que aparecen como muy convenientes, como —señaladamente— la supresión o, al menos, reducción de la cuantía litigiosa para acceder al recurso de casación, requisito que actualmente impide el conocimiento casacional de numerosos asuntos que, pese a su escasa trascendencia económica, tienen un notable interés doctrinal. La supresión del requisito de la cuantía litigiosa [actualmente fijada en seis millones de pesetas: cfr. art. 1.687.1.^º c) Lec.] para acceder a la casación es una medida ya adoptada en la Ley sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial de Galicia [art. 1.^ºa)].

⁸ Como es sabido, dicha Ley fue recurrida de inconstitucionalidad por el Gobierno de la Nación, pero luego —sin duda por razones políticas— éste desistió del recurso. En cualquier caso, aunque no sea fácil determinar sus límites (recuérdese que el art. 149.1.6.^º CE. atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre la «legislación procesal», pero «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas»), me parece claro que las Cortes de Aragón (el art. 35.1.4.^º del Estatuto aragonés atribuye competencia a la Comunidad para dictar normas de Derecho procesal civil «derivado de las peculiaridades de su Derecho sustantivo») pueden legislar sobre el recurso de casación por infracción de las normas del Derecho civil aragonés o de la jurisprudencia recaída sobre el mismo. De la interesante cuestión de las normas autonómicas (supuestamente) inconstitucionales no recurridas por razones políticas, me he ocupado en mi trabajo «La ley de fundaciones canarias y la competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de fundaciones», en Agustín LUNA SERRANO (ed.), *El régimen jurídico de las fundaciones*, Barcelona, 1997, pps. 165 y ss.

VI. LA CASACIÓN EN EL BORRADOR DE ANTEPROYECTO DE NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL

Como he señalado ya, los avatares que, en Aragón, ha sufrido el recurso de casación foral, han de enmarcarse —a mi juicio— en un contexto más amplio, que no es otro que el de la crisis de la casación en general. La acumulación de trabajo en el Tribunal Supremo (que, en sí misma, parece un dato adjetivo), unida a la crisis misma de la centralidad de la ley en el sistema de fuentes, llevan camino de diluir los caracteres con que dicho recurso se ha presentado desde que vio la luz en los albores de la revolución francesa y del Estado de Derecho. Una pieza clave de nuestro sistema jurídico está así, según todo parece indicar, en trance de desaparecer.

Buena prueba de cuanto digo es el ámbito que, para el recurso de casación, prevé el anteproyecto de Ley de enjuiciamiento civil, que —al parecer— algunos visos tiene de terminar integrándose en el Derecho positivo español.

En efecto. El art. 482 de dicho borrador de anteproyecto sólo prevé que puedan recurrirse en casación las sentencias civiles dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales en los casos siguientes:

- 1º «Cuando se hayan dictado para la tutela judicial civil de derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución» (tutela judicial efectiva).
- 2º «Cuando hayan infringido normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del litigio, si incurrieren en contradicción con lo resuelto por el Tribunal Supremo en una o más sentencias pronunciadas en situaciones sustancialmente iguales por razón de los hechos y fundamentos alegados y de las pretensiones deducidas».
- 3º «Cuando hayan infringido normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del litigio, si incurrieren en contradicción con lo resuelto por Tribunales Superiores de Justicia en una o más sentencias pronunciadas al conocer de los recursos de casación que les corresponden, ante situaciones sustancialmente iguales por razón de los hechos y fundamentos alegados y de las pretensiones deducidas».
- 4º «Cuando hayan infringido normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del litigio, si incurrieren en contradicción con lo resuelto por la misma o distinta Audiencia Provincial en una o más sentencias pronunciadas en situaciones sustancialmente iguales por razón de los hechos alegados y de las pretensiones deducidas».
- 5º «Cuando hayan infringido normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del litigio, si dichas normas no llevaran más de cinco años en vigor y no existiere jurisprudencia relativa a normas anteriores de igual o similar contenido»⁹.

⁹ La regulación de la casación en el anteproyecto parece responder a la segunda de las conclusiones avanzadas, a propósito de dicho recurso ante el Tribunal Supremo, en el llamado *Libro*

Por lo demás, quedan fuera de la casación las vulneraciones, en las sentencias de las Audiencias Provinciales, de normas procesales, que podrán dar lugar, según el anteproyecto, a un nuevo «recurso extraordinario por infracción procesal» (cfr. arts. 474 y ss. del anteproyecto) cuyo conocimiento se atribuye a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia.

Dejando aparte la casación en materia de derechos fundamentales (encaminada sin duda a reducir el número de recursos de amparo que se plantean ante el Tribunal Constitucional, pero cuya real eficacia es difícil de valorar), el recurso —como se ve— queda reducido a los casos en que la sentencia impugnada incurra en contradicción con lo resuelto en otra u otras sentencias del Tribunal Supremo, de los Tribunales Superiores de Justicia¹⁰ o de la misma u otras Audiencias Provinciales en casos sustancialmente iguales. La ulterior atribución a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de la competencia para conocer del recurso de casación (art. 483.2 del borrador de anteproyecto) contra las sentencias de «los Tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución» (otra vez aparece este requisito, tan preocupante todavía para Aragón), no altera ese ámbito que, para el recurso en general, predetermina el proyectado art. 482.

blanco de la Justicia, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997 (cuyo contenido fue debatido por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en varias sesiones y aprobado definitivamente el 8 de septiembre de 1997), p. 174: «ha de regularse —se dice en ella—, con independencia de la cuantía, la posibilidad de que las resoluciones tradicionalmente recurribles sean revisables en casación por el Tribunal Supremo cuando versen sobre una cuestión de interés general sobre la que no se haya pronunciado con anterioridad el Tribunal Supremo o la doctrina jurisprudencial sea evidentemente contradictoria, o exista contradicción entre las resoluciones de distintas Audiencias, o se trate de interpretar una legislación nueva. Esta fórmula permitiría conciliar la necesidad ineludible de reducir el número de recursos con la posibilidad de una adecuada formación de jurisprudencia». A mí me parece evidente, sin embargo, que esta conclusión —y la regulación del anteproyecto de Ley de enjuiciamiento civil— es contradictoria con la conclusión primera: «hay que mantener —dice ésta— las funciones tradicionales de la casación española, de modo que se satisfaga tanto el *ius constitutionis* como el *ius litigatoris* y haciendo que el interés casacional sea el criterio esencial para el acceso a la casación». Sin duda, el «interés casacional» concurre siempre en los Derechos civiles territoriales o forales, especialmente necesitados del auxilio de la jurisprudencia para poder sobrevivir con dignidad, sin quedar reducidos a la condición de piezas de museo etnográfico.

¹⁰ Habrá que suponer, entiendo, que del específico Tribunal Superior de Justicia que sea superior jerárquico de la Audiencia provincial que haya dictado la sentencia recurrida, pues lo contrario no tendría el más mínimo sentido. ¿O es que va a ser posible recurrir en casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón alegando que lo resuelto por la Audiencia de Zaragoza, aplicando el Derecho aragonés (o sus normas supletorias), es contradictorio con lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en un caso igual o parecido, aplicando el Derecho catalán (o sus normas supletorias)? Preciso será volver a recordar que los ordenamientos jurídicos aragonés y catalán (o cualquier otro subordenamiento civil) no son intercambiables, ni siquiera cuando, en el contexto de uno y otro, se aleguen o apliquen idénticos preceptos del Derecho general del Estado, supletorio de ambos.

Ello, como es obvio, puede suponer —si se aprueba así— un golpe mortal para la casación foral, reducida como quedaría a una suerte de recurso de uniformación de doctrina que exige la existencia de fallos contradictorios en las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales aragonesas, aplicando éstas el Derecho civil foral de forma diversa en supuestos iguales; o de éstas con las decisiones del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (o, eventualmente, del Tribunal Supremo) también en situaciones sustancialmente iguales. Si la frecuencia y vitalidad de la casación foral en estos años pasados no ha sido en Aragón excesivamente boyante (y no es fácil determinar las causas, aunque todo parece indicar que tienen bastante que ver con ciertos hábitos intelectuales y forenses heredados del pasado), no parece aventurado vaticinar un futuro ciertamente oscuro para la misma si la proyectada reforma se lleva adelante: se extinguirá y perderá su esencial función —vital para la pervivencia del ordenamiento civil aragonés como un sistema autónomo, realmente aplicado como tal en la práctica— por falta de casos que puedan dar lugar a ella. Y, por otra parte, la previsión del art. 482.5.^º del anteproyecto tampoco parece que facilite lo más mínimo el acceso a la casación foral: aunque, como es obvio, son muchas las normas civiles aragonesas sobre las que no existe jurisprudencia en sentido estricto (ni del Tribunal Superior, ni del Tribunal Supremo), el requisito de que las mismas no lleven más de cinco años en vigor (sencillamente ridículo aplicado a los Derechos civiles territoriales, al menos si nos creemos la raíz histórica de éstos y la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 88/1993, de 12 de marzo, y 156/1993, de 6 de mayo) impedirá casi siempre —y, muchas veces, para siempre— la formación de verdadera doctrina jurisprudencial.

VIII. A MODO DE CONCLUSIÓN

El panorama descrito en las páginas precedentes —que no quisiera pudiera parecer excesivamente pesimista— exige, según creo, una reacción inmediata. Sería lamentable que un sueño tan largamente perseguido por quienes, durante generaciones, han sentido nuestro Derecho civil como esencial signo distintivo de la personalidad diferenciada de Aragón, se evaporara, después de alcanzado, a causa de una penosa sucesión de errores, propios y ajenos. Por eso —sumándome a voces mucho más autorizadas que la mía¹¹— me atrevo a urgir a los poderes públicos aragoneses para que, tomando conciencia de la

¹¹ Véase, en particular, la Resolución del Justicia de Aragón de 18 de marzo de 1997, instando a las Cortes de Aragón «para que articulen el procedimiento parlamentario adecuado a fin de proceder a la aprobación con carácter de urgencia y del modo más consensuado posible de una propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón en la que se incluya el contenido del antiguo artículo 29 del Estatuto, para su tramitación ante las Cortes Generales» [*Revista de Derecho Civil Aragonés*, III (1997), núm. 1, pp. 182 y 183].

importancia del problema —no menor por el hecho de que sus consecuencias sólo puedan apreciarse a largo plazo—, impulsen una reforma del Estatuto que no deje lugar a dudas sobre la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para conocer del recurso de casación por infracción de las normas civiles aragonesas y de la jurisprudencia que las hubiere interpretado y aplicado; para que, igualmente, hagan oír enérgicamente su voz, ante quien corresponda, para que la proyectada reforma de la Ley de enjuiciamiento civil no extinga, por asfixia o inanición, el futuro de la casación foral; e, incluso, para que, en un posterior momento —y siguiendo el camino ya emprendido por la citada Ley gallega 11/1993, de 15 de julio, sobre el recurso de casación en materia de Derecho civil especial de Galicia—, aprueben una ley reguladora de la casación foral (para lo cual no me cabe duda de que las Cortes Aragonesas son competentes *ex art. 35.1.4.^o* del Estatuto de Autonomía) que facilite la creación de una jurisprudencia que en verdad complemente el ordenamiento jurídico civil aragonés (cfr. art. 1.6 Cc.) y, de paso, lo revitalice y adapte permanentemente a nuestra realidad social.

INDICACIÓN BIBLIOGRÁFICA

La bibliografía existente sobre la jurisprudencia y, en particular, sobre el recurso de casación (también, en los últimos años, ante los Tribunales Superiores de Justicia), es muy abundante, y me parece poco útil reseñarla aquí. Las reflexiones que contiene este trabajo siguen sustancialmente las ideas que expuse hace algunos años en mi *Curso de Derecho civil navarro*, I, *Introducción y parte general*, Pamplona, 1990, pp. 172 y ss., donde puede consultarse una amplia selección bibliográfica (pp. 197 y 198). Para el protagonismo del propio Tribunal Supremo en la crisis actual de la casación, resulta esclarecedor el excelente trabajo de Miguel PASQUAU LIANO, «Código, doctrina y jurisprudencia civil. Reflexiones sobre el deterioro de la función jurisprudencial del Tribunal Supremo», *Anuario de Derecho Civil* (1995), pp. 1.089 y ss. Por lo demás, la cita de Francisco SANCHO REBULLIDA lo es de su trabajo «Los principios generales del Derecho», en *Estudios de Derecho civil*, I, Pamplona, 1978, pp. 41 y ss.; y la de Federico DE CASTRO de su *Derecho civil de España*, I, Madrid, 1949 (reimp. Madrid, 1984), pp. 503 y ss.

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL CONCEPTO «ESPECIALIDAD PROCESAL» DEL ARTÍCULO 149.1.6.^o DE LA CONSTITUCIÓN

MAURICIO MURILLO Y GARCÍA-ATANCE
Magistrado

Si por especialidad, etimológicamente, entendemos que es la cualidad de lo singular o particular, de aquello que se diferencia de lo común, ordinario o general, siguiendo la definición del profesor Prieto Castro¹, la especialidad procesal tiene que venir a garantizar la aplicabilidad del derecho especial en que consiste el derecho civil especial o foral, en un doble sentido: a- posibilitando su aplicación con la flexibilización de las rigideces procesales; b- garantizando su aplicación cuando fuere menester ante la indefinición que consagran los artículos 1730 de la ley de Enjuiciamiento Civil y 484.3 del Borrador de la nueva ley Procesal, de lo que se tratará más adelante.

En cuanto a especialidad procesal, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 121/1992, de 28 de septiembre (Fundamento jurídico 4º), ha venido a establecer que las innovaciones procesales que las Comunidades Autónomas pueden realizar no se extienden a la regulación de «la defensa jurídica de aquellos derechos e intereses que materialmente regulen, pues con la expresión “necesarias especialidades”, la Constitución tiene en cuenta tan sólo las que inevitablemente se deduzcan, desde el punto de vista de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del derecho creado por la propia Constitución». En el mismo sentido se pueden citar las sentencias de idéntico Tribunal 83/1986, de 26 de junio y 123/1988, de 23 de junio (ambas en su Fundamento jurídico 2º).

¹ Define PRIETO CASTRO el recurso de casación, como un medio de impugnación de resoluciones definitivas, normalmente dictadas en apelación, mediante el cual se someten al conocimiento de un Tribunal superior, a fin de que por el mismo sea examinada la aplicación del derecho objetivo efectuada por el inferior y su actuación procesal.

A modo de ejemplo, y siguiendo con la citada Sentencia del T.C. 121/1992, y recogido en el escrito de formalización del recurso de inconstitucionalidad contra la ley procesal gallega, se expresa al considerar determinadas particularidades procesales establecidas por el legislador autonómico en la ley de la Generalidad Valenciana 6/1986, de 15 de diciembre, sobre arrendamientos históricos, que «de las particularidades del régimen sustancial y de la especificidad del arrendamiento histórico valenciano no deriva ninguna necesaria especialidad de la ordenación de las vías procesales y de la defensa judicial de los derechos y deberes derivados de esa relación arrendaticia, de manera que la competencia autonómica para legislar sobre estos arrendamientos no conlleva una competencia legislativa de carácter procesal para establecer una regulación singular de ordenación del proceso» (Fundamento jurídico 4º).

Se ha expuesto que la regulación procesal de las particularidades sustanciales del derecho civil propio debe ir encaminado en un doble sentido: el primero, flexibilizando las rigideces procesales del actual recurso de casación, y el segundo concretar la indefinición legal que consagra el artículo 1.730 de la ley de Enjuiciamiento y el 484.3 del Borrador de la nueva ley.

La primera cuestión de las planteadas debe estudiarse también en un doble aspecto: el primero de *lege data*, con el actual articulado de la ley de Enjuiciamiento Civil, y el segundo de *lege ferenda*, a la vista del articulado del borrador.

De *lege data* y en referencia a lo dispuesto en el artículo 1687 de la ley de Enjuiciamiento Civil, con mantenimiento del contenido del vigente 1692 de la misma ley, si hemos partido de la base de que el Derecho aragonés es especial, y por lo tanto debe garantizarse su aplicación, puede propugnarse que la casación foral no se restrinja tan sólo a los juicios declarativos de mayor y menor cuantía, sino también a los de cognición y verbales, es decir que no haya un límite en razón de la cuantía litigiosa, máxime cuando cualquier institución foral puede instrumentalizarse a través de cualquiera de los cuatro procedimientos reseñados. Lo propugnado puede considerarse como especialidad procesal que garantiza la aplicación de instituciones particulares del derecho propio, que como tal también lo es.

De *lege ferenda*, el artículo 483.2 del borrador del Proyecto de la nueva ley de Enjuiciamiento Civil, solventa la cuestión pues permite el recurso de casación contra las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales «cuando con infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de litigio, se resolviere en contradicción con lo resuelto en otra u otras sentencias de Audiencias Provinciales en situaciones sustancialmente iguales por razón de los hechos y fundamentos alegados y de las pretensiones deducidas». Ya no existe el límite de la cuantía litigiosa, ni la necesidad de que la pretensión litigiosa se sustancie por la vía del procedimiento declarativo de mayor o de menor cuantía, pero la solución ofrecida plantea problemas.

Efectivamente, si el supuesto previsto se contrae a sentencias divergentes que se pronuncian en cualquiera de las Audiencias Provinciales de Aragón, supuesto, por otro lado, más lógico, no se plantean problemas, pues por aplicación de lo dispuesto en el artículo 484 del borrador, el competente para conocer del recurso de casación será el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en su Sala Civil y Penal. Si el caso se plantea en sentencias divergentes de Audiencias Provinciales de la misma Comunidad Autónoma, pero que no es la aragonesa, sino otra, la competente para conocer del recurso de casación será la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pues lo que resuelve no es derecho civil especial o foral de esa concreta Comunidad Autónoma. Si la circunstancia expuesta se refiere a sentencias divergentes de Audiencias de distinta Comunidad Autónoma, el recurso de casación lo conoce expresamente el Tribunal Supremo, pues conforme a la jerarquía territorial de los órganos jurisdiccionales regulada en la ley orgánica del Poder Judicial, y a la que remiten los artículos 117.3, 122.1 y 152.1 párrafos 2º y 3º de la Constitución², se establece que los Tribunales Superiores de Justicia de la Comunidad Autónoma culminarán la organización judicial en el ámbito territorial de aquélla, sin perjuicio de la jurisdicción del Tribunal Supremo (artículo 70 L.O.P.J.), y las Audiencias Provinciales extenderán su jurisdicción a toda la provincia (art. 80.1 L.O.P.J.). Por ello no puede someterse a un Tribunal Superior de Justicia de Comunidad distinta a la de éste, la resolución de una cuestión de derecho civil propio dictada por Audiencia ajena a ese territorio. Por ello y por aplicación del artículo 123 de la Constitución, en el supuesto indicado, será la Sala Civil del Tribunal Supremo quien decida sobre la cuestión, pues la misma es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, y con jurisdicción en toda España.

² Art. 117.3 C.E.:

«El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.»

Art. 122.1 C.E.:

«La ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales así como el estatuto jurídico de los Jueces y magistrados de carrera que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia.»

Art. 152.1, párrafos 2.º y 3.º:

«Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma. En los Estatutos de las Comunidades Autónomas podrán establecerse los supuestos y las formas de participación de aquéllas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio. Todo ello de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y dentro de la unidad e independencia de éste.»

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 123, las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia.»

Los dos últimos supuestos indicados, si no frecuentes, no son por ello imposibles, ya que conforme al artículo 14 del Código Civil la sujeción a derecho civil común o al especial foral se determina por la vecindad civil, lo que implica que no perdiendo ésta, la persona lleva incorporado su derecho propio, pudiendo plantearse situaciones que deben resolver órganos judiciales radicados en territorios distintos al que posee ese concreto derecho civil especial o foral³, ya que la ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo 63.1 va a determinar la competencia del juez del domicilio para conocer de las demandas sobre estado civil, v. gr.

La solución no es fácil, pues aunque como digo las situaciones de este tipo no serán frecuentes, pasan por una reforma constitucional (art. 152) y de la ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 70,71 y 73), por la que se otorga competencia para conocer de los recursos de casación en materia foral, en todo caso, a los Tribunales Superiores de Justicia radicados en territorio con derecho civil especial propio, aunque las causas se sustancien fuera del mismo. Pero como digo, la superación del criterio de territorialidad que imbuyen y determinan nuestras leyes para determinar la competencia de nuestros juzgados y tribunales lo que implica la competencia funcional del órgano superior territorialmente determinado, no va a ser tarea fácil, pero en aras de la mejor y mayor aplicación del derecho civil especial o foral, cualquiera que sea, debe propugnarse la superación del automatismo expuesto de la competencia funcional por razón territorial, en favor del tribunal radicado en territorio con especialidades jurídicas propias, como es el derecho foral.

Así, y con todo, se pueden seguir planteando problemas, pues el derecho civil propio puede no contener especialidades propias. El caso sería el siguiente: el artículo 128 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón establece que la sucesión abintestato se defiere, en primer lugar, conforme a los artículos 931 y 934 del Código Civil. La pregunta que se plantea es si los citados artículos del Código Civil son derecho civil aragonés por esa remisión que hace la Compilación o no. La respuesta parece ser negativa, pues si la Compilación remite al Código Civil, reconoce la virtualidad en el ámbito propio de una legislación que podemos llamar «extraña», y no implica ninguna especialidad, lo que puede dar lugar a que no se aplique ni se haga referencia a la Compilación, a su artículo 128, y se apliquen sin más los artículos del Código Civil, cuestión que también tendrá importancia a la hora de terminar la instancia casacional: Tribunal Supremo o Tribunal Superior de Justicia. Si esas normas, a las que se remite la Compilación, queremos hacerlas propias, y por lo tanto de aplicación para determinar la competencia casacional del Tribunal

³ Respecto al problema expuesto véase la ponencia dictada por Cecilio SERENA VELLOSO, «La Vecindad Civil», en las Actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, *El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 1992.

En el mismo sentido y en cuanto a la prueba de la vecindad civil, como addenda a la citada ponencia y en la misma publicación, véase lo publicado por Mauricio MURILLO GARCÍA-ATANCE.

Superior de Justicia, existe una técnica legislativa que permite tal artimaña procesal: incorpórese a la Compilación el contenido de esos artículos del Código Civil, al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.^º de la Constitución por el que las Comunidades Autónomas pueden conservar, modificar y desarrollar sus respectivos derechos civiles especiales o forales. Al ser de aplicación el Derecho civil aragonés, en todo caso, la competencia casacional del Tribunal Superior de Justicia va a quedar claramente determinada.

Dentro del concepto especialidad procesal, a la que antes se ha aludido, hay una segunda acepción, cual es la de concretar la indefinición legal que consagra el artículo 1730 de la ley de Enjuiciamiento Civil y 484.3.^º del borrador⁴.

La cuestión que se plantea en este punto es similar a la anterior, siendo las cuestiones de *lege data* y de *lege ferenda* idénticas en su planteamiento y propuestas de solución. Puede ocurrir, y ello dependerá del interés y habilidad del abogado que recurre en casación, por intereses dilatorios principalmente, o por los que fueren, que se fundamente el recurso por infracción de una norma de derecho común al objeto de determinar la competencia casacional de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, o viceversa, en norma de derecho civil especial para determinar la competencia del Tribunal Superior de Justicia, lo que indirectamente implica elección del órgano casacional. Puede ocurrir también que se dicte una jurisprudencia no pedida sin denuncia expresa en el motivo de casación. Sería el caso de aplicar normas distintas (civiles comunes en vez de forales) a las dictadas en primera o segunda instancia, con el resultado de no aplicación del derecho foral. Así pueden citarse una serie de sentencias del Tribunal Supremo como las de 28.1.1986, 27.12.1993, 12.6.1995, 2.2.1995, 18.10.1985, 13.5.1983, 21.3.1985, 21.5.1985, 27.10.1988, 5.2.1990, 20.12.1988, 9.9.1991, 17.7.1992, 2.6.1981, 15.7.1983, 17.3.1987, 8.10.1988, 8.2.1991, por citar algunas de ellas.

Se plantea el problema de determinar si la competencia funcional en la designación del órgano casacional (Tribunal Supremo o Tribunal Superior de Justicia) debe venir determinada por la foralidad o no de la norma o la foralidad o no del motivo.

⁴ Art. 1.730 Ley de Enjuiciamiento Civil, párrafo 1.^º:

«Cuando el recurso de casación se fundamente conjuntamente en infracción de norma de Derecho civil común y de Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad, corresponderá entender de él a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma, excepto si se fundamenta en la infracción de un precepto constitucional, supuesto en que la competencia corresponderá a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.»

Art. 484, párrafo 3.^º, incluye un precepto que no es idéntico al cambiar tan sólo el verbo «corresponderá» por el de «conocerá». Se incluye además un párrafo 4.^º, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Las reglas del apartado anterior se aplicarán también cuando se hubieren preparado, por distintos litigantes, varios recursos de casación contra una misma sentencia, tomando en consideración, conjuntamente, todos los motivos de casación que hubieran sido anuncios en los diferentes recursos.»

La solución debe venir determinada por una doble vía. La primera, a la que ya se ha hecho referencia, vendría determinada en la incorporación de las normas de derecho civil común el Derecho civil foral, haciendo unos códigos, o un código general y extensivo donde quepa lo menos posible la aplicación del derecho civil común, la cual siempre será con carácter supletorio, y la segunda vía por la regulación adecuada e interpretación adecuada del artículo 1.694 de la ley de Enjuiciamiento Civil (485 del borrador).

Lo que se plantea es importante, cara también a determinar conforme al art. 483.2 del borrador, cuando las sentencias divergentes son sustancialmente iguales por razón de los hechos y fundamentos alegados y las pretensiones deducidas. Si dejamos que esto lo hagan únicamente el Tribunal Supremo, o el Tribunal Superior de Justicia, en el trámite de admisión del recurso, las posibilidades de recurrir en casación se multiplicarían de tal manera que se convertiría el recurso de casación en una tercera instancia, como desgraciadamente de facto lo es.

Siguiendo a Francisco MARÍN CASTÁN⁵ en relación al trámite de admisión del recurso, se plantea el problema de si la Audiencia al decidir si tiene o no por preparado el recurso de casación, carece o no de facultades para examinar la motivación del recurso, a los efectos de admitir el mismo, cuestión que parece únicamente vedada a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o a la del Tribunal Superior de Justicia (art. 1.710.1, Regla 2.^a, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 487 del borrador). Se propugna que las Audiencias Provinciales (o el Juez de 1.^a Instancia, caso de la casación per saltum, omitida en el borrador de la nueva L.E. Civil), tengan determinadas facultades de control, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 944.2 de la L.E. Civil, por el que «contra el fallo de la Audiencia no se dará recurso alguno». Efectivamente, el autor citado, que a su vez cita a SERRA⁶ y a GONZÁLEZ CUÉLLAR⁷, argumenta que las Audiencias pueden cortar de raíz, en fase de preparación, los recursos que se formulen con manifiesto abuso de Derecho o en fraude de la ley Procesal, y además, claro está, la del artículo 1710.1.3.^a de la L.E. Civil por el Tribunal Supremo en fase de admisión; todo ello sobre la base y facultad potestativa que otorga el artículo 11.2 de la L.O.P.J.⁸.

⁵ MARÍN CASTÁN, Francisco, «Resoluciones recurribles y no recurribles en casación», *Cuadernos de Derecho Judicial. C.G.P.J.* Madrid, 1995.

⁶ SERRA DOMÍNGUEZ, *Comentarios a la reforma urgente de la ley de Enjuiciamiento Civil* (obra colectiva coordinada por CORTÉS DOMÍNGUEZ), Madrid, 1985, y «Del recurso de casación» en *La reforma de los procesos civiles* (obra colectiva coordinada por MONTERO AROCA), Madrid, 1993, síntesis de la anterior adaptada a las reformas introducidas por la ley 10/1992.

⁷ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, *Apelación y casación en el proceso civil* (conjunta con GARBERI LLOBREGAT), Madrid, 1994.

⁸ Artículo 11.2 de la ley Orgánica del Poder Judicial:

«Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.»

Tal postura doctrinal es coincidente con la jurisprudencia, y así, además de ser irrecubrables los citados Autos⁹ (artículo 944.2 L.E. Civil), el Tribunal Supremo, consciente de que una excesiva limitación de las facultades de control de las Audiencias puede generar el riesgo de dilaciones indebidas por recursos abusivos o fraudulentos que irían contra el derecho a la ejecución contemplado en los artículos 118 de la Constitución¹⁰ y 18.2 de la ley Orgánica del Poder Judicial¹¹, matiza frecuentemente ese criterio general puntuizando que podrá denegarse la preparación de la casación cuando el Auto, por su propia naturaleza, no pueda incurrir en extralimitación alguna en relación con lo ejecutoriado, o se advierta en el recurrente un manifiesto propósito abusivo. Así, se han declarado irrecubrables el auto que desestima súplica contra providencia que ordena cumplir lo resuelto por el Tribunal Supremo —ATS 13 de mayo de 1993 (880/1993 Q)—, el que resuelve si la ejecución debe entenderse o no por solicitada —ATS 3 de mayo de 1995 (322/1995 Q)—, el que rechaza suspender la ejecución —ATS 29 de septiembre de 1994 (1573/1994 Q)—, el que acuerda tener por parte a un procurador en fase de ejecución —ATS 4 de noviembre de 1993 (2056/1993 Q)—, el que ordena presentar liquidación —ATS 28 de marzo de 1995 (533/1995 Q)—, o, en fin, el que deniega la personación en ejecución, del cónyuge del litigante condenado —ATS 28 de febrero de 1995 (282/1995 Q)—.

Ante lo expuesto, ¿qué problema puede plantearse, si el Juez o Tribunal ante la preparación del recurso de casación, conocedor del contenido de la resolución que se recurre, ante el Tribunal Supremo o Tribunal Superior de Justicia, por auto en el que tenga por preparado el recurso, determina qué órgano es el competente para conocer del mismo?, todo ello por supuesto sin perjuicio de la facultad de admisión o inadmisión del recurso por el Tribunal al que se dirija (artículo 1.710 de la ley de Enjuiciamiento Civil y artículo 487 del borrador).

El argumento es lógico, si de lo que se trata es evitar cualquier abuso, derivado de la elección del órgano casacional con la elección de la norma que se estime más adecuada, sobre la base de que el proceso es orden público y no

⁹ Los citados autos se refieren a los que se limitan a la nueva fijación de cantidades. STS. 6.10.1992 y AATS 21.7.1994, 7.12.1994.

¹⁰ Artículo 118 de la Constitución:

«Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto.»

¹¹ Artículo 18.2 L.O.P.J.:

«Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización.»

está en la disponibilidad de las partes el emplearlo para expúreos intereses, el Juez o Audiencia está legitimado para tenerlo por preparado ante el órgano casacional que estime correcto, al ser órgano imparcial e independiente que debe velar por el cumplimiento de la ley, independientemente del órgano que pretenda la parte recurrente.

Lo expuesto, si la norma lo recogiera expresamente, sería lo mejor, pero cabe la vía interpretativa por los propios argumentos expuestos, ya que la jurisprudencia del Tribunal Supremo citada permite que la Audiencia o Juez indaguen en la preparación del recurso de casación al objeto de evitar abusos encaminados a convertir el recurso de casación en una tercera instancia y al objeto de ganar tiempo; circunstancias que constituirían un claro fraude de ley y que permitirían al Juzgado tomar medidas que impidan la persistencia en el abuso¹².

¹² Artículo 7.2 del Código Civil:

«La ley no ampara el abuso de Derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobreponga manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso.»

EL PRIVILEGIO DEL HOSPITAL DE NUESTRA SEÑORA DE GRACIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO E INTERREGIONAL¹

M^a ELENA ZABALO ESCUDERO
Catedrática de Derecho Internacional Privado

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. ORIGEN Y SENTIDO DEL PRIVILEGIO. — II. LA SUCESIÓN EN AUSENCIA DE PARIENTES LEGALMENTE LLAMADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. — III .EL ÚLTIMO GRADO EN EL ORDEN DE SUCEDER EN EL DERECHO INTERREGIONAL: 1. EL PLURALISMO EN LA REGULACIÓN DEL CIERRE DEL ORDEN SUCESORIO. — 2. DERECHO APLICABLE: ARTÍCULO 9.8 DEL CÓDIGO CIVIL Y ARTÍCULO 136.BIS DE LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE ARAGÓN: 2.1. *Artículo 9.8 del Código Civil: el mecanismo conflictual.* — 2.2. *El artículo 136 bis de la Compilación: norma material autolimitada.* — CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN. ORIGEN Y SENTIDO DEL PRIVILEGIO

Este trabajo va dirigido al análisis del ámbito espacial del derecho, que recibiera la calificación de «simpático privilegio»², de un establecimiento de beneficencia aragonés, que encierra una historia de casi cinco siglos, y que fue fun-

¹ Estudio realizado en el marco del proyecto financiado PB95-0820 de la Dirección General de Enseñanza Superior.

² J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. VI, v. 3, *Derecho de sucesiones*, 1978, p. 238.

dado por Alonso V el Magnánimo en 1425³. Perseguía fines de caridad y beneficencia general, como expresara MUÑOZ SALILLAS en la III Semana de Estudios de Derecho Aragonés en 1944, y «en cierto modo universal, si se tiene en cuenta que en ella encontraban amparo todos los seres desgraciados, sin preguntarles ni su Nación, ni sus creencias, justificando así el lema escrito en el frontispicio del Establecimiento y que ha perdurado a través de los siglos, como símbolo de caridad inagotable de una época, de la elevación de pensamiento del Aragón de la Edad Media: *Domus infirmorum, Urbis et Orbis*, «Casa de los enfermos, de la Ciudad y del Mundo»⁴.

Esta cita textual resulta suficientemente expresiva de los fines de dicha institución, que ha estado llamada a acoger a cualquier enfermo sin ninguna otra condición⁵. Ello explica asimismo el «privilegio» que fuera concedido en las Cortes de Aragón de 1626 y que ha llegado hasta nuestros días, a través del Apéndice foral y de la Compilación de Derecho Civil de Aragón⁶.

³ Sobre el Hospital, A. FERNÁNDEZ DOCTOR, *El Hospital Real y General de Nuestra Señora de Gracia en el S. XVIII*, Zaragoza, 1987. Sobre sus privilegios: J. MUÑOZ SALILLAS, «Privilegios a favor del Hospital Provincial de Nuestra Señora de Gracia», *Anuario de Derecho Aragonés* 1944, pp. 145 y ss., y J. L. MERINO HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 136 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXXIV, 1988, pp. 132 y ss.

⁴ J. MUÑOZ SALILLAS, *op. cit.*, p. 149.

⁵ A. FERNÁNDEZ DOCTOR *op. cit.*, p. 203: Según las Ordinaciones de 1655 «todos los pobres enfermos así hombres como mujeres de cualquier nación que vinieran a esta Santa Casa...» y p. 248: en el Hospital, como ya hemos dicho, se recibían locos de todos los Reinos y países de donde los traían sin distinción alguna. Sólo se exigían las certificaciones de pobreza y de locura..., p. 250: si estas justificaciones procedían de fuera de Aragón era necesario que estuvieran firmadas y legalizadas por dos Escribanos.

⁶ Fuero de 1626 (Fueros y Observancias y Actos de Cortes del Reino de Aragón, t. 2.^o, p. 393): «Que el Hospital de Nuestra Señora de Gracia de la Ciudad de Zaragoza tenía el derecho de suceder abintestato a los enfermos y dementes, hombres y mujeres, que murieran en él sin dejar parientes dentro del cuarto grado, tanto en los bienes muebles como en los sitios que no fueran vinculados».

Apéndice foral de 1925. Artículo 42: No obstante lo dispuesto en los precedentes artículos subsistirá a favor del Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza, la facultad que le fue concedida por acto de Cortes de 1626, de suceder abintestato en toda clase de bienes muebles e inmuebles que no estén sujetos a recobro o reversión, a los enfermos y a los dementes que fallezcan en el establecimiento o en las casas de alienados que de él dependan, cuando no dejen descendientes, hermanos ni otros parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Compilación de 1967. Art. 136 (redacción originaria): En los supuestos del artículo anterior, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza heredará abintestato a los enfermos que fallezcan en él, o en establecimientos dependientes, sin dejar cónyuge ni parientes en línea recta o colateral hasta el cuarto grado.

Compilación art. 136 bis (introducido en la reforma hecha por Ley de las Cortes de Aragón de 29 de marzo de 1995): 1. En los supuestos del artículo anterior, el Hospital de nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza será llamado con preferencia, a la sucesión intestada de los enfermos que fallezcan en él. 2. Previa declaración de herederos, la Diputación Provincial de

El referido privilegio consiste en el derecho del Hospital a heredar, en la sucesión abintestato, de los enfermos fallecidos en él, en ausencia de otros herederos legalmente llamados. El Fuero delimitaba expresamente el grado de parentesco necesario para que, en su ausencia, el Hospital pudiera ser heredero, siendo el cuarto grado y abarcando la herencia tanto bienes muebles como sitios. Así se recogió en el Apéndice Foral, coincidiendo posteriormente con la limitación de grado en la sucesión intestada que fuera establecido en el Código Civil por Real Decreto de 13 de enero de 1928, que hizo pasar del sexto grado al cuarto. A pesar de ello, el límite del cuarto grado se mantiene en el artículo 136 de la Compilación de 1967, desapareciendo, sin embargo, la referencia al grado de parentesco, en la reforma introducida por la ley de las Cortes de Aragón de 29 de marzo de 1995⁷, que ubica el histórico privilegio en el nuevo artículo 136 bis de la Compilación. Por ello, en la redacción vigente el límite de grado se desiere de la remisión al Código que hace el artículo 135 de la Compilación en cuanto al orden de suceder, en cuyo defecto se declara el derecho a suceder de la Comunidad Autónoma Aragonesa (art. 136), y en su caso, el del Hospital (136 bis), y no de la propia norma.

El derecho a suceder del Hospital, cuya titularidad ostenta actualmente la Diputación Provincial de Zaragoza⁸, se configuró ya en su origen como un privilegio, como una solución propia de reconocimiento y contraprestación a una función benéfica y asistencial, como una excepción a la sucesión, que en otras circunstancias hubiera correspondido al Estado, o en el Estado actual de las Autonomías, a algunas Comunidades Autónomas cuya legislación propia llama a suceder en defecto de parientes⁹.

Es precisamente la aplicación del actual artículo 136 bis de la Compilación aragonesa, en el marco del complejo panorama que actualmente se deriva de la competencias autonómicas en materia de legislación civil (art. 149.1.8 de la Constitución), lo que se pretende analizar a través de este estudio o, en otras palabras, la aplicación del histórico privilegio en el actual sistema de Derecho Interregional.

Zaragoza destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital.

⁷ BOA n.º 43, de 10 de abril de 1995, y BOE n.º 101, de 28 de abril de 1995.

⁸ J. L. MERINO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 136: En realidad, y como quiera que el Hospital carece de personalidad jurídica, en la práctica tal sucesión se desiere a favor de la Diputación Provincial de Zaragoza.

⁹ Art. 347. Código de Sucesiones por causa de muerte de Cataluña. Art. 73 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco. Art. 136 de la Compilación de Derecho civil de Aragón. Ley 304.7 del Derecho Civil Foral de Navarra. Art. 153 de la Ley de Derecho civil de Galicia (*Recopilación de Leyes Civiles Forales*, ed. BOE, 1996).

II. LA SUCESIÓN EN AUSENCIA DE PARIENTES LEGALMENTE LLAMADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El orden de suceder es cuestión que se incluye claramente en el supuesto de hecho de la norma de conflicto sobre sucesiones, esto es, la ley sucesoria. En el sistema español de Derecho Internacional Privado el art. 9.8 del Código Civil establece la aplicación a la sucesión de la ley nacional del causante. Así dicha ley será la que determine la vocación hereditaria de determinadas personas, derivada de los vínculos que les unen al causante. A partir de ahí, los ordenamientos jurídicos difieren en su regulación material, en cuanto a la jerarquización del orden sucesorio, derivado de la consanguinidad, matrimonio o parentesco, y en cuanto al grado hasta el que se extiende¹⁰.

En todo caso, existe siempre una limitación de grado que priva de derechos sucesorios a los parientes muy lejanos del causante, de manera que en defecto de parientes llamados por la ley, y lógicamente en ausencia de voluntad expresa por el causante, los bienes pueden verter al Estado. Es en este punto donde se encuentran las mayores diferencias, y donde, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, se plantea el problema de la calificación¹¹.

Así, algunas legislaciones establecen como heredero de último grado al Estado, creando un derecho sucesorio en favor del mismo, mientras que en el polo opuesto, existen ordenamientos que, al considerar que los bienes quedan sin propietario, fundamentándose en el *ius regale*, determinan que el Estado pasa a apropiarse de los citados bienes¹². Si en el primer caso, el Estado ostenta el título de heredero y tiene un derecho de naturaleza sucesoria, en el segundo caso, el Estado ostenta título de soberano y tiene un derecho de naturaleza real¹³.

¹⁰ M. VERWILGHEN, *Régimes matrimoniaux, Successions et libéralités*, t. I, Suiza, 1979, pp. 117-119.— Conference de La Haye de Droit International Privé, «Actes et Documents de la Seizième Session», t. II, «Successions. Loi Applicable», pp. 144 (núm. 22) y 210: Nous avons relevé qu'il existe fondamentalement deux modèles de dévolution ab intestat, l'un fondé sur un rang ou ordre successoral dans lequel le degré de consanguinité joue un rôle décisif, l'autre lié à la parentèle, en fonction des générations d'ascendants; dans les pays de common law s'applique un système mixte que se rapproche de celui de l'ordre successoral. La loi applicable à la succession déterminera selon lequel de ces modèles les héritiers seront appelés à une succession ab intestat.

¹¹ G. DROZ, «Memorandum», «Conference de La Haye de Droit International Privé», *Actes et Documents de la Douzième Session*, t. II, 1974, pp. 15 y 16.

¹² M. VERWILGHEN, *Régimes matrimoniaux, Successions et libéralités*, t. I, Suiza, 1979, p. 122.

¹³ «Conference de La Haye de Droit International Privé», *Actes et Documents de la Seizième Session*, t. II, 1990, p. 202: La théorie de l'Etat ultimus heres a été introduite au dix-neuvième siècle par les pandectistes allemands, inspirés par le droit romain, et elle s'a repandue ráidament en Europe. Elle a été adoptée par exemple en Allemagne, en Italie, en Espagne, en Suède, en Suisse

La distinta calificación ha venido planteando problemas de Derecho Internacional Privado de compleja solución¹⁴, de los que han dado muestra algunas sentencias ya clásicas¹⁵ y que ha acaparado tempranamente la atención de la doctrina¹⁶. El problema que se plantea cuando un Estado según la ley sucesoria presenta un derecho como heredero sobre determinados bienes, pero dichos bienes se encuentran localizados en un Estado que ostenta un derecho a adquirirlos como *bona vacantia*, no tiene fácil solución, ya que se produce una «colisión» entre la ley sucesoria y la *lex situs*¹⁷. Existe entonces un conflicto positivo de derechos, el de un Estado como heredero y el de otro como soberano. Menos frecuente, pero también posible, es el caso del conflicto negativo, que se generaría cuando la ley del Estado en el que están situados los bienes designara como heredero a otro Estado y éste no se considerara con derecho a los bienes por pertenecer al sistema *ius regale*¹⁸.

La escasez de soluciones a nivel legislativo ilustra la complejidad del problema. La reciente Ley italiana de Derecho Internacional Privado de 31 de

et en Turquie. D'autres Etats européens, notamment la Belgique, la France, la Grèce, les Pays Bas, le Royaume Uni et d'autre encore, après, parfois une période d'hésitation, sont restés fidèles à la théorie du droit régalien. La théorie de l'Etat héritier n'a jamais atteint les Amériques.

Para un análisis de Derecho comparado y exposición de las soluciones de los distintos sistemas vid. S. HIDALGO GARCÍA, *La sucesión por el Estado*, Barcelona, 1995, pp. 83 a 143.

¹⁴ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «La sucesión abintestato en ausencia de parientes llamados en el Derecho Interregional español», *La Ley*, 1988, 1, p. 896: el tema ha constituido banco de pruebas en relación a los conflictos de calificaciones en los supuestos de tráfico privado internacional.— A. L. CALVO CARAVACA, «Artículo 9.8 del Código Civil» en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, Madrid, 1995, p. 372: Desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado, el problema se reduce a saber si el Estado que se apodera de la herencia es el del lugar de situación de los bienes o el designado como heredero por la ley sucesoria, que puede serlo el de la nacionalidad del causante. Late pues en el fondo de este problema una cuestión de calificación. M. P. GARCÍA RUBIO, «Comentario al artículo 153 de la Compilación de Derecho civil de Galicia», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXXII, vol. 2.^o, Madrid, 1997, especialmente pp. 1.220 a 1.232.

¹⁵ Court of Appeal, Reino Unido, 1954, «In re Maldonado». Recogida en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS y J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Derecho Internacional Privado. Materiales de Prácticas*, Madrid, 1983, pp. 118 a 121. Otras decisiones recogidas por F. BOULANGER, *Les successions internationales*, París, 1981, pp. 156 y 157.

¹⁶ G. S. MARIDAKIS, «Les bona vacantia d'après le droit international privé», *Rabels Z.*, 1958, 23, pp. 802 y ss.— R. QUADRI, «La successione dello Stato nel Diritto Internazionale privato», *Rivista di Diritto Internazionale*, 1958, pp. 64 y s.— K. LIPSTEIN, «Private International Law - Bona vacantia and ultimus heres», *The Cambridge Law Journal*, 1954, pp. 22 y ss.

¹⁷ G. DROZ y M. REVILLARD, «Successions», *Juris-Classeur de Droit International*, vol. 8, fasc. 557.A.

¹⁸ *Actes et Documents. Seizième Session*. Rapport explicatif de W. M. WATERS, op. cit., p. 590: Il y a conflit positif quand l'Etat partisan du situs et l'Etat partisan de l'ultimus heres revendiquent l'un et l'autre la succession. Un conflit négatif existera quand l'Etat X (ultimus heres) est le situs des biens, mais que X désigne l'Etat Y (droit régalien) comme héritier en dernier ressort. Ni l'un ni l'autre révindiquent alors la succession.

mayo de 1995 resuelve la cuestión estableciendo que cuando la ley aplicable a la sucesión, a falta de herederos, no atribuya la herencia al Estado, los bienes sucesorios existentes en Italia pasarán al Estado italiano¹⁹. Respeta así el derecho sucesorio que un Estado pueda tener sobre bienes situados en Italia en aplicación de la ley sucesoria, que en principio será la ley nacional del causante, o la ley de residencia si se ha hecho uso de la *professio juris* en los términos previstos en el artículo 46 de la citada ley²⁰. No puede extrañar la solución adoptada, pues el Derecho italiano, sobre todo a partir de la reforma del Código de 1942, incluye al Estado como último en el orden sucesorio, y la doctrina italiana ha venido defendiendo mayoritariamente el carácter sucesorio del Derecho del Estado²¹. De esta manera, sólo cuando conforme a la ley sucesoria no hay herederos (ni siquiera el Estado correspondiente es considerado como tal) los bienes situados en suelo italiano pertenecen al Estado italiano.

Por el contrario, la Ley federal austriaca de Derecho Internacional Privado de 15 de junio de 1978 establece en su artículo 29 que si no existiere heredero apto para recibir la sucesión o si esta debiera revivir al fisco en calidad de heredero legal, este derecho se reemplazará por el de cada Estado donde se encuentren los bienes del difunto en el momento del fallecimiento²². Solución territorialista que puede resultar más eficaz desde un punto de vista práctico, sobre todo, en materia de inmuebles debido a la atracción de la *lex rei sitae*, pero que puede chocar con la pretensión que un Estado distinto tenga sobre esos bienes según la ley sucesoria²³.

La disparidad de soluciones se pone de manifiesto en la atención que este tema ha venido recibiendo en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, persiguiendo una armonía o uniformidad de soluciones que evite difíciles reclamaciones, y sobre todo, la existencia de conflictos negativos o positivos que se derivan de las diferentes soluciones internas. Ya en los proyectos de Convenio de 1904 y 1928 figuraba incluida una disposición (art. 4º) según la cual, los bienes hereditarios no serían adquiridos por el Estado en cuyo territorio se encontraran, mas que si no hubiera ningún dere-

¹⁹ Articolo 49: Quando la legge applicabile alla successione, in mancanza di successibili, non attribuisce la successione allo Stato, y beni ereditari esistenti in Italia sono devoluti allo Stato italiano.

²⁰ Sobre la reforma del Derecho Internacional Privado italiano en esta materia vid. T. BALLARINO, «Personnes, famille, régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme», *Revue Critique de Droit International Privé*, 1996,1, p. 35. R. CLERICI en «Riforma del sistema italiano (articolo 49)», *Rivista di Diritto Internazionale privato e processuale*, 1995, 4, pp. 1148 y 1149.

²¹ S. HIDALGO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 83 a 95.

²² Texto de la Ley en Tomás ORTIZ DE LA TORRE, *Legislaciones nacionales de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1995, p. 72.

²³ G. DROZ, *op. cit.*, p. 16: La théorie de l'Etat héritier presuppose inéluctablement une harmonie préalable des solutions de conflits. La théorie du droit régalien est beaucoup plus abrupte, plus rude, mais moins complexe. Elle pourrait être retenue.

cho testamentario o, abstracción hecha del Estado cuya ley es aplicable a la sucesión, ningún heredero abintestato²⁴. Dicha solución se refleja asimismo en el art. 12 del Anteproyecto adoptado en 1987, que pasa en el texto definitivo de Convenio sobre ley aplicable a las sucesiones de 1988, al art. 16²⁵.

Así, si según la ley sucesoria determinada conforme a las soluciones de dicho Convenio, no se designa heredero persona física, la aplicación de dicha ley no empece el derecho del Estado en el que los bienes están situados sobre los mismos. Es el triunfo del factor territorial sobre el derecho sucesorio del Estado, justificado en aras de una necesaria uniformización que impida complicadas reclamaciones. Prevalece el derecho del Estado del lugar de situación, frente a algunas propuestas, como la suiza o la española, favorables a la determinación por la ley sucesoria del destino de los bienes sin heredero según dicha ley. La universalidad de las soluciones de la Convención y el hecho de que los bienes pudieran estar situados en un Estado no parte de la misma que ejerciera el *ius regale*, aconsejaron como más práctica la solución territorialista²⁶.

En el ordenamiento jurídico español no se pone en duda el carácter sucesorio del derecho del Estado, argumentos relativos a la literalidad del art. 956 del Código Civil (... heredará el Estado.), y a la ausencia en el derecho español de un principio dominio eminentí del Estado, corroboran la calificación sucesoria²⁷. El Tribunal Supremo en esta línea reconoce, en la sentencia de 23 de Julio de 1993, el carácter de heredero abintestato al Estado, legitimado, por tanto, para el ejercicio de una acción de nulidad del testamento por simulación²⁸.

El desarrollo postconstitucional de esta materia, que ha llevado a algunas Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias en materia civil, a incluir en el último grado del orden sucesorio a las respectivas Comunidades, demuestra la naturaleza privada y civil que la solución al problema del cierre del orden de suceder tiene en el Derecho español. Distintos son los supuestos en los que el Estado ostenta el derecho sobre los bienes inmuebles «retenidos o disfrutados sin título válido» que, como declarara el Tribunal Constitucional en la sentencia de 27 de Julio de 1982, «es una derivación de la vieja regalía,

²⁴ *Actes et documents, Seizième Session*, op. cit., p. 204.

²⁵ *Actes et documents*, op. cit., p. 233: Article 16: Lorsque, en vertu de la Convention, il n'y a légitaire ou héritier institué par une disposition à cause de mort, ni personne physique venant au degré susceptible, l'application de la loi ainsi déterminée ne fait pas obstacle au droit d'un Etat ou d'une institution désignée par la loi dudit Etat, d'appréhender les biens de la succession situés sur son territoire.

²⁶ *Actes et documents*, op. cit., pp. 425 a 427. Vid. intervenciones de A. BORRÁS a favor de la propuesta de la delegación española.

²⁷ S. HIDALGO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 153 y ss. S. NAVAS NAVARRO, *La herencia a favor del Estado*, Madrid, 1996.

²⁸ Sentencia 810/1993, de 23 de julio, *Colex Data*, ref. 93C707.

como muy claramente se manifiesta en el Decreto de Carlos III, de 27 de noviembre de 1785 al referirse a los *bienes mostrencos, abintestatos y vacantes que pertenecen a mi Corona....* En cuanto que la titularidad de la soberanía corresponde al Estado en su conjunto y no a ninguna de sus instituciones en concreto, los bienes vacantes, podrían, en principio, ser atribuidos a Entes distintos de la Administración Central, pero solo el órgano que puede decidir en nombre de todo el Estado y no de una de sus partes puede modificar la actual atribución»²⁹.

La calificación sucesoria del Derecho del Estado o de algunos entes autonómicos, integra el supuesto de hecho de la norma de conflicto sobre sucesiones, artículo 9.8 del Código Civil, en relación con el artículo 12.1 del mismo cuerpo legal³⁰. Conforme a ella, la ley nacional del causante determinará el orden de suceder, con total independencia del lugar de situación de los bienes y de su naturaleza mueble o inmueble. Si correspondiera aplicar la ley española, el Estado, o en su caso una Comunidad Autónoma, podría ostentar un derecho sucesorio sobre los bienes, incluso los situados en el extranjero, y si correspondiera aplicar una ley extranjera, y ésta otorgara un derecho sucesorio al Estado correspondiente, dicho derecho se extendería sobre los bienes situados en España. Sólo en el caso de que la ley extranjera aplicable no estableciera tal derecho, y a falta de otros herederos, podrían ser considerados «bienes sin dueño», pudiendo el Estado, en el caso el español, ostentar algún derecho de naturaleza pública sobre los mismos³¹.

III. EL ÚLTIMO GRADO EN EL ORDEN DE SUCEDER EN EL DERECHO INTERREGIONAL

1. EL PLURALISMO EN LA REGULACIÓN DEL CIERRE DEL ORDEN SUCESORIO

Dada la estructura plural en el ámbito jurídico-civil del ordenamiento español, cabe reproducir, en el plano de la dimensión interna del Derecho Internacional Privado español, la necesidad de determinar la ley aplicable al

²⁹ *BJC-18/1982*, pp. 757 y ss.

³⁰ A. CALVO CARAVACA, artículo 9.8 del Código civil en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2.^o, pp. 350 y ss.

³¹ J. A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, «La sucesión», en VV.AA., *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid, 1996, p. 224: ... el Estado español podría ocupar los bienes como *bona vacantia*. MIAJA DE LA MUELA funda esta posibilidad en la Ley de Mostrencos de 16 de mayo de 1835, aunque al considerarla dudosamente vigente propone que «por una razón de reciprocidad, resulta más equitativo poner estos bienes a la disposición del Estado extranjero del que el difunto era nacional». Más bien podría fundarse esta posibilidad en la Ley de Patrimonio del Estado.

orden de suceder o, lo que es lo mismo, la ley sucesoria. Esta necesidad deriva de la diversidad de regímenes sucesorios existentes en los distintos derechos civiles coexistentes en el ordenamiento español (el Código civil y los derechos civiles autonómicos).

Planteada así la cuestión, en el ámbito del Derecho Interregional, es preciso volver al artículo 9.8 del Código civil, aplicable como norma de conflicto, por imperativo del artículo 16.1 del mismo cuerpo legal, y acogiendo la particularidad primera de dicho artículo (será ley personal la determinada por la vecindad civil) hay que concluir que la ley sucesoria es, en este ámbito, la ley de la vecindad civil del causante en el momento de su fallecimiento.

Así determinada la ley sucesoria, el orden de suceder en la sucesión intestada dependerá del contenido material de la ley de la vecindad civil del causante en el momento del fallecimiento. Cuando, conforme a dicha ley, no exista persona que reúna la condición de parentesco necesaria para ser llamado como heredero, entrará en juego la solución de cierre establecida en la propia ley, (Estado o Comunidades Autónomas) o alguna excepción prevista legalmente para el supuesto particular (Hospital de Nuestra Señora de Gracia).

El problema que se plantea, es el relativo a la determinación del alcance de la referida excepción en el tráfico interregional, incluso internacional. Antes de que las Comunidades Autónomas comenzaran a actualizar sus derechos civiles propios, en los términos de «conservación, modificación y desarrollo», con base en la competencia que les brinda el artículo 149.1.8 de la Constitución, el Estado, según el artículo 956 del Código Civil, directamente o por la remisión que al mismo hacían los propios derechos forales³², era el único *ultimus heres* en el Derecho español, salvo algunas excepciones³³, y con la particularidad que tradicionalmente representaba el derecho del Hospital de Nuestra Señora de Gracia en la Compilación aragonesa.

Por ello, salvando este último supuesto, con independencia de cual fuera el derecho aplicable a la sucesión en función de la vecindad civil del causante, la solución final llevaba a la sucesión del Estado regulada en el artículo 956. Sólo existía una especialidad en el Derecho Civil de Navarra, cuando en su Ley 304 establecía «En defecto de los parientes comprendidos en los números anteriores, corresponde a la Diputación foral de Navarra aplicar la herencia a

³² Sobre la situación histórica y en el sentido de dicha remisión, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «La sucesión abintestato...», *op. cit.*, pp. 897 a 899, y 900: Las legislaciones forales, en materia de sucesión intestada, acostumbran a hacer remisiones más o menos amplias al Código civil, regulando algunas peculiaridades que, en resumen, pueden agruparse en dos grandes apartados: a) Peculiaridades relativas al orden de suceder y problemas de parentesco y representación. b) Peculiaridades relativas a determinados bienes y, en especial, la distinción entre bienes troncales y no troncales que afecta o modifica el orden general del punto anterior.

³³ Vid. dichas excepciones en S. HIDALGO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 362 y ss.

los fines establecidos en el art. 956 del Código Civil»³⁴, manteniendo como heredero al propio Estado.

Muy diferente es el panorama en el que actualmente se regula esta materia. Las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias derivadas de la Constitución, han desarrollado sus derechos civiles propios, y en este marco han introducido soluciones sobre el último heredero. Así, en el Derecho Civil de Navarra, y según la Ley 304³⁵, sucede la propia Comunidad foral de Navarra; en el Código de Sucesiones de Cataluña se introduce en el artículo 347 el derecho a suceder de la Generalidad de Cataluña³⁶; en el Derecho Civil del País Vasco queda llamada la Diputación foral del Territorio Histórico correspondiente a la vecindad civil del causante³⁷; el vigente artículo 136 de la Compilación aragonesa introducido en la reforma de 1995 llama a la sucesión a la Comunidad Autónoma de Aragón³⁸, y finalmente, la reciente reforma del Derecho Civil de Galicia ha incluido en la sucesión intestada a la correspondiente Comunidad Autónoma³⁹.

En todos los supuestos citados las Comunidades Autónomas correspondientes cierran el orden de suceder, lo que supone que, fiel a la calificación sucesoria del derecho del Estado que justificaría la atribución a un Estado extranjero de los bienes de un nacional suyo situados en España, los órganos legislativos autonómicos han adoptado tal solución en uso de sus competencias en materia civil, *iure privato*, sin que pueda confundirse este derecho con el que el Estado tiene, según la Ley de Patrimonio del Estado, sobre los bienes vacantes y sin dueño conocido, que llevó a declarar inconstitucional el art. 11 de la Ley de Patrimonio de la Generalidad de Cataluña⁴⁰. En este sentido, el dictamen del *Consell Consultiu* de la Generalidad de Cataluña sobre la reforma de la Compilación afirmaba que «una cosa es el tratamiento de la atribución al Estado de los bienes vacantes o poseídos sin título válido y otra, la regulación del orden de suceder *ab intestato* que se deja enteramente al ámbito del derecho civil»⁴¹.

Tampoco cabe confundir tal derecho sucesorio con la inclusión en el patrimonio de la Comunidad Autónoma de los bienes procedentes de las herencias intestadas a falta de parientes llamados a suceder, como se establece en el

³⁴ Según redacción de la Ley 1/1973 de 1 de marzo.

³⁵ Según redacción de la Ley 5/1987 de 1 de abril.

³⁶ Ley 40/1991 de 30 de diciembre del Parlamento de Cataluña.

³⁷ Art. 73 de la Ley 3/1992 de 1 de Julio del Parlamento Vasco.

³⁸ E. MOLÍNS GARCÍA-ATANCE, «La reforma de la sucesión intestada de la Comunidad Autónoma de Aragón», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, 1995, 1, pp. 47 y ss.

³⁹ Art. 153 de la Ley 4/ 1995 de 24 de mayo del Parlamento de Galicia.

⁴⁰ Sentencia. TC de 27 de julio de 1982.

⁴¹ Dato recogido en A. BORRÀS GARCÍA, La sucesión..., *op. cit.*, p. 901.

Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Valencia y en su respectiva Ley de Patrimonio⁴². El artículo 50.1. c) del Estatuto incluye en el patrimonio de la Comunidad «los bienes procedentes de herencias intestadas, cuando el causante ostentase la condición jurídica de valenciano, en los términos en que establezca la legislación del Estado», y en consecuencia, el artículo 22.1 de la Ley de Patrimonio de la Generalidad Valenciana dispone «en caso de sucesión intestada y a falta de personas con derecho a suceder según la ley, los bienes se integrarán en el patrimonio de la Generalidad, cuando el causante ostentase la condición jurídica de valenciano». Así negó la Audiencia Provincial de Alicante en sentencia de 13 de febrero de 1996 la pretensión de la Generalidad Valenciana de ser declarada heredera abintestato en el caso de una persona fallecida sin herederos, rechazando que tal derecho pudiera ampararse en las normas anteriormente citadas y concluyendo que «el derecho que pudiera corresponderle a la Generalidad Valenciana en las sucesiones intestadas, a falta de otras personas con derecho a heredar, es a participar en la distribución de los bienes a que también se refiere el mentado artículo 956 Código Civil, una vez que la misma se realice por el Estado».

Tras el panorama legislativo vigente, el derecho sucesorio concedido hace siglos al Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza y recogido en la Compilación aragonesa, se inserta en un pluralismo jurídico civil, concurriendo en el ámbito interno, no solo con el tradicional derecho del Estado, sino con el que pudiera corresponder a otras Comunidades Autónomas, que hubieran otorgado este derecho de *ultimus heres* a sus respectivos órganos autonómicos. La existencia de dicho pluralismo jurídico es presupuesto de la existencia de conflictos de leyes internos, y en particular las soluciones a los mismos han de venir de las normas de Derecho Internacional Privado, aplicables a esta dimensión interna (art. 16.1 del CC) y de la función que haya de cumplir el citado artículo 136 bis de la Compilación.

2. DERECHO APLICABLE: ARTÍCULO 9.8 DEL CÓDIGO CIVIL Y ARTÍCULO 136. BIS DE LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL DE ARAGÓN

La aplicación del derecho del Hospital de Nuestra Señora de Gracia en los supuestos de interregionalidad, esto es, cuando alguno de los elementos de la relación jurídica sucesoria es externo al orden jurídico aragonés, dependerá de las soluciones que el Derecho Interregional o Internacional Privado establezca. La pluralidad de técnicas normativas de esta rama del Derecho se refleja en esta materia, en la existencia de una regulación directa a través de una norma material autolimitada, como es el artículo 136 bis de la Compilación aragonesa, que supone una respuesta material particular, y de la regulación indirecta o conflictual, a través de la cual queda determinado el marco jurídico general de la sucesión (art. 9.8 CC).

⁴² S. HIDALGO GARCÍA, *op. cit.*, pp. 420 y ss.

2.1. Artículo 9.8 del Código Civil: el mecanismo conflictual

Para resolver el problema del Derecho aplicable a una sucesión que pudiera ser calificada de internacional (en el tráfico externo) o simplemente heterogénea por presentar puntos de contacto con más de un ordenamiento jurídico, el Derecho Internacional Privado aporta como norma de conflicto el artículo 9.8 del Código Civil, que aplicado a la dimensión interna, por la remisión del 16.1 del citado cuerpo legal, lleva a la ley de la vecindad civil del causante en el momento del fallecimiento.

De esta manera, la ley de la vecindad civil del causante determina el orden de suceder, y de ella dependen, como regla general, los derechos hereditarios que pretendan las personas físicas, o, en su caso, los entes jurídicos que sean llamados en último lugar.

Es la ley así determinada, la que establece el marco legal de la sucesión, y teniendo en cuenta las diferencias existentes en la regulación de la devolución sucesoria entre los ordenamientos civiles españoles, es cuestión de especial relevancia para el Derecho Interregional. Efectivamente, Derechos Civiles como el Aragonés, el Navarro o el del País Vasco distinguen la sucesión troncal de la no troncal⁴³; pocas diferencias se observan, sin embargo, en cuanto al grado de parentesco en la sucesión intestada, pues la mayoría de los Derechos Civiles contienen una remisión al orden sucesorio del Código Civil, si bien destaca el Derecho Navarro en el que el orden sucesorio en los bienes no troncales llega hasta el sexto grado, frente al cuarto grado del resto de ordenamientos⁴⁴.

Por último, la ley sucesoria es la que cierra el orden de suceder con la solución que tenga establecida en cuanto al *ultimus heres*. Por ello, cuando no existen parientes que integren el orden de suceder según la ley designada en función de la vecindad civil del causante, el mismo principio lleva a que sea dicha ley la que designe el heredero, por lo que el derecho a suceder del Estado, o de alguna de las Comunidades Autónomas que son contempladas por su correspondiente legislación autonómica, depende de la vecindad civil que tuviere el causante al tiempo del fallecimiento.

A este planteamiento conflictual responde el tenor de la nueva regulación introducida por el legislador aragonés en 1995 que, en su interés en establecer como último heredero a la Comunidad Autónoma de Aragón, utiliza una técnica unilateral de solución de conflictos de leyes, reproduciendo el punto de conexión, vecindad civil, en este caso aragonesa, y así llama a suceder a la Comunidad Autónoma «en defecto de parientes legalmente llamados de quien fallezca intestado bajo vecindad civil aragonesa».

⁴³ Vid. el análisis comparativo que se realiza en J. I. Fernández Domínguez, *Introducción al Derecho civil foral*, Madrid, 1997, pp. 145 y ss.

⁴⁴ Ley 304: 6. Los colaterales no comprendidos en los números 2 y 3 hasta el sexto grado... de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra.

La referencia a la vecindad civil es reiterativa, ya que si el causante no hubiera tenido vecindad civil aragonesa en el momento de su fallecimiento, no sería aplicable a la sucesión el derecho aragonés, solo cuando en virtud del artículo 9.8, y en función de la vecindad civil, se determina su aplicación, puede entrar en juego el artículo 136 de la Compilación, por lo que ya no es necesario volver a recurrir al citado punto de conexión, sin entrar en los problemas de constitucionalidad que pudiera plantear el que el legislador autonómico dicte una norma de solución de conflictos de leyes (derecho interregional), que es de competencia estatal según el inciso final del artículo 149.1.8 de la Constitución⁴⁵. A partir de esta reserva competencial el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de afirmar la competencia estatal en relación al Derecho Interregional, sin que las Comunidades Autónomas puedan fragmentar dicho régimen. La competencia del Estado tiende a preservar la unidad del sistema de solución de conflictos de leyes internos. Si bien, al retener dicha disposición autonómica, como punto de conexión la vecindad civil no se produce distorsión o fragmentación del sistema de Derecho interregional⁴⁶.

Pero además, el nuevo artículo 136 es objeto de la remisión que le hace el vigente artículo 136 bis que, utilizando la misma redacción inicial anterior a su modificación, comienza con los términos «en los supuestos del artículo anterior». Cuando el artículo anterior era el artículo 135, la referencia se entendía hecha al orden de suceder en la sucesión no troncal regido conforme al Código Civil al que se remitía; mientras que en la redacción vigente, el artículo anterior es el 136, y se refiere a la sucesión de quien fallece intestado, y en defecto de parientes llamados legalmente, bajo vecindad civil aragonesa. De esta manera, la referencia a los supuestos del artículo anterior ha cambiado de contenido al haberse modificado, precisamente, el artículo anterior.

La interpretación conjunta de los artículos 136 y 136 bis de la Compilación aragonesa que se encuentran interrelacionados, no puede llevar a limitar el derecho del Hospital a la sucesión de quien fallece, en las condiciones descritas, bajo vecindad civil aragonesa. La norma que lo recoge contiene, como se ha entendido tradicionalmente, sus propios índices de aplicación espacial, por lo que, en el plano de las técnicas normativas del Derecho Interregional⁴⁷, ha

⁴⁵ Vid. mi estudio sobre dicha disposición en «Pluralidad legislativa y conflictos de leyes internos en el ordenamiento español», *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria*, 1994, especialmente pp. 278 y ss.

⁴⁶ Sentencia TC 156 de 6/5/93, *BOE* 28/5/93: «Esto es, se está regulando una materia por entero ajena, como hemos dicho, a las competencias autonómicas y en la que, por lo mismo, las disposiciones de las Comunidades Autónomas, no pueden, so pena de incurrir en la invalidez, sino reiterar, "en su caso y si así lo exigiera la sistemática de la legislación" lo establecido en la normativa dictada por el Estado».

⁴⁷ Sobre las normas materiales autolimitadas vid. R. DE NOVA, «I conflitti di leggi e la norma con apposita delimitazione della sfera di efficacia», *Diritto Internazionale*, 1959, pp. 13 y ss. En la doctrina española: J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1984, pp. 63 y ss. J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1996, p. 325. M. VIRGOS SORIANO, en *Derecho Internacional Privado*, UNED, Madrid, 1996, p.76.

sido calificada como norma material autolimitada, y por tanto, es de aplicación directa, como se expone en el siguiente apartado de este análisis.

No debe perderse, en la interpretación, el sentido histórico de la norma, atento a la función benéfica y universal de dicha institución que le hizo merecer el privilegio de heredar a aquellas personas a las que, con independencia de cualquier condición jurídica, atendía y cuidaba hasta el momento de su muerte. Hay que tener en cuenta que este derecho ha constituido desde que existe una excepción y que en sí mismo contenía una limitación de grado, el cuarto grado, a partir de cual, en defecto de parientes que pudiera incluirse en el mismo, el Hospital era heredero, con independencia de cual fuera el límite de grado en la legislación aplicable a la sucesión. En la redacción vigente esta referencia al grado ha sido suprimida y, por lo tanto, dependerá de la ley sucesoria determinada por el artículo 9.8 del Código Civil.

2.2. EL ARTÍCULO 136 BIS DE LA COMPILACIÓN: NORMA MATERIAL AUTOLIMITADA

Las características de la disposición, contenida hasta la reforma de 1995 en el artículo 136, y actualmente en el artículo 136 bis, así como su origen y justificación histórica, han conducido a calificarla como una norma material autolimitada de Derecho Interregional (dimensión interna del Derecho Internacional Privado). Así, con independencia del orden jurídico al que esa disposición pertenece, el artículo 136 bis de la Compilación contiene en sí mismo sus índices de aplicación espacial⁴⁸ y, por tanto, excluye el recurso a la norma de conflicto.

Su supuesto de hecho subsume una situación o relación jurídica conectada al orden jurídico aragonés: la sucesión de una persona fallecida, sin parientes que puedan heredar, en el Hospital aragonés. En este tipo de normas el legislador formula el supuesto de hecho de forma concreta y con conexión con el propio ordenamiento; siguiendo a GONZÁLEZ CAMPOS puede afirmarse que el rasgo caracterizador de las mismas es que el supuesto de hecho no está formulado de forma abstracta (como ocurre con la norma de conflicto) sino que

⁴⁸ En este sentido se pronuncia A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Calificación, reenvío y orden público en el derecho interregional español*, Barcelona, 1984, p. 12: son numerosas en las Compilaciones las normas materiales que delimitan su propio ámbito de aplicación..., arts. 94.1 y 136 de la Compilación de Aragón. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *La sucesión...*, *op. cit.*, p. 900: En la Compilación aragonesa se mantiene en la actualidad el texto de su art. 136, que puede considerarse como una norma material que delimita su propio ámbito de aplicación... Se trata pues, de una norma especial que excluye la aplicación de la normativa general, que tiene como consecuencia que «el Hospital hereda en defecto de cualquier sucesor abintestato familiar o cónyuge, y con preferencia al Estado», extremo este último que debe destacarse en cuanto significa que en una legislación española, la aragonesa, se establece que en ausencia de parientes, herederá el Hospital citado en concepto de heredero y no el Estado. Se trata pues de una designación para el caso específico regulado, por lo que se diferencia de la norma catalana, en la cual el heredero abintestato en ausencia de parientes se determina con carácter general.

solo regula supuestos vinculados a la esfera persona o territorial del propio ordenamiento⁴⁹. En este caso esa conexión con el propio ordenamiento presenta carácter territorial, pues el derecho «se extiende» a las sucesiones de enfermos que fallecen en el Hospital. Por ello el factor que delimita en el espacio el derecho sucesorio del Hospital, no es otro, sino el fallecimiento del causante, sin herederos, en el citado centro asistencial.

Este es el sentido que el citado beneficio ha tenido al constituir una excepción a la sucesión del Estado, con independencia de la vecindad civil del causante, y es el que debe seguir teniendo, si no se le quiere privar de su principal característica: constituir un privilegio. Podría alegarse en contra que el propio Estatuto de Autonomía Aragonés establece en su artículo 9.2 la eficacia personal del Derecho Civil de Aragón y su aplicabilidad en función de la vecindad civil, que por otra parte es, como ya se ha indicado punto de conexión de la ley sucesoria, respetando la unidad del sistema de Derecho interregional (artículo 149, 1.8 CE). Sin embargo, no ha de olvidarse que el propio Estatuto de Autonomía excepciona aquellas situaciones a las que legalmente se les atribuye eficacia territorial, y en el ámbito de las normas civiles aragonesas el artículo 136 bis constituye un buen ejemplo de esta excepción, atendiendo a su origen, naturaleza y justificación histórica.

El carácter de excepción que siempre ha sido reconocido al privilegio del Hospital ha sido entendido en su proyección al tráfico externo, incluido el tráfico interregional, como un excepción a la ley sucesoria, solo así, no pierde su sentido histórico en atención a la interpretación teleológica de la norma que lo contiene. En apoyo de esta afirmación es preciso citar a LASALA LLANAS cuando afirma que «aquel privilegio que desde el s. XVII tenía reconocido, puede alguna vez tener alcance internacional o interprovincial, en cuanto la ley del *de cuius* ha de ceder la competencia a la del lugar de defunción»⁵⁰.

De este planteamiento se deriva que dándose los presupuestos de aplicación espacial de la norma, la consecuencia jurídica, incluida en la misma, se produce, y el Hospital presenta su derecho a heredar de tales causantes, derecho que se justifica por ser un beneficio o «privilegio» que pretendía constituir una contrapartida a su desinteresada función asistencial. La referencia a los enfermos se entiende hecha a los «enfermos propios» del Hospital Provincial, esto es, a las personas que necesitan y reciben asistencia médica por enfermedad en dicho centro, y no a aquellas que, como señalara BELLED «fallecen en

⁴⁹ *Op. cit.*, en nota 47.

⁵⁰ LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*, Madrid, 1933, p. 275: Aquel glorioso y vetusto establecimiento benéfico, regido y administrado hace un siglo, como instituto provincial por la Diputación de Zaragoza, fundado por los Reyes de Aragón con generosidad ilimitado cuanto a la extensión de sus caritativos servicios *urbis et orbis*, no ha negado nunca la asistencia y sus cuidados a los enfermos de cualquier procedencia, región o provincia o nacionalidad. Siendo esto así aquel privilegio que desde el s. XVII tenía reconocido, puede alguna vez tener alcance internacional o interprovincial, en cuanto la ley del *de cuius* ha de ceder la competencia a la del lugar de defunción

él a consecuencia de un accidente sufrido fuera del mismo y que solamente fueron trasladadas a dicho Hospital como clínica de urgencia o casa de socorro, lo que evidentemente no responde a la idea inspiradora del precepto». En el mismo sentido MERINO HERNÁNDEZ, recogiendo la opinión anterior, recuerda el triste suceso del incendio del Hotel Corona de Aragón, en el que por encontrarse frente al Hospital, fueron trasladados al mismo gran parte de los heridos, donde muchos murieron a consecuencia de las lesiones sufridas⁵¹.

Precisamente, la aplicación de dicha disposición, como norma material autolimitada, explica que ya desde su origen contuviera un factor material, como es el límite de grado en el orden de suceder que hacía nacer el derecho del Hospital, sin referencia a legislación alguna. Este factor ha sido suprimido por la ley de reforma de 1995, lo que conlleva a hacer depender dicho derecho del grado determinado por la ley sucesoria. Por tanto, podría darse la circunstancia de que la ley que fuere aplicable a la sucesión en función de la vecindad civil del causante, o incluso, en supuestos de tráfico externo una ley extranjera, contemple un límite de grado que vaya más allá del cuarto grado, como sucede en el Derecho civil de Navarra. Por ello, y a pesar de que el alcance del grado de suceder coincidiera con el del Código Civil, no era superfluo su mantenimiento, si se tiene en cuenta que como norma material autolimitada, el artículo 136 bis presenta una aplicación directa.

En consecuencia, mientras se mantenga la función del Hospital que en su día le hiciera merecedor de dicho privilegio, resulta distorsionante introducir límites externos, como podría ser entendida la referencia que el artículo 136 bis hace al actual artículo 136 de la Compilación, que introduce innecesariamente el factor de la vecindad civil en el contexto de la sucesión de la Comunidad Autónoma de Aragón. Por tanto, la remisión «a los supuestos del artículo anterior» debe entenderse como una referencia a las sucesiones intestadas sin parientes legalmente llamados, con independencia de cuál sea la ley rectora de las mismas.

CONCLUSIÓN

El vetusto privilegio concedido al Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza, dependiente hoy de la Diputación Provincial de Zaragoza, que es quien ostenta la personalidad jurídica, se inserta actualmente en un panorama jurídico muy diferente al que en su momento perteneció.

En el tráfico externo (internacional e interregional) ha sido considerado como una norma material autolimitada, llamada a concurrir por tanto con el

⁵¹ J. L. MERINO HERNÁNDEZ, «Comentario al art. 136 de la Compilación», *op. cit.*, pp. 135 y 136.

marco sucesorio dibujado por la Ley sucesoria, cuya determinación depende de la ley nacional de causante (art. 9.8. CC) y tratándose de españoles de su vecindad civil (art. 16.1 y 9.8 CC). Su carácter singular justifica que asimismo constituya una excepción a la determinación del *ultimo heres* hecha por la ley sucesoria, ya sea ésta la propia ley aragonesa, ya sea la ley de otra Comunidad Autónoma o el Código Civil, incluso una ley extranjera.

La reforma de la Compilación de Derecho civil de Aragón de 29 de marzo de 1995, en la que se da nueva redacción al artículo 136, y se añade un artículo 136 bis a los efectos de ubicar el derecho anteriormente contenido en el artículo modificado, no puede significar la introducción de un índice de aplicación extraño en la regulación del tradicional privilegio, como es la vecindad civil aragonesa, retenida a los efectos de determinar los supuestos en los que puede llegar a suceder la Comunidad Autónoma de Aragón. Los términos “en los supuestos del artículo anterior” han de entenderse exclusivamente referidos a las sucesiones sin parientes legalmente llamados, en el orden y hasta el grado que establezca la ley sucesoria correspondiente, determinada por el artículo 9.8 del Código Civil. Así, no existiendo parientes llamados, y dándose las condiciones espaciales y personales de aplicación del artículo 136 bis (enfermos que fallezcan en el Hospital) sucederá el Hospital de Nuestra Señora de Gracia.

Mientras la institución mantenga los fines que justificaron el beneficio concedido y el carácter asistencial y benéfico que le ha venido llevando a acoger a enfermos de cualquier condición social y jurídica⁵², se justifica la existencia misma del privilegio, sin modificación alguna de su ámbito espacial, pues ello equivaldría a desnaturalizarlo. Sólo si tales fines y carácter se hubieren perdido habría que plantearse, quizás, la desaparición del citado privilegio.

⁵² Reglamento de los Servicios Benéfico- sanitarios del Hospital . Aprobado por la EXCMA. Diputación Provincial de Zaragoza en sesión de 6 de marzo de 1955 y ratificado por el Ministerio de Gobernación en 8 de junio de 1955. Art. 2.º: «El Hospital provincial de Nuestra Señora de Gracia es una institución de beneficencia pública, en la esfera provincial, organizada y sostenida por la Excma. Diputación Provincial de Zaragoza, cuyo destino es la asistencia y tratamiento de los enfermos o lesionados pobres de la provincia que lo soliciten, y la prestación de servicios de urgencia, a cuyo efecto dispone de los servicios y personal necesarios para llenar cumplimentadamente el fin a que está dedicado».

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.

LOS BIENES TRONCALES EN LA HERENCIA DEFERIDA POR CUOTAS, EN PARTE A HEREDEROS VOLUNTARIOS Y EN PARTE A LOS LEGALES

JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA
Profesor Titular de Derecho civil

SUPUESTO DE HECHO

Al fallecer Ambrosio no deja hijos, pero sí ambos padres y tres hermanos. En su testamento designa «heredero en la mitad de la herencia» a su hermano Hilario. Existen en el caudal relichto bienes troncales por valor de un tercio del total. ¿A quienes se defiere la herencia y por qué?

I. COMPATIBILIDAD DE LOS DISTINTOS MODOS DE DELACIÓN

En Aragón la sucesión se defiere por testamento, por pacto o por disposición de la ley (art. 89 Compilación aragonesa (Comp.)). Los modos de delación son compatibles entre sí.

Ambrosio no tiene hijos (ni descendientes, hay que suponer), por lo que, al carecer de legitimarios (los descendientes son los únicos legitimarios en Aragón: art. 119 Comp.), puede disponer, por pacto o testamento, de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquiera persona que tenga capacidad para adquirirlos (cfr. art. 763 Cc.).

Por otra parte, el pacto sucesorio y el testamento son válidos aunque no contengan institución de heredero o ésta no comprenda la totalidad de los bienes. En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias o pacificadas hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legales (cfr. art. 764 Cc. y ley 215 Compilación navarra (Comp. N.)).

Frente a los principios romanos (que perviven en el Derecho catalán y balear: cfr. arts. 3º y 322 Código de Sucesiones de Cataluña (CSC) y arts. 7º y 14 Compilación de Baleares (Comp. B.)) de necesidad de que el testamento contenga institución de heredero para que sea válido, y de la incompatibilidad de las sucesiones testada e intestada, tanto el Derecho aragonés histórico como el actual no consideran a la institución de heredero elemento esencial del testamento y hacen compatibles la sucesión testada (en general, la voluntaria) y la intestada (cfr. art. 658 Cc.). No rige por tanto en Aragón, tampoco en el ámbito de aplicación del Código civil o en Navarra, el principio romano «*nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*», que mantiene su vigencia, en cambio, en Cataluña y Baleares: «*la sucesión intestada sólo puede tener lugar en defecto de heredero instituido y es incompatible con la testada y la contractual*» (art. 7º Comp. B.; cfr. art. 3º CSC).

Si, como sucede en el supuesto de hecho, el testamento contiene institución de heredero pero ésta no comprende la totalidad de la herencia, lo que procede es, por tanto, cumplir la disposición testamentaria y distribuir los bienes remanentes entre los herederos legales. Dice, al respecto, el art. 127 Comp. que «*en defecto de sucesión ordenada por testamento o pacto, se abre la sucesión legítima conforme a lo dispuesto en esta Compilación*». La sucesión intestada o legal constituye un sistema que opera en defecto, en todo o en parte, de disposición del causante, y por tanto de rango inferior a la sucesión voluntaria, a la que no se sobrepone nunca.

De no existir en el caudal relictio bienes troncales o recobrables la solución es extremadamente sencilla: a Hilario corresponde 1/2 de los bienes del caudal relictio por sucesión testada y el otro 1/2 se defiere por sucesión intestada, en ausencia de descendientes, a los ascendientes de Ambrosio, correspondiendo al padre y la madre heredar por partes iguales, es decir, 1/4 del caudal relictio cada uno; o, si se prefiere, les corresponde a cada uno 1/2 del remanente deferido por la ley (art. 135 Comp. que remite a los arts. 935 y 936 Cc.). Determinada la cuota que corresponde a cada uno de los tres coherederos, queda constituida desde la aceptación una sola comunidad hereditaria que terminará con la partición y adjudicación de bienes concretos en sustitución de la cuota de cada partícipe.

Por tanto, si no existen en el caudal relictio bienes troncales y los padres aceptan la delación legal de la mitad de la herencia de Ambrosio, Hilario recibe exclusivamente lo dejado en testamento y los otros dos hermanos nada pueden reclamar tampoco por su condición de llamados a la herencia intestada de Ambrosio, porque en la sucesión legal no troncal la delación de la herencia en favor de los hermanos sólo tiene lugar en defecto de descendientes, ascendientes y cónyuge del causante (arts. 135 Comp. y 935 y ss. Cc.). En la sucesión de los bienes no troncales los hermanos son llamados, al abrirse la sucesión, simultáneamente con los otros llamados por la ley, pero la posibilidad de aceptar o repudiar («*ius delationis*») sólo se les ofrece en defecto de los llamados de grado preferente (descendientes, ascendientes y cónyuge).

La solución no es ya tan sencilla y evidente si, como sucede en el caso propuesto, existen en el caudal relictio bienes troncales, en mayor o menor cuantía, de los que no ha dispuesto expresa y singularmente el testador. En el enunciado del caso planteado se dice que un tercio de la herencia está constituido por bienes troncales. También podrían haber existido bienes recobrables por los ascendientes o hermanos (cfr. art. 130 Comp.), pero supongamos que sólo existen bienes troncales y en la cuantía indicada.

II. LA SUCESIÓN TRONCAL

En la sucesión legal o abintestato la existencia de bienes troncales supone la formación de dos masas distintas en la herencia: de un lado, los bienes que tienen procedencia familiar y, de otro, los que no la tienen. Las reglas de la troncalidad se aplican sólo a los primeros, de modo que, junto a la sucesión troncal, ha de existir, necesariamente, otra disciplina de devolución sucesoria, que se aplicará, con independencia de la primera, a los bienes no troncales.

La sucesión troncal es, pues, una sucesión parcial, relativa a una determinada clase de bienes (los de procedencia familiar o troncales), y a favor de determinados herederos que, además de parientes del causante (como es lo habitual en la sucesión legal no troncal), han de serlo también de la persona de quien, mediata o inmediatamente, ha recibido el causante los bienes troncales.

Conforme al art. 132 Comp., la sucesión en los bienes troncales se defiere:

1º A los hermanos por la línea de donde procedan los bienes, representando a los fallecidos sus descendientes. Habiendo sólo hijos o nietos de hermanos, la herencia se deferirá por cabezas.

2º Al padre o madre, según la línea de donde los bienes procedan.

3º A los más próximos colaterales del causante hasta el cuarto grado, entre los que desciendan de un ascendiente común propietario de los bienes y, en su defecto, entre los que sean parientes de mejor grado de la persona de quien los hubo dicho causante a título gratuito. Concurriendo tíos y sobrinos del causante, los primeros serán excluidos por los segundos.

Para que tenga lugar la sucesión troncal a título universal, conforme al art. 132 Comp., se requiere, como presupuestos deducibles del propio artículo, que el causante haya fallecido sin haber dispuesto válida y eficazmente, en todo o en parte, de los bienes troncales (art. 127 Comp.) y que carezca de descendientes que puedan y quieran sucederle en todos los bienes, troncales o no troncales, no deferidos voluntariamente (art. 128 Comp.). Los descendientes del causante representan simultáneamente el lado paterno y materno y, por ello, heredan abintestato por igual los bienes troncales y no troncales. La ley 305 Comp. N. dice expresamente que «la sucesión en bienes troncales tendrá

lugar cuando el causante que no haya dispuesto de tales bienes fallezca sin descendientes que le hereden, conforme al numero uno de la ley 304».

Por otra parte, conviene no olvidar que la delación troncal a título de heredero prevista en el art. 132 sólo opera sobre los bienes que, siendo troncales, no hayan sido objeto de recobro. Así lo dice, con toda claridad, el artículo citado al condicionar su operatividad a la no aplicación de los artículos anteriores, que sólo pueden ser los relativos a los recobros (arts. 131, 130 y 129), pues la no aplicación del art. 128 (sucesión a favor de los descendientes) es un presupuesto contenido expresamente en el propio art. 132, y el art. 127 ha de ser aplicable por principio: sólo si se ha abierto la sucesión legal y existen bienes troncales puede tener lugar la delación troncal.

Ambrosio ha fallecido, en parte testado y en parte intestado, y sin descendencia; existen en el caudal relicto bienes troncales de los que nada ha dicho: no ha dispuesto de ellos expresa y singularmente, sino que se ha limitado a nombrar a su hermano Hilario heredero voluntario de una porción importante, pero indeterminada, de su herencia. No consta que, todos o algunos, de los bienes troncales existentes procedieran de donaciones de los padres o hermanos, por lo que no es de aplicación preferente el régimen de los recobros. En definitiva, parece que se dan todos los presupuestos necesarios para que puedan operar las reglas de delación de la sucesión troncal.

Al concurrir a la sucesión legal de Ambrosio, en la cuota no deferida por testamento, sus padres y sus tres hermanos, resulta que en los bienes troncales corresponde suceder a los hermanos (incluido Hilario) (art. 132.1º) y en los no troncales a los padres (arts. 135 Comp. y 936 Cc.).

En general, salvo cuando solo concurren hermanos de doble vínculo e hijos de ellos, ocurre que las reglas de la delación troncal y las de la no troncal no llaman a unas mismas personas a suceder en los bienes de una y otra naturaleza. Sigue, sin embargo, que en tal caso, aun comprendido sin duda en el art. 132.1º Comp., no estamos ante verdadera sucesión troncal porque los hermanos de doble vínculo del causante reúnen en el mismo grado que él tanto el parentesco paterno como materno, de modo que siempre son parientes por la línea familiar de procedencia de los bienes, cualquiera que ésta sea.

En el supuesto de hecho propuesto, la falta de hermanos de vínculo sencillo hace innecesario distinguir entre los bienes troncales procedentes de la línea materna o paterna, y, por ello, todos los bienes troncales a deferir por la ley corresponden por igual a los hermanos de Ambrosio, pues todos ellos son hermanos de doble vínculo.

En cambio, los bienes no troncales que se defieran por la ley corresponderán a los padres de Ambrosio por mitad, es decir, también a partes iguales.

Ahora bien, al no haber dispuesto Ambrosio en el testamento de bienes concretos en favor de Hilario ni haber hecho indicación alguna de cómo deba llenarse la mitad de la herencia que le atribuye, no parece posible saber, a partir de la interpretación de la voluntad testamentaria, el destino que debe darse

a los bienes troncales. Al tratarse de un llamamiento testamentario a la mitad de la herencia, solo puede deducirse con seguridad que Ambrosio ha querido que Hilario reciba bienes de su herencia, con independencia de su naturaleza jurídica, que equivalgan a 1/2 del caudal relichto y que los restante bienes los reciban los herederos legales.

Mientras no se determinen y concreten los bienes que corresponden a Hilario por su mitad deferida en testamento, no puede saberse con seguridad la naturaleza de los bienes que integrarán la otra mitad que se defiere por la ley a unos u otros herederos abintestato, precisamente en función de la naturaleza troncal o no troncal que tengan los bienes remanentes.

III. ¿EXISTE ALGÚN CRITERIO DE ATRIBUCIÓN PREFERENTE DE LOS BIENES TRONCALES EN LAS SITUACIONES DE CONCURRENCIA DE HEREDEROS VOLUNTARIOS Y LEGALES?

Ya se ha indicado que en la delación legal, cuando el causante carece de descendientes, los bienes troncales se atribuyen preferentemente a los herederos troncales designados de conformidad a las reglas del art. 132 Comp. y sólo subsidiariamente se aplican (también a tales bienes) las reglas de la delación legal de los bienes no troncales (art. 135 Comp.; cfr., en el mismo sentido, ley 307, *i.f.*, Comp. N.). De modo que, si siendo de aplicación las reglas de la troncalidad existen herederos troncales, los bienes troncales no deferidos voluntariamente por el causante están reservados por la ley a los herederos troncales. Como perceptores de bienes que reúnen concretas y específicas cualidades, los herederos troncales no participan en los restantes bienes de la herencia deferida por la ley, pero, salvo eso, su posición no es la de legatarios sino la de verdaderos herederos y, en tal condición, por ejemplo, estarán subsidiariamente llamados a la ejecución testamentaria (art. 911 Cc.), o podrán ejercitarse las acciones personalísimas del causante transmisibles a los herederos; igualmente están obligados, en proporción a los bienes que reciban, al pago de las deudas y cargas de la sucesión (art. 134 Comp.). Nada impide, sin embargo, que, en virtud del principio de compatibilidad entre la sucesión voluntaria y la legal, un heredero troncal sea también heredero voluntario del causante; y, en defecto de descendientes, ascendientes y cónyuge, los hermanos de doble vínculo del causante le suceden abintestato tanto en los bienes troncales (art. 132.1º Comp.), como en los no troncales (art. 135 Comp. y 946-947 Cc.): en este caso unas mismas personas son llamadas por la ley a heredar los bienes troncales y los que no lo son.

Pero, en todo caso, la preferencia de los herederos troncales sobre los bienes de esta naturaleza es propia exclusivamente de la delación legal o abintestato. La sucesión legal, y dentro de ella la sucesión troncal, sólo se abre «en defecto de sucesión ordenada por testamento o pacto» (art. 127 Comp.).

Quiere decirse con ello que los bienes troncales de un causante no están, en todo caso, reservados a los sucesores troncales, sino que el causante puede disponer libremente de ellos por causa de muerte, con el sólo límite de las legítimas, como puede disponer de los restantes bienes de su patrimonio.

En cambio, en el Fuero civil de Vizcaya, «en virtud de la troncalidad, el titular de los bienes raíces solamente puede disponer de los mismos respetando los derechos de los parientes tronqueros. / Los actos de disposición que vulneren los derechos de los parientes tronqueros podrán ser impugnados en la forma y con los efectos que se establecen en el presente Fuero Civil» (art. 17, núms. 2 y 3 LDCFPV). Añade el art. 24 de la citada Ley civil vasca que «los actos de disposición de bienes troncales realizados a título gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, a favor de extraños o de partientes que no pertenezcan a la línea preferente de quien transmite, serán nulos de pleno derecho».

Es manifiesto, por tanto, que en el Derecho civil de Aragón no sucede como en el Derecho vizcaíno, donde la troncalidad es un límite a la libertad de disposición del causante, porque la ley reserva los bienes troncales, como una suerte de legítima, a los parientes tronqueros. En Aragón el legislador, dentro de la sucesión legal, desea favorecer con unos objetos determinados a unos herederos, y con todos los demás objetos a otros, pero no favorecer preferentemente a unos en perjuicio de los restantes. Esto hubiera podido suceder si se tratase de una atribución legitimaria, pero la que se hace a los herederos troncales ni es legitimaria ni tiene la calidad de una reserva sucesoria, y se limita a ser una regla de devolución abintestato.

Ambrosio podía, sin duda alguna, haber instituido heredero a Hilario (y también si éste no fuera su hermano, sino un pariente más lejano o incluso un amigo) en todos los bienes troncales y en los bienes de procedencia no familiar necesarios para completar la mitad de la herencia que le quiere deferir por testamento.

Resulta, sin embargo, que no lo ha hecho así: se ha limitado a instituirle heredero en la mitad de la herencia, es decir, en una cuota-parte de la misma sin atribución singular de bienes de una u otra naturaleza. Por ello, a la muerte de Ambrosio se abre su sucesión, mitad testada mitad intestada, y se desiere una mitad al heredero voluntario y la otra a los herederos llamados por la ley.

La mitad deferida por testamento corresponde a Hilario, pero la mitad deferida por la ley, al existir un tercio de bienes troncales no distribuidos por el testador y contemplados en cambio en la sucesión legal troncal, resulta más difícil de subdividir entre los padres y hermanos.

No estamos ante un problema exclusivamente de partición de la herencia porque, aunque la cuota testada de Hilario está determinada y sólo falta la adjudicación de concretos bienes que la reemplacen, no está determinada, en cambio, la cuota de cada uno de los herederos legales y antes que partir y adjudicar bienes es concretar las cuotas de que son titulares cada uno de los partícipes en la comunidad o comunidades hereditarias. No puede esperarse a la partición para que sea ésta la que determine quienes son herederos y quienes

no, o en qué proporción lo son unos y otros: los herederos y sus concretas cuotas partes en la herencia han de estar previamente determinados. No es un problema de partición, o no sólo de partición, sino de delación o principalmente de delación.

En realidad, decidir qué proporción de bienes troncales hay que incluir, en su caso, en la mitad testada de Hilario no es propiamente operación de partición, porque, salvo si se le adjudican en su totalidad, habrá otros herederos a quienes corresponda parte de los bienes troncales con los que, determinadas las respectivas participaciones, tendrá que partir tales bienes. No obstante, la fijación de la porción de bienes troncales que corresponde a Hilario sí que supone una mayor determinación de su posición como heredero voluntario.

Sin embargo, esta operación de concreción parcial de la cuota deferida a Hilario en testamento mediante la asignación de todos o parte de los bienes troncales es imprescindible para determinar la delación legal de la otra mitad: los bienes troncales o la porción de ellos no atribuidos a Hilario constituyen la cuota deferida por la ley a los hermanos de Ambrosio; a su vez, la determinación de la participación de Hilario en los bienes troncales permite concretar su participación en los no troncales hasta alcanzar la mitad de la herencia, de forma que todos los restantes bienes no troncales se defieren por la ley a los padres de Ambrosio en la forma ya indicada.

Por consiguiente, parece que la pregunta es cómo se defieren los bienes troncales entre los herederos voluntarios y los legales cuando a los primeros el causante sólo les ha atribuido una cuota del caudal relicito sin mayores especificaciones.

Antes de tratar de llenar la laguna del testamento con criterios objetivos deducibles de la ley, es preciso que exista tal laguna, es decir, que no pueda llegar a saber, a partir del contexto del testamento y utilizando los medios internos y externos de interpretación que sean necesarios, qué es en relación a los bienes troncales lo que parece más ajustado a la voluntad del testador. Lo primero es interpretar el testamento para intentar averiguar lo que parezca más conforme a la intención del testador en punto al destino a dar a los bienes troncales. Si a partir del testamento es posible llegar a conocer la voluntad del testador sobre el destino de los bienes troncales, la voluntad del testador, en cuanto ley de la sucesión, será decisiva y dejará de existir el problema que tratamos de resolver aquí.

En el supuesto de hecho, para poder seguir curriendo, consideramos que la voluntad del testador sobre este problema, si llegó alguna vez a planteárselo, no puede deducirse a partir del tenor del testamento.

Puede pensarse también que el problema no existirá en la práctica si los interesados en la herencia de Ambrosio alcanzan un acuerdo unánime que satisface a todos. Pero no es probable que Hilario, sus padres y sus hermanos, al tener intereses contrapuestos, se pongan de acuerdo y alcancen la necesaria unanimidad que requiere la partición contractual. Es probable que los hermanos desifendan que los bienes troncales deben deferirse enteramente abin-

testato al no haber sido adjudicados expresamente por Ambrosio a Hilario, lo que favorece sus intereses; mientras que es probable que los padres defiendan, en cambio, que los bienes troncales deben corresponder a Hilario, para de esta manera tener ellos derecho exclusivo a toda la cuota intestada. En esta situación es evidente la contraposición de intereses entre los padres y hermanos de Ambrosio.

En definitiva, si tras la adecuada interpretación se confirma la ausencia de previsiones del causante a este respecto y tampoco se logra un acuerdo entre los interesados satisfactorio para todos, será obligado completar y aclarar la laguna del testamento con criterios objetivos deducibles de la ley.

Las posibles alternativas parecen ser:

A) Entender que, como la sucesión intestada hay que concretarla a los bienes remanentes que no correspondan al heredero voluntario, podría defenderse que a Hilario compete decidir qué bienes de los existentes en el caudal relictio, incluidos los troncales, le corresponden a él por sucesión testada. Dependería, entonces, de la exclusiva voluntad del heredero voluntario decidir sobre el destino de los bienes troncales. Los llamados a la sucesión legal tendrían que pasar por lo decidido por Hilario siempre que los bienes adjudicados en su lote no sobrepasasen el valor de la mitad de la herencia.

Si esto fuera así, a Hilario le interesaría, al ser también llamado por la ley a la sucesión troncal, no incluir en su cuota de sucesión testada ningún bien troncal. En tal caso, los bienes troncales se deferirían enteramente por la ley a los hermanos del causante, de modo que Hilario recibiría mitad de la herencia por sucesión testada y un tercio de los bienes troncales por sucesión legal.

Claro que si Hilario no fuera hermano del causante, sino un extraño o un pariente no llamado en primer lugar por la ley a suceder en los bienes troncales, ya no tendría un interés patrimonial en excluir de su cuota testada a los bienes troncales y podría decidir, atendiendo a cualesquiera otros criterios, si prefería incluir en ella todos, parte o ninguno de los bienes troncales.

Aunque la sucesión voluntaria es preferente sobre la sucesión legal, no parece que pueda conferirse al heredero voluntario un derecho potestativo para determinar si existen o no herederos legales troncales y en qué proporción. La configuración jurídica de la delación hereditaria no puede depender de decisiones que no corresponden al causante ni a la ley. La sucesión voluntaria es preferente a la legal, cierto, pero lo preferente es lo establecido por el causante o la ley, no lo que pueda disponer el heredero voluntario no facultado a tal efecto ni por el causante ni por la ley. En defecto de ordenación suficiente por parte del testador, los problemas que la delación de la herencia plantee han de tener una respuesta objetiva, deducida de criterios legales que operen homogéneamente en todos los supuestos en que puedan ser de aplicación.

No se encuentran criterios legales que permitan interpretar que los bienes troncales deban incluirse, hasta agotarla en su caso, en la participación deferida por testamento y en perjuicio de los herederos troncales llamados por la ley.

B) En segundo lugar hay que analizar la hipótesis contraria. Es decir, la no inclusión de los bienes troncales por el testador en la cuota del heredero voluntario puede hacer pensar que, abierta la sucesión legal, en la cuota remanente hay que incluir, mientras quepan, los bienes troncales, porque es en este tipo de sucesión donde se halla regulada la troncalidad. Se trataría de hacer operativa la reserva legal en favor de los herederos troncales siempre que los bienes troncales existentes quepan en la cuota deferida abintestato. En esta interpretación la Ley querría que, en defecto de disposición voluntaria de los bienes troncales por el causante, se ofreciesen preferentemente a los herederos troncales.

Ciertamente, no repugna esta solución porque, establecida la troncalidad por un legislador para que opere en los casos de sucesión intestada, puede pensarse que ha de poder operar tanto si los bienes a deferir por la ley están ya determinados como si se trata de cuotas del caudal relichto: en la cuota legal habría que incluir en primer lugar los bienes troncales o todos los que cupieren en ella. Las reglas de la troncalidad tendrían entonces una «vis atractiva» sobre los bienes de tal naturaleza no atribuidos expresa y singularmente a los herederos voluntarios.

Tal vez pudieran encontrarse argumentos históricos favorables a una mayor extensión de la regla de troncalidad, y desde luego pueden localizarse en el Derecho comparado. Pero, con todo, en la regulación vigente del Derecho aragonés no hay tampoco sólidos argumentos en pro de esta interpretación extensiva de la troncalidad.

Parece que no pueden hacerse prevalecer los criterios de ordenación de la sucesión legal sobre los de la sucesión voluntaria. Es decir, no parece posible adjudicar primero la mitad de herencia a los herederos legales, para que operen las reglas de troncalidad en favor de los herederos troncales, y atribuir el remanente al heredero voluntario. Da la impresión de que operar así es dar más peso, más importancia, a la sucesión legal que a la voluntaria: serían las normas de la sucesión legal las que, sin tener presente la existencia de una delación voluntaria, darían un trato preferente a los llamados a los bienes troncales en perjuicio de los llamados también por la ley a los bienes no troncales, decidiendo además, indirectamente, la composición de la cuota deferida por sucesión testada.

Pienso que el régimen de los bienes troncales es distinto del previsto en el art. 129 Comp. para el recobro de dote y firma de dote, que tiene lugar siempre que el cónyuge dotado fallezca «sin descendientes comunes y sin haber dispuesto expresa y singularmente de las mismas». La Comisión Compiladora aragonesa entendió que, teniendo en cuenta la vinculación a que históricamente estuvieron sometidas estas aportaciones, procedía, al

menos, facilitar su curso hacia las personas a quien más naturalmente deberían estar destinadas, y así exigir la disposición singular expresa, de modo que, de no mencionar en el testamento o pacto la dote o firma de modo indudable y preciso, con palabras que se refieran expresa y singularmente a ellas, son objeto de delación abintestato. No sucede lo mismo con el recobro de liberalidades (art. 130 Comp.) ni, con mayor razón, en la devolución de los bienes troncales.

Aunque el testador no haya dispuesto expresa y singularmente de los bienes troncales en favor del heredero voluntario, no por ello hay que entender que se defieren ya necesariamente abintestato a los herederos troncales. Para que así sucediera sería preciso una disposición expresa del legislador, y no existe. No existiendo norma en tal sentido que, en ausencia de disposición expresa y singular, privilegie la delación legal de los bienes troncales, la simple disposición de una porción de la herencia por testamento o pacto, sin determinación de los bienes que la integran, no aparta de dicha cuota a los bienes troncales para incluirlos, si caben, enteramente en la cuota a deferir por la ley. No cabría argumentar que, sobre los bienes troncales, no hay sucesión ordenada por testamento o pacto (art. 127 Comp.), porque si no la hay sobre los bienes troncales tampoco la hay sobre los no troncales y, en tal caso, todos tendrían que deferirse abintestato: al tratarse de sucesión en una cuota de la herencia no hay por qué apartar de ella, *a priori*, a ninguna de las clases y tipos de bienes existentes en el caudal relicto.

C) En tercer lugar, parece que, ante la falta de criterios legales que permitan atribuir los bienes troncales preferentemente en la cuota testada o en la intestada, hay que pensar en una distribución proporcional entre ambas. Al existir en el supuesto de hecho dos mitades indivisas, parece lo más sensato entender que corresponde a cada una de ellas una mitad de los bienes troncales existentes. No es propiamente una operación de partición pero, salvadas las diferencias, coincide con el criterio del art. 1061 Cc. de atribución de los bienes indivisos guardando la posible igualdad y adjudicando a cada una de las mitades deferidas por distinto modo de delación cosas de la misma naturaleza, calidad o especie.

La presencia de bienes troncales, sin que el causante haya dispuesto expresa y singularmente de ellos, obliga a distribuirlos entre las cuotas testada e intestada, en proporción al importe de cada una de ellas, porque ninguna tiene preferencia sobre la otra para adjudicárselos en exclusiva. De esta manera resulta que en cada una de las mitades indivisas entra una mitad de los bienes troncales, por lo que en la delación legal los herederos troncales (los hermanos de Ambrosio) tienen reservada a su favor una mitad de los bienes troncales, equivalente a un sexto de la herencia; los otros dos sextos de bienes no troncales deferidos por la ley corresponden uno al padre y otro a la madre. Como Hilario es heredero voluntario y troncal, es titular en la comunidad hereditaria sobre bienes troncales de la mitad atribuida por testamento y de la tercera parte de la mitad deferida por la ley.

La comunidad hereditaria sobre los bienes no troncales, que representan dos tercios del caudal relicto, está formada por Hilario, al que corresponde la mitad de tales bienes, y el padre y la madre de Ambrosio, a quienes corresponde la otra mitad a partes iguales.

IV. DELACIÓN RESULTANTE

Creo, en consecuencia, que la delación correcta resultante es la siguiente:

- a) Hilario tiene la posibilidad de aceptar o rechazar 10/18 de la herencia de Ambrosio, de los cuales 6/18 recaen sobre bienes no troncales y se le defieren por sucesión testada; los otros 4/18 recaen sobre bienes no troncales y se le defieren 3/18 por sucesión testada y 1/18 por sucesión legal. Es decir: por sucesión testada le corresponden 9/18, de los que 6/18 son de bienes no troncales y los otros 3/18 de bienes troncales; y por sucesión legal le corresponde 1/18 de bienes troncales.
- b) Los padres de Ambrosio tienen la posibilidad de aceptar o rechazar 6/18 de la herencia de éste, correspondiendo 3/18 al padre y otros 3/18 a la madre, cuotas que les han sido deferidas por la ley y que recaen enteramente sobre bienes no troncales.
- c) Los otros dos hermanos de Hilario y Ambrosio tienen la posibilidad de aceptar o rechazar 2/18 de la herencia de éste, correspondiendo 1/18 a cada uno, cuotas que les han sido deferidas por la ley y que recaen enteramente sobre bienes troncales.

Puede apreciarse que con esta forma de delación, en parte testada en parte intestada, con atribución de la porción intestada que recae sobre bienes troncales a unos herederos legales y la otra porción intestada que recae sobre bienes no troncales a otros herederos legales, resultan dos comunidades hereditarias distintas, según la naturaleza de los bienes que las integran:

- a) Comunidad hereditaria sobre los bienes no troncales: representa 12/18 del total de la herencia de Ambrosio y está integrada por Hilario, a quien corresponde una participación de 6/18 deferida por testamento, y por sus padres, a los que corresponden individualmente sendas participaciones de 3/18 deferidas por la ley (6/18 en conjunto).
- b) Comunidad hereditaria sobre los bienes troncales: representa 6/18 del total de la herencia de Ambrosio y está integrada por Hilario, a quien corresponde una participación de 4/18 (3/18 deferidos por testamento y 1/8 por la ley), y por sus dos hermanos, a los que corresponde individualmente sendas participaciones de 1/18 deferidas por la ley (2/18 en conjunto).

En ambas comunidades hereditarias es partícipe mayoritario el heredero voluntario (Hilario), acompañado de sus padres en la correspondiente a los bienes no troncales y de sus dos hermanos en la relativa a los bienes troncales. En la primera la partición de Hilario es de 1/2, mientras que en la segunda es de 4/6. La parte que no corresponde a Hilario en cada una de las comunidades pertenece a los otros comuneros por mitad.

Desde otro punto de vista también se puede apreciar que la delación testada e intestada ofrece el siguiente resultado:

- a) Se defieren por sucesión testada 9/18 de la herencia de Ambrosio, que corresponden enteramente a Hilario; de ellos, 6/18 son de bienes no troncales y 3/18 de bienes troncales.
- b) Se defieren por sucesión legal los 9/18 remanentes, también 6/18 son de bienes no troncales y 3/18 de bienes troncales, y corresponden a las siguientes personas: 3/18 de bienes no troncales al padre; 3/18 de bienes no troncales a la madre; 1/18 de bienes troncales a Hilario; 1/18 de bienes troncales a cada uno de los otros dos hermanos.

Determinadas las cuotas o participaciones que corresponden tanto al heredero voluntario como a los legales, ya sea sobre los bienes no troncales ya sobre los troncales, es cuando se puede pensar en abordar la partición o división de cada una de las comunidades resultantes, de conformidad con las reglas generales que regulan tal operación.

EL CONSORCIO FORAL INDUCIDO POR LA DONACIÓN DE INMUEBLES EN EL SEÑO DE LA COMUNIDAD FAMILIAR DE BIENES

JOSÉ LUIS BERMEJO LATRE
Universidad de Zaragoza

Con estas breves notas pretendo predicar el carácter de Consorcio Foral de la comunidad de bienes, en la que siguen participando los padres hasta el momento de su fallecimiento —reservándose el usufructo de los bienes donados—, constituida a raíz de una previa donación de inmuebles de los padres a los hijos. Este supuesto práctico entra de lleno en la configuración legal que de la institución consorcial hace la Compilación de Derecho Civil de Aragón, de acuerdo con una interpretación integradora de los artículos 99, 101 y 142 de la Compilación, la jurisprudencia y la doctrina histórica y actual.

La opinión general en este caso suele ser contraria a admitir la existencia del Consorcio Foral, por diversas razones que merecen una cierta discusión. La primera traba se basa en la exigencia de que para que se dé la figura consorcial, los ascendientes de quienes proceden los bienes donados deban haber fallecido. Creo que esta interpretación de los textos tradicionales del Derecho Aragonés y de la jurisprudencia de principios de siglo (por lo tanto alejada en el tiempo de la legislación civil especial aragonesa vigente en la actualidad), resulta restrictiva en exceso y de muy poca ayuda al sostenimiento doctrinal de la figura del Consorcio Foral, tan denostada siempre por el foro, como señala Honorio ROMERO en su última aportación al haber de esta Revista.

La jurisprudencia de principios de siglo opta por la negación de la existencia del instituto del Consorcio Foral en este caso, interpretando el mismo según los textos forales clásicos y la antigua jurisprudencia, donde se aduce que los bienes familiares entran a formar parte del Consorcio Foral *cuando los ascendientes de quienes proceden por herencia o donación hayan fallecido*, abundando en que *el Consorcio Foral no surgirá entre los beneficiarios de los bienes transmitidos en indivisión en tanto no sean éstos transmitidos en pleno dominio*. Para esta corriente de opinión, el sentido preciso de la palabra «adquieran» que aparece en el art.

142 de la Compilación, obliga a que la adquisición de los bienes lo sea en pleno dominio, siendo éste un sentido que me parece forzado cuando menos, máxime cuando la dicción literal de la Compilación especifica claramente los requisitos legales de existencia del Consorcio Foral.

En efecto, cabe decir que el Consorcio Foral *surge* con el fallecimiento del instituyente, pero la ley (fuente que debe prevalecer sobre la jurisprudencia, la costumbre y el Derecho histórico, y más en este caso en que la dicción literal de la Compilación es inequívoca) dispone que *queda establecido el consorcio con la adquisición a título gratuito de inmuebles cuando varios hermanos los adquieran de un ascendiente proindiviso*. La atención debe fijarse en primer lugar en el cumplimiento de los requisitos legales para ostentar la calidad de Consorcio Foral y, seguida y subsidiariamente, en los criterios hermenéuticos (la interpretación histórica, que debe ser manejada con cautelas en este caso).

En segundo término obsta la doctrina a considerar la existencia del Consorcio en este supuesto exigiendo que la donación sea universal de todos los bienes familiares (*universal de bienes habidos y por haber*, para poder considerarla una donación hereditaria), o que la Escritura en que se plasme aquélla contenga algún pacto específico de suceder, lo cual tampoco me parece admisible. El hecho de que una Escritura notarial de donación no mencione ningún pacto especial de suceder, o de que recoja una enumeración minuciosa de las fincas que componen el conjunto patrimonial donado y del que sea titular la comunidad de bienes, no excluye de por sí su carácter sucesorio: la Escritura de donación puede recoger perfectamente un pacto sucesorio implícito, una donación *universal de bienes habidos y por haber*, aunque en ella se detalle el número individualizado de las fincas que componen el patrimonio donado de los padres a los hijos (y que constituyen el objeto material de la comunidad de bienes). Se trata de un pacto de suceder global, sin que sea necesario hacer referencia expresa al carácter sucesorio de la donación, pues éste se desprende lógicamente del negocio jurídico practicado.

Con todo, no sería necesario contemplar la universalidad de la donación para deducir de ella el carácter sucesorio y, por ende, consocial, pues el Consorcio cabe también sobre bienes determinados, como entiende la jurisprudencia: en efecto, en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 26 de febrero de 1993 (sentencia muy reciente, en contraste con las ya clásicas de la Audiencia Territorial de 7 de octubre de 1910 y 29 de octubre de 1909), se admite que *la escritura pública en que se dona pura e irrevocablemente, en concepto de sucesión anticipada, a los hijos por partes iguales indivisas, la nuda propiedad de unos determinados inmuebles, establece un Consorcio Foral* (nótese que no se exige que la donación que constituya el Consorcio sea «universal de bienes habidos y por haber», sin que pierda por ello el Consorcio su sentido eminentemente sucesorio). Luego se da la figura del Consorcio Foral y se producen los efectos del 142 de la Compilación, efectos que de no interpretarse de este modo la figura del Consorcio carecerían sentido.

Para dar idea de cómo Fueros y Observancias apoyan la interpretación de que cabe el Consorcio Foral establecido por donación sobre bienes determinados, sin que sea necesaria la donación universal de bienes presentes y futuros, haré un recorrido de la mano de la reputada María del Carmen SÁNCHEZ-FRIERA por la doctrina foralista aragonesa en la historia.

En efecto, entre los juristas del foro del siglo XIX, FRANCO y GUILLÉN, al igual que el resto de la doctrina, invocan la autoridad de PORTOLÉS para decir que *el Consorcio se forma cuando son muchos los que suceden ... y que ésta (la sucesión) puede ser igual por título universal o particular*. De igual modo MARTÓN y SANTAPAU, y DIESTE, para quienes *el Consorcio tiene lugar no sólo en los bienes adquiridos por título hereditario sino también en los heredados por título particular, esto es, por legado*. En el mismo sentido se inclina el resto de la doctrina representada por DE LA PEÑA, NAVAI., BLAS Y MELENDO, ISÁBAL., MARTÍN COSTEA y OTTO ESCUDERO, y los autores castellanos que trataron del Consorcio como GUTIÉRREZ, SÁNCHEZ, con los mismos argumentos.

Antes, el obispo VIDAL DE CANELLAS pareció considerar que tanto la sucesión a título de heredero como de legatario inducía el Consorcio, pues, al referirse a los bienes consorciales, habló de *heredad o posesión que desciende de padre, de madre, del avuelo o de la avuela* (Vidal Mayor, libro IV, § 31), haciendo hincapié en la procedencia de descendientes de los bienes y en la indivisión de los mismos, sin diferenciar entre los recibidos por sucesión particular o universal. También esto se desprende de la expresión utilizada por la Observancia 13 *De consortibus eiusdem rei*, que habla de los bienes *en que los hijos suceden*. En el mismo sentido se pronuncian BARDAJÍ y PORTOLÉS, este último desde la perspectiva del Derecho común, aceptando que aunque *el instituto del Consorcio Foral supone una excepción al Derecho Común y por tanto es «odioso», debe entenderse que las disposiciones que lo regulan, tanto del fuero como de la observancia comprenden también la sucesión singular deferida a título de legado y, por consiguiente, que queda establecido Consorcio entre los hermanos que suceden en bienes concretos de sus ascendientes proindiviso*.

Ya en nuestros días, y desde una óptica moderna, estima MERINO HERNÁNDEZ que la legislación vigente incluye la donación *inter vivos*, incluso de bienes singulares, como título consorcial. Dice MERINO HERNÁNDEZ que *en el supuesto en que unos padres dispongan por vía de donación, a favor de varios de sus hijos y proindiviso entre ellos, de determinados bienes inmuebles, se formará sobre tales bienes y entre los donatarios el Consorcio Foral, por cumplirse los requisitos exigidos para el mismo por el artículo 142 de la Compilación*, que señala como inicio del Consorcio el instante mismo de la adquisición gratuita de los bienes por parte de los descendientes y, no sólo en los supuestos en que la adquisición de los bienes sea por sucesión testada e intestada, sino también cuando sea por vía de donación.

Avala esta posición el profesor LACRUZ BERDEJO, cuando dice que *la vinculación consorcial se inicia en el momento de coincidir los hermanos o primos en la titularidad y, por tanto, al aceptar más de uno la donación o la herencia, o recaer en*

ellos el legado. Es indiferente que la herencia o el legado se hallen ordenados en testamento o en pacto sucesorio.

Como dispone la Compilación, *la adquisición gratuita de un ascendiente de inmuebles proindiviso determina el establecimiento entre los descendientes adquirentes del Consorcio Foral*. Además, el origen histórico y el sentido práctico de la figura encajan con el problema que aquí se trata, esto es, la transmisión en vida a los sucesores legítimos del patrimonio familiar agrario. La comunidad de bienes formada a raíz de esta particular donación se encuadra en este supuesto, ya que su origen es la *donación universal del patrimonio proindiviso de los padres a los hijos, la constitución de una comunidad de bienes hereditaria paccionada y no testamentaria, de duración indefinida, reservándose un usufructo vitalicio los padres y con renuncia expresa del derecho de viudedad foral de la madre*. En definitiva, la comunidad de bienes es un Consorcio Foral en toda regla.

La exigencia de que para exista un Consorcio Foral la transmisión patrimonial sea pura y sin reserva de usufructo (según las sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza más arriba referenciadas) es igualmente gratuita. Debo argumentar, en contra de dicha exigencia, que trae causa de un requisito jurisprudencial proveniente de un momento histórico muy anterior al actual, en que la base legal sobre la que se sustentaba la figura del Consorcio Foral era otra bien distinta a la actual. Puede recordarse la doctrina de ROCA SASTRE, quien acepta cómo *en muchas regiones se emplea como sucedáneo del heredamiento la donación, reservándose los donantes el usufructo y la facultad de disponer, lo cual, en el fondo, viene a ser un verdadero heredamiento invertido*. La donación *reservato usufructo* es un título válido y legítimo para inducir el Consorcio Foral, a mayor abundamiento de lo que vengo discurriendo.

Desde la óptica de un espíritu integrador y alejado del estricto formalismo, hay que decir que la donación universal de todas las fincas de los padres (y los frutos que éstas produzcan en lo sucesivo), y la convención de padres e hijos que se produce en el mismo al objeto de constituir una comunidad de bienes, no puede articularse de mejor manera que a través de la institución del Consorcio Foral (cuya finalidad reside en explotar todo el patrimonio agrario familiar de modo unitario, perpetuando así la actividad económica familiar en el tiempo, y facilitando la presencia de los padres donantes en dicha actividad). Parece, por tanto, que el acto de donación del patrimonio inmobiliario de padres a hijos, seguido de la constitución de una comunidad de bienes que integra a donantes y donatarios, es un ejemplo modélico de los supuestos contemplados (tanto en la historia como en la actualidad) por el Derecho aragonés, por cuanto se trata de un acto tendente a la conservación del haber familiar, en aras de asegurar la continuación de la *Casa* como unidad familiar y económica.

Si bien con ligeras variantes, producto sin duda de los cambios actuales en la estructura económica y empresarial (y que deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar las instituciones jurídicas, tal y como previenen los artículos 1.1 de la Compilación, el 3.1 del Código Civil y el propio sentido común, con el fin de dinamizar el Derecho escrito y no permitir que se anquile en

rígidas formas históricas inservibles para el tráfico jurídico de hoy en día), el criterio foral a manejar en este caso sigue siendo el de la *conservación del patrimonio familiar agrario y la protección legal de la institución consuetudinaria económico-familiar que es la Casa aragonesa*. La institución de la Casa es entendida por la jurisprudencia aragonesa y la doctrina (véanse las sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 22 de noviembre de 1947, 19 de febrero de 1951 y 3 de julio de 1961, entre otras, y los trabajos de COSTA, MARTÍN COSTEA, etc.) como un medio de perpetuación del haber patrimonial de una familia, pero también como una fórmula de colaboración entre instituyentes e instituidos, pues en ella el titular de un patrimonio agrario busca la cooperación y entrega de sus hijos *sin tener que abandonar las riendas de la empresa familiar* (lo cual le sería forzoso si dicho titular estuviera fallecido, esto demuestra la vigencia y validez del supuesto de donación a la comunidad de bienes al que vengo refiriéndome como uno de los pactos sucesorios en vida válido en Derecho, según lo prescrito por la ley). La Casa es una comunidad familiar, al mismo tiempo sociedad de producción, de consumo y de gananciales, y se asienta en la libertad de pacto que la costumbre ha modelado, con lo cual serán los pactos que se realicen en su seno los únicos instrumentos válidos para regir su dinámica.

Por lo tanto, sea el heredero una única persona o una comunidad de bienes —como en este caso—, y se disponga en la forma que se disponga la atribución patrimonial de causantes a causahabientes (donantes a donatarios en este caso), hay que entender e interpretar en el supuesto que nos ocupa que la donación que se ha operado aquí tiene carácter sucesorio suficiente y se ajusta totalmente a las reglas legales, jurisprudenciales, históricas y doctrinales del Consorcio Foral aragonés, interpretadas de un modo dinámico y adecuado a las exigencias de la realidad social del momento, como exige el artículo 1.1 de la Compilación y el 3.1 del Código Civil. En suma, estimo que una donación (universal o particular, siempre que su sentido sea sucesorio) inmobiliaria de ascendientes a descendientes, con la respectiva constitución de una comunidad de bienes en la que participen donatarios y donantes —en calidad de usufructuarios, hasta el momento de su fallecimiento—, es un título legítimo e idóneo para inducir la existencia de un Consorcio Foral en el seno de la comunidad familiar de que se trate.

**COMENTARIOS
DE
JURISPRUDENCIA**

**EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD
Y EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.
LA EXTINCIÓN DEL EXPECTANTE A PETICIÓN
DEL PROPIETARIO DE LOS BIENES Y EL ABUSO
DE DERECHO. (A PROPÓSITO DE LA S.TSJA
DE 30 DE OCTUBRE DE 1996)¹**

DRA. MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ
Profesora Titular de Derecho civil

SUMARIO: I. RESUMEN DE LOS HECHOS. — II. CUESTIONES OBJETO DE COMENTARIO. — III. EL ART. 76.2.2º COMP.: «EXTINCIÓN DEL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD A PETICIÓN EXPRESA DEL PROPIETARIO DE LOS BIENES»: 1. SUBSISTENCIA DEL DERECHO EXPECTANTE: ART. 76.2.1º COMP. — 2. LA EXTINCIÓN DEL DERECHO EXPECTANTE CUANDO ASÍ LO ACUERDE EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA: LEGITIMACIÓN *AD CAUSAM*. — III. ANÁLISIS DEL VOTO PARTICULAR: 1. PLANTEAMIENTO. — 2. LA VIUDEDAD Y EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES: ¿UNA NUEVA CAUSA DE EXTINCIÓN NO PREVISTA POR EL LEGISLADOR? — 3. RENUNCIA TÁCITA AL DERECHO EXPECTANTE CUANDO AMBOS CÓNYUGES DISPONEN CONJUNTAMENTE DE BIENES PRIVATIVOS O DE SU EXCLUSIVA PROPIEDAD: *a) La renuncia tácita al derecho expectante: su falta de regulación legal. Imposibilidad de la aplicación analógica del párrafo 1º del art. 76.2 a la disposición de bienes propiedad exclusiva de uno de los cónyuges. Vulneración del favor *viduitatis*. — b) Separación de bienes y enajenación de la vivienda habitual propiedad exclusiva de los cónyuges. Aplicación del art. 51 de la Comp.: ¿la presencia al acto de enajenación del cónyuge no propietario presupone la renuncia a su derecho expectante?* — 4. EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD Y EL ABUSO DE DERECHO. LA REFERENCIA AL ABUSO DE DERECHO EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ART. 76.2. COMP.

¹ El texto íntegro de esta sentencia puede consultarse en la RDCA-III-1997, núm. 1, marginal 2. Actuó como Ponente el Ilmo. Sr. don Vicente García Rodeja.

I. RESUMEN DE LOS HECHOS

La sentencia del TSJA que es objeto de comentario viene a resolver la aplicación o no al caso de autos del art. 76.2.2º Comp. En concreto, quién es el «propietario de los bienes» legitimado para solicitar la extinción del derecho expectante de viudedad, así como qué significa la negación a la renuncia del Derecho expectante con «abuso de su Derecho».

De cualquier manera, para la comprensión y análisis de esta sentencia vamos a partir de un resumen de los hechos que dan lugar a una serie de pleitos, hasta llegar a esta sentencia de casación, que presenta, además, un voto particular formulado por el Presidente del TSJA, Excmo. Sr. don José Ramón San Román Moreno, que merece también ser objeto de comentario.

La historia de este asunto comienza en el año 1986, cuando los cónyuges, don Antonio Jiménez Rupérez y doña Ana Carmen Olite Merino, en documento privado de fecha 11 de septiembre del referido año, compran un piso, mobiliario y una plaza de garaje, anejo inseparable de aquél, así como tres locales, sitos en el edificio en el que radica la vivienda, a los cónyuges (demandados en la primera instancia y recurrentes en casación) don Carlos Romero Rodelgo y doña María Luisa Reijs Arias. Estos últimos, los vendedores, son de vecindad civil aragonesa adquirida por residencia, cuyo régimen económico matrimonial es, según capítulos matrimoniales, de separación de bienes, de manera que la vivienda —domicilio familiar de los vendedores— muebles y plaza de garaje son propiedad de la mujer y los locales propiedad del marido.

En dicho documento privado se establece, entre otras cosas, la entrega de una parte del precio, así como la fecha de entrega de dichos bienes (entre el 31 de julio y el 31 de diciembre de 1987)², momento en el cual se satisfará el resto del precio convenido, pactándose, además, una cláusula penal para la circunstancia de que se retrase la entrega de los bienes a dicha fecha.

Los vendedores, llegada la fecha de vencimiento pactada, incumplen su obligación, por lo que los compradores los demandan exigiendo el cumplimiento del contrato. Todo ello da lugar a diversos pleitos que agotan las sucesivas instancias hasta llegar a Casación (STS de 19 de mayo de 1992, Ar. 4.910), reconociéndose el derecho de los comparadores a que se eleve a escritura pública el documento privado y se proceda a la entrega de los bienes.

Ahora bien, todavía es relevante señalar que en esta instancia, los vendedores alegan como uno de los motivos de casación, la existencia en favor de cada

² Este dato está tomado de la S. del TS de 19 de mayo de 1992 (Ar. 4.910), sin embargo, las fechas a las que hace referencia la S.TSJA, en concreto, el fundamento jurídico sexto del voto particular, se refiere al año 1988.

uno de ellos del derecho expectante de viudedad, motivo que es rechazado por la Sala, y que no es abordado por la misma, al ser una cuestión nueva planteada exclusivamente en casación, y no en las anteriores instancias³. Circunstancia ésta, que lleva al notario a señalar —cuando en ejecución de sentencia, el 13 de diciembre de 1993, se lleva a cabo el otorgamiento de la referida escritura pública— «que se deja a salvo expresamente el derecho expectante de viudedad foral a favor del cónyuge del vendedor, por no haber sido objeto de discusión en este pleito».

En consecuencia, este proceso y la subsiguiente elevación a escritura pública del documento privado son los hechos que mueven a los compradores a interponer una demanda judicial solicitando del juzgado la extinción del derecho expectante de cada uno de los vendedores, fundando su pretensión en el art. 76.2.2. Comp. Pretensión que se rechaza en la primera Instancia (S.JPI núm. 7 de Zaragoza, de fecha 15 de junio de 1995), se admite en apelación (S.APZ de 7 de febrero de 1996)⁴ y, por fin, en Casación, interpuesto el recurso por los vendedores, se casa la sentencia, declarándose subsistente el derecho expectante en favor de los recurrentes, al entender la Sala que los recurridos no tienen legitimación en virtud del art. 76.2.2º Comp., y no que no hay lugar al abuso de Derecho.

Como también he advertido al principio, esta sentencia presenta un voto particular que contradice lo resuelto por la Sala y cuyo planteamiento principal es el siguiente:

— Por un lado, se argumenta por parte del Magistrado disidente que el derecho expectante de viudedad es incompatible con la separación de bienes, de manera que salvo que se reserve expresamente este derecho, el régimen de separación de bienes opera como causa de extinción del mismo.

Por otro lado, y junto a esta teorización, defiende el autor del voto particular que en el caso de autos, además, se puede observar por parte de los vendedores una renuncia tácita al expectante, al enajenar en un mismo documento cada uno de ellos sus respectivos bienes, manifestándose en dicho documento privado que se venden libres de cargas, lo que supone, su renuncia tácita al derecho expectante⁵.

Esta última declaración, le sirve además, al Magistrado disidente, para advertir un evidente abuso de derecho por parte de los vendedores al no mencionar la existencia del derecho expectante se da lugar, con ello, a una serie de equívocos contrarios a la buena fe.

³ Vid. el FJ decimoctavo de la STS de 19 de mayo de 1992 (Ar. 4.910).

⁴ La misma puede ser consultada en la RDCA-III-1997, nº2 marginal...

⁵ Vid. fundamento jurídico decimoséptimo del voto particular (RDCA-III-1997, nº1, marginal 2).

II. CUESTIONES OBJETO DE COMENTARIO

Atendiendo a las cuestiones fundamentales que se plantean en la sentencia y en el voto particular, creo que merecen una reflexión y comentario las siguientes cuestiones:

Por un lado, la aplicación del art. 76.2.2º de la Compilación al supuesto controvertido y la interpretación en dicho precepto del abuso de derecho.

Por otro lado, si ha mediado o no renuncia tácita y si la viudedad se extingue cuando se pacta entre los cónyuges aragoneses separación de bienes, a no ser que expresamente se reserven este derecho.

III. EL ART. 76.2.2º COMP.: «EXTINCIÓN DEL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD A PETICIÓN EXPRESA DEL PROPIETARIO DE LOS BIENES»

1. SUBSISTENCIA DEL DERECHO EXPECTANTE: ART. 76.2.1º COMP.

La argumentación y el fallo de esta sentencia que es objeto de comentario, en lo que hace a la aplicación del art. 76.2.2º Comp., me parece atinada y conforme con los planteamientos de la mejor doctrina aragonesa en este punto, así como también con los diversos fallos vertidos por distintos Tribunales aragoneses, incluido el TSJA, que mantiene esta misma y acertada interpretación en la S. de 4 de abril de 1995⁶.

En efecto, a la Sala llegan los siguientes hechos: un matrimonio que ha adquirido por residencia la vecindad civil aragonesa, cuyo régimen económico matrimonial es de separación de bienes por haber capitulado, constante matrimonio, en este sentido. De manera que los bienes que se enajenan pertenecen de forma privativa a cada uno de los cónyuges disponentes.

Si la anterior premisa no se pone en duda en el momento procesal oportuno⁷, corresponde a cada cónyuge el usufructo vitalicio sobre todos los

⁶ Vid. RDCA-II, núm. 1, marginal 1.

⁷ En este punto sería importante tener en cuenta las normas de Derecho internacional privado, en particular los arts. 9.3 y 16. 2 Cc. para establecer cuál es el estatuto personal de los cónyuges vendedores a los efectos de establecer, en su caso, si gozan o no de viudedad aragonesa. En relación con esta materia vid. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, «Comentario al art. 16.2 apartado segundo del Cc.», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2º (arts. 8º a 16), dirigidos por M. ALBALADEJO y Silvia DÍAZ ALABART, Edersa, Madrid, 1995, pp. 1282-1301, y *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la ley de 2 de mayo de 1975*, Tecnos,

bienes —muebles e inmuebles, comunes o privativos— del que primero fallezca.

En garantía precisamente de ese usufructo —segunda fase de la viudedad como institución unitaria de origen legal, integrada en el Derecho de familia aragonés⁸— se establece, constante matrimonio, como primera fase de la viudedad, el derecho expectante que, cuando recae sobre bienes inmuebles por naturaleza o muebles como sitios del núm. 1 del art. 39 Comp., se manifiesta como un gravamen real de origen legal y oponible *erga omnes*.

Coherente con esta premisa, el art. 76.2.1º de la Compilación establece que el derecho expectante no se extinguie ni menoscaba por la ulterior enajenación de estos bienes a menos que se renuncie expresamente a él o, tratándose de bienes comunes, se haga reserva expresa de la subsistencia del expectante, pues la enajenación o el consentimiento a ella equivaldrán a su renuncia.

En consecuencia, y tratándose de bienes privativos (o de la exclusiva propiedad de cada uno de los cónyuges, por ser el régimen matrimonial de bienes de separación) tan sólo la renuncia expresa al expectante producirá su extinción.

En el caso de autos, no ha habido tal renuncia —como así se manifiesta en la escritura pública de venta otorgada en el año 1993, y tampoco parece que se renunciara, valga ello lo que valga, en el documento privado de 1986—.

Por lo tanto, evidentemente, no se ha extinguido el derecho expectante de viudedad en favor de los cónyuges vendedores.

2. LA EXTINCIÓN DEL DERECHO EXPECTANTE CUANDO ASÍ LO ACUERDE EL JUEZ DE PRIMERA INSTANCIA: LEGITIMACIÓN *AD CAUSAM*

Tratándose de bienes privativos, o de la exclusiva propiedad de uno de los cónyuges, tan sólo la renuncia expresa al expectante otorgada en escritura pública⁹ provoca la extinción de este derecho y, en consecuencia, también del posterior usufructo que, fallecido uno de los cónyuges, nacería en favor del supérstite.

Madrid, 1977, pp.764-765; SERRANO GARCÍA, José Antonio, «Vecindad civil, ley aplicable a los efectos del matrimonio y viudedad aragonesa en la reforma del Código civil. Su posible inconstitucionalidad», en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, 1992, pp.763-789; ZABALO ESCUDERO, Elena, *La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho internacional e interregional*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1993, en especial las pp.157-200).

⁸ Los planteamientos y afirmaciones que llevo a cabo sobre la viudedad aragonesa siguen la que, a mi juicio, es la mejor doctrina aragonesa en relación a esta institución: la del profesor SANCHO REBULLIDA. Vid. a este respecto, *La viudedad aragonesa*, ADA, VIII, 1955-56, pp. 9-208; y los *Comentarios a la compilación de Derecho civil de Aragón* (arts. 72-88), vol. II, Zaragoza, 1993, escritos en colaboración con Pedro DE PABLO CONTRERAS.

⁹ MERINO HERNÁNDEZ, a mi juicio de forma incorrecta, defiende la validez de la renuncia en documento privado (cfr. *La renuncia al Derecho expectante de viudedad aragonesa*, en RCDI, LII, núm. 515, 1976, pp. 1408 y ss.). En contra, y acertadamente, SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, *Comentarios a la compilación de Derecho civil de Aragón*, t. III, Zaragoza, 1993, pp. 688 y ss.

Ahora bien, el párrafo 2º del art. 72.2 prevé un supuesto más de extinción del derecho expectante de viudedad: la posibilidad de que sea acordada por 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 renunciar con abuso de su derecho».

Este segundo párrafo del art. 76.2 se introdujo en la reforma de la Compilación de 1985¹⁰, para facilitar el tráfico jurídico en la enajenación de inmuebles que se vería imposibilitado si el cónyuge titular del expectante estaba incapacitado o se negaba a renunciar de forma injustificada.

En el caso de autos, los recurridos en casación —los compradores, actores en la primera instancia— fundamentan su derecho para solicitar la extinción del derecho expectante que corresponde a los vendedores, precisamente en el art. 76.2.2 del Cc., y el primer problema que se plantea la Sala, y resuelve correctamente, es precisamente el que hace a la legitimación *ad causam* de los vendedores.

En efecto, la interpretación de esta norma, para su correcta aplicación, exige resolver las siguientes cuestiones: por un lado, quién está legitimado para solicitar del juez la extinción del derecho expectante; por otro, sobre qué objeto recae (bienes comunes o no), y por último, qué significa la negativa a la renuncia con «abuso de su Derecho».

A lo que creo, la Sala despeja acertadamente cada una de estas incógnitas.

En lo que hace a la legitimación activa, tal y como se señala en el fundamento jurídico tercero es necesario: «que el solicitante “propietario” sea uno de los cónyuges del matrimonio con que los bienes se relacionan, pero nunca un tercero, como es el adquirente; por lo que los demandantes carecen de acción y posibilidad de invocar la efectividad de esta norma, falta de legitimación «*ad causam*», que es lo que afirman las sentencias dictadas en el recurso»¹¹.

El segundo elemento que hay que analizar para integrar esta norma es precisamente a qué tipo de bienes se aplica, y en este punto, el planteamiento de

¹⁰ El anteproyecto de Compilación de 1966 previno una análoga posibilidad de extinción de derecho expectante de viudedad. En concreto el art. 76 del proyecto decía lo siguiente: «Este derecho no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de los inmuebles, a menos que fuere consentida por el otro cónyuge, o, subsidiariamente, por la junta de parientes y en su defecto por la autoridad judicial, en los casos de incapacidad, ausencia o negativa infundada».

¹¹ La Sala, al considerar legitimado activamente el otro cónyuge para solicitar del juez la extinción del expectante, interpreta la norma de acuerdo con la doctrina unánime aragonesa. Vid. Por todos, SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, *Comentario al art. 76 de la compilación*, en «Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón», vol. II, dirigido por José Luis Lacruz Berdejo y Jesús Delgado Echeverría, edit. DGA, Zaragoza 1993, pp. 744 y ss. Igualmente diversas sentencias se manifiestan en este sentido, entre otras vid. S. APZ de 11 de julio de 1994 (RDCA-II, 1996, núm. 1, marginal 36) y S. TSJA de 4 de abril de 1995 (RDCA-II, 1996, núm. 1, marginal 1).

la Sala es igualmente acertado. En concreto se señala: «la norma no es aplicable exclusivamente a los bienes consorciales e incluso la doctrina duda si en ningún caso puede aplicarse a los mismos, ..., pero sí es aplicable evidentemente a los bienes propios de uno de los cónyuges».

En efecto, los términos claves del precepto, en lo que hace al objeto, son precisamente las frases referidas a «en los mismos casos de enajenación» y «a petición expresa del propietario de los bienes», lo que ha llevado a la doctrina a plantear si este 2º párrafo del art. 72.2 Comp. se ha de aplicar tan solo a la enajenación de bienes privativos¹², y no a la enajenación de bienes consorciales, cuya solución vendría dada por el párrafo 1º del art. 76.2.

Sea como fuere, y sin perjuicio de que por mi parte, siguiendo a SANCHO REBULLIDA, considere aplicable el párrafo 2º del art. 76.2. a ambas clases de bienes (sean privativos o consorciales)¹³, en lo que no hay ninguna duda —y en ello es unánime la doctrina—, es que en el caso de bienes privativos (o de la exclusiva propiedad de uno de los cónyuges), se aplica, desde luego, el párrafo 2º del art. 76.2, cuando el titular del expectante está incapacitado o se niega injustificadamente a renunciar.

Por último, ha de darse también un elemento causal, o sea que la renuncia efectúe el titular del expectante «con abuso de su derecho». En lo que hace a este elemento, y como igualmente señala la Sala, el abuso de derecho «tiene que darse frente al otro cónyuge que pretenda la venta». Lo que tampoco ocurre en el caso de autos¹⁴.

Por lo demás, para la aplicación de esta norma, se requiere también un elemento temporal, que exige que la petición de extinción del derecho expectante sea anterior a la enajenación del bien sobre el que recaiga el expectante, pues es precisamente la negativa a renunciar por parte del cónyuge titular del expectante, lo que impide a su consorte, en su caso, la enajenación, al ser más que probable que el comprador no tenga interés en dicha adquisición.

En consecuencia, la Sala resuelve con absoluta corrección el caso formulando ante el TSJA, creándose con esta sentencia una buena doctrina jurisprudencial, finalidad que es a la que debe atender la casación.

¹² Son de esta opinión, entre otros, ZAPATERO GÓNZALEZ, *De la viudedad foral*, en «Actas de las Jornadas de Derecho civil aragonés (Jaca, 1985)», Cortes de Aragón, 1986, 201-242, en especial vid. p. 227, y MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Comentario a la sentencia de 27 de mayo de 1988 (comunidad conyugal y viudedad)*, en CCJC, núm.17, 1988, pp. 553-572, en especial vid., pp. 571 y 572.

¹³ SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, *Comentario al art. 76 Comp.*, en «Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón», vol. II, dirigidos por LACRUZ Y DELGADO ECHEVERRÍA, DGA, Zaragoza, 1993, pp. 745 a 747.

¹⁴ Este punto será tratado de forma especial en la última parte de este comentario de sentencia, al considerar, por mi parte, que la expresión abuso de derecho del párrafo 2º del art. 76.2 no es jurídicamente esa figura regulada en el art. 7.2 Cc.

III. ANÁLISIS DEL VOTO PARTICULAR

1. PLANTEAMIENTO

El Excmo. Sr. don José Ramón San Román Moreno, presidente del TSJA, considera que «no ha lugar el recurso de casación formulado» acogiendo los fundamentos de Derecho formulados en la S.APZ de 7 de febrero de 1996.

En esta sentencia, la sección 5^a de la APZ, ante el convencimiento de que no es posible aplicar el art. 76. 2.2º señala —sin haber sido solicitado por la parte actora— que el fundamento de la acción de los compradores está en el art. 7 Cc. y, por lo tanto, procede a extinguir por esta vía el derecho expectante de viudedad, e incluso —sin que tampoco ninguna de las partes lo haya planteado— la existencia de una especie de renuncia tácita al expectante, al formalizarse la venta de ambos bienes en un mismo documento¹⁵.

Todo ello es tomado y valorado por el Magistrado disidente, quien también considera que no es posible aplicar al caso de autos lo previsto en el art. 76.2.2º, para llevar acabo las siguientes afirmaciones:

- 1^a El régimen de separación de bienes extingue el derecho expectante de viudedad, salvo reserva del mismo.
- 2^a Extinción del derecho expectante de viudedad por renuncia tácita al mismo por parte de los vendedores, lo que cabe deducir de la enajenación conjunta (en un mismo documento) de sus respectivos bienes privativos.
- 3^a Existencia de abuso de Derecho por parte de los vendedores.

Por cualquiera de estas vías, se llega, según la argumentación expresada en el voto particular, a extinguir el derecho expectante de viudedad de los cónyuges vendedores.

Por mi parte, y a lo que creo, ninguno de estos argumentos, consigue la finalidad pretendida por el emisor del voto particular: la extinción del derecho expectante.

Las dos primeras causas, por no estar previstas en la ley y, por lo tanto, no ser pertinente, a mi juicio, la aplicación de la analogía de las causas de extinción de este derecho o cualquier interpretación que vulnere el principio general que informa esta institución: *el favor viduitatis*. El último de los argumentos, porque, aun cuando hubiese existido abuso de derecho —y hubiese sido alegado en el momento procesal oportuno por los compradores—, la consecuencia jurídica del mismo no es la extinción del derecho expectante.

¹⁵ Vid. los fundamentos jurídicos de esta sentencia, transcritos íntegramente en el RDCA-III, núm. 2, marginal...

2. LA VIUDEDAD Y EL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES: ¿UNA NUEVA CAUSA DE EXTINCIÓN NO PREVISTA POR EL LEGISLADOR?

El voto particular toma como fundamento básico para considerar que el derecho expectante de viudedad se ha extinguido la circunstancia de que los recurrentes en casación someten la economía de su matrimonio al régimen de separación de bienes, pues este régimen económico matrimonial opera (es) una causa de extinción del derecho expectante, salvo que los cónyuges de forma expresa se hayan reservado este Derecho.

Tal causa de extinción no está contemplada de forma textual y expresa en la Compilación, pero está fundada por el proponente con los siguientes argumentos:

«El régimen económico de separación de bienes es un régimen extraño al Derecho aragonés que difícilmente se compadece con la naturaleza familiar que la doctrina reconoce al derecho expectante de viudedad.

Y tan es así, que este Derecho se extingue “por la declaración de nulidad del matrimonio, por el divorcio y por la separación judicial, salvo, en este último caso, pacto de en contrario” (art. 78 Comp.).

Si este derecho se extingue, salvo pacto en contrario, en los supuestos de separación judicial, que lleva aparejada por imperio de la ley, la separación de bienes, no creemos que pactado el régimen de separación de bienes, que a falta de regulación expresa se rige por las normas del Código civil, se conserve el derecho expectante de viudedad, salvo pacto expreso de los cónyuges, en el que mutua o a favor de uno de ellos, expresamente reconozca su conservación¹⁶.»

El Presidente del TSJA, a consecuencia de esta argumentación, llega a la conclusión de que al no haber sido reservado este derecho de forma expresa por los cónyuges en sus capítulos matrimoniales, se extinguió el derecho expectante en ese momento, a consecuencia del régimen de separación de bienes.

A mi juicio, aunque no le falta erudición al planteamiento, sí considero que carece de cualquier base jurídica que los sustente, y ello por varias razones:

En primer lugar, se ha de tener en cuenta, la naturaleza jurídica de la viudedad. Es cierto, como afirma San Román, que la viudedad aragonesa tiene naturaleza familiar, pero de esta premisa no se deriva la pretendida consecuencia jurídica de que esté vinculada única y exclusivamente al régimen económico matrimonial legal de la Compilación.

En efecto, el que la viudedad aragonesa sea una institución legal y de carácter familiar, significa que opera como un efecto del matrimonio. Es el matrimonio, cuyo régimen económico esté sujeto a la ley civil aragonesa, el que hace nacer en favor de ambos cónyuges el derecho de viudedad. Esto es lo que

¹⁶ Fundamento jurídico decimoquinto del voto particular (RDCA-III, 1997, núm. 1, marginal 2).

dispone el art. 72 Comp., y cabe deducir en el ámbito internacional privado de los arts. 9.3 y 16.2 C.c.

Por esta razón, la doctrina aragonesa, de forma unánime, considera que la viudedad es compatible con cualquier régimen económico matrimonial: bien sea el legal bien sea pactado, puesto que como señala SANCHO REBULLIDA, la viudedad forma parte de lo que la doctrina denomina el régimen matrimonial primario¹⁷.

En segundo lugar, en virtud de los antecedentes legislativos inmediatos, y aun pretéritos, de la Compilación.

En efecto, los diversos proyectos de Compilación señalaban su compatibilidad con «cualquiera que sea el régimen del matrimonio»¹⁸, supresión ésta en el texto definitivo compilado que no se debe a que las cosas sean ahora de otra manera, sino a lo obvio de la afirmación en virtud de la naturaleza de la viudedad.

Pero todavía, cabe señalar que el art. 146 del proyecto de apéndice de 1899 —que es el proyecto calificado por la doctrina como el más respetuoso con el Derecho histórico aragonés¹⁹— señalaba expresamente la compatibilidad de la viudedad con cualquiera que fuera el régimen matrimonial, haciendo especial referencia al régimen paccionado: «Los cónyuges adquirirán mutuamente el derecho expectante de viudedad desde el momento que contraigan matrimonio con arreglo a las leyes. (...). Cualesquiera que sean los pactos y las formas sobre el régimen y administración de la sociedad conyugal de bienes y participación de ganancias, subsistirá el derecho de viudedad si no consta expresamente renunciado o no se pierde por causa legítima».

En tercer lugar, por la regulación sistemática de la viudedad: ésta no se incluye dentro del régimen económico matrimonial legal de la Compilación, sino que se regula en un capítulo aparte. De ello cabe deducir que la viudedad no es un efecto del régimen económico matrimonial legal previsto en la Compilación, sino un efecto legal del matrimonio.

En cuarto lugar, no parece afortunado, ni deseable, el inventar causas de extinción del derecho expectante de viudedad, y mucho menos el aplicar análogicamente la previsión de extinción del derecho expectante para los casos de disolución del vínculo matrimonial y separación judicial de bienes —supuestos

¹⁷ SÁNCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, *Comentario al art. 72 de la Compilación aragonesa*, en «Comentarios a la Compilación...», vol. II, DGA, Zaragoza, 1993, p. 636.

¹⁸ Así, los arts. 139 del anteproyecto de Compilación de 1969; el 144 del anteproyecto de Compilación de 1962 (vid. ADA, XIII, pp. 122, 159, respectivamente).

¹⁹ En este sentido, SANCHO REBULLIDA, «La edad en el Derecho aragonés», en *Homenaje a Don Juan Moneva*, Zaragoza, 1954, pp. 375 y 381, y VIDIELLA, *La capacidad jurídica restringida por la edad —suplementos de la incapacidad y privilegios de los incapaces*—, Zaragoza, 1903, pp. 109 y 110.

en que el matrimonio fue inválido, se ha disuelto o hay una crisis que lleva aparentada, entre otros efectos, la separación personal de los cónyuges— al régimen económico matrimonial de separación de bienes, correspondiente a una situación matrimonial normal.

La aplicación del art. 78 Comp. a los supuestos de matrimonios con régimen pactado de separación de bienes afirmando que sólo conservan el derecho expectante de viudedad, salvo que así lo acuerden, es técnicamente incorrecta.

En efecto, no es posible aplicar la analogía: no hay laguna legal²⁰ y, aun en el caso de haberla, la consecuencia que con ello se obtiene está prohibida por la legislación aragonesa, pues tal interpretación implica la vulneración del *favor viduitatis*, pues la viudedad sólo se extingue o se restringe en los casos y por las causas previstos expresamente por el legislador.

En consecuencia, la separación de bienes no es una causa de extinción del derecho expectante de viudedad: éste sigue existiendo entre los cónyuges que a él tuvieran derecho sin ser necesario hacer ninguna declaración expresa que afirme sus subsistencia²¹.

²⁰ La referencia a la extinción de la viudedad en los casos de nulidad, divorcio —históricamente no vincular— y separación judicial, venía ya regulada en los diversos anteproyectos de Apéndice, así como también en los anteproyectos de Compilación, haciendo referencia en todos ellos a la separación judicial —en cuanto separación personal— que extinguía el derecho expectante debido, precisamente, a la situación de crisis matrimonial. Si bien se establecía que el cónyuge inocente gozaría de viudedad, así como la posibilidad de que, mediando reconciliación, renacería otra vez el derecho de viudedad entre los cónyuges. Obviamente, nada de esto tiene que ver con una convivencia matrimonial normal cuyo régimen económico matrimonial sea el de separación de bienes.

En la reforma de 1985 se suprime la referencia al cónyuge inocente —pensando la mayor parte de la doctrina que la reforma del Cc. en 1981 eliminaba todo resquicio de la idea de culpabilidad de un cónyuge en el tratamiento de la separación judicial—, de manera que la separación judicial (lo que significa separación personal, principalmente) se priva a ambos cónyuges de la viudedad —al desechar la posibilidad de culpa en la separación, se aplica la regla de la extinción para ambos—, admitiéndose, por el contrario, la posibilidad de que subsista, en favor de ambos o de alguno de ellos, si así se pacta. Regulación que se deriva de sus antecedentes legislativos y que nada tiene que ver con el régimen económico matrimonial de separación pactado (vid. arts. 90, Memoria de FRANCO Y LÓPEZ, 132 Adición a la Memoria de FRANCO Y LÓPEZ; 146 del Proyecto de 1899, 76 del proyecto de 1924, 73-9 y 47 Apéndice de 1925; 146 anteproyecto de Compilación de 1961; 150 del anteproyecto de Compilación de 1962; 146 del anteproyecto de Compilación de 1963; 77.2 del proyecto de Compilación de 1965 y 78.2 del proyecto de Compilación 1966, que fue el texto vigente de la misma hasta la reforma de 1985).

²¹ Desde luego, la compatibilidad de la viudedad con cualquier régimen económico del matrimonio, cuando a los efectos del este se le han de aplicar la ley aragonesa, es unánime en la doctrina y no ha plantado hasta ahora ninguna duda al respecto; y ello aun cuando el régimen pactado fuera el de separación de bienes. Con todo, recientemente afirma esta compatibilidad de forma expresa y ante el voto particular emitido en esta sentencia, MERINO HERNÁNDEZ, «Limitaciones al derecho de viudedad aragonés», en «Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de jurisprudencia y legislación», día 12 de junio de 1997, (separata), edit., Imprenta provincial de Zaragoza, 1997, pp. 19 y ss.

3. RENUNCIA TÁCITA AL DERECHO EXPECTANTE CUANDO AMBOS CÓNYUGES DISPONEN CONJUNTAMENTE DE BIENES PRIVATIVOS O DE SU EXCLUSIVA PROPIEDAD

a) La renuncia tácita al derecho expectante: su falta de regulación legal. Imposibilidad de la aplicación analógica del párrafo 1º del art. 76.2 a la disposición de bienes propiedad exclusiva de uno de los cónyuges. Vulneración del favor viduitatis.

El Magistrado emisor del voto particular, acogiendo las afirmaciones que hiciera la Sección 5^a de la APZ, argumenta que, en su caso, también se habría extinguido el derecho expectante de viudedad de los cónyuges vendedores al enajenar éstos en un único documento, los bienes privativos que pertenecían a cada uno de ellos.

A lo que entiendo, la Sección 5^a de la APZ aplica analógicamente a esta situación lo previsto en el art. 76.2, párrafo primero, que regula la enajenación de bienes comunes, al caso de enajenación de bienes privativos, por considerar que existe identidad de razón, y por enajenarse, además, entre esos bienes la vivienda familiar de los vendedores, manifestando éstos, que el conjunto de los bienes se enajena libre de cargas.

De todo ello deduce la APZ, que ha mediando una suerte de renuncia tácita al derecho expectante²². Argumentación ésta que hace suya el Magistrado disidente para considerar igualmente extinguido el derecho expectante de viudedad.

La posibilidad de renuncia tácita al derecho expectante de viudedad es técnicamente incorrecta.

En efecto, la viudedad se considera como un derecho personalísimo de ambos cónyuges, inalienable, inembargable e insusceptible de gravamen, si bien, por las consecuencias negativas que ello produciría en el tráfico jurídico, se permite y se regula la posibilidad de renuncia.

Ahora bien, en virtud del *favor viduitatis*, que informa esta institución, la renuncia a la viudedad (tanto en su fase de derecho expectante como en su fase de usufructo) se califica por las siguientes notas: ha de ser expresa, emitida en escritura pública, personalísima, unilateral, abdicativa, irrevocable; y en cuanto a su extensión puede ser total o parcial.

En lo que aquí nos interesa, no es posible que la renuncia sea tácita, o sea aquél tipo de renuncia que se inferiría de una actitud o conducta, es decir, de un hecho concluyente, como pretende el Magistrado disidente.

Es más, no sirve como argumento el señalar que en el caso de enajenación de bienes comunes, «salvo reserva expresa, este derecho se extingue por la enajenación del bien o el consentimiento a ella», se está regulando una renuncia tácita al derecho expectante.

²² Vid. Fundamentos de derecho 8^a a 17^a, y en especial el FJ 16^a.

En estos casos, como señala SANCHO REBULLIDA, no nos encontramos ante supuestos de renuncia tácita, sino ante actos, dada la naturaleza de los bienes, que se equiparan a renuncia expresa, lo que técnicamente es bien distinto²³.

Pero, además, no es posible, tampoco en este caso, recurrir a la analogía, puesto que la enajenación de bienes de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges, tiene en la ley su propia regulación: la renuncia expresa al derecho expectante o en su caso, cuando proceda, la extinción acordada por el Juez de Primera Instancia, a petición del cónyuge propietario de dicho bien.

Por todo ello, evidentemente, la renuncia a la viudedad, al derecho expectante en este caso, ha de ser expresa, nunca tácita, pues justamente el principio que informa la institución es el de su mantenimiento en toda sus extensión, de ahí que la renuncia o las limitaciones a la misma sólo sean válidas y eficaces siguiendo estrictamente los cauces que, al efecto, señala la ley.

b) Separación de bienes y enajenación de la vivienda habitual propiedad exclusiva de los cónyuges. Aplicación del art. 51 de la Comp.: ¿la presencia al acto de enajenación del cónyuge no propietario presupone la renuncia a su derecho expectante?

La circunstancia de que uno de los bienes, de titularidad exclusiva de uno de los cónyuges dado su régimen económico matrimonial, sea la vivienda familiar de los mismos no presupone, al enajenarla simultáneamente con otros bienes y en un mismo documento, que el cónyuge no titular de la misma renuncie a su correspondiente derecho expectante sobre ella. Si no que, a mi juicio, se justifica la presencia de ambos cónyuges en el acto de enajenación, a tenor de lo previsto en el art. 51 de la Compilación.

En efecto, aun cuando el régimen económico matrimonial es de separación de bienes, tratándose de la vivienda familiar, es posible aplicar a los actos de enajenación de la misma el art. 51 de la Compilación²⁴.

En este caso, la intervención del cónyuge no titular en el acto de enajenación, supone, como prevé el art. 51, su conformidad a la enajenación, lo que es conveniente —no necesario— para impedir que el acto pueda, en su caso, ser impugnado por el cónyuge no titular de dicho bien.

Sin embargo, su presencia al acto de enajenación no presume su renuncia tácita al derecho expectante; pues el cónyuge titular del expectante, que presencia y asiente —no se opone— la enajenación de la vivienda familiar, con-

²³ SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, op. cit., pp. 688 y 742 a 744.

²⁴ Vid en este sentido, en opinión que comparto, SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo, (Gonzalo GUTIERREZ CELMA y Francisco CURIEL LORENTE), «Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón», en *Actas de los cuartos encuentros de Foro aragonés*, Zaragoza, 1994, edit. El Justicia de Aragón, p. 55.

serva su derecho expectante salvo renuncia expresa al mismo, como señala en este punto la mejor doctrina aragonesa²⁵.

En consecuencia, no es posible la renuncia tácita al derecho expectante de viudedad, por no estar previsto en la legislación aragonesa, y porque tal interpretación vulneraría el *favor viduitatis*, principio que informa esta institución.

En el caso de autos, la concurrencia de ambos cónyuges al acto de enajenación —al margen de que con ello se consigue un ahorro económico en el otorgamiento de la escritura pública—, de la vivienda familiar no debe relacionarse con la renuncia al derecho expectante por parte del cónyuge no titular de la misma, sino, en su caso, con la protección al hogar familiar, que se introduce en el art. 51 Comp.

4. EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD Y EL ABUSO DE DERECHO. LA REFERENCIA AL ABUSO DE DERECHO EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ART. 76.2. COMP.

Tanto el Magistrado disidente como la APZ, en la sentencia de apelación que da lugar a este recurso, consideran que en el caso de autos se produce por parte de los cónyuges vendedores una clara situación de abuso de Derecho, que da lugar también a la extinción del derecho expectante de viudedad, con lo que se consigue la transmisión de dicho bien sin la carga del derecho expectante.

La existencia del abuso de derecho se funda en la interpretación del contrato privado de compraventa al entender, en primer lugar la APZ y posteriormente el emisor del voto particular, que desde el año 1986 hasta el año 1992 (fecha en que este asunto llegó al TS), los vendedores no alegan en ningún momento la existencia de este derecho (¿acaso tenían obligación de hacerlo?). Todo ello, les lleva a pensar que hay mala fe por parte de los vendedores y un claro abuso de Derecho al negarse a renunciar a sus respectivos derechos expectantes.

Aunque por mi parte, creo más convincentes y fundados, también es este punto, los argumentos del Ponente de la sentencia del TSJA, y considero que en el caso de autos no se dé la figura del abuso de Derecho por parte de los vendedores²⁶, merece la pena reflexionar sobre este límite al ejercicio del derecho

²⁵ En efecto, como señala SANCHO REBULLIDA, el consentimiento a la enajenación de la vivienda familiar, cuando es de titularidad privativa del otro cónyuge no presupone la renuncia al derecho expectante, ni siquiera cuando procede la autorización judicial de la que habla el art. 51 Comp. se comprende en la misma la renuncia al derecho expectante. Así, para que tuviera lugar, a su vez, la extinción del derecho expectante sería necesaria la solicitud de la misma por parte del cónyuge propietario de la vivienda familiar en virtud del art. 76.2.º Comp. (cfr. SANCHO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, op. cit., pp. 745 y 746).

²⁶ El hecho por el que se considera abusivo el ejercicio del derecho expectante de viudedad por parte de los vendedores, tal y como se considera en este voto particular que comentamos —así como igualmente fue considerado por la Sección 5ª de la APZ, en la sentencia que dio lugar a este recurso— es precisamente el no alegar la existencia del derecho expectante en favor de los compradores. Esta circunstancia es calificada de mala fe y de ejercicio abusivo de un derecho por parte de los vendedores.

cho subjetivo y su relación con el derecho expectante de viudedad, sobre todo, por utilizar este concepto legal el párrafo segundo del art. 76.2 Comp.

Los compradores, actores en la primera instancia y recurridos en casación, como ya hemos dicho, fundan su acción en el art. 76.2.2 de la Compilación, para conseguir la extinción del derecho expectante de viudedad que subsiste en favor de los vendedores. Evidentemente, al carecer de legitimación *ad causam*, no puede prosperar su pretensión.

Razonablemente, podría pensarse que si consideran que ha habido abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo, podrían haber fundado su pretensión —la extinción del derecho expectante de los vendedores— en el art. 7.2 Cc.; pretensión que no fue formulada por las partes, aunque, incorrectamente sí fue tenida en cuenta por la APZ y el magistrado disidente²⁷.

A lo que creo, ambas afirmaciones son falsas, y no cabe deducirlas de la ley ni de la intención de las partes. En todo caso, y en este sentido se pronuncia la STSJA, «ninguna trascendencia puede atribuirse a que los recurrentes no hiciesen ninguna alegación tendente a reafirmar sus derechos mientras sobre éstos no ha habido ninguna pretensión de desaparición por extinción» (FJ sexto).

Pero es que todavía, cabe presumir la existencia en Aragón y entre cónyuges sometidos a la ley aragonesa el derecho expectante de viudedad, si tenemos en cuenta lo previsto en el art. 16. II. 2º del C.c. (al margen de la dudosa constitucionalidad de esta norma por su tratamiento desigual en lo que hace al Derecho civil aragonés. Vid. en relación con esta materia DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, t. I, vol. 2º, Edersa, Madrid, 1995, pp. 1298 a 1301, y *Comentarios a las reformas del Código civil. El nuevo Título Preliminar del Código y la ley de 2 de mayo de 1975*, Tecnos, Madrid, 1977, pp. 766 y ss.).

En efecto, la viudedad (y en concreto en su fase de derecho expectante) se declara no oponible —obsérvese que no se declara extinguida— en el supuesto de que los bienes inmuebles enajenados no radiquen en Aragón y el contrato se haya celebrado fuera del territorio aragonés, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial de bienes, con lo que se quiere proteger al tercer adquirente a título oneroso y de buena fe, por su desconocimiento o conocimiento erróneo de esta institución (como se ve, una curiosa norma en la que se premia al ignorante). Al margen de la calificación que nos merezca este precepto del Cc., resulta que tomandola como base, las alegaciones del Magistrado disidente decaen, pues, *a sensu contrario*, resulta que cuando radique el bien en Aragón y también se haya celebrado en dicho territorio el contrato de enajenación, lo que cabe presumir es la existencia del derecho expectante y su oponibilidad a los terceros adquirentes (curiosamente parece que en este caso sí se les aplica el art. 6.1 Cc.).

Por ello, aun señalándose que los bienes se transmiten libres de cargas, ello no consigue crear una pretensión sobre la extinción del derecho expectante de viudedad. Es más, la expresión referida a la transmisión de los bienes está libre de cargas podría referirse a que la finca no está arrendada, hipotecada, sujeta a servidumbre etc, sin que en la misma expresión se esté pensando en el derecho expectante de viudedad, que no olvidemos que es un derecho que goza de publicidad legal. Por ello, si estos cónyuges padecen un error sobre la situación jurídica de los bienes que adquieren (cumpliéndose los requisitos que hacen en al error relevante) su opción es, en todo caso, impugnar el contrato por inválido: anulable en virtud del vicio de consentimiento padecido, pero ello tampoco consigue extinguir el derecho expectante que, al parecer, es lo único que desean.

²⁷ En este sentido se ha de tener en cuenta la copiosa jurisprudencia del TS, tanto anterior como posterior al Título Preliminar del Código civil, en la que se alude repetidamente al carácter excepcional del abuso de Derecho (sentencias de 27 de mayo de 1988, 17 de septiembre de 1987), afirmando que debe aplicarse «con especial cuidado y siempre presupuesta la existencia real del

Ahora bien, aun en el caso de haber sido formulada oportunamente por las partes esta pretensión, y consiguiendo demostrar en el proceso la existencia del abuso, la cuestión es, entonces, si con ello se consigue la finalidad pretendida: la extinción del derecho expectante de viudedad de los vendedores.

Y, a lo que creo, no es esta la consecuencia que se deriva de la existencia del abuso de Derecho.

En efecto, el art. 7 C.c. establece: «La ley no ampara el abuso de Derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, o por las circunstancias en que se realice sobrepuje manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para un tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las correspondientes medidas judiciales o administrativas que impidan las persistencia del abuso».

Obviamente, la consecuencia que se deriva de este precepto no es la privación del derecho subjetivo del abutente, lo que no podría ser pues el abuso de derecho parte de la premisa del legítimo derecho del abutente (su actuación está amparada por un derecho externamente legal), que por las circunstancias en que se realice o por la intención de su autor, se extralimita en su ejercicio.

Por ello, lo que prevé la norma es la indemnización de daños para el tercero perjudicado, en cuanto que el ejercicio abusivo o antisocial de un derecho es fuente directa de responsabilidad, lo que además exige probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre uno y otro, aun cuando éste sea futuro.

Junto a ello, prevé el art. 7.2 Cc. la articulación de medidas cautelares que impidan o pongan fin al abuso. Entre ellas cabría solicitar la declaración de invalidez del negocio, como consecuencia natural de la falta de protección por el Derecho del ejercicio abusivo o antisocial del mismo²⁸. Tendrían los compradores, en el caso de haber sido demostrado el ejercicio abusivo de su derecho por parte de los vendedores, la posibilidad de solicitar la invalidez del negocio, fundando su acción, tal vez en error sobre la situación legal del bien que adquirían²⁹.

abuso», añadiéndose que «la vigilancia de los jueces respecto a los actos contrarios a la ley requiere que, en todo caso, resulte manifiesto el abuso» (STS de 5 de abril de 1986). Se señala, además, por esta jurisprudencia que el abuso de Derecho no puede declararse de oficio por los tribunales, si no ha sido solicitado a instancia de parte ((STS de 31 de diciembre de 1989). Vid, entre otros, GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al art. 7º del Cc.», en *Comentarios al Código civil y a la Compilaciones forales*, t. I, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1992, pp. 18 y ss.

²⁸ Sobre el abuso de Derecho vid. GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al art. 7º del Cc.», en *Comentarios al Código civil y a la Compilaciones forales*, t. I, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1992, pp. 898 y ss., y RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de Derecho civil I*, vol. III, Bosch, Barcelona, 1990, pp.117 y ss.

²⁹ Vid. lo expuesto en la nota 26.

Pero, evidentemente, la consecuencia no será, en ningún caso, la extinción del derecho expectante de viudedad en perjuicio de los vendedores, aun cuando su actuación hubiera sido abusiva.

Todo ello nos lleva a preguntarnos si el concepto «de abuso de Derecho» utilizado por la Compilación aragonesa en el art. 76.2.2º es conceptualmente el abuso de Derecho configurado y definido en el art. 7.2 Cc.³⁰.

A lo que creo, si la previsión de la Compilación aragonesa es la extinción del derecho expectante, y la misma —tal y como hemos analizado más arriba— no se deriva del art. 7.2 C.c, podría ser que ambas expresiones no corresponden al mismo concepto de abuso de Derecho.

La referencia del art. 76.2.2º al abuso de Derecho, al tener como consecuencia la extinción del derecho expectante, creo que no puede ser considerada en sentido propio abuso de Derecho³¹, al menos con igual amplitud y requisitos, que aparece regulado en el art. 7.2 Cc.

A mi juicio, en la Compilación se regula un supuesto *ad hoc* de extinción del derecho expectante, para el supuesto concreto regulado por la norma y de imposible aplicación analógica a otros supuesto en virtud del *favor viduitatis*.

La finalidad del precepto —posibilitar el tráfico jurídico— se acerca más que al abuso de derecho (difícil de apreciar, a mi juicio, cuando el sujeto se limita a conservar lo que la ley directamente le reconoce, y ello sólo frente a su cónyuge y no frente a cualesquiera posibles adquirentes) a las expresiones utilizadas en los anteproyectos de Compilación, que se referían a una renuncia injustificada y arbitraria por parte del cónyuge titular del expectante, frente a su cónyuge, propietario individual del bien que se pretende enajenar, impidiendo o limitando el tráfico jurídico sobre los bienes propios de éste, cuando, además, sea valorado por el juez, que no habrá enajenación, si no hay renuncia, y que con la renuncia tampoco se perturban los intereses del cónyuge que se niega a renunciar.

Planteamiento, como se observa, que queda bastante alejado del abuso de Derecho del art. 7.2. del Código civil.

³⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, considera que la expresión de la Compilación se corresponde con el abuso de Derecho regulado en el Cc., op. cit., p. 572.

³¹ En el mismo sentido SANGIO REBULLIDA y DE PABLO CONTRERAS, op. cit., p. 747.

**LA COMPETENCIA CASACIONAL
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN**
**Comentario al Auto del Tribunal Supremo
de 10 de febrero de 1998**

JUAN F. HERRERO PEREZAGUA
Profesor Titular de Derecho Procesal

I. INTRODUCCIÓN

La desaparición del artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón, según su redacción original de 1982, es la causa de un vivo debate entre los juristas aragoneses desde que el profesor DELGADO ECHEVERRÍA advirtiera, hace ya más de un año, sus eventuales consecuencias: la discusión se ha centrado en torno al significado que cabe atribuir a tal eliminación y, particularmente —aunque no de manera exclusiva—, acerca del mantenimiento o la pérdida de la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para conocer del recurso de casación en los términos que señala el artículo 73.1.a) de la LOPJ.

Lejos de plantearse como un problema meramente especulativo, la realidad ha venido a demostrar la índole práctica de la cuestión. En cuantos recursos de casación se interpusieron con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma del Estatuto de 1996 (Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre) alegando la infracción de normas civiles aragonesas en que incurrián —a juicio de los impugnantes— distintas sentencias dictadas por órganos con sede en nuestra Comunidad Autónoma, el órgano *a quo*, teniendo por preparado el correspondiente recurso, procedió a emplazar a la partes y remitir los autos a la Sala Primera del Tribunal Supremo, al entender que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón carece de competencia funcional para conocer del recurso de casación, a tenor de lo establecido en el Estatuto según su última redacción.

Planteado finalmente el problema ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ésta lo ha resuelto —a través del cauce que previene el artículo 1.731 de la LEC— dictando el Auto de 10 de febrero de 1998, objeto de este comentario. La Sala ha acordado, según dispone el fallo, «declarar que la competencia para conocer del presente recurso de casación corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (...).» Contrasta dicha resolución con la adoptada por el Auto de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 14 de abril de 1997, que inadmitió a trámite la demanda de revisión interpuesta en su día «al carecer esta Sala de jurisdicción para el conocimiento de recursos de revisión, dado que dicho recurso debe formularse ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo». Parece más que conveniente analizar las razones que han conducido a uno y otro órgano a tan dispares conclusiones, en especial si tenemos en cuenta que la fundamentación del Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón se extiende, según la propia Sala, al recurso de casación y, muy particularmente, considerando que la argumentación de ambos tribunales, como tendremos ocasión de comprobar, presenta no pocos puntos de coincidencia en sus premisas, sus afirmaciones y sus inferencias.

II. EL ORIGEN DEL PROBLEMA: LA TÉCNICA LEGISLATIVA

Resulta oportuno, con carácter previo, detenerse, siquiera sea brevemente, en señalar por qué surge un problema como el advertido. Lo expresaré de manera concisa: quien genera el problema es el legislador. Sería poco ajustado al rigor jurídico imputar su causación a los órganos jurisdiccionales que han sostenido el criterio de la desaparición de la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para conocer del recurso de casación. Tal vez desde una perspectiva política pueda argüirse que sorprende que hayan sido los propios tribunales aragoneses los que, en lugar de propiciar una interpretación extensiva o correctora en favor del mantenimiento de la competencia, se hayan inclinado por la vía contraria, en un momento en que el celo por la mayor asunción de atribuciones posibles goza de un respaldo social sólido. Un parecer de este cariz se sitúa extramuros de la argumentación basada en el Derecho a la par que se vuelve en contra de quien está llamado a demostrar y ejercer tal celo en lugar de exigirlo a instancias ajenas a la promoción de dicho fin.

El Auto comentado es claro y revelador a este respecto. En su Fundamento de Derecho segundo se afirma con rotundidad: «En el estado de cosas anterior a la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, *la cuestión no suscitaba dudas* sobre la competencia, en tal caso, de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia (...).» Más adelante, en el Fundamento tercero, señala: «el problema surge porque la indicada Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón ha eliminado de su texto el contenido del antiguo artículo 29 (...). La conse-

cuencia de todo ello es que el texto actualmente vigente del Estatuto de Autonomía de Aragón no contiene una expresa atribución competencial, en materia de recurso de casación civil por infracción de normas de derecho foral, a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia (...). Al conjugar el vigente artículo 29 —reproducción del antiguo artículo 28— con las previsiones contenidas en los artículo 152 de la Constitución, 73.1 de la LOPJ y 1.686 de la LEC, reconoce el Tribunal Supremo que «se suscitan serias dudas» acerca del mantenimiento de la competencia referida del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Finalmente, califica la desaparición del contenido del antiguo artículo 29.1.a) del Estatuto como un patente «defecto de técnica legislativa», idea en la que se insiste al referirse a «la técnicamente desacertada reforma».

Tal cúmulo de aseveraciones constituyen una seria llamada de atención al legislador y debería, en consecuencia, ser atendida procediendo a corregir las deficiencias señaladas. El mejor modo de superar y despejar las dudas surgidas no es otro que el de incorporar al Estatuto el desaparecido artículo 29, lo cual redundaría no sólo en favor de una depurada técnica legislativa, sino también en pro de los objetivos de la seguridad jurídica. En este sentido se manifiesta la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón presentada por diecinueve diputados de las Cortes Aragonesas (BOCA de 19 de diciembre de 1997), en la que, tras reconocer el yerro involuntariamente padecido en sede parlamentaria, se indica: «No parecería de razón que la Cámara que padeció el error de origen se excusara de procurar su remedio siguiendo el procedimiento previsto para toda reforma estatutaria, a falta de un procedimiento destinado especialmente para corregir errores materiales, pero teniendo que limitar obviamente, el alcance de la modificación, a reparar el error sufrido».

3. LOS CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo sostiene que, de conformidad con un criterio de interpretación estrictamente literal, habría que concluir que la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón carece en la actualidad de la competencia para conocer del recurso de casación por infracción de normas del Derecho civil aragonés. Pero, asimismo, entiende el Tribunal Supremo que «la tarea interpretativa de las normas no puede detenerse en lo puramente literal o gramatical», sino que es preciso combinar los distintos cánones hermenéuticos que proporciona el artículo 3.1 del Código Civil para comprobar si la conclusión antes avanzada se alcanza haciendo uso del resto de vías de interpretación, concretamente de los elementos sintáctico-sistématico («contexto»), histórico («antecedentes históricos y legislativos»), sociológico («realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas») y teleológico («espíritu y finalidad»).

Si fijamos nuestra atención en la interpretación literal efectuada por el Tribunal Supremo, advertiremos que su argumentación excede la literalidad, ya que no se limita a examinar el tenor de una concreta disposición, sino el sentido que cabe atribuir a la regulación vigente con base en el análisis conjunto de una serie de preceptos —concretamente, los artículos 152.1.II, 122.1 y 149.1.8^a de la Constitución, 35.1.4^a del Estatuto de Autonomía de Aragón y 73.1.a) de la LOPJ—. Esta labor de combinar distintas normas para determinar el significado y alcance que ha de atribuirseles responde no al criterio literal, sino propiamente al sistemático.

Conviene recordar que el criterio **sistemático** se utiliza con la finalidad de interpretar una norma previamente seleccionada. Dicha norma no puede ser, en ningún caso, el desaparecido artículo 29 del Estatuto. El precepto que ha de ser puesto en relación con otros a fin de determinar su alcance es el artículo 73.1.a) de la LOPJ y, particularmente, su inciso final: «y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución». En ausencia de la previsión estatutaria, es necesario determinar si es posible encontrar en otros preceptos base suficiente que permita obviar la exigencia requerida por la Ley Orgánica del Poder Judicial. La labor emprendida por este camino se dirige, en definitiva, a superar o corregir el sentido gramatical de la disposición legal referida; no es que del mencionado inciso se puedan derivar dos interpretaciones divergentes como consecuencia de una ambigua redacción, sino que no puede ser integrado convenientemente de atenerse a sus estrictos términos.

En ese intento de superación del sentido literal, el Tribunal Supremo —bajo la apariencia de proceder a un análisis de la mera literalidad— acude, en primer lugar, a una aplicación vertical del criterio sistemático de interpretación, es decir, poniendo en relación al artículo 73.1.a) de la LOPJ con una norma superior, en este caso con la norma constitucional contenida en el artículo 152.1.II. En éste se dispone: «Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma». Concluye con acierto el Tribunal Supremo que la reproducida previsión constitucional no atribuye ninguna competencia judicial. Dicho precepto responde únicamente al acomodo de la organización jurisdiccional a la ordenación territorial del Estado instaurada por la Constitución. En el mismo sentido se pronuncia el Auto del TSJ de Aragón de 14 de abril de 1997.

La aplicación vertical del criterio sistemático debiera haber conducido al Tribunal Supremo a agotar su razonamiento de modo expreso. No sucede así; pero de modo implícito parece que gravita sobre la conclusión que finalmente adopta. En efecto, al considerar que el vacío producido por la reforma estatutaria queda colmado por el actual artículo 29 y su remisión al artículo 152 de la Constitución, afirma: «por más que, evidentemente, el recurso de casación no sea una “instancia” más». El correcto entendimiento del concepto «instancia» condujo al TSJ de Aragón, en su Auto de 14 de abril de 1997, a negar su competencia para conocer de las demandas de revisión. De este modo, está

aludiendo concretamente a lo establecido en el párrafo tercero del artículo 152.1: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 123, las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia».

Sorprende sobremanera, a la vista de lo antes expuesto, que la Sala haya entendido cumplido el presupuesto de la previsión estatutaria recogido en el artículo 73.1.a). Y sorprende porque siguiendo la argumentación del Tribunal Supremo, la conclusión que se desprende es justamente la contraria. Lo preceptuado en los párrafos segundo y tercero del artículo 152.1 de la Constitución no induce a una corrección del sentido gramatical del artículo 73.1.a) de la LOPJ: en ellos no hay ninguna referencia a la atribución competencial en sentido genérico ni debe entenderse comprendido el recurso de casación en la alusión a las instancias. No es que el sentido de los mencionados preceptos no se avenga con la literalidad del artículo 73.1.a) y, por ello, deba corregirse lo que de ella se desprende; lo que sucede es que los párrafos segundo y tercero del artículo 152.1 de la Constitución se proyectan sobre aspectos que no se interfieren con la atribución del conocimiento del recurso de casación a los Tribunales Superiores de Justicia. Ya hemos visto que el párrafo segundo alude a cómo afecta la ordenación territorial sobre el diseño del esquema jurisdiccional español. El párrafo tercero, en cambio, incide sobre una situación que se advertía en el momento de elaborarse la Constitución y que después de la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial se halla ya superada: al venir atribuida a las Audiencias Territoriales la segunda instancia, se producía el fenómeno consistente en que de ella conocía, en algunos casos, un órgano con sede en una Comunidad distinta de aquélla en que estaba sito el órgano que conocía en primera. Sobre esa situación opera el artículo 152.1.III; con la atribución de las apelaciones contra las sentencias dictadas por Juzgados de Primera Instancia a las Audiencias Provinciales, el mandato constitucional viene cumplido. El recurso de casación permanece ajeno a estas consideraciones.

Por otra parte, la referencia genérica del antiguo artículo 29 del Estatuto no sólo a las «instancias», sino también a los «grados», permitía entender que este último término ensanchaba su alcance más allá de lo que la instancia comporta: grado puede equivaler a recurso, entendido éste como el cauce por el que se sustancia la pretensión impugnatoria (véase BONET NAVARRO, en *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Aragón*, dirigidos por BERMEJO VERA, Madrid, 1985)

La previsión del actual artículo 29 no sólo remite «a los términos del artículo 152 de la Constitución», sino también al propio Estatuto («de acuerdo con el presente Estatuto»). Esta última cláusula —trasunto del antiguo artículo 28— ha dejado hoy de tener sentido, pues ya no se encuentra ningún precepto que la integre, a diferencia de lo que se observaba en la regulación anterior. Así lo ha entendido el Auto del TSJ de Aragón de 14 de abril de 1997.

Además, la interpretación de las normas «según el contexto» exige acudir a la utilización del criterio **sintáctico**. Desde esta perspectiva, dos son las aportaciones que cabe extraer del razonamiento del Tribunal Supremo, aunque las efectúe, nuevamente, bajo la apariencia de su interpretación literal.

- a) En primer lugar, analiza la posibilidad —para concluir refutándola— de que el antecedente de la expresión «y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto *esta atribución*» sea el relativo a la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, atribución recogida en el artículo 35.1.4^a del Estatuto de Aragón entre las materias de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma. Como expresamente señala el Tribunal Supremo, dicha norma se refiere a una competencia legislativa, afirmación que indubitablemente se infiere del número 2 del mencionado artículo 35. El antecedente sintáctico de «esta atribución» es la competencia para conocer del recurso de casación, pues ésa es la materia que regula el artículo 73.1.a). A ello se añade que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 122.1 de la Constitución, corresponde exclusivamente a la Ley Orgánica del Poder Judicial determinar cuál es el ámbito de competencia de los distintos órganos jurisdiccionales, entre los que se hallan los Tribunales Superiores de Justicia.
- b) En segundo lugar, examina el Auto cuál es el sentido, según la construcción sintáctica empleada, que cabe atribuir al inciso «y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución» en relación con los elementos anteriores (resolución dictada por un órgano con sede en la Comunidad Autónoma e invocación de infracción de norma propia del Derecho civil de la Comunidad). A pesar de la incorrecta utilización de la coma que precede a la expresión transcrita, ha de entenderse que se trata de presupuestos cumulativos y no alternativos. A mi parecer dos son las razones que conducen a dicha afirmación: el uso de la conjunción copulativa «y», por una parte, y el sentido condicional del término «cuando», por otra. Téngase en cuenta, asimismo, la consecuencia que se derivaría de entender que se trata de presupuestos alternativos: el Tribunal Superior de Justicia avocaría para sí el conocimiento del recurso de casación civil sea cual fuere la naturaleza de la norma que el recurrente reputara infringida (común —material o procesal—, propia del Derecho civil de la Comunidad Autónoma o, incluso, del Derecho de una Comunidad distinta). Como señala el Tribunal Supremo —combinando los elementos sintáctico y sistemático—, una interpretación de tal índole «no encajaría en el sistema de la LOPJ ni de la propia Constitución, especialmente si se recuerda su configuración del Poder Judicial como poder exclusivamente estatal». De llevar este correcto modo de razonar hasta sus extremos —como estimo que en buena técnica, debe hacerse— se evidenciará, con mayor intensidad si cabe, la inconsistencia de la postura que defiende que se trata de presupuestos alternativos. El examen que realiza el Tribunal Supremo se restringe a dos de ellos: que el recurso se funde en infrac-

ción del Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma y que exista previsión estatutaria. El artículo 73.1.a) exige uno más: que la resolución recurrida haya sido dictada por un órgano jurisdiccional del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma. Puesto que los tres elementos de la oración se hallan enlazados por los mismos nexos sintácticos —la coma entre el primero y el segundo simplemente evita la reiteración de la copulativa «y»—, habría igualmente que negar el carácter cumulativo respecto del mencionado presupuesto de seguir la tesis aquí rechazada. Esto conduciría a la total indeterminación de la competencia funcional. Un ejemplo lo pondrá claramente de manifiesto: interpuesto recurso de casación contra una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Tarragona en materia de Derecho civil aragonés, cabría entender que es competente el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, puesto que su Estatuto recoge esta previsión, y también que lo es el de Aragón, puesto que la norma supuestamente infringida es una norma civil aragonesa, cuando la solución correcta es que el órgano competente es el Tribunal Supremo.

El Auto comentado utiliza para resolver la cuestión planteada el elemento histórico de interpretación. Lo hace en una doble vertiente:

- a) En primer lugar, para destacar la vitalidad del Derecho civil aragonés. Invoca, en este sentido, algunos antecedentes legislativos que así lo evidencian: el Apéndice de 1925, la Compilación de 1967 y las modificaciones de ésta llevadas a cabo por las leyes de 25 de abril de 1988 y 29 de marzo de 1995, constituyendo las últimas ejemplo claro de la concepción dinámica del modo de entender nuestro Derecho. Pero ninguno de estos datos coadyuwan a desvelar constante alguna que permita averiguar la razón de las similitudes o desemejanzas entre el régimen en vigor y el derogado. Se trata, en todo caso, de normas materiales cuyo objeto, más o menos ambicioso, resulta ajeno al sentido atribuible a la norma que es de aplicación al caso, es decir, al artículo 73.1.a) de la LOPJ.

Otros antecedentes que, a mi parecer, podían haber sido traídos a colación —por hallarse más estrechamente relacionados con el tema que nos ocupa y que, sin embargo, silencia el Tribunal Supremo— son la *Exposición dirigida al Ministro de Gracia y Justicia en Diciembre de 1905, por la Real Sociedad Económica de Amigos del País, de Barcelona, acerca de la constitución en Zaragoza de un Tribunal Supremo Foral*, el fallido Estatuto de Caspe de 1936 y el llamado *Estatuto de los Cinco*. En todos estos textos aflora una decidida voluntad de contar con un órgano de casación en Aragón que tuviera la última palabra en cuestiones de Derecho civil aragonés. Ciertamente, tales precedentes revelan una vieja aspiración que, aunque no llegó a tener plasmación normativa, todavía deja sentir hoy sus ecos, a pesar de que el legislador aragonés haya dado muestras de sordera; pero, preciso es reconocer que, en buena técnica hermenéutica, ofrecen un sustento francamente débil para obviar las dificultades

que presenta el artículo 73.1.a) de la LOPJ tras la supresión del anterior artículo 29 del Estatuto de 1982.

- b) En segundo lugar, el Tribunal Supremo, continuando con el canon histórico de interpretación, acude a la redacción originaria del Estatuto de Autonomía de Aragón de 1982. Por una parte, advierte cómo en ella se atribuía expresamente a los órganos jurisdiccionales de Aragón competencia para conocer del recurso de casación en materias de Derecho civil aragonés y, por otra, que «la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha venido ejerciendo pacíficamente esa competencia hasta la reforma del Estatuto de 1996». Lo segundo no es sino consecuencia de lo primero; vendría a demostrar que al desaparecer la premisa, ya no puede derivarse idéntica consecuencia. El cotejo de la regulación actual con la derogada pone de manifiesto sus divergencias y conduce, en mi opinión, a que no puedan aunarse sus efectos en una misma dirección. Este es el parecer de la Sala de la Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón expresado en el Auto de 14 de abril de 1997.

Como se desprende de cuanto antecede, la interpretación del Tribunal Supremo según los antecedentes históricos y legislativos persigue una lectura superadora de la literalidad. Amén de que, a mi juicio, no logra el objetivo propuesto, es de señalar que contrasta este modo de proceder con el observado por una constante y reiterada jurisprudencia, a tenor de la cual el criterio histórico sirve para resolver dudas provocadas por la ambigüedad o indeterminación de la norma ateniéndose a la letra de la ley, pero «en ningún caso (...) habilita a superar o corregir el significado de la norma que resulta de la consideración de su literalidad» (véase PÉREZ ÁLVAREZ, *Interpretación y Jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1. del Código Civil*, Pamplona, 1994).

Finalmente, el Tribunal Supremo acude al criterio **teleológico** (al «espíritu y finalidad» de las normas, en expresión del artículo 3.1 del Código civil) que ha de imponerse sobre los anteriores, según se desprende del citado precepto y recuerda el Auto comentado en su quinto Fundamento de Derecho. A este respecto, se combinan tres datos:

- a) En primer lugar, afirma la Sala que «las reformas del Estatuto de Autonomía de 1994 y 1996 tuvieron como finalidad indiscutible la ampliación de competencias de la Comunidad Autónoma, y no su reducción». De ello parece querer desprenderse que, a pesar del silencio estatutario, no se produce una merma de las competencias autonómicas. Pero esta conclusión envuelve una premisa que, como el propio Tribunal Supremo señala en un fundamento anterior, no puede ser aceptada: significaría que la regulación de las atribuciones del Tribunal Superior de Justicia pertenece al ámbito propio de las competencias autonómicas, cuando lo cierto es que corresponde a la legislación estatal y, en concreto, a la Ley Orgánica del Poder Judicial. Posiblemente aquí radica la causa no expresada de la desaparición del antiguo artícu-

lo 29 del Estatuto, al entender que se trata de una cuestión de organización jurisdiccional que excede los contenidos que ha de recoger el Estatuto. Lo que sucede es que al promulgarse la Ley Orgánica del Poder Judicial con posterioridad a los Estatutos de Autonomía, aquélla optó por adaptarse, en esta materia, a las previsiones introducidas *per salutum* en los Estatutos. Esta alteración cronológica del orden lógico de producción normativa explica la remisión de la Ley Orgánica del Poder Judicial a la previsión estatutaria correspondiente. Cuando la Ley Orgánica establece cuáles son las competencias de los Tribunales Superiores de Justicia —concurriendo los presupuestos por ella preceptuados—, no hace sino desarrollar la reserva normativa del artículo 152.1.II de la Constitución («Todo ello de conformidad con lo previsto en la ley orgánica del poder judicial»). La relación entre la Ley Orgánica y el Estatuto, a este respecto, no se plantea, a mi parecer, como un problema de reserva ni de jerarquía normativas, sino de determinación del ámbito material de una y otra norma (en contra, LÓPEZ RAMÓN, «Las competencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón», en Trébede núm. 4-5, julio/agosto de 1997).

- b) En segundo lugar, y en relación con el criterio teleológico, el Tribunal Supremo aduce «la subsistencia del conocimiento del Derecho propio de Aragón como mérito preferente para el cargo de Presidente y Magistrados del TSJ (arts. 30 y 31 EA)». Ciertamente, la declaración de preferencia de este mérito expresa una voluntad de defensa del Derecho aragonés; en lo que afecta a los componentes del Tribunal Superior de Justicia, sólo cobra sentido si dicho Tribunal conserva la competencia para conocer del recurso de casación en materias de Derecho civil aragonés, pues las demás atribuciones que la Ley le encierra no exigen el conocimiento de las instituciones aragonesas, salvo la prevista en el apartado e) del desaparecido artículo 29 respecto de los recursos gubernativos en materia registral hipotecaria. En este caso, la previsión estatutaria recogida en el vigente artículo 30.1 se halla de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial en sus artículos 330.3 y 341.1; es ésta una materia cuya regulación encuentra sede adecuada precisamente en la Ley Orgánica, en virtud de los mandatos constitucionales más arriba indicados. Que subsista el mencionado mérito es, a mi juicio, el único punto de apoyo que conecta directamente con el problema que nos ocupa; pero resulta preciso advertir su debilidad, ya que el ámbito sobre el que se proyecta es la resolución del concurso para cubrir las plazas de Presidente y Magistrados aludidas.
- c) En tercer lugar, invoca el Tribunal Supremo «la ausencia de cualquier trabajo o material parlamentario que ni siquiera apuntara a una eliminación de aquella competencia (casacional)». Estamos en presencia de una valoración de intenciones sobre la única base del silencio prelegislativo; resultan demasiados condicionantes en contraste con la contundencia del hecho de la desaparición del antiguo artículo 29 del Estatuto.

Por las razones expuestas, estimo —discrepando de lo acordado por el Auto comentado— que debería haberse concluido que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón carece de competencia para conocer de los recursos de casación fundados en infracción de norma del Derecho civil aragonés. La solución del problema exige una reforma del Estatuto que incorpore el contenido del artículo 29 del Estatuto según su redacción originaria. La decisión del Tribunal Supremo supone, en mi opinión, un pacto con el error, cuyas consecuencias perjudiciales para la seguridad jurídica aún están por venir. Habrá que esperar a las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia, habrá que esperar al planteamiento de nuevos recursos, habrá que esperar a la consolidación o modificación del criterio mantenido y habrá que esperar, en último caso, a la incoación de posibles procesos de amparo invocando la vulneración del derecho al juez predeterminado por la ley.

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) INFORME DE LOS REGISTRADORES DE ARAGÓN
SOBRE LA PONENCIA GENERAL ELABORADA
POR LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL
(«OBJETIVOS Y MÉTODO
PARA UNA POLÍTICA LEGISLATIVA EN MATERIA
DE DERECHO CIVIL DE ARAGÓN»)**

1. Los Registradores de Aragón, respondiendo a la invitación de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil y conscientes del deber que como juristas nos incumbe, hemos querido presentar nuestros puntos de vista acerca de los criterios generales para la elaboración del futuro cuerpo legal de Derecho Civil de Aragón. Se trata de una mera reflexión sobre criterios generales sin entrar en detalles relativos a las Instituciones que puedan ser objeto de dicho cuerpo legal, en la línea en que ha sido elaborada la Ponencia objeto de nuestro análisis. Aportaciones concretas sobre cada una de las Instituciones o materias susceptibles de regulación se harán llegar, en su caso, a la Comisión a medida que se vayan conociendo sus trabajos sobre las mismas.

2. Hemos reflexionado, en primer término, acerca de los objetivos generales de la nueva política legislativa.

Queremos, ante todo, dejar constancia de que compartimos con gran satisfacción los planteamientos de la Ponencia General y de modo muy especial la apreciación y valoración del singular momento histórico en que los aragoneses nos encontramos como dueños de nuestros destinos en vastas materias de Derecho Civil.

Ciertamente concurren por primera vez dos trascendentales coordenadas: en primer lugar, la posibilidad de que todos los aragoneses y no sólo un sector de ellos puedan participar en las tareas legislativas y, en segundo lugar, el hecho de haber desaparecido los condicionantes que impedían que la fijación del contenido y la regulación de nuestro peculiar Derecho quedaran en las exclusivas manos de una representación política, propia y genuinamente aragonesa.

Esta singular encrucijada histórica nos lleva a preguntarnos, con la Ponencia, si el actual ordenamiento sigue siendo adecuado a las necesidades y a las expectativas de los aragoneses del siglo XXI. A la vista, sin embargo, de lo negativo de los índices demográficos y económicos de nuestra comunidad, sin que se vislumbre un cambio de signo en su tendencia, estimamos que, para responder adecuadamente a esa pregunta y con carácter previo a la labor legislativa del calado y envergadura que se afronta, debe contarse también, desde una perspectiva multidisciplinar, con los dictámenes de geógrafos humanos, economistas, sociólogos, así como con la opinión de los propios agentes sociales, que, contribuirán, sin duda, a una mejor evaluación del contexto real en que se ha de aplicar el nuevo texto legal.

Es muy posible que sin el ordenamiento civil actual esos datos indiciarios fueran todavía peores, en cuyo caso habría que explicarlo y proclamarlo abiertamente, pero también es posible que en ese conjunto pervivan normas que supongan un factor retardatario o regresivo, un lastre que nos dificulte alcanzar cotas mayores de bienestar y desarrollo. En todo caso, pensamos que es momento oportuno y ocasión propicia para considerar si nuestro ordenamiento tradicional requiere únicamente aclaraciones, retoques, rectificaciones o ampliaciones, o, por el contrario, lo que se necesita es innovar, emprender sin reticencias nuevos y distintos rumbos.

Habida cuenta de las funciones socializadora y pedagógica del Derecho, quizá sea hora de cuestionarse si, al igual que otras Comunidades han importado reglas e instituciones aragonesas, sería preciso, sin recelos ni complejos, adoptar reglas foráneas de reconocida utilidad; si sería pertinente reducir o relajar un buen número de normas imperativas; si habría que diferenciar claramente entre lo que es inveterada norma y lo que se ha convertido en norma periclitada. Los Registradores de Aragón, frente a la mera conveniencia de «conservar» del Apéndice y al criterio exclusivo de «vigencia» de la Compilación, consideramos que se impone ahora el único criterio de la conveniencia social, de modo que con el nuevo cuerpo legal nos encaminemos con espíritu dinámico hacia una sociedad mejor, hacia una sociedad más justa.

Somos conscientes de que lo que se sugiere puede exceder del marco competencial de la Comisión, pero nuestro ánimo no es otro que el de, si se considera oportuno, se hagan llegar a otras instancias estas preocupaciones e inquietudes.

3. Una segunda cuestión, previa al inicio de la labor de la Comisión, entendemos que debe ser una mayor precisión del sistema de fuentes de Derecho Aragonés. La Ponencia pasa como de puntillas sobre esta cuestión, limitándose a señalar que «la Compilación acertó, para empezar, en la determinación del sistema de fuentes..., dando así satisfacción a las aspiraciones manifestadas por los juristas aragoneses desde finales del pasado siglo».

Lo cierto es, sin embargo, que el texto de los tres primeros artículos de la vigente Compilación obedece, casi íntegramente, a la redacción que se les dio en 1967, ya que el legislador aragonés se limitó en 1985 a suprimir la referencia que en los artículos 2º y 3º se hacía al Derecho natural como límite de aplicación de la costumbre y de la voluntad de los otorgantes, y a sustituir (de prisa y corriendo) el término «especial» del artículo 1º (suprimido por la Comisión) por el de «peculiar» (añadido por el Pleno de las Cortes).

La redacción de los tres preceptos corresponde, por tanto, a un contexto normativo claramente diferenciado del actual por la atribución constitucional de competencia normativa a los órganos legislativos a la Comunidad Autónoma aragonesa.

Por ello, aun cuando se reconozca que los juristas aragoneses que propusieron el texto de 1967, acertaron a llevar al mismo todo lo que la situación permitía, no se puede ignorar que la redacción actual no permite deducir claramente de su articulado las consecuencias requeridas por la nueva situación.

Habida cuenta de que lo que se diga en esta materia influye de forma general en la regulación de todas y cada una de las partes o libros del futuro cuerpo legal, parece aconsejable que, como primera tarea, se diera a sus primeros preceptos la función de definir expresa y precisamente el sistema de fuentes, sin acudir al rodeo de delimitar lo que ha de entenderse por Derecho Civil de Aragón y abandonando ya, por innecesaria, toda referencia a su condición de «expresión de su régimen peculiar».

Al propio tiempo habría de aprovecharse para atribuir al Derecho Civil propio de Aragón la condición de Derecho común del ordenamiento jurídico aragonés y, consiguientemente, para reconocerle la condición de Derecho supletorio de cualquier Ley especial aplicable en Aragón.

Convendría también expresar, con carácter general, las relaciones entre el Código o Compilación Civil aragonesa y el Código Civil General en los términos que más adelante se expondrán.

Finalmente, teniendo en cuenta que los destinatarios de la norma legal son, no solamente los juristas, sino también personas profanas en Derecho, importaría que en el texto legal quedara suficientemente claro el carácter imperativo de las normas que, por tal motivo, delimitan la aplicación del principio «standum est chartae» como fuente del Derecho.

4. Los Registradores de Aragón no han llegado a un acuerdo unánime acerca de la postura que ha de mantenerse respecto a la relación entre los textos del nuevo Código Civil de Aragón y el Código Civil General, si bien una amplia mayoría se inclina por la conveniencia de unificar el texto legal o normativo, de modo que sea posible conocer la total regulación de una institución, sin necesidad de tener que consultar más de un texto, bien sea el Código arago-

nés, si en él se contiene la institución de que se trate, bien el Código civil, si la institución no ha precisado de específica regulación en aquél. De este modo, el Código Civil aragonés contendría la regulación de las instituciones que constituyan su objeto y la de aquellas materias de carácter general que las complementan.

5. Sobre la posibilidad de una aprobación fraccionada del cuerpo legal de Derecho Civil de Aragón, la Comisión pone de relieve que la tarea que le ha sido encomendada supone «necesariamente, un cierto tiempo», por lo que contempla la posibilidad de una aprobación fraccionada o por partes del futuro cuerpo legal del Derecho Civil de Aragón, si «razones de oportunidad» así lo hiciesen necesario, aun reconociendo que argumentos de coherencia sistemática harían preferible una redacción conjunta. Desde esta perspectiva, la Comisión apunta la posibilidad de comenzar sus trabajos por la parte correspondiente al Derecho de Sucesiones.

Al no haberse expresado ni justificado las razones de oportunidad que se alegan y estimando el riesgo de anteponerlas, cualesquiera que sean, a otras razones de mayor entidad, los Registradores de Aragón quieren destacar en este informe los problemas que plantea el tratamiento autónomo de una parte tan significada como el Derecho de Sucesiones, que en el ordenamiento aragonés está íntimamente ligado al Derecho de Familia, hasta el punto de que puede decirse que el uno no se entiende sin el otro. La Comisión reconoce esta estrecha unión entre una y otra parte de nuestro Derecho Civil (de «íntima relación» se habla en la Ponencia). En efecto, el Derecho de Familia aporta al Derecho de Sucesiones su propio fundamento: la conservación de la «casa aragonesa». Tal es el principio que inspira la regulación de la sucesión paccionada, el juego de la fiducia o el particular sistema legitimario aragonés.

Por eso, a través de estas líneas, quiere resaltarse las complicaciones que supone desgajar la materia sucesoria del resto de normas que integran nuestro Derecho Civil, porque puede caerse en la tentación de redactar unas normas aparentemente perfectas en su técnica legislativa, en su forma, pero que olviden la realidad a la que se deben aplicar. Dicho de otro modo: ¿acaso no sería necesario precisar con carácter previo a la redacción del proyecto de nuevo Derecho de Sucesiones aragonés qué interés es el necesitado de protección actualmente, si continúa vigente la «casa aragonesa», si la realidad de cada día va por otra dirección? Más aún, la cuestión del régimen económico matrimonial y sus consecuencias (la viudedad, entre otras), es materia fundamental que, sin duda va a plantearse cuando la Comisión aborde la reforma del Derecho de Familia. Quizás entonces se plantee una solución distinta a la que actualmente ofrece el régimen de comunidad matrimonial en Aragón, lo que supondría unos graves problemas de coherencia interna con la normativa sucesoria ya aprobada, pues es evidente que la norma sucesoria no puede ser la misma si se parte de un régimen consocial y de la búsqueda de la conservación del patrimonio familiar, que si el régimen económico matrimonial es el

de separación o de participación en las ganancias y lo que se pretende es evitar patrimonios vinculados y favorecer un tráfico jurídico ágil.

En definitiva, los Registradores de Aragón quieren poner de relieve la necesidad de que la Comisión contemple con especial celo el problema de la interrelación entre el Derecho de Familia y el de Sucesiones y, caso de ser obligada la aprobación fraccionada, se considere como más coherente comenzar con la redacción de las materias relativas al Derecho de Familia, en cuanto condicionan la normativa sucesoria, circunstancia que se produce con menor intensidad en sentido inverso.

6. Si es verdadera y auténtica la autonomía a que nos hemos referido, no es menos cierto que las instituciones familiares y sucesorias, principal contenido de nuestro Derecho Civil autóctono, sufren, en ocasiones, el embate de la creciente presión fiscal, fenómeno que es objeto de regulación por poderes que exceden de los reconocidos a nuestra Comunidad y de difícil previsión, por lo que deben proveerse las pertinentes medidas neutralizadoras, que eviten en lo posible agravios comparativos en beneficio de Comunidades dotadas de mayor margen de maniobra fiscal.

7. De conformidad con la Ponencia General, los Registradores de Aragón deseamos destacar expresamente la necesidad de dictar normas específicas aragonesas de orden procesal, que sean cauce operativo de nuestras peculiares instituciones civiles.

B) ENCUESTA DEL COLEGIO NOTARIAL DE ZARAGOZA SOBRE EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

REFORMA DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

I. INTRODUCCIÓN

El Colegio Notarial de Zaragoza no podía permanecer indiferente al proyecto de reforma del Derecho civil aragonés, que actualmente está en estudio. Y ello, tanto por la importancia del Notariado aragonés en la creación, elaboración y desarrollo de su Derecho, como por la participación institucional que ha tenido siempre en todas las Comisiones, creadas a raíz de la Ley de Bases de 1888, con el fin de codificar su Derecho y consiguientemente su intervención en los tres textos que llegaron a alcanzar rango de Ley.

Si lo anterior no fuera suficiente razón para colaborar en esa reforma, baste añadir que el Notariado aragonés puede aportar a ella la experiencia que le da la aplicación diaria y en su integridad del Derecho civil aragonés en los documentos que autoriza, así como la doble consideración del Notario, como experto jurista, por tanto conocedor del Derecho que aplica y de sus problemas, y de «legislador sustituto», que tiene que suplir, cuanto la Ley no contempla, y buscar solución a los fines lícitos que los interesados se proponen alcanzar.

El Colegio Notarial ha preferido conocer la opinión de todos sus colegiados en la seguridad, de un lado, de que sus respuestas responderían al pensar de la sociedad a la que sirven y conocen, y de otro lado, sus opiniones serán ponderadas y prudentes, virtudes que suelen presidir casi siempre sus actuaciones. Y es por ello que el Colegio redactó una Encuesta sobre el Derecho Civil Aragonés, tanto en sus aspectos generales, como en el concreto punto de la libertad de disponer por causa de muerte, punto éste dentro del Derecho de Sucesiones que parecía prioritario en la reforma.

La Encuesta se dirigió a todos los Notarios ejercientes en el Colegio Notarial de Zaragoza, todo el territorio aragonés, con un total de 79 Notarías

demarcadas, de las cuales en ese momento (febrero-marzo) de 1997 estaban cubiertas 58.

Es importante recordar que no todos los Notarios son aragoneses, ni tienen en algunos casos un especial cariño al Derecho aragonés, posiblemente por no conocerlo suficientemente, no olvidemos que la formación de los juristas españoles se ha producido casi exclusivamente sobre la base del Código Civil. El no ser aragoneses parte de los Notarios puede aportar la ventaja de ejercer un contrapeso a la tendencia expansionistas que pudieran sustentar en el extremo opuesto quienes son aragoneses, y consideran su Derecho como bandera más viva y permanente de la esencia identificadora y diferencial de lo aragonés.

Por otra parte, quizás la existencia de un alto número de Notarios no aragoneses ejercientes en Aragón ha podido influir en el resultado de la Encuesta, en la que se observa un alto grado de abstención: sólo hubo 30 contestaciones (un 52 por 100). Lo que no quiere decir que quienes no contestaron estén en contra del Derecho aragonés (pudieron haberse manifestado en tal sentido) y, en consecuencia, opinen que no es necesaria su reforma. Hay otras muchas causas que pueden justificar esa abstención y, por otro lado, se sabe que algunas de las contestaciones se han formulado colectivamente por varios Notarios. Pero pese a ello, no puede olvidarse el dato y tenerlo en cuenta; hoy la sociedad aragonesa, preocupada por otros problemas, no parece tener el mismo interés por su Derecho que la de 1904 o la de 1925/26 o la de 1967.

Y esto que creemos de justicia decirlo (los datos no se pueden ocultar) debe ser considerado tanto por la Comisión de Reforma, como en su día por las Cortes de Aragón para no caer en la tentación de hacer una reforma extensa y prolífica que creemos no respondería a la realidad de la vida jurídica aragonesa, al menos tal como lo ve el Notariado, que tan en contacto directo está con ella.

LA ENCUESTA SE DIVIDE EN DOS PARTES:

La primera, trata de obtener una visión general del Derecho aragonés. Es posiblemente la más difícil de encuestar y contestar. Los juicios de valor nunca son muy veraces, tanto si conciernen a nuestras propias creencias u opiniones, como si afectan a la interpretación del sentir de la sociedad. No obstante, la Encuesta trata de buscar la mayor objetividad posible en las respuestas, de ahí que se formulen las preguntas con claridad y se dé un margen amplio a las posibles respuestas, casi siempre hay más de dos posibles alternativas.

La segunda parte, referida a la Libertad de Disponer por Causa de Muerte, materia que parece más abordable en la Reforma. Aquí las preguntas están muy en contacto con la función notarial, campo donde el Notario se mueve a diario y su experiencia puede ser más provechosa. Cada día en los despachos acuden testadores, con hijos, que aceptan o rechazan el sistema legitimario, y que las más de las veces exigen del Notario aclaraciones sobre esa libertad, manifestación importantísima de nuestra libertad civil, esencia del Derecho

aragonés, y cuyas limitaciones derivadas del actual sistema legitimario unas veces se acepta con agrado y otras no.

Como en toda Encuesta, una vez realizada, se echan de menos preguntas, se piensa que otras no están formuladas con suficiente claridad y precisión, e incluso que algunas sobran. Pero una vez hecha, hay que ceñirse a los fríos datos que proporciona el resultado y a eso vamos a limitarnos.

II. ENCUESTA SOBRE EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

1. EN SU OPINIÓN CUÁL ES EL GRADO DE ARRAIGO DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS EN LA SOCIEDAD ARAGONESA

De la encuesta se desprende con claridad su arraigo en la sociedad aragonesa, lo cual es muy favorable para garantizar su futura conservación, como algo que vive en el pueblo, que lo conoce y se sirve de él. Casi un 80 por 100 de las contestaciones (suma de los que lo consideran Muy alto, Alto y Medio) suponen un arraigo considerable, frente a un 20 por 100 que lo consideran Bajo o Nulo.

Prepuesto el arraigo, su existencia tiene que basarse en su necesaria adecuación en cada momento histórico a las necesidades de la sociedad a la que sirve, las cuales imperiosamente van cambiando, aun cuando esos cambios en el Derecho privado sean siempre menos rápidos y radicales que en otros campos.

2. CUÁL CREE QUE DEBE SER EL FUTURO DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

Esta pregunta encierra dos cuestiones relacionadas entre sí, pero distintas: A) ¿cuál debe ser el futuro del Derecho aragonés respecto del Derecho, llamémosle general español?; y B) supuesta una respuesta que garantice su independencia ¿cuál debe ser su futuro?

A) En la primera cuestión, el dilema extremo estaría entre:

- a) Buscar una integración del Derecho aragonés en el Derecho general de España, lo que supondría, bien su desaparición total por absorción (tesis del Proyecto de 1851), bien su conservación limitada a ciertas instituciones, sea en la línea de un Apéndice al Código civil (tesis de la Ley de Bases de 1888 y del Apéndice 1925/26), bien que aquellas instituciones aragonesas que deban subsistir, por su propia bondad y adecuación a la solución de problemas de la sociedad española actual, sean desarrolladas en nuestra legislación para luego integrarse en el Código

general de España (tesis de la Compilación de 1967, como derivación del Congreso de Zaragoza de 1946).

- b) Mantener una separación entre ambos Derechos, aragonés y general, de forma que aquél por sí solo regule todas las instituciones aragonesas, de modo que pueda bastarse por sí solo, como cuerpo legislativo completo. Tesis que tendría su apoyo político en el cambio experimentado entre un Estado unitario y centralista, propiciatorio de un Código civil único, y un Estado autonómico, pluralista en ciertas materias, entre ellas el Derecho civil, que no busca compilar para luego recoger en un Código único, sino legislar total e íntegramente todas las instituciones aragonesas, sin precisar, por tanto, para su aplicación de la existencia de otro texto complementario, que no emanase de las Cortes aragonesas.

De la Encuesta, conjugando las respuestas a los puntos 2 (futuro del Derecho aragonés), 4 (grado de adecuación) y 5 (alcance de la reforma), puede deducirse una postura intermedia entre aquellas extremas, postura conciliadora, que han sido las que a lo largo del último siglo se han impuesto.

La Encuesta:

- 1º Es contundente la afirmación de no querer que el Derecho civil aragonés desaparezca. Por eso:
- No quiere que se integre, por absorción, en el Derecho civil español (una sola respuesta en favor de la integración, punto 2 de la Encuesta).
 - Juzga que el grado de desarrollo de su Derecho es adecuado a sus principios y necesidades (en un porcentaje del 83 por 100, punto 4), lo que supone aceptar su vigencia y propugnar su desarrollo.
 - Y en el mismo sentido, cuando defiende una reforma no limitada a corregir los defectos técnicos del actual texto legal, sino sobre todo dirigida a actualizar sus soluciones, completar la regulación de instituciones ya contempladas hoy, e incluso, regular otras nuevas relacionadas con las actuales (72 por 100 de los encuestados, punto 5).
- 2º Esta subsistencia no conlleva sin embargo que se deba legislar sobre todas las materias posibles (sólo un 14 por 100 de los encuestados piensa así, punto 5, E), lo que, a la inversa, implica que la reforma sólo debe hacerse sobre ciertas instituciones (punto 5, C y D), en concreto, las que luego en el punto 6 se encuentran más arraigadas o más necesitadas de reforma (punto 8).
- 3º Paralelamente, no deja de reconocerse que ciertas instituciones aragonesas hoy, por sí o por su regulación, son inadecuadas (punto 7).

EN RESUMEN, Derecho aragonés SÍ, pero no extensivo a todas las materias de nueva regulación, ni con un desarrollo legislativo aragonés completo, que nos llevaría bien a una innecesaria repetición de normas, cuando no a una copia literal del Código civil o de otros textos autonómicos.

- B) El segundo problema que el punto 2 de la Encuesta plantea «supuesta la independencia del Derecho civil aragonés, respecto del general de España, ¿cuál debe ser su futuro?**

La respuesta es tajante, debe conservarse a toda costa (respuestas C y D del punto 2), y lógicamente, ya lo hemos dicho, para conservarse debe irse adaptando a las actuales exigencias. No se puede vivir con un texto de 1967 (vigente casi en su integridad), cuando los cambios sociales y políticos han sido en estos últimos treinta años tan importantes, y además han supuesto en muchos casos caminar en otro sentido al que en 1967 se tomó. Lo cual nos lleva al punto 3 de la Encuesta.

3. CUÁL ES EL GRADO DE ADECUACIÓN GENERAL DE LOS PRINCIPIOS E INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS A LAS NECESIDADES DE LA SOCIEDAD ARAGONESA ACTUAL

Solamente un 14 por 100 cree que esa adecuación es alta, lo que supondría la innecesidad de la reforma para adecuar esos principios o esas instituciones a las necesidades actuales de la sociedad; mientras que el 69 por 100 opinan que esa adecuación es sólo media; y el 17 por 100 que es baja o nula. Para estos dos grupos se hace necesaria la reforma, único modo de adecuar el Derecho a la vida.

4. Y EL CONCRETO DESARROLLO LEGISLATIVO EXISTENTE DE ESOS PRINCIPIOS E INSTITUCIONES, QUÉ GRADO DE ADECUACIÓN PRESENTA

Como ya anticipamos, se juzga «medio» lo que es coherente tanto con los principios vigentes al legislarse en 1967 —la reforma de 1985 se limitó a lo inconstitucional—, como con la idea de que lo compilado fuera a integrarse o a formar parte de un Código civil español único. Creemos que al estar cimentado el Derecho aragonés en el principio de la libertad civil, le ha permitido su adecuación a la sociedad en cada momento, lo cual le ha favorecido, al proporcionarle esa libertad una herramienta precisa en cada momento para buscar soluciones a sus necesidades. *Este principio de libertad civil debe presidir la reforma actual.*

5. QUÉ ALCANCE DEBE TENER LA PRÓXIMA REFORMA DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

Las respuestas parecen aparentemente divididas, pero creemos que no hay una verdadera antinomia entre los cinco apartados, sino que éstos son como peldaños de una escalera que va desde lo imprescindible (punto A, corregir defectos técnicos), a lo extremo (punto E, extenderse a todas las materias posibles). Pues parece claro que quien opina que debe regularse todo, acepta también que esa regulación corrija los defectos técnicos de lo actual, o lo que deba conservarse, lo mismo que propugna la actualización de las soluciones (punto B).

En las respuestas se ve el sentido práctico del Notariado, que necesita en su trabajo que la nueva Compilación, o como quiera denominarse, le sirva para solucionar los problemas que encuentra a su paso y que, lógicamente, van desde lo regulado con defectos, lo que debe actualizarse o complementarse hasta llegar a lo no regulado, pero que precisa soluciones a diario.

Una tercera consideración es que el 72 por 100 de las respuestas (B, C y D, punto 5), a las que se podría añadir el 14 por 100 (del punto A), lo que darían un 85 por 100, excluye de la reforma *«toda materia posible»*, y se ciñe a lo actualmente existente y las materias relacionadas con ello. De donde se infiere, otra vez, la prudencia del Notariado. Los extremismos legislativos por exceso a que están llegando algunas Autonomías parecen reprobarse en esta Encuesta del Notariado aragonés.

6. LAS PREGUNTAS NÚMEROS 6 AL 10 TRATAN DE PULSAR LA SITUACIÓN HOY DE LAS MÁS IMPORTANTES INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL. ARAGÓNÉS A TRAVÉS DE CONOCER DE MODO CONCRETO: LAS ARRAIGADAS, LAS INADECUADAS, LAS QUE DEBAN INCLUIRSE EN LA REFORMA, LAS NECESITADAS DE IMPORTANTES REFORMAS O DE COMPLETAR SU REGULACIÓN. VEÁMOSLAS.

A) Instituciones aragonesas más arraigadas

a) El testamento mancomunado (punto 6,1)

Los cónyuges aragoneses testan hoy en forma mancomunada casi en el 100 por 100 de los casos. Ello pese a que se reconozca que su revocación unilateral precisa de algunas aclaraciones o modificaciones (9 por 100 del punto 9), y que, otros (4,5 por 100, punto 10) opinen que se necesita completar su regulación. Ese arraigo puede hacer pensar en la posibilidad de extender esta forma de testar a otros testadores, no cónyuges.

Hay aquí por tanto decisiones de política legislativa, sobre si debe extenderse o no a otros posibles testadores; y decisiones de técnica jurídica, complementar su regulación, sobre todo en la revocación y en la correspondividad, materias no muy seguras en el actual texto.

b) La viudedad (punto 6,2)

Este arraigo impone necesariamente su conservación. Su forma de regulación actual, con una primera fase de expectativa y una segunda de usufructo vitalicio, no se juzga conveniente al considerar el 50 por 100 de las encuestadas (punto 7,2), como inadecuado el derecho expectante. Lo cual llevaría, bien a su modificación, tanto para buscar una mayor seguridad en el tráfico, como para evitar posibles abusos en su ejercicio o alegación; bien a suprimirlo, como fuente que es de indudables problemas y arma peligrosa de cualquiera de los cónyuges cuando la convivencia matrimonial se tuerce, supuesto hoy mucho más frecuente que antes.

De otro lado, un 9 por 100 de las respuestas creen que la regulación de la viudedad es inadecuada (punto 7,11) y que también precisa de importantes modificaciones (punto 9,6).

c) *La fiducia (punto 6,3)*

El arraigo creemos debe predicarse de la fiducia entre cónyuges, no de la colectiva, cuya vida parece menos pujante, lo que no significa que deba desaparecer. La fiducia entre cónyuges precisa de importantes reformas (punto 9,9) y necesita completar su regulación (punto 10,3).

Una mayor cultura de la sociedad, también en lo jurídico, unida a una progresión de la libertad defienden e impulsan instituciones como la fiducia. Por otra parte, va perdiendo virtualidad tanto el carácter personalísimo de las disposiciones *mortis causa*, como la supuesta influencia que un cónyuge pueda ejercer sobre el otro cuando disponen de los bienes en un mismo documento.

La regulación actual de la situación de pendencia es totalmente insuficiente y la referencia a la comunidad hereditaria resuelve muy poco.

d) *La Junta de Parientes (punto 6,4)*

Ha ganado arraigo, desde su limitado empleo en el Apéndice de 1925/26, al más amplio de la Compilación de 1967 y al actual, que se constata en las Notarías para «cualquier asunto o asuntos determinados», que reguló la Compilación del 67, como manifestación de la libertad civil y que en la práctica está solucionando indudables problemas, de un modo seguro, rápido y económico, dentro de esa denominada Jurisdicción Voluntaria en la cual, por unas causas u otras, debe intervenir cada día más el Notariado.

No obstante, para parte de las respuestas se hace necesario afrontar su regulación, bien para completarla (punto 10,3), bien por precisar importantes reformas (punto 9,11).

5. Legítima individual

Tema candente. La inexistencia de legítima individual está arraigada (punto 6,5), aun cuando el sistema legitimario se considere inadecuado para un 18 por 100 de los encuestados (punto 7,4). Como el tema se aborda directamente en la parte segunda de la Encuesta, a ella nos remitimos.

6. Luces y vistas

Materia muy conflictiva y de constante presencia en los Tribunales, lo que confirma su arraigo (punto 6,6) y los defectos o insuficiencias del texto actual, y ello pese a que con la regulación por la Administración de las Licencias de Obra pudiera parecer que se acabarían los problemas. Su permanente existencia obliga a buscar soluciones, de ahí que un 23 por 100 de los encuestados aludan a que su regulación precisa de importantes modificaciones (punto 9,3) o, al menos, complementos (punto 10,13).

Possiblemente la deficiente y escueta regulación en la Compilación de 1967, junto con la referencia al Código civil, hacen que la materia sea conflictiva, lo cual debe servir de ejemplo a la reforma, cuando aborde ésta u otras instituciones con doble y diferente regulación, que en muchos casos no responde a los mismos criterios, lo que lleva a soluciones distintas.

B) Instituciones inadecuadas (punto 7)

1º El consorcio foral (punto 7,1)

Pese a ser materia monográfica antigua y reciente, cosa no frecuente en las instituciones aragonesas, su arraigo es escaso, tanto en la sociedad como en la práctica jurídica, que suele desconocerlo y no aplicarlo. Su acceso a la Compilación de 1967 fue un tanto forzado, su vida en la práctica extrajudicial casi nula, pese al apoyo fiscal con que ha contado en algunas ocasiones.

El Notariado opina que no debe mantenerse (punto 7,1) por inadecuado, o que de mantenerse precisa de importantes modificaciones (punto 9,5) o, al menos, darle carácter voluntario (punto 9,14) y, en cualquier caso, completar su regulación muy escueta e insegura, pese a las importantes e imprevistas consecuencias que conlleva (punto 10,10).

Estamos, como en otras instituciones en que se precisa de una decisión de política legislativa sobre su subsistencia o no y, en caso positivo, de adecuación jurídica para determinar en qué ámbito debe aplicarse y buscar un desarrollo normativo claro y completo.

2º Expectante derecho de viudedad (punto 7,2)

Ya lo hemos visto al hablar del derecho de viudedad. La respuesta es clara, más de la mitad de los encuestados consideran innecesario el derecho expectante de viudedad (punto 7,2), sin que nadie opte por su reforma (punto 8), ni como tal derecho en fase de expectativa, ni lo incluya en el apartado de instituciones que precisen de importantes reformas (punto 9).

Quizás pueda pensarse en que el otro 50 por 100 que no lo juzga inadecuado entienda que podría reformarse, bien limitando su aplicación a ciertos regímenes económicos matrimoniales, bien a sólo algunos bienes, si lo que se pretende con él es evitar que en su día no pueda llegar a hacerse efectivo el usufructo vitalicio sobre ciertos bienes, como podría pensarse del domicilio conyugal (algo parecido al control creado por el art. 1.320 del Código civil), o para la empresa que constituya la fuente principal de ingresos familiares...

c) Derecho de abolorio (punto 7,3)

Hay un relativo número de respuestas que lo consideran inadecuado (27 por 100, punto 7,3), y no hay respuestas sobre la necesidad de su reforma (punto 8) o de que precise importante modificación (punto 9).

Frente a la proliferación constante de derechos legales de preferente adquisición, impuestos por necesidades más o menos sociales, parte del Notariado aragonés parece no considerar la conveniencia familia de conservar la casa, como suficiente para conservar el derecho de abolorio.

Queda un 73 por 100 restante que o no ha pensado en él o lo considera de necesaria subsistencia. Materia a decidir por el legislador, pero que de mantenerse debe clarificarse en la reforma.

d) Legítimas

La veremos en la segunda parte, adelantemos que para un porcentaje alto (43 por 100, punto 1, D) habría de desaparecer, aun cuando en el apartado de la Encuesta dedicado a instituciones inadecuadas solamente un 18 por 100 de los encuestados la juzgue como tal.

e) Pacto al más viviente

Un 18 por 100 de los encuestados (punto 7,5), consideran inadecuado el pacto. No obstante, teniendo en cuenta, tanto a quienes no lo consideran así, como las respuestas a los puntos 6, 9 y 10 sobre arraigo de los pactos sucesorios y sobre instituciones que necesitan de modificaciones y complementos de regulación, pueden pensarse que no se trata de una institución inadecuada, sino insuficientemente regulada hoy, que en un solo artículo consagra su existencia y sus muy diferentes efectos según la situación familiar y que en su último punto, sobre todo, no es suficientemente claro, aun cuando sí resuelve con criterio de justicia la situación aleatoria que el fallecimiento de un cónyuge antes o después del otro puede crear.

f) Otras instituciones inadecuadas

Nos remitimos a la lectura del punto 7 de la Encuesta, teniendo en cuenta tanto la poca entidad de los porcentajes, cuanto, en algunos casos (Testamento ante Capellán, Dote...), el desuso de las instituciones.

C) Instituciones no reguladas (punto 8)

Digamos, primero, que el número de contestaciones es tan bajo que difícilmente pueden sacarse conclusiones. No obstante, veremos algunas de las instituciones citadas.

1. Tutela (punto 8,1)

No es que hoy carezca de regulación, es que ésta es, de un lado, insuficiente, lo que era lógico con los criterios de 1967, sólo lo diferencial se reguló; y de otro lado, su regulación aragonesa está pensada en la configuración familiar de la tutela, cosa que desapareció, sin demasiada justificación y poca claridad con la reforma de 1983.

En Aragón existe hoy una clara voluntad de los padres, o de las personas que dejan bienes al pupilo, de organizar en instrumento público la tutela de su hijo o de esas personas sobre esos bienes, con plena libertad, sin intervención judicial alguna. De otro modo no dejarían nada al pupilo o, lo dejarían de modo indirecto. De ahí que los escasos artículos sobre la tutela sean insuficientes y que las decisiones judiciales se tengan que regir y conduzcan a soluciones muy distintas a las queridas por los padres.

2. Sucesión intestada (punto 8,2)

También la Compilación de 1967 la reguló, no en balde ha sido materia muy conflictiva de los Derechos forales con el Código civil. Resolverla hoy, en algunos supuestos de hecho (los normales entre descendientes en línea recta) sería, como se ha dicho antes copiar artículos del Código civil, aun cuando es cierto que el no hacerlo obliga al aragonés a tener que consultar dos textos. De ahí que una parte del Notariado aragonés se pronuncie por legislar sobre ello (punto 5, C y D). La solución, en todo caso, deben darla las Cortes de Aragón, y en el estado actual quizás sea preferible regularla por completo en todos los supuestos de hecho posibles.

D) Instituciones que precisan importantes modificaciones (punto 9)

1. Sustitución legal (punto 9,1)

El actual artículo 141 debe su redacción a la reforma de 1985, de adaptación de la Compilación a la Constitución, pese a que su anterior redacción de 1967 no tenía nada de constitucional. Lo cierto es que la Compilación de 1967 ya fue muy parca, y la reforma de 1985, hecha a última hora, muy confusa. Pero el problema de la sustitución legal sigue estando ahí y precisa de soluciones, ya apuntadas en trabajo monográfico reciente.

2. Protección de la legítima y otras instituciones (puntos 9,2 y siguientes)

De algunas ya nos hemos ocupado. De las legítimas se ocupa la segunda parte de la Encuesta.

3. Puntos 11, 12 y 13 de la Encuesta

Las dos primeras preguntas están referidas al derecho fiscal: ¿debe ser el legislador aragonés neutro o favorecedor de nuestro Derecho? ¿Y es hoy la normativa neutra, perjudicial o favorecedora del Derecho aragonés?

Las respuestas muestran la preocupación del Notariado aragonés (un 81 por 100), ante la presión del Fisco a ciertas instituciones aragonesas, lo que perjudica su aplicación práctica (punto 12,B), de ahí que no se puedan usar en muchos casos, y se tengan que buscar soluciones por cauces generales, que les prestan apoyos fiscales (empresas y explotaciones familiares, vivienda habitual, etc.).

Las *especialidades procesales*, también deben ser abordadas en la reforma en opinión del 68 por 100 de los encuestados. Aquí la competencia autonómica parece más fácil.

III. SEGUNDA PARTE DE LA ENCUESTA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN *MORTIS CAUSA*

En este tema el Notariado conoce bien la voluntad de los aragoneses y su reacción ante el sistema legitimario actual, más de un 70 por 100 de los causantes, que dejan bienes, hace testamento. Veamos sus respuestas a las cuestiones que la Encuesta presenta.

1. REACCIÓN ANTE EL SISTEMA LEGITIMARIO ACTUAL EN ARAGÓN (PUNTO 1)

A una tercera parte (punto 1, A), les parece bien el sistema actual; se acepta, pues, tanto la inexistencia de legítima individual, como la legítima colectiva amplia de dos tercios a distribuir libremente por los ascendientes entre sus descendientes y únicamente éstos sean legitimarios.

Casi a las dos terceras partes les parece que debe haber más libertad de disposición (solamente una respuesta opina que debe haber menos libertad dispositiva). Y aceptada una mayor libertad dispositiva, los más (43 por 100) se inclinan porque esa libertad sea total, lo que supondría suprimir las legítimas, al menos en su forma actual de derecho de propiedad sobre los mismos bienes que integran el caudal hereditario.

Obsérvese que la suma de las respuestas de: quienes les parece bien el actual sistema legitimario, con la de quien opina que es excesiva la libertad dispositiva y la de quienes consideran que debe haber más libertad, pero no total, la suma arroja un 57 por 100 (punto 1, A, B y C), mayoría por tanto que defiende un sistema legitimario; frente a quienes opinan que la libertad de disposición debe ser total (43 por 100).

A su vez dentro de quienes opinan que debe haber una libertad total, son más (28 por 100, punto 2, B) quienes defienden que esa libertad debe tener el contrapeso de un derecho de alimentos, que quienes sustentan (24 por 100, punto 2, A) que tal libertad no debe tener ningún límite.

Supuesto que en Aragón sólo los descendientes son legitimarios, está claro que, al menos en la mayoría de los casos, la limitación que supone la legítima hoy, se estima, de un lado, que coarta la libertad de testar, y de otro, quizás de más peso, que cercena el derecho del cónyuge viudo (por ahora no se habla de la pareja de hecho) a verse favorecido plenamente por el causante, precisamente cuando se quede viudo, que es cuando más necesitaría poder disponer libremente de los bienes, al menos de los consorciales, pues en los troncales (pese a que un 14 por 100, punto 7,8, los considera inadecuados) merecen otro trato en el favor de los cónyuges testadores, que no ven mal que sobre ellos el cónyuge viudo no pueda disponer.

Centrado, pues, el tema en los bienes consorciales y los derechos sucesorios del cónyuge viudo, se deduce que para muchos de los encuestados el contenido del derecho de viudedad actual no es suficiente para colmar los deseos de

muchos testadores, que quieren dejar más a su consorte. No puede dejar de reconocerse que, en muchos casos, cuando el Notario explica las consecuencias que pueden derivarse de una total libertad de disposición a favor del cónyuge viudo, acaben por aceptar las legítimas y, con ello, la suficiencia del derecho de viudedad, como protección bastante del viudo.

Otra vía distinta de reforzamiento del cónyuge viudo es la que surge del punto 3 de la Encuesta: aceptado un sistema legitimario en propiedad, facultar al cónyuge viudo para disponer a título oneroso, por sí solo, de bienes que constituyan la legítima, y que luego veremos.

CONCLUSIÓN A ESTE PRIMER PUNTO *sería que debe haber una mayor libertad de disposición mortis causa, pero no total (57 por 100 frente al 43 por 100).*

2. CUÁL Y CÓMO DEBE SER EL LÍMITE A LA LIBERTAD DE DISPONER MORTIS CAUSA

Rechazado el sistema de libertad sin límites (defendido por un 24 por 100 de los encuestados (punto 2,A), los derechos de los descendientes en la sucesión de sus ascendientes se encauzan a través de dos posibles vías:

A) Derecho de alimentos

Lo defiende un 28 por 100 (punto 2,B), creemos que son parte del 43 por 100 que propugnaba la libertad total de disponer *mortis causa* (punto 1,D), y que consideran conveniente atemperarla con un derecho de alimentos. Fórmula que no desarrolla la Compilación de 1967, pero que sí la alude para el legitimario directo, que tras la distribución de los bienes hereditarios, quede en situación legal de pedirlos. Lo escueto de esta norma habría de conllevar la regulación por la reforma del derecho de alimentos, lo que se defiende por un 11 por 100 de los encuestados (punto 8,4).

B) Derecho sobre bienes del caudal hereditario

El peso de la legítima como «pars bonorum» sigue siendo grande, pues no cabe olvidar la querencia del hombre sobre la propiedad de los bienes, el bíblico «poseerás la tierra», de ahí que el 48 por 100 de los encuestados siguen creyendo que debe ser pagada así la legítima, aun cuando también hay que leer que a un 51 por 100 no les parece bien esa forma de pago (punto 2,A y B).

Por lo demás no puede desconocerse lo aleatorio que puede resultar el cobro de un derecho de alimentos, donde se cuenta con la triste experiencia de las separaciones matrimoniales y divorcios.

EN CONCLUSIÓN, *posiblemente estas consideraciones han llevado a muchos Notarios a inclinarse por un sistema de propiedad y no de alimentos.*

3. REFORZAMIENTO DE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO

En la línea que se deduce de la Encuesta, que recoge la voluntad de una gran parte de los testadores casados, se busca arbitrar una fórmula que per-

mita al viudo disponer por sí solo de alguno o de todos los bienes que integren la legítima. Mantenida en dos tercios, como hoy, o incluso también si ésta se reduce. Lo que constituiría un paso más añadido a la fiducia: si hoy el cónyuge viudo puede, de acuerdo con uno solo de los descendientes, disponer de todos los bienes que integren la herencia, con inclusión de la legítima, se piensa por el 62 por 100 de los encuestados (punto 3,1), que pudiera hacerlo el cónyuge viudo por sí solo, respecto de los bienes que constituyan la legítima.

No se desarrolla la fórmula que compatibilice esa facultad del cónyuge viudo (punto 3, Sí), con el mantenimiento de un sistema legitimario en propiedad, tesis que defienden el 56 por 100 (punto 1,A, B y C). Ni se define si esa facultad alcanzaría a todos los bienes o sólo a parte de ellos, esto último sería más conforme con una reducción cuantitativa de la legítima.

CONCLUSIÓN, *es categórica la respuesta de atribuir al cónyuge viudo facultad de disponer por sí solo de los bienes que constituyan la legítima. Su compatibilidad con un sistema legitimario en propiedad puede resultar difícil.*

4. SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE LA LEGÍTIMA ENTRE LOS DESCENDIENTES

Presupuesta la existencia de una legítima en propiedad, la última pregunta de la Encuesta va dirigida a conocer el modo más adecuado para distribuirla entre los descendientes. La contestación masiva (90 por 100, punto 4, A), viene a mantener el actual sistema de libre disposición por el ascendiente entre sus descendientes de primero o ulterior grado, que con el sistema vigente dejaría a salvo un derecho de alimentos, pero sólo a favor del descendiente sin mediación de persona capaz de heredar y que, además, esté en situación legal de pedirlos, condiciones que parecen lógicas.

CONCLUSIÓN, *se acepta el sistema de libertad de disposición por el ascendiente entre sus descendientes, dejando la posibilidad de pedir, en su caso, alimentos.*

Se acompaña la encuesta, a la que sirven de complemento estas notas.

Zaragoza, 2 de mayo de 1997. — Transcribió las notas: RICARDO GIMÉNEZ MARTÍN.

**RESUMEN ENCUESTA NOTARIAL SOBRE EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS
FORMULADA A TODOS LOS NOTARIOS DEL ILUSTRE COLEGIO
NOTARIAL DE ZARAGOZA (FEBRERO-MARZO DE 1997)**

CONTESTACIONES

TERRITORIO	NOTARIAS DEMARCADAS	NOTARIAS CUBIERTAS	CONTESTACIONES RECIBIDAS
Ciudad de Zaragoza	23	23	10
Provincia de Zaragoza	22	15	7
Ciudad de Huesca	3	3	1
Provincia de Huesca	17	11	7
Ciudad de Teruel	2	2	1
Provincia de Teruel	12	4	4
Totales	79	58	30

Nota: Quizás alguna de las contestaciones sea colectiva de varios notarios.

1. EN SU OPINIÓN CUÁL ES EL GRADO DE ARRAIGO DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS EN LA SOCIEDAD ARAGONESA:

Contestaciones recibidas 29

Muy alto	1	3,45 %
Alto	15	51,72 %
Medio	7	24,14 %
Bajo	4	13,79
Nulo	2	6,90 %
Totales	29	100,00 %

2. CUÁL CREE QUE DEBE SER EL FUTURO DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS:

Contestaciones recibidas 29

A (integrarse en el derecho general español)	1	3,45 %
B (integrarse pero si el derecho español acerca sus principios al derecho aragonés)	4	13,79 %
C (es mejor que se conserve)	10	34,48 %
D (es esencial que se conserve)	14	48,28 %
Totales	29	100,00 %

3. CUÁL CREE QUE ES EL GRADO DE ADECUACIÓN GENERAL DE LOS PRINCIPIOS E INSTITUCIONES DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS A LAS NECESIDADES DE LA SOCIEDAD ARAGONESA ACTUAL:

Contestaciones recibidas 29

Muy alto	0	0,00 %
Alto	4	13,79
Medio	20	68,97 %
Bajo	3	10,34 %
Nulo	2	6,90 %
Totales	29	100,00 %

4. Y EL CONCRETO DESARROLLO LEGISLATIVO EXISTENTE DE ESOS PRINCIPIOS E INSTITUCIONES, QUÉ GRADO DE ADECUACIÓN PRESENTA:

Contestaciones recibidas 29

Muy alto	0	0,00 %
Alto	5	17,24 %
Medio	19	65,52 %
Bajo	5	17,24 %
Nulo	0	0,00 %
Totales	29	100,00 %

5. QUÉ ALCANCE CREE QUE DEBE TENER LA PRÓXIMA REFORMA DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS:

Contestaciones recibidas 29

A (corregir sus defectos técnicos)	4	13,79 %
B (actualizar sus soluciones)	4,5	15,52 %
C (además, completar instituciones aragonesas hoy fragmentariamente reguladas)	7,5	25,86 %
D (además, regular otras instituciones relacionadas con las actuales)	9	31,04 %
E (extenderse a todas las materias posibles)	4	13,79 %
Totales	29	100,00 %

Materiales

6. CITE LAS INSTITUCIONES CIVILES ARAGONESAS QUE EN SU OPINIÓN SE ENCUENTRAN MÁS ARRAIGADAS SOCIALMENTE:

Contestaciones recibidas 27

Testamento mancomunado	20	74,07 %
Viudedad	19	70,37 %
Fiducia	16	59,26 %
Junta de parientes	6	22,22 %
Inexistencia de legítima individual	5	18,52 %
Regulación de luces y vistas	5	18,52 %
Capacidad del menor de 14 años	4	14,81 %
Sociedad conyugal tácita	4	14,81 %
Troncalidad	3	11,11 %
Pactos sucesorios	3	11,11 %
Capítulos	2	7,40 %
Aportaciones a la sociedad conyugal (art. 29)	1	3,70 %

7. CITE LAS INSTITUCIONES CIVILES ARAGONESAS QUE A SU JUICIO SON INADECUADAS:

Contestaciones recibidas 22

Consorcio foral	12	54,55 %
Derecho expectante	11	50,00 %
Derecho de abolorio	6	27,27 %
Legítimas	4	18,18 %
Pacto al más viviente	4	18,18 %
Testamento ante capellán	3	13,64 %
Comunidad conyugal continuada	3	13,64 %
Troncalidad	3	13,64 %
Dote	2	9,09 %
Sustitución legal	2	9,09 %
Viudedad	2	9,09 %
Recobros	1	4,55 %
Sucesión paccionada	1	4,55 %
Preterición	1	4,55 %

8. CITE LAS MATERIAS ACTUALMENTE NO REGULADAS QUE CREA QUE DEBERÍAN INCLUIRSE EN UNA REFORMA DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS:

Contestaciones recibidas 9

Tutela	4	44,44 %
Sucesión intestada	2	22,22 %
Contador-Partidor	2	22,22 %

Alimentos	1	11,11 %
Reservas	1	11,11 %
Servidumbres	1	11,11 %
Garantías reales y personales	1	11,11 %
Arrendamientos rústicos-Aparcería	1	11,11 %
Preterición	1	11,11 %
Heredero de confianza	1	11,11 %

9. CITE LAS INSTITUCIONES QUE DEBIENDO MANTENERSE A SU JUICIO PRECISEN DE IMPORTANTES MODIFICACIONES:

Contestaciones recibidas 22

Sustitución legal	8	36,36 %
Protección de la legítima	5	22,73 %
Luces y vistas	5	22,73 %
Troncalidad	4	18,18 %
Consorcio foral	4	18,18 %
Viudedad	3	13,64 %
Revocación testamento mancomunado	2	9,09 %
Pactos sucesorios	2	9,09 %
Fiducia	2	9,09 %
Sucesión intestada	2	9,09 %
Junta parientes	1	4,55 %
Derecho consuetudinario	1	4,55 %
Disolución y liquidación conyugal	1	4,55 %
Servidumbres	1	4,55 %
Consorcio (art. 142) carácter voluntario	1	4,55 %
Tutela	1	4,55 %
Preterición	1	4,55 %

10. CITE LAS INSTITUCIONES O MATERIAS QUE EN SU OPINIÓN NECESITAN COMPLETAR SU REGULACIÓN:

Contestaciones recibidas 23

Tutela	4	17,39 %
Junta parientes	3	13,04 %
Fiducia	3	13,04 %
Sucesión intestada	3	13,04 %
Edad	2	8,70 %
Sustitución legal	2	8,70 %
Pactos sucesorios	2	8,70 %

Materiales

Relaciones de vecindad	2	8,70 %
Art. 108	1	4,35 %
Consorcio foral	1	4,35 %
Renuncia herencia	1	4,35 %
Régimen económico matrimonial	1	4,35 %
Servidumbres	1	4,35 %
Testamento mancomunado	1	4,35 %

11. CUÁL CREE QUE DEBE SER LA ACTITUD DEL DERECHO TRIBUTARIO COMPETENCIA DE LA DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN RESPECTO DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS:

Contestaciones recibidas 27

A (debe ser neutro)	8	29,63 %
B (debe favorecer al derecho civil aragonés)	19	70,37 %
Totales	27	100,00 %

12. CÓMO CREE QUE EN GENERAL REPERCUTEN HOY LAS NORMATIVAS SOBRE LOS IMPUESTOS DE TRANSMISIÓNES Y SUCESIONES EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS:

Contestaciones recibidas 26

A (son neutras)	5	19,23 %
B (perjudican su aplicación)	21	80,77 %
C (favorecen su aplicación)	0	0,00 %
Totales	26	100,00 %

13. DIGA SI CREE QUE ES NECESARIO ESTABLECER ESPECIALIDADES PROCESALES PARA LA MEJOR APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS:

Contestaciones recibidas 25

No	8	32 %
Sí	17	68 %
Totales	25	100 %

RESULTADO DE LA ENCUESTA NOTARIAL SOBRE LA LIBERTAD
DE DISPOSICIÓN POR CAUSA DE MUERTE FORMULADA
A TODOS LOS NOTARIOS DEL ILUSTRE COLEGIO NOTARIAL
DE ZARAGOZA (FEBRERO-MARZO DE 1997)

CONTESTACIONES:

1. ¿CUÁL ES EN SU EXPERIENCIA DIARIA LA REACCIÓN MAYORITARIA DE LAS PERSONAS QUE ACUDEN A SU NOTARÍA A DISPONER POR CAUSA DE MUERTE CUANDO SE LES EXPLICA EL SISTEMA LEGITIMARIO EXISTENTE EN ARAGÓN?

Contestaciones recibidas 30

A (parece bien)	10	33,33 %
B (debe haber menos libertad de disposición)	1	3,33 %
C (más libertad, pero no total)	6	20,00 %
D (libertad total de disposición)	13	43,34 %
Totales	30	100,00 %

2. ¿QUÉ DERECHOS SUCESORIOS FORZOSOS CREE QUE DEBEN TENER LOS DESCENDIENTES RESPECTO DE SUS ASCENDIENTES EN ARAGÓN EN LOS TIEMPOS PRESENTES?

Contestaciones recibidas 29

A (ninguno)	7	24,14 %
B (derecho de alimentos)	8	27,59 %
C (2/3 del caudal)	10	34,48 %
D (1/2 del caudal)	4	13,79 %
E (otros posibles sistemas)	0	0,00 %
Totales	29	100,00 %

3. SI SE MANTIENE UN SISTEMA COMO EL VIGENTE DE LEGÍTIMA EN PROPIEDAD, ¿ESTARÍA DE ACUERDO EN QUE SE PERMITIERA REFORZAR LOS DERECHOS DEL CÓNYUGE ATRIBUYÉNDOLE UN DERECHO A DISPONER ÉL SOLO Y EXCLUSIVAMENTE A TÍTULO ONEROSO INCLUSO DE LOS BIENES QUE CONSTITUYEN LA LEGÍTIMA?

Contestaciones recibidas 29

Sí	18	62,07 %
No	11	37,93 %
Totales	29	100,00 %

Materiales

4. SI SE MANTIENE UN SISTEMA COMO EL VIGENTE DE LEGÍTIMA EN PROPIEDAD,
¿QUÉ SISTEMA DE DISTRIBUCIÓN DE LA LEGÍTIMA ENTRE LOS DESCENDIENTES
LE PARECE MÁS ADECUADO?

Contestaciones recibidas 29

A (distribución libre por el ascendiente, salvo derecho de alimentos)	26	89,66 %
B (legítima distribuida por igual entre todos los descendientes de primer grado)	2	6,90 %
C (parte de la legítima de distribución libre, y parte de distribución por igual entre los descendientes)	1	3,44 %
Totales	29	100,00 %

C) BORRADORES DE REFORMA DEL DERECHO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE *

TÍTULO DE LA FIDUCIA SUCESORIA **

CAPÍTULO PRIMERO DISPOSICIONES GENERALES

Artículo I. *Comitente*

Todo aragonés capaz para testar puede nombrar uno o varios fiduciarios-comisarios para que ordenen su sucesión actuando individual, conjunta o sucesivamente. Nombrados varios sin señalar cómo deben actuar, se entenderá que el llamamiento es conjunto.

Artículo II. *Fiduciarios-comisarios*

1. El fiduciario-comisario habrá de ser mayor de edad y tener plena capacidad de obrar en el momento del fallecimiento del causante.
2. Salvo disposición del comitente, no surtirá efecto el nombramiento del cónyuge como fiduciario-comisario si al fallecimiento de aquél estuviera decretada judicialmente la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin.
3. El cargo es voluntario y gratuito, salvo que el causante fije una retribución, y sus facultades personalísimas.

Artículo III. *Subsidiariedad*

El fiduciario-comisario, cualquiera que sea la forma en que haya sido designado, no podrá modificar las disposiciones sucesorias válidas del causante, sean anteriores o posteriores a su nombramiento.

* Se publican a continuación, por el orden en que han sido aprobados por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil los Borradores correspondientes a los Títulos de la «fiducia sucesora», la «sucesión legal», la «sucesión testamentaria», la «sucesión paccionada» y las «normas comunes a las sucesiones voluntarias». Se trata todavía de textos provisionales que pueden experimentar variaciones antes de su definitiva aprobación por la propia Comisión Aragonesa de Derecho Civil para su tramitación como Proyecto de Ley.

** Texto aprobado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil el día 3 de diciembre de 1997.

Artículo IV. *Forma*

1. La designación de fiduciario-comisario y las instrucciones del comitente, si las hubiere, sobre ejecución de la fiducia, o administración y disposición de los bienes sujetos a ella, deberán constar necesariamente en testamento o escritura pública.

2. El nombramiento de fiduciario-comisario, con independencia de la forma en que se haya efectuado, podrá ser revocado por el causante en testamento o escritura pública.

El nombramiento de nuevo fiduciario-comisario producirá la revocación de los anteriormente designados, a no ser que resulte clara la voluntad del causante de que actúen conjunta o sucesivamente.

3. La fiducia deberá ejecutarse necesariamente por acto *inter vivos* formalizado en escritura pública.

Cuando se haya designado como único fiduciario-comisario al cónyuge, éste podrá cumplir su encargo también en testamento, salvo disposición contraria del causante o que la fiducia se haya sometido a plazo.

Artículo V. *Plazo*

1. El fiduciario-comisario deberá cumplir su encargo en el plazo que expresamente le haya señalado el comitente.

2. A falta de señalamiento expreso, el fiduciario-comisario deberá ejecutar la fiducia dentro de los tres años siguientes al fallecimiento del causante.

Si al fallecimiento del causante existen legitimarios de primer grado menores de edad, el plazo de ejecución de la fiducia no finalizará hasta que transcurran tres años desde que alcancen la mayoría de edad todos ellos.

3. Cuando el comitente haya señalado como único fiduciario-comisario al cónyuge, y no haya dispuesto otra cosa, su nombramiento se entenderá hecho de por vida.

4. En las fiducias sucesivas el plazo se empezará a contar desde que legalmente sea posible su ejecución.

En los casos en que el llamamiento deba reiterarse y haya caducado el plazo, el fiduciario-comisario deberá ejecutar su encargo en un nuevo plazo de dos años desde que resulte ineficaz el llamamiento.

5. En todo caso, los fiduciarios-comisarios podrán solicitar al Juez la prórroga del plazo establecido, quien, previa audiencia del Ministerio Fiscal, podrá concederla, mediante justa causa, hasta un máximo de dos años.

Del mismo modo, y salvo que el único fiduciario-comisario fuera el cónyuge viudo, cualquier persona con interés legítimo puede solicitar del Juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, señale un plazo más breve del que en principio corresponda, si la situación de pendencia pudiera producir grave daños al patrimonio hereditario.

6. Los plazos a que se refiere este artículo son de caducidad.

Artículo VI. *Delación*

1. A todos los efectos legales, la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción.

2. Mientras no se desiera la herencia se considerará en situación de yacente, y su administración y representación se regirá por lo establecido en el capítulo siguiente.

**CAPÍTULO II
LA HERENCIA PENDIENTE DE ASIGNACIÓN**

Artículo VII. *Administrador y representante*

1. Pendiente de ejecución la fiducia, la administración y representación del patrimonio hereditario corresponderá:

Materiales

1º Al cónyuge viudo, sea o no fiduciario-comisario, mientras ostente su condición de administrador de la comunidad conyugal o usufructuario. Liquidada la comunidad conyugal y concretado el usufructo sobre determinados bienes, cesará la administración del mismo sobre los bienes no sujetos a ese derecho.

2º Al fiduciario o fiduciarios-comisarios.

2. En las fiducias colectivas, la administración del patrimonio pendiente de asignación sólo corresponderá a los fiduciarios-comisarios si el causante no hubiera designado un administrador.

*Artículo VIII. *Inventario**

1. En el plazo fijado por el comitente o, en su defecto, dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento, el administrador deberá realizar un inventario, formalizado en escritura pública y comprensivo de todos los bienes, derechos, cargas y obligaciones de la sucesión.

Mediante causa justificada, el administrador podrá solicitar de la autoridad judicial una prórroga para su realización.

2. Cuando el comitente haya designado como único fiduciario-comisario al cónyuge, éste quedará exonerado de la obligación de realizar el inventario, salvo que expresamente lo haya exigido el causante o lo acuerde el Juez a instancia del Ministerio Fiscal para salvaguardar el patrimonio hereditario.

3. Transcurrido el plazo para realizar el inventario sin que el administrador lo haya formalizado, cualquiera de los parientes del causante dentro del cuarto grado u otros interesados en la herencia, podrá solicitar del Juez que le requiera para que lo formalice. El Juez, previa audiencia del administrador, le concederá un nuevo plazo por el tiempo que estime oportuno, con apercibimiento de que, si no lo hace, lo realizará a su costa un tercero designado judicialmente, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir.

*Artículo IX. *Obligaciones y cargas**

Con cargo al caudal relicto se prestarán los alimentos debidos a los hijos y descendientes del causante cuando esta obligación no corresponda a otras personas; se pagarán las cargas y deudas de la herencia y los impuestos que graven la sucesión; asimismo los gastos de conservación de los bienes, los impuestos, primas de seguro u otros gastos a que se hallen afectos aquéllos, así como las obligaciones contraídas por el administrador en la gestión de los negocios del causante o que se deriven de su explotación, en cuanto no hayan de ser satisfechos por el cónyuge usufructuario.

*Artículo X. *Contenido de la administración**

1. El administrador satisfará las obligaciones y cargas a que se refiere el artículo anterior, gestionará los negocios que formen parte del caudal, podrá cobrar créditos vencidos y consentir la cancelación de las fianzas y derechos que los garanticen y realizar los actos propios de todo administrador, así como ejercer las facultades de administración que el causante le haya podido atribuir.

2. En el ámbito procesal, el administrador estará legitimado activa y pasivamente en relación con las acciones referidas al patrimonio hereditario.

*Artículo XI. *Facultades de disposición**

1. El fiduciario-comisario podrá disponer a título oneroso de los bienes o derechos hereditarios sujetos a fiducia si el comitente le hubiera autorizado para ello, o para atender el pago de las obligaciones y cargas señaladas en el artículo IX, o cuando lo juzgue conveniente para sustituirlos por otros.

Materiales

En las fiducias colectivas, a falta de instrucciones del causante, el acuerdo sobre la disposición se tomará por unanimidad.

2. Si existen legitimarios, para la eficacia de los actos de disposición de los inmuebles por naturaleza y de los muebles como sitios a que se refiere el artículo 39 de la Compilación será necesaria la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar, de la Junta de Parentes o del Juez competente.

3. La contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes enajenados, salvo que se haya destinado al pago de las deudas y cargas del caudal pendiente de asignación.

4. El fiduciario o fiduciarios-comisarios no administradores darán cuenta al administrador de toda enajenación que hayan realizado y, en su caso, de los bienes adquiridos que han sustituido a los enajenados.

Artículo XII. Facultades de liquidación

El fiduciario-comisario podrá solicitar la liquidación de la comunidad conyugal disuelta.

CAPÍTULO III EJECUCIÓN DE LA FIDUCIA

Artículo XIII. Modo de actuar

1. Salvo disposición en contra del comitente, cuando en el momento de ejecutar la fiducia existan descendientes suyos, el fiduciario-comisario habrá de ordenar la sucesión exclusivamente a favor de alguno o algunos de ellos, con la misma libertad con que podría hacerlo el causante.

2. El fiduciario-comisario podrá hacer uso total o parcial, y aun en tiempos distintos, de sus facultades, a menos que el causante hubiere dispuesto otra cosa.

3. Cuando el comitente haya designado como único fiduciario-comisario al cónyuge, éste, en uso parcial de la fiducia, podrá atribuir bienes pertenecientes a la disuelta comunidad conyugal con el causante, sin necesidad de practicar su previa liquidación.

Artículo XIV. Eficacia

1. Los actos *inter vivos* que en ejecución de la fiducia realicen los fiduciarios-comisarios serán irrevocables.

2. No obstante podrá reiterarse el llamamiento si resulta ineficaz porque los beneficiarios llamados no quieran o no puedan aceptarlo, o sea declarado nulo su nombramiento.

3. Los actos de ejecución de la fiducia en forma testamentaria son siempre revocables y no impiden la eficacia de los actos de disposición realizados por el viudo fiduciario-comisario con posterioridad.

Artículo XV. Fiducia colectiva

1. De la fiducia colectiva formará parte también el cónyuge viudo si el comitente no lo ha excluido expresamente y existen solamente descendientes comunes.

2. Establecida la fiducia a favor de parientes, en defecto de instrucciones del comitente o para completarlas, se entenderán llamados, hasta un número de tres, los que tengan capacidad para ser fiduciarios-comisarios, con el siguiente orden de prelación:

1º Ascendientes más próximos del causante de menor edad de una u otra línea.

2º Hermanos que haya convivido familiarmente con el causante, con preferencia del mayor sobre el menor.

Materiales

3º Los que dentro del cuarto grado nombre el Juez oído el Ministerio Fiscal.

3. A falta de instrucciones del causante, los acuerdos sobre ejecución total o parcial de la fiducia se tomarán por mayoría de los fiduciarios-comisarios en acto al que habrán de ser convocados todos ellos.

4. Al otorgamiento de la escritura pública concurrirán todos los fiduciarios-comisarios. No obstante, bastará con que concurra la mayoría de ellos si los comparecientes manifiestan bajo su responsabilidad que la decisión se adoptó tras deliberación a la que fueron convocados la totalidad de los fiduciarios-comisarios.

Artículo XVI. Sucesión de la casa

1. En los supuestos de que la casa o un patrimonio deban deferirse a un solo heredero, sin determinación de normas para su nombramiento o cuando resulten de imposible cumplimiento, la elección deberá efectuarse por el cónyuge sobreviviente, y en su defecto o cuando éste hubiere fallecido sin realizarla, por las personas llamadas a integrar la fiducia colectiva conforme al artículo anterior.

2. La elección deberá recaer en uno de los hijos o descendientes del causante y en su defecto en uno de los parientes de éste con preferencia de los comprendidos hasta el cuarto grado.

CAPÍTULO IV EXTINCIÓN

Artículo XVII. Pérdida de la condición de fiduciario-comisario

La condición de fiduciario-comisario se pierde:

1º Por las causas establecidas por el causante.

2º Por expirar el plazo establecido para su ejecución.

3º Cuando el fiduciario-comisario fallezca, sea declarado ausente, privado de la plena administración de sus bienes o incapacitado judicialmente.

4º Por renuncia del fiduciario-comisario. Se considerará que renuncian a su condición de fiduciarios-comisarios los que requeridos notarial o judicialmente por cualquier persona con interés legítimo no la aceptaren pura y simplemente en igual forma en los sesenta días naturales siguientes a la notificación.

5º Cuando el cónyuge viudo fiduciario-comisario contraiga nuevas nupcias o lleve vida marital de hecho, salvo que el comitente hubiera dispuesto expresamente lo contrario.

6º Por incurrir el fiduciario-comisario, para con el causante o sus descendientes, en alguna de las causas de desheredación o indignidad para suceder.

Artículo XVIII. Extinción de la fiducia

1. En el caso de fiducia individual, la pérdida de la condición de fiduciario-comisario producirá la extinción de la fiducia. No obstante, conservarán su eficacia los actos ya efectuados con anterioridad por el fiduciario-comisario, salvo las disposiciones que el cónyuge viudo fiduciario-comisario hubiere efectuado en su testamento en los casos de los números 5º y 6º del artículo anterior.

2. En el caso de fiducia colectiva, la pérdida de la condición de fiduciario-comisario de alguno de ellos, y una vez agotada la posibilidad de designación en el supuesto contemplado en el artículo XV.2, no impedirá el cumplimiento del encargo por el resto de los fiduciarios-comisarios, aunque sólo quede uno, salvo que sea el cónyuge no designado por el comitente o que éste haya dispuesto otra cosa.

**TÍTULO
DE LA SUCESIÓN LEGAL ***

**CAPÍTULO PRIMERO
DISPOSICIONES GENERALES**

Artículo 1. Procedencia

En defecto, total o parcial, de sucesión ordenada válida y eficazmente por testamento o pacto, tiene lugar la sucesión legal.

Artículo 2. Orden de sucesión legal

1. En la sucesión legal la herencia se defiere en primer lugar a los parientes de la línea recta descendente.

2. En defecto de descendientes:

1º Los bienes recobrables y los troncales se defieren a las personas con derecho a recobro y a los parientes troncales, respectivamente.

2º Los bienes no troncales ni recobrables, y también éstos si no hay parientes con derecho preferente, se defieren, sucesivamente, a los ascendientes, al cónyuge, o a los colaterales hasta el cuarto grado y a la Comunidad Autónoma o, en su caso, al Hospital Provincial de Zaragoza.

Artículo 3. Diversidad de llamamientos universales

1. En la sucesión legal de una persona pueden concurrir diferentes llamamientos universales en atención al carácter troncal o no troncal de los bienes que integran el caudal relicito.

2. La declaración de herederos abintestato deberá expresar si se refiere sólo a los bienes no troncales, sólo a los troncales, con indicación de la línea de que se trate, o a ambos tipos de bienes. Si falta dicha mención, se presumirá que la declaración se ha limitado a los bienes no troncales y no impedirá instar una nueva declaración referida a los troncales.

Artículo 4. Principio de proximidad de grado

1. Dentro de cada línea el pariente más próximo en grado excluye al más remoto, salvo en los casos en que proceda el derecho de sustitución legal.

2. Los parientes de la misma línea y grado heredan por cabezas o a partes iguales, salvo previsión legal en contrario.

Artículo 5. Ineficacia del llamamiento

1. Cuando quien debiera ser llamado a la sucesión legal hubiera premuerto, fuera indigno para suceder, hubiera sido justamente desheredado o repudiara la herencia, se procederá conforme al siguiente orden:

1º Si se tratara de un descendiente o hermano del causante, y salvo en el caso de repudiación, le sustituirán ocupando su lugar, sus estirpes de descendientes [excepto lo dispuesto en los artículos 11 y 17].

2º No aplicándose la sustitución legal su parte acrecerá a los coherederos.

3º Si tampoco hubiera acrecimiento, sucederán por derecho propio los parientes del grado siguiente o en su caso las personas que ocuparan el siguiente lugar, todo ello según el orden de delación legal.

* Texto aprobado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil el día 29 de abril de 1998.

Materiales

2. De la misma forma se procederá cuando el llamado estuviera declarado ausente, si bien quienes reciban su porción deberán cumplir las obligaciones que impone la normativa sobre la ausencia.

CAPÍTULO II SUCESIÓN DE LOS DESCENDIENTES

Artículo 6. No discriminación

Los hijos y sus descendientes suceden a sus padres y demás ascendientes sin distinción de sexo, edad o filiación.

Artículo 7. Sucesión a favor de los hijos

Los hijos del difunto le heredan siempre por su derecho propio, dividiendo la herencia en partes iguales.

Artículo 8. Sucesión de otros descendientes por sustitución legal

1. Los nietos y demás descendientes heredan por sustitución legal, y, si alguno ha fallecido o incurrido en otro supuesto de sustitución dejando hijos, la porción que le corresponda se divide entre éstos por partes iguales.

2. Si quedan hijos capaces y descendientes de otros hijos premuertos, indignos de suceder o desheredados, los primeros heredan por derecho propio y los segundos por sustitución legal.

3. Si quedan sólo nietos sustitutos de diversos hijos, heredan todos por sustitución legal, dividiendo cada grupo de nietos la herencia que hubiera correspondido a su padre o madre.

CAPÍTULO III RECOBROS Y SUCESIÓN TRONCAL

Artículo 9. Recobro de liberalidades

1. Los ascendientes o hermanos de quien fallece abintestato y sin descendencia recobran, si le sobreviven, los mismos bienes que hubiera donado a éste y que aún existan en el caudal.

2. Por sustitución legal, el recobro que corresponde a los hermanos podrá ser ejercido por sus hijos o nietos.

3. El recobro de liberalidades por los ascendientes o hermanos se entenderá sin perjuicio del derecho de viudedad de los consortes de los asignatarios.

4. Cuando los bienes donados pertenecieran a la comunidad conyugal, el recobro se ejercitárá por cada cónyuge sobre la mitad indivisa de aquéllos y para su propio patrimonio.

Artículo 10. Recobro, habiendo descendientes

Procede también el recobro ordenado en el artículo anterior si, habiendo ya recaído por título lucrativo los bienes en descendientes del finado, fallecen todos éstos sin dejar descendencia ni haber dispuesto de dichos bienes, antes que la persona con derecho a tal recobro.

Artículo 11. *Sucesión troncal*

Cuando no haya lugar a la aplicación de los artículos anteriores, la sucesión en los bienes troncales se deferirá:

1º A los hermanos por la línea de donde procedan los bienes, sustituidas por sus respectivas estirpes de descendientes. Habiendo sólo hijos o nietos de hermanos, la herencia se deferirá por cabezas.

2º Al padre o madre, según la línea de donde los bienes procedan.

3º A los más próximos colaterales del causante hasta el cuarto grado, o hasta el sexto si se trata de bienes troncales de abolorio, entre los que desciendan de un ascendiente común propietario de los bienes y, en su defecto, entre los que sean parientes de mejor grado de la persona de quien los hubo dicho causante a título gratuito. Concurriendo tíos y sobrinos del transmitente, cuando unos y otros sean parientes del mismo grado respecto del causante, los primeros serán excluidos por los segundos.

Artículo 12. *Bienes troncales de abolorio*

1. Son bienes troncales de abolorio todos aquellos que hayan permanecido en la casa o familia del causante durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya, cualesquiera que sean su procedencia y modo de adquisición inmediatos.

2. Se entiende que el bien ha permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores, cuando perteneció a algún pariente de la generación de los abuelos del causante o más alejada y no ha salido luego de la familia, cualquiera que haya sido el número de transmisiones intermedias.

Artículo 13. *Bienes troncales simples*

1. Son bienes troncales simples los que dicho causante haya recibido a título gratuito de ascendientes o colaterales hasta el sexto grado.

2. Se exceptúan los que el causante hubiera adquirido de uno de sus padres procedentes de la comunidad conyugal de ambos cuando según las reglas de la sucesión no troncal le correspondiera heredar al otro progenitor.

CAPÍTULO IV
SUCESIÓN DE LOS ASCENDIENTES

Artículo 14. *Sucesión a favor de los padres*

1. El padre y la madre heredan por partes iguales.

2. En el caso de que sobreviva uno solo de los padres, éste sucede al hijo en toda su herencia.

Artículo 15. *Sucesión a favor de otros ascendientes*

1. A falta de padre y de madre suceden los ascendientes más próximos en grado.

2. Si hay varios ascendientes de igual grado pertenecientes a la misma línea paterna o materna, dividen la herencia por cabezas.

3. Si los ascendientes son de líneas diferentes, pero de igual grado, la mitad corresponde a los ascendientes paternos y la otra mitad a los maternos.

4. En cada línea la división se hará por cabezas, sin ulterior división en sublíneas.

Materiales

CAPÍTULO V SUCESIÓN DEL CÓNYUGE Y LOS COLATERALES

Artículo 16. Sucesión a favor del cónyuge viudo

1. El llamamiento al cónyuge sobreviviente no tendrá lugar si al fallecimiento del causante estuviera decretada judicialmente la separación, se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación, o si estuviera separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

2. Si quien hubiera heredado abintestato de su cónyuge falleciera sin haber dispuesto por cualquier título de todos los bienes así adquiridos, pasarán los que quedaren a los parientes del cónyuge primeramente fallecido llamados, en tal momento, a su sucesión legal, como herederos suyos y sustitutos de aquél. A falta de estos parientes, tales bienes quedarán integrados en la herencia del sobreviviente.

Artículo 17. Sucesión a favor de hermanos y sobrinos

1. Los hermanos e hijos y nietos de hermanos suceden con preferencia a los demás colaterales.

2. Si no existen más que hermanos de doble vínculo, éstos heredan por partes iguales.

3. Si concurren hermanos con descendientes de hermanos de doble vínculo, los primeros heredan por derecho propio y los segundos por sustitución legal. Habiendo sólo hijos o nietos de hermanos, la herencia se desiere por cabezas.

Artículo 18. Sucesión a favor de medio hermanos y sobrinos

1. Si concurren hermanos de padre y madre con medio hermanos, aquéllos toman doble porción que éstos en la herencia.

2. En el caso de no existir sino medio hermanos, unos por parte de padre y otros por la de la madre, heredan todos por partes iguales.

3. Los hijos y nietos de los medio hermanos suceden por cabezas o por estirpes, según las reglas establecidas para los hermanos de doble vínculo.

Artículo 19. Sucesión a favor de otros colaterales

1. No habiendo hermanos, ni hijos o nietos de hermanos, suceden en la herencia del difunto los demás parientes del mismo en línea colateral hasta el cuarto grado.

2. La sucesión de estos colaterales se verifica sin distinción de líneas ni preferencia entre ellos por razón del doble vínculo.

CAPÍTULO VI SUCESIÓN EN DEFECTO DE PARIENTES Y CÓNYUGE

Artículo 20. Sucesión a favor de la Comunidad Autónoma

1. En defecto de las personas legalmente llamadas a la sucesión conforme a las reglas anteriores, sucede la Comunidad Autónoma.

2. Previa declaración judicial de herederos, la Diputación General de Aragón destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la Comunidad, con preferencia los radicados en el municipio aragonés en donde el causante hubiera tenido su último domicilio.

Artículo 21. Privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia

1. En los supuestos del artículo anterior, el Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza será llamado, con preferencia, a la sucesión legal de los enfermos que fallezcan en él o en establecimientos dependientes.

2. Previa declaración judicial de herederos, la Diputación Provincial de Zaragoza destinará los bienes heredados o el producto de su enajenación a la mejora de las instalaciones y condiciones de asistencia del Hospital.

**TÍTULO
DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA***

**CAPÍTULO PRIMERO
DISPOSICIONES GENERALES**

Artículo 1. Voluntad testamentaria

1. La sucesión testada se rige por la voluntad del disponente o disponentes manifiesta consciente y libremente en testamento otorgado conforme a la ley.

2. El testamento podrá contener cualesquiera disposiciones relativas a la ordenación de la sucesión del testador o testadores.

3. Las disposiciones de carácter no patrimonial que la ley permite insertar en testamento son válidas si forman parte de un acto revestido de forma testamentaria, aunque en él no figuren disposiciones de carácter patrimonial.

Artículo 2. Tipos de testamento

1. El testamento puede ser unipersonal o mancomunado.

2. El testamento unipersonal es el acto unilateral y esencialmente revocable por el cual una persona ordena, para después de su muerte, el destino de todos sus bienes o de parte de ellos.

3. El testamento mancomunado es el acto naturalmente revocable por el cual dos personas ordenan en un mismo instrumento, para después de su muerte, con o sin liberalidades mutuas y disposiciones correspondientes, el destino de todos sus bienes o de parte de ellos.

Artículo 3. Carácteres comunes

1. El testamento es acto personalísimo, no susceptible de ser hecho por medio de representante, si bien las personas capaces de testar pueden encomendar a fiduciarios-comisarios que, tras su muerte, ordenen su sucesión.

2. El testamento deberá otorgarse con las formalidades previstas en la ley.

Artículo 4. Capacidad para testar

1. Pueden testar todas las personas físicas que no sean incapaces de hacerlo con arreglo a la ley.

2. Pueden otorgar testamento ológrafo quienes tengan la consideración de mayores de edad.

* Texto aprobado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil el día 13 de mayo de 1998.

Materiales

3. La falta de capacidad de testar, general o para una forma concreta de testamento, en uno de los testadores impide otorgar el testamento mancomunadamente.

Artículo 5. La forma de los testamentos

1. El testamento mancomunado, en tanto sea compatible con los requisitos establecidos para cada una de ellas, y el unipersonal pueden revestir cualquier forma, común, especial o excepcional, admitida por la ley.

2. Basta que concurran en uno de los testadores las circunstancias requeridas por cualquier forma especial o excepcional de testamento para que se pueda otorgar mancomunadamente.

Artículo 6. Testamento mancomunado cerrado

1. El testamento mancomunado cerrado podrá estar escrito del puño y letra de uno de los testadores, por cualquier medio mecánico o por otra persona a ruego de alguno de ellos. El testador que lo hubiera escrito de su puño y letra bastará con que lo firme al final; los demás testadores deberán poner su firma en todas sus hojas y al pie del testamento.

2. Ambos testadores comparecerán ante el Notario y manifestarán de forma expresa que el sobre que presentan contiene su testamento mancomunado, expresando también la forma en que se halla escrito y firmado.

3. Autorizado el testamento mancomunado cerrado se depositará en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo, de donde sólo podrá ser retirado por ambos testadores.

Artículo 7. Testamento mancomunado ológrafo

1. El testamento ológrafo mancomunado basta que esté escrito todo él por uno de los testadores, con expresión del año, mes y día y que el otro declare también por escrito de su puño y letra, antes de las firmas de ambos, que vale también como testamento suyo.

2. A la muerte de uno de los testadores se adverará y protocolizará el testamento mancomunado ológrafo con la participación del otro otorgante.

Artículo 8. Testigos en el testamento notarial

1. No es necesaria la intervención de testigos en el otorgamiento del testamento notarial salvo que concurran circunstancias especiales en un testador, o que un testador, al menos, o el Notario lo soliciten.

2. Se considera que concurren circunstancias especiales en un testador cuando éste es ciego o completamente sordo y cuando por cualquier causa no sabe o no puede firmar o declara que no sabe o no puede leer por sí mismo el testamento.

Artículo 9. Número y capacidad de los testigos

1. En todos los casos en que sea necesaria la intervención de testigos, serán dos, deberán entender al testador o testadores y al notario o autorizante y deberán saber firmar.

2. No será necesario que sean rogados, ni que conozcan al testador, ni que tengan su misma residencia.

Artículo 10. Incapacidad para ser testigo

1. No pueden ser testigos en los testamentos:

a) Los menores de 14 años y los demás incapaces para testar.

Materiales

- b) Los totalmente sordos o ciegos y los mudos que no puedan escribir.
 - c) Los favorecidos por el testamento.
 - d) El cónyuge y los parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del heredero instituido o del legatario designado y del Notario o autorizante.
2. Estas prohibiciones se aplican también a los facultativos, intérpretes y expertos que intervengan en el testamento.

Artículo 11. Interpretación del testamento

1. Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador o, si el testamento fuera mancomunado, la común de ambos testadores. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador o testadores según el tenor del mismo testamento.
2. Las cláusulas ambiguas u oscuras se interpretarán en sentido favorable a su eficacia, comparando unas con otras, y de existir contradicción irreductible no será válida ninguna de las que pugnen sustancialmente entre ellas. Las disposiciones ininteligibles se considerarán no formuladas.
3. En los casos de duda, la interpretación se realizará en sentido favorable al favorecido y las disposiciones que impongan cualquier carga se interpretarán restrictivamente.
4. En la interpretación de las disposiciones correspondientes del testamento mancomunado deberá integrarse lo dispuesto en este artículo con las normas de interpretación de los contratos.

CAPÍTULO II TESTAMENTO MANCOMUNADO

Artículo 12. Testadores

1. Los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón.
2. Si uno de los testadores es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal, pueden testar mancomunadamente, incluso fuera de Aragón.

Artículo 13. Apertura de la sucesión

Al morir el primero de los testadores se abre su sucesión y producen sus efectos las disposiciones del testamento mancomunado reguladoras de la misma. Los interesados en su sucesión tendrán derecho a copia del testamento, que sin embargo no podrá incluir las disposiciones que sólo afecten a la sucesión del otro testador.

Artículo 14. Institución recíproca entre otorgantes

1. Si los testadores no establecen los efectos del «pacto al más viviente», las disposiciones sucesorias recíprocas entre ellos producirán los efectos que les son propios, sin perjuicio, en su caso, de los derechos legitimarios.
2. Los terceros designados herederos o legatarios en los bienes que quedaren al fallecer el último de los testadores sucederán en los procedentes del primeramente fallecido directamente de éste, como sustitutos de aquél, salvo previsión contraria en el testamento.

3. Si no hubiera ulterior llamamiento a tercero, fallecido el testador supérstite sin haber dispuesto por cualquier título de los bienes procedentes del primeramente fallecido, pasarán los que quedaren a los parientes llamados, en tal momento, a la sucesión legal de éste, como herederos suyos y substitutos de aquél. A falta de estos parientes, tales bienes quedarán integrados en la herencia del sobreviviente.

Artículo 15. *Disposiciones correspectivas*

1. Son correspectivas entre sí las disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada por ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente condicionada, sean en beneficio mutuo o de tercero. La correspectividad no se presume.
2. La nulidad o anulación de una disposición produce la ineficacia total de la correspectiva. Sin embargo, la ineficacia sobrevenida de una disposición no produce la de su correspectiva, que deja de serlo.

Artículo 16. *Revocación*

1. El testamento mancomunado puede ser revocado o modificado por ambos testadores en un mismo acto u otorgamiento.
2. También puede cada testador revocar o modificar unilateralmente sus propias disposiciones no correspectivas.
3. La revocación o modificación unilateral de disposiciones correspectivas sólo podrá hacerla un testador en vida del otro o si concurre alguna causa de revocación unilateral de los pactos sucesorios, y producirá la ineficacia total de las disposiciones correspectivas del otro. Todo ello salvo que en el testamento o en el contrato sucesorio se prevea otra cosa.
4. Toda revocación o modificación unilateral en vida del otro testador deberá hacerse en testamento abierto ante Notario. El otorgante hará saber al Notario la existencia del anterior testamento y el domicilio del otro otorgante, a quien el Notario notificará, dentro de los ocho días hábiles siguientes, el mero hecho del nuevo otorgamiento. Sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, la falta de esas manifestaciones del otorgante o de la notificación no afectará a la eficacia de la revocación o modificación.

Artículo 17. *Disposición de bienes entre vivos*

1. Aunque el testamento mancomunado contuviere cláusula en contrario, cada uno de los testadores podrá disponer entre vivos de sus bienes, a título oneroso o gratuito, aun después del fallecimiento del otro, con las únicas excepciones y modalidades contenidas en los apartados siguientes.

2. En vida de ambos otorgantes, la disposición de bienes comprendidos en una disposición correspectiva que implique su revocación o modificación sustancial produce la ineficacia total de la correspectiva del otro.

3. Muerto un otorgante, podrá el otro disponer de los bienes comprendidos en una disposición correspectiva. Si lo hiciera por título lucrativo, la persona a quien el testamento atribuía dichos bienes podrá, una vez fallecido el disponente, pedir a los donatarios o sus herederos su valor actualizado. Y si la disposición fuera onerosa y supusiera la ineficacia de la disposición correspectiva, podrá, de igual forma, reclamar el valor actualizado, en este caso de los herederos del disponente. Estos derechos caducan en el plazo de dos años contados desde el fallecimiento del disponente.

CAPÍTULO III
INVALIDEZ E INEFICACIA DE LOS TESTAMENTOS

Sección primera
Nulidad y anulabilidad

Artículo 18. *Invalidz del testamento*

1. Son nulos:

a) Los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los requisitos esenciales prescritos por la ley para los testadores, el contenido o la forma del testamento otorgado.

b) Los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los restantes requisitos y formalidades requeridos por la ley.

No obstante, la falta de expresión de la hora del testamento no anulará éste si el testador no otorgó ningún otro en aquella fecha. Tampoco lo anulará la falta de indicación en el testamento de que se ha cumplido alguno de sus requisitos y formalidades cuando pueda demostrarse que efectivamente fue cumplido.

2. Son anulables los testamentos que, aun reuniendo los requisitos y formalidades legales, hayan sido otorgados por persona con la edad requerida para testar y no incapacitada judicialmente para ello pero que carezca de capacidad natural y los otorgados con engaño, violencia o intimidación grave.

Artículo 19. *Invalidz de la disposición testamentaria*

1. Es nula la disposición testamentaria esencialmente determinada por un motivo contrario a la ley, al orden público o a las buenas costumbres.

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

3. La nulidad, anulación, revocación o ineficacia de una disposición testamentaria no afectará la validez o eficacia de las otras, de no ser otra la voluntad del testador. Queda a salvo lo dispuesto sobre las disposiciones correspondientes del testamento mancomunado.

Artículo 20. *Error en la indicación de la persona o de los bienes*

Si el testador hubiera indicado erróneamente la persona del heredero o del legatario, o los bienes que son objeto de la disposición, pero de la interpretación del testamento fuera posible concluir a qué persona o bienes pretendía referirse, la disposición vale relativamente a esta persona o a estos bienes.

Artículo 21. *Acción de nulidad*

1. La nulidad del testamento del art. 18.1.a) es imprescriptible, sin perjuicio de la aplicación de las reglas de la usucapión en relación a cada una de las cosas poseídas.

2. La acción de nulidad del testamento del art. 18.1.b) o de alguna de sus disposiciones prescribe a los quince años, a contar desde el fallecimiento del testador.

Artículo 22. *Acción de anulabilidad*

Siendo el anulable el testamento o alguna de sus disposiciones, la acción prescribe a los cuatro años de contar desde el fallecimiento del testador.

Artículo 23. *Límites en el ejercicio de la acción*

No puede ejercitarse las correspondientes acciones quien, conociendo la causa de nulidad o anulabilidad del testamento o de alguna de sus disposiciones le ha dado voluntaria ejecución o ha renunciado a la acción.

Artículo 24. *Inadmisibilidad de la prohibición de impugnar*

El testador no puede prohibir que sea impugnado su testamento en los casos en que haya nulidad o anulabilidad.

Artículo 25. *Conversión del testamento nulo*

1. El testamento nulo por defecto de forma será válido si satisface los requisitos formales de otra clase de testamento.

2. Además, el testamento mancomunado nulo por causa que afecte sólo a uno de los otorgantes, vale como testamento unipersonal del otro si cumple los requisitos propios de su clase.

**Sección 2^a
Revocación e ineficacia**

Artículo 26. *Facultad de revocación*

1. Las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables. Queda a salvo lo establecido para las correspondientes del testamento mancomunado.

2. El testador no puede renunciar la facultad de revocar, en todo o en parte, su testamento.

3. Se tendrá por no escrita cualquier cláusula que contrarie la facultad de revocación, como la derogatoria de disposiciones futuras o aquélla en que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no lo hiciere con ciertas palabras o señales.

4. La revocación de un testamento no afectará a la validez y eficacia, en su caso, del reconocimiento de hijos no matrimoniales.

Artículo 27. *Revocación*

El testamento anterior queda revocado por el testamento o pacto sucesorio posteriores perfectos, salvo que del contenido de éstos se infiera la subsistencia del anterior testamento en todo o en parte. Se presume la subsistencia cuando el testamento o pacto sucesorio no tienen contenido patrimonial o éste se limita a sólo una parte del caudal hereditario.

Artículo 28. *Revocación e ineficacia del testamento o pacto revocatorio*

1. La revocación produce su efecto, aunque el testamento o pacto revocatorio sea a su vez revocado o pierda luego su eficacia por cualquier causa.

2. El testamento anterior recobra, no obstante, su fuerza si el testador, al revocar el pacto o testamento posterior, declara ser su voluntad que revivan las disposiciones del primero o si se limita a revocar un testamento meramente revocatorio del anterior.

Artículo 29. *Otorgamientos en el mismo día*

1. Si aparecieren dos testamentos de la misma fecha, sin que sea posible determinar cuál es posterior, se tendrán por no escritas en ambos las disposiciones contradictorias de uno y otro.

Materiales

2. Si aparecieren un testamento y un pacto de la misma fecha, sin que sea posible determinar cuál es posterior, prevalecerán las disposiciones contradictorias del pacto sobre las del testamento.

Artículo 30. Inutilización del testamento cerrado

1. Se presume revocado el testamento cerrado que aparezca en el domicilio del testador con las cubiertas rotas o los sellos quebrantados, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autoricen.

2. Este testamento será, sin embargo, válido cuando se probare haber ocurrido el desperfecto sin voluntad ni conocimiento del testador, o hallándose éste en estado de demencia; pero si aparecieren rota la cubierta o quebrantados los sellos, será necesario probar además la autenticidad del testamento para su validez.

3. Si el testamento se encontrare en poder de otra persona, se entenderá que el vicio procede de ella y no será aquél válido como no se pruebe su autenticidad, si estuviere rota la cubierta o quebrantados los sellos; y si una y otros se hallaren íntegros, pero con las firmas borradas, raspadas o enmendadas, será válido el testamento, como no se justifique haber sido entregado el pliego en esta forma por el mismo testador.

Artículo 31. Inutilización del testamento ológrafo

El testamento ológrafo se presume revocado si aparece rasgado o inutilizado, o aparezcan borradas, raspadas o enmendadas sin salvar las firmas que lo autoricen, salvo que se pruebe que los citados hechos ocurrieron sin la voluntad o sin el conocimiento del testador o que han sido llevados a cabo por el testador en estado de enfermedad mental.

Artículo 32. Supuestos de ineeficacia

Las disposiciones testamentarias, bien se trate de institución de heredero, bien de nombramiento de legatario, devienen ineeficaces, a falta de sustitución voluntaria, además de otros casos:

- a) Si el instituido o nombrado fallece antes que el testador, salvo que haya sustitución legal;
- b) Si la institución o el nombramiento estuviera pendiente de condición suspensiva y el sucesor falleciere antes que la condición se cumpla;
- c) Si el instituido o nombrado se torna incapaz de adquirir la herencia o el legado, salvo que haya sustitución legal;
- d) Si el llamado a suceder repudia la herencia o el legado.

Artículo 33. Efectos de la nulidad, el divorcio y la separación

Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspondientes entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél estuviera decretada judicialmente la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin.

**TÍTULO
DE LA SUCESIÓN PACCIONADA***

**CAPÍTULO PRIMERO
DISPOSICIONES GENERALES**

Artículo 1. *Validez y forma*

Son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública, así como los que en relación con dicha sucesión, en el mismo acto, otorguen otras personas.

Artículo 2. *Capacidad*

Los otorgantes de un pacto sucesorio deben tener la consideración de mayores de edad.

Artículo 3. *Carácter personalísimo*

Los otorgantes de un pacto sucesorio sólo pueden formalizarlo personalmente, no admitiéndose representación.

Artículo 4. *Modalidades*

Los pactos sucesorios pueden ser:

- a) De disposición *mortis causa* de uno o varios contratantes a favor de otro u otros.
- b) De institución recíproca.
- c) De disposición *mortis causa* de los contratantes a favor de tercero o terceros.
- d) De renuncia de uno o varios contratantes a la herencia del otro u otros.

Artículo 5. *Contenido*

1. Los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera estipulaciones *mortis causa* a favor de los contratantes, de uno de ellos o de tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, reservas, fiducias, modalidades, cargas y obligaciones que se estipulen.

2. Además del régimen sucesorio, puede también pactarse en capitulaciones matrimoniales en consideración a la casa el establecimiento de una comunidad familiar entre instituyentes e instituido y sus familiares, regulando los derechos y las obligaciones de los que la integran.

Artículo 6. *Carácter de las donaciones*

1. La donación universal de bienes habidos y por haber equivale a institución contractual de heredero, salvo pacto en contrario.

2. La donación *mortis causa* de bienes singulares tendrá el carácter de pacto sucesorio.

Artículo 7. *Interpretación y normas supletorias*

1. Los pactos sucesorios se interpretarán, de conformidad con el principio «*standum est chartae*», en los términos en que hayan sido redactados, atendiendo a la costumbre, usos y observancias del lugar, a los que deberá estarse cuando el pacto se refiera a determinadas instituciones consuetudinarias.

2. Como supletorias se aplicarán las normas generales sobre contratos y disposiciones testamentarias, según la respectiva naturaleza de las estipulaciones.

* Texto aprobado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil el día 27 de mayo de 1998.

**CAPÍTULO II
INSTITUCIÓN A FAVOR DE CONTRATANTE**

**Sección 1^a
Disposiciones generales**

Artículo 8. *Aceptación de la herencia o legado*

En la institución a favor de contratante, el consentimiento de éste implica la aceptación de la herencia o legado. En consecuencia, fallecido el instituyente, el instituido heredero o legatario no podrá repudiar la herencia o renunciar al legado.

Artículo 9. *Clases*

1. La institución de heredero o legatario en pacto sucesorio puede ser:
 - a) «De presente», con transmisión actual de los bienes al instituido.
 - b) «Para después de los días» del instituyente y, por lo tanto, sin transmisión actual de los bienes al instituido.
2. No habiendo pacto en contrario, se entenderá que la institución es para después de los días.

Artículo 10. *Derecho de transmisión*

1. Salvo lo establecido en el pacto sucesorio, cuando el instituido premuera al instituyente, transmitirá a sus descendientes los derechos y obligaciones derivados del pacto y, en su caso, los bienes adquiridos de presente.
2. Si tales descendientes fueren varios, podrá el instituyente designar a uno de ellos como heredero en testamento o escritura pública, o encomendar la designación a fiduciarios-comisarios, si no lo hubiere hecho ya el primer favorecido.
3. La institución quedará sin efecto cuando el instituido premuera al instituyente sin dejar descendientes. En este caso, los bienes transmitidos de presente que aún subsistan en el patrimonio del instituido revertirán al instituyente.

Artículo 11. *«Señorío mayor»*

La reserva del señorío mayor en el heredamiento de casa aragonesa atribuye al instituyente el usufructo y administración de los bienes, cuyo producto deberá destinarse al sostenimiento y mejora de la casa.

**Sección 2^a
Institución de presente**

Artículo 12. *Efectos*

1. En la institución de presente de heredero universal, el instituido adquiere todos los bienes que el instituyente tenga al otorgamiento del pacto, salvo los que se hubiera reservado.
2. Salvo pacto en contrario, los bienes que el instituyente adquiera con posterioridad, pasarán al instituido en la forma establecida para la institución para después de los días.

Artículo 13. *Disposición de los bienes entre vivos*

Salvo pacto en contrario, el poder de disposición sobre los bienes que le hayan sido transmitidos corresponde al instituido, con las limitaciones establecidas.

Artículo 14. *Responsabilidad de los bienes transmitidos*

Sobre los bienes transmitidos de presente, los acreedores por deudas contraídas por el instituyente con anterioridad al pacto sucesorio tienen preferencia respecto de los acreedores del instituido.

Sección 3^a
Institución para después de los días

Artículo 15. *Efectos*

En la institución para después de los días, la adquisición de los bienes por el instituido sólo se produce una vez fallecido el instituyente.

Artículo 16. *Disposición de los bienes entre vivos*

1. Salvo pacto en contrario, el instituyente podrá disponer a título oneroso de los bienes objeto de la institución.

2. Para disponer a título gratuito de los bienes objeto de la institución, el instituyente necesitará el consentimiento del instituido. Se exceptúan las liberalidades usuales o de escaso valor.

Artículo 17. *Responsabilidad de los bienes*

Los bienes objeto de la institución para después de los días responden de las deudas contraídas por el instituyente.

**CAPÍTULO III
INSTITUCIÓN RECÍPROCA**

Artículo 18. *Efectos*

1. En la recíproca institución de heredero, o pacto al más viviente, el sobreviviente hereda los bienes del premuerto, siempre que éste no tenga descendientes, o todos ellos fallezcan antes de llegar a la edad para poder testar.

2. Los terceros designados herederos o legatarios en los bienes que quedaren al fallecer el último de los otorgantes del pacto sucederán en los procedentes del primeramente fallecido directamente de éste, como sustitutos de aquél, salvo estipulación en contrario.

3. Si no hubiera ulterior llamamiento a tercero, fallecido el instituyente supérstite sin haber dispuesto por cualquier título de los bienes procedentes del primeramente fallecido, pasarán los que quedaren a los parientes llamados, en tal momento, a la sucesión legal de éste, como herederos suyos y sustitutos de aquél. A falta de estos parientes, tales bienes quedan integrados en la herencia del sobreviviente.

4. A la institución recíproca le son aplicables los artículos 15 a 17 [de este título].

Artículo 19. *Supervivencia de descendientes*

1. Los otorgantes podrán establecer las previsiones que tengan por conveniente para el caso de que les sobrevivan descendientes, comunes o no, respetando la legítima de los mismos.

2. A falta de disposición expresa sobre este particular, la institución no surtirá efecto cuando al momento de la apertura de la sucesión sobrevivan descendientes del premuerto que no lo sean del supérstite. Habiendo sólo descendientes comunes, el pacto equivale a la concesión al sobreviviente de usufructo universal y vitalicio sobre los bienes del premuerto y de la facultad de distribuir la herencia.

**CAPÍTULO IV
PACTO EN FAVOR DE TERCERO**

Artículo 20. *Aceptación de la herencia o legado*

En el pacto sucesorio a favor de tercero, no podrá éste aceptar la herencia hasta que, fallecido el instituyente, no se le defiera.

Materiales

Artículo 21. Disposición de los bienes entre vivos

Salvo que otra cosa se haya pactado, el instituyente podrá disponer entre vivos de sus bienes, tanto a título oneroso como lucrativo.

CAPÍTULO V *PACTOS DE RENUNCIA*

Artículo 22. Validez y modalidades

1. Son válidos los pactos de renuncia o transacción sobre la herencia futura otorgados entre el renunciante o renunciantes y la persona o personas de cuya sucesión se trate.
2. Tales pactos pueden referirse a todos los derechos sucesorios o a parte de ellos, establecerse a título gratuito u oneroso y sujetarse a condición.

CAPÍTULO VI *REVOCACIÓN, MODIFICACIÓN E INEFICACIA*

Artículo 23. Modificación y revocación convencional

1. Las estipulaciones contractuales pueden modificarse o revocarse por pacto sucesorio celebrado con las mismas personas o sus herederos.
2. Cuando sólo fueran dos los otorgantes del pacto, también podrá ser modificado o dejado sin efecto por ulterior testamento mancomunado otorgado por ambos.

Artículo 24. Revocación unilateral

1. El disponenete sólo puede revocar unilateralmente su disposición paccionada:
 - a) Por las causas expresamente pactadas.
 - b) Por incumplimiento grave de las cargas y prestaciones impuestas al instituido, así como cuanto éste, con su conducta, impida la normal convivencia familiar si ésta hubiera sido pactada.
 - c) Por haber incurrido el instituto en causa de indignidad o en situación que, de ser legitimario, implicaría causa de desheredación.
2. La revocación unilateral deberá hacerse en escritura pública. El Notario la notificará a los demás otorgantes, dentro de los ocho días hábiles siguientes. Sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, la falta de notificación no afectará a la eficacia de la revocación.
3. Si la institución contractual se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad, su revocación podrá hacerse constar en el mismo una vez transcurridos tres meses desde el otorgamiento de la escritura.

Artículo 25. Efectos de la revocación en la institución de presente

Si no se hubiera convenido otra cosa, la revocación de la institución de presente produce la reversión al instituyente de los bienes transmitidos al instituido que éste conserve y los subrogados en ellos.

Artículo 26. Efectos de la nulidad, el divorcio y la separación

Salvo que del contrato resulte otra cosa, la institución recíproca entre cónyuges quedará sin efecto si al fallecimiento de uno de ellos estuviera decretada judicialmente la nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin.

TÍTULO
NORMAS COMUNES A LAS SUCESIONES VOLUNTARIAS*

CAPÍTULO PRIMERO
DESIGNACIÓN DE SUCESOR

Artículo 1. Sucesión voluntaria

1. Quien no tenga legitimarios puede disponer, por pacto o testamento, de todos sus bienes o de parte de ellos en favor de cualquier persona que tenga capacidad para suceder.
2. El que tenga legitimarios sólo puede disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en esta Ley.
3. La reserva de bienes no tendrá lugar sino cuando aparezca previamente determinada en testamento abierto u otra escritura pública.

Artículo 2. No exigencia de la institución de heredero

1. El pacto sucesorio y el testamento serán válidos aunque no contengan institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes. También lo serán aunque el instituido sea incapaz de heredar o no acepte la herencia.
2. En estos casos se cumplirán las disposiciones testamentarias o paccionadas hechas con arreglo a las leyes, y el remanente de los bienes pasará a los herederos legales.

Artículo 3. Nombramiento de heredero

1. Tendrá la consideración de heredero el nombrado para suceder, en todo o en parte, en las relaciones patrimoniales y personales del causante que no se extingan por su muerte, cualquiera que sea la denominación que éste le haya dado y tanto si ha sido llamado a la totalidad o a una cuota del caudal como a uno o varios bienes determinados.
2. Los designados sucesores por causa de muerte que no sean herederos tendrán la consideración de legatarios.
3. El llamado a una cuota de la herencia será considerado heredero y el llamado a cosa determinada, legatario, salvo que resulte que otra es la voluntad del causante.

Artículo 4. Heredero «ex re certa»

1. Si es voluntad del disponiente que el instituido en cosa cierta y determinada sea heredero, responderá de las obligaciones y cargas hereditarias en proporción al valor de lo así recibido; pero no tendrá derecho de acrecer.
2. Si toda la herencia ha sido distribuida entre herederos instituidos en cosa cierta y determinada, sucederán en los bienes de nueva aparición en proporción al valor de lo recibido por cada uno.
3. El instituido en el derecho de usufructo de la herencia, o de una parte o cuota de ella, cuando la voluntad del disponiente es que sea heredero, tiene la consideración de heredero *ex re certa*.

Artículo 5. Legado de parte alícuota

- Si es voluntad del disponiente que el llamado a parte alícuota de la herencia sea legatario, no será deudor de las obligaciones y cargas de la herencia y concurrirá a la partición con el heredero, pero cuando no sea legitimario sólo tendrá derecho a percibir el valor de lo legado en bienes del activo hereditario líquido si el heredero no opta por pagarla en dinero, aunque no lo haya en la herencia.

* Texto aprobado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil el día 3 de junio de 1998.

Artículo 6. *Distribución de toda la herencia en legados*

1. Si la voluntad del disponiente ha sido distribuir toda la herencia en legados, se prorratearán las deudas y cargas entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que se hubiera dispuesto otra cosa.

2. La responsabilidad de los legatarios se mantendrá por la parte que proporcionalmente se derive de sus cuotas aunque concurren con herederos legales sobrevenidos por la aparición de nuevos bienes.

Artículo 7. *Certeza de la designación*

Se tendrá por no puesta toda disposición testada o paccionada en favor de persona incierta, a menos que por algún evento pueda resultar cierta.

Artículo 8. *Motivación de la disposición*

La expresión en el testamento o pacto de los motivos de una disposición se tendrá por no puesta, a no ser que, siendo falsos o ilícitos, resultara del propio título sucesorio que han sido esencialmente determinantes de la disposición.

Artículo 9. *Concurrencia de designados*

Salvo que resulte otra cosa del testamento o pacto, se aplican las siguientes reglas:

a) Los sucesores designados simultáneamente sin atribución de partes se entienden llamados por partes iguales. Por excepción, si se llama a los hermanos del causante sin hacerlo nominalmente, los de padre y madre toman doble porción que los medio hermanos.

b) Si se llama simultáneamente a varias personas, a unas individual y a otras colectivamente, se entiende que éstas lo son también individualmente.

c) Los designados conjuntamente se entienden llamados simultánea y no sucesivamente. Asimismo, cuando sean llamados a una sucesión una persona y sus hijos, se entienden todos instituidos simultánea y no sucesivamente.

d) Cuando se designa a los «hijos», «descendientes» o «hijos y descendientes» del causante o de otra persona, se entienden llamados en primer término los hijos, sustituidos por sus estirpes de descendientes conforme a las reglas de la sustitución legal.

e) Cuando se llama a un determinado grupo de parientes, como «hijos» o «hermanos», sean del causante o de otra persona, se entienden comprendidos los matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos que vivan o estén concebidos al tiempo en que se defiera la herencia.

Artículo 10. *Disposición a favor del alma o favor de los pobres*

1. Los bienes objeto de disposición para sufragios y obras pías, cuando se haya hecho indeterminadamente y sin especificar su aplicación, se venderán por los albaceas que entregarán la mitad del importe a la Iglesia o Confesión religiosa legalmente reconocida a la que pertenecía el causante, para que los destine a los indicados sufragios y para atender sus necesidades, y la otra mitad a la Diputación General de Aragón para fines benéficos del domicilio del difunto o de alcance más general. Si el disponiente pertenecía a una Confesión religiosa no reconocida legalmente, la mitad que le habría correspondido acrecerá a la Diputación General.

2. En la disposición a favor de los pobres en general o para obras asistenciales, la Diputación General de Aragón destinará los bienes, o el importe de su venta, a entidades asistenciales preferentemente de la población o comarca del domicilio del disponiente.

Artículo 13. *Condiciones válidas*

Son válidas todas las condiciones que no sean imposibles o contrarias a las leyes o las buenas costumbres. En particular, es válida la condición de contraer o no contraer primero o ulterior matrimonio o hacerlo con persona determinada, así como la condición de que el heredero o legitimario haga alguna disposición *mortis causa* en favor del disponente o de otra persona.

CAPÍTULO II
LEGADOS

Artículo 14. *Adquisición del legado*

1. En los legados de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario, el legatario adquiere su propiedad desde que se le defiere. En los demás legados, la delación le convierte en acreedor de la persona gravada.
2. El legatario que acepte el legado consolidará su adquisición, pero si lo repudia se considerará como si no se le hubiese deferido.

Artículo 15. *Derecho de transmisión*

1. El legado deferido y no aceptado ni repudiado se transmitirá por fallecimiento del legatario a sus herederos, con la misma facultad de aceptarlo o repudiarlo, salvo voluntad contraria del disponente o que se trate de legados de usufructo, de renta, de pensión vitalicia u otros de carácter personalísimo.

2. De existir una pluralidad de herederos del legatario, cada uno podrá repudiar o aceptar la parte que le corresponda en el legado.

Artículo 16. *Posesión del legado*

El legatario de cosa cierta y determinada existente en el caudal hereditario puede, por sí solo, aun habiendo legitimarios, tomar posesión de la misma e inscribirla a su nombre en el Registro de la Propiedad en virtud de la escritura pública en que formalice su aceptación.

Artículo 17. *Prelación entre legatarios*

Si los bienes de la herencia no alcanzaren para cubrir todos los legados, su pago se hará en el orden siguiente:

- 1º Los que el causante haya declarado preferentes.
- 2º Los remuneratorios.
- 3º Los de cosa cierta y determinada que forme parte del caudal hereditario.
- 4º Los de alimentos.
- 5º Los de educación.
- 6º Los demás a prorrata.

CAPÍTULO III
SUSTITUCIÓN LEGAL

Artículo 18. *Casos en que procede*

1. Salvo previsión en contrario del causante, al descendiente o hermano de aquél llamado a su sucesión voluntaria que hubiera premuerto o fuera indigno para sucederle le sustituirá, ocupando su lugar, su estirpe de descendientes, sin limitación de grado.

2. De la misma forma se procederá cuando el llamado estuviera declarado ausente, si bien quienes reciban su porción deberán cumplir las obligaciones que impone la normativa sobre la ausencia.

Artículo 19. *Sustitución legal en la sucesión paccionada*

Las reglas del artículo anterior son de aplicación a la sucesión paccionada, salvo en el caso de premioriencia del instituto al instituyente en la institución a favor de contratante, en que se aplicará el artículo 10 [*de la sucesión paccionada*].

**CAPÍTULO IV
DERECHO DE ACRECEL**

Artículo 20. *Casos en que procede*

Habiendo sido llamadas dos o más personas conjuntamente a la totalidad de una herencia o legado o porción de ellos, si alguna no quiere o no puede suceder, su porción acrecerá a las demás, salvo que el disponente hubiera nombrado sustituto o excluido el derecho de acrecer o procedieran la sustitución legal o el derecho de transmisión regulado en el artículo 10 [*de la sucesión paccionada*].

Artículo 21. *Acrecimiento por grupos*

Si quien no llega a suceder forma parte de un grupo de llamados, aunque hubiera otras personas llamadas conjuntamente, el acrecimiento tendrá lugar con preferencia dentro del grupo.

Artículo 22. *Efectos del derecho de acrecer*

1. Los herederos o legatarios favorecidos con el acrecimiento suceden en los mismos derechos y obligaciones, que no sean de naturaleza puramente personal, que tendría el que no quiso o no pudo recibir la herencia o el legado.

2. La adquisición de la parte acrecida tiene lugar por imperio de la ley, sin necesidad de aceptación del beneficiario, que no puede repudiar separadamente esa parte.

Artículo 23. *Ineficacia del llamamiento*

1. Cuando no tenga lugar el derecho de acrecer y no existan otras previsiones voluntarias o legales, la porción vacante del llamado a heredar pasará a los herederos legales del causante y la porción vacante del llamado al legado se atribuirá al heredero o legatario gravado con él.

2. Los herederos legales y las personas gravadas con el legado suceden en los mismos derechos y obligaciones, que no sean de naturaleza puramente personal, que tendría el que no quiso o no pudo recibir la herencia o el legado.

**CAPÍTULO V
ALBACEA**

Artículo 24. *Carácter dispositivo*

El disponente puede nombrar en testamento o pacto sucesorio uno o más albaceas y establecer con entera libertad las determinaciones que tenga por conveniente.

Artículo 25. *Testamento mancomunado*

En el testamento mancomunado, el plazo señalado al albacea común a los testadores se contará, en cuanto a cada sucesión, desde la fecha de fallecimiento del respectivo causante.

D) BORRADOR DE DECRETO, DEL GOBIERNO DE ARAGÓN, POR EL QUE SE CREA LA COMISIÓN DE TUTELA Y DEFENSA JUDICIAL DE ADULTOS

PREÁMBULO

La Ley 13/1983, de 24 de octubre, por la que se modificó el Código Civil en materia de tutela, supuso un importante avance en el sistema protector de los menores e incapacitados, sustituyendo la denominada «tutela de familia» por la «tutela de autoridad». En tal sentido, una de las principales innovaciones que se introdujeron consistió en facultar a las personas jurídicas, sin ánimo de lucro y entre cuyos fines figure la protección de menores e incapacitados, a constituirse en tutores.

No obstante, en la aplicación práctica estas garantías pueden, en ocasiones, verse mermadas al no poder encontrar la autoridad judicial representantes idóneos para el desempeño de las funciones tutelares, fundamentalmente en el supuesto de personas adultas incapacitadas carentes de parientes o que se encuentran en situación de desamparo.

La Comunidad Autónoma de Aragón, en cumplimiento del mandato contenido en los artículos 9.2 y 49 de la Constitución y en el artículo 6.2 a) del Estatuto de Autonomía de Aragón y con el fin de prestar la asistencia y protección social precisas para hacer frente a la situación expuesta, considera necesaria la creación de un órgano «ad hoc» que desempeñe estas funciones cuando la Administración de Justicia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 242 del Código Civil, específicamente designe para ello a esta Comunidad Autónoma dado su carácter de persona jurídica sin finalidad lucrativa dedicada a la protección de los incapacitados.

Por lo que, en virtud de las competencias reconocidas por el artículo 35.1.26 del Estatuto de Autonomía de Aragón, y de las previsiones contenidas en el artículo 6º de la Ley 11/1996, de 30 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, a propuesta del Consejero de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo, visto el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora, y previa deliberación del Gobierno de Aragón, dispongo:

ARTÍCULO 1

Se crea la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la Comunidad Autónoma de Aragón adscrita al Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo.

ARTÍCULO 2

Serán funciones de la Comisión las siguientes:

- a) El ejercicio inexcusable de la tutela y curatela de las personas mayores de edad incapacitadas legalmente, residentes en la Comunidad Autónoma de Aragón, en los términos fijados por el Código Civil, cuando así lo determine la autoridad judicial competente.
- b) La asunción, en su caso, de la defensa judicial de los residentes en la Comunidad Autónoma de Aragón sobre los que se haya iniciado un proceso de incapacidad.
- c) El fomento y realización de acciones encaminadas a la integración y normalización de los tutelados por la Comisión en su propio medio social, o alternativamente cuando así lo determine la autoridad judicial, facilitando recursos asistenciales, la atención personal del incapacitado, su cuidado, rehabilitación o recuperación y el afecto necesario.
- d) La administración de los bienes del tutelado cuando así lo determine la autoridad judicial, actuando en su beneficio, con arreglo a las previsiones contenidas en el Código Civil y en todo caso con la diligencia de un buen padre de familia.
- e) La información, orientación, asesoramiento y asistencia a padres, familiares y otros tutores.
- f) La ejecución de las actuaciones que determine la autoridad judicial como medidas provisionales de defensa y protección personal y patrimonial de presuntos incapaces en situación de desamparo.

ARTÍCULO 3

Para el cumplimiento de sus fines la Comisión, por iniciativa propia o en colaboración con terceros, podrá:

- a) Proponer al Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo que se establezcan convenios y, en su caso, protocolos de colaboración con instituciones públicas o privadas, nacionales o extranjeras, que se dediquen a idénticos o similares fines.
- b) Proponer al Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo que se suscriban los oportunos contratos con personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, para el cumplimiento de las funciones previstas en el artículo anterior.
- c) Coordinar sus actividades con cuantas realicen las Administraciones Públicas o cualesquiera otras instituciones orientadas a los fines de la Comisión.
- d) Realizar cualesquiera otras actividades conducentes al cumplimiento de sus fines.

ARTÍCULO 4

- 1º La Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos estará compuesta por los siguientes miembros:

Materiales

- *Presidente:* El Consejero del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo. En caso de ausencia, vacante o enfermedad, asumirá las funciones de Presidente el Director Gerente del Instituto Aragonés de Servicios Sociales.
- *Vocales:*
 - El Director General de Bienestar Social.
 - El Director Gerente del Servicio Aragonés de Salud.
 - El Director Gerente del Instituto Aragonés de Servicios Sociales.
 - Los Jefes de los Servicios Provinciales de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo en Huesca, Teruel y Zaragoza.

Cada Vocal designará como suplente a un funcionario con categoría de Jefe de Servicio que dependa de aquél. Los Jefes de los Servicios Provinciales, vocales titulares serán sustituidos, en caso de ausencia, por los Directores Provinciales del Instituto Aragonés de Servicios Sociales de las provincias respectivas.

- 2º Actuará como Secretario de la Comisión, con voz y sin voto, el Jefe de la Sección de Administración y Asuntos Generales del Instituto Aragonés de Servicios Sociales, el cual podrá designar como suplente a un funcionario adscrito a su unidad administrativa.

ARTÍCULO 5

La Comisión ajustará su régimen de funcionamiento a las disposiciones previstas para los órganos colegiados en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el Capítulo V del Título II de la Ley 11/1996, de 30 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

ARTÍCULO 6

Los miembros de la Comisión estarán obligados a guardar secreto sobre el patrimonio de aquellas personas que se encuentren bajo su tutela, prohibiéndose su participación en operaciones mercantiles que, directa o indirectamente, tengan relación con el patrimonio de las personas tuteladas.

ARTÍCULO 7

A las reuniones de la Comisión podrán ser convocados los responsables técnicos de los Servicios o Centros que pudieran estar atendiendo al adulto, para aportar mayores datos sobre la situación de éste.

ARTÍCULO 8

Corresponden al Presidente las siguientes funciones:

- Ostentar la representación de la Comisión.
- Convocar y presidir las sesiones y dirigir su desarrollo.
- Fijar el orden del día de las sesiones.

- Visar las actas.
- Cuantas otras funciones le asignen las normas de aplicación.

ARTÍCULO 9

Sin perjuicio de las restantes funciones asignadas al Presidente de la Comisión, éste podrá adoptar cuantas medidas exija el ejercicio de las funciones previstas en el artículo 2, cuando por razones de urgencia o por otros motivos graves no fuere posible someter la medida a la decisión de la Comisión, informando a ésta de las medidas adoptadas en la primera sesión que se celebre. Las funciones del Presidente podrán ser delegadas.

ARTÍCULO 10

Corresponden al Secretario las siguientes funciones:

- Levantar acta de las sesiones.
- Formular ante la Comisión las propuestas técnicas de actuación de cada expediente.
- Expedir certificaciones de los acuerdos adoptados por la Comisión, con el visto bueno del Presidente.
- Notificar los acuerdos de la Comisión.
- Efectuar citaciones y solicitar informes.
- Cuantas tareas le sean encomendadas o delegadas en relación con los fines de la Comisión.

ARTÍCULO 11

Sin perjuicio de la representación ostentada por el Presidente de la Comisión, los vocales provinciales asumirán, en el ámbito de sus respectivas provincias, las comunicaciones oportunas con los Juzgados, Audiencias y demás Tribunales, ordinarios o especiales, y con cualesquiera otras Magistraturas, Fiscalías, Notarías y Administraciones Públicas, con quienes tuviesen relación las personas protegidas por el presente Decreto.

ARTÍCULO 12

Si la Comisión tuviese conocimiento de alguna guarda de hecho respecto de personas protegidas por el presente Decreto, actuará de forma inmediata de conformidad con las previsiones del Código Civil al respecto.

ARTÍCULO 13

La Comisión coordinará sus actividades con el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo en el ejercicio de sus competencias en materia de menores. A este fin, el citado Departamento pondrá en conocimiento de la Comisión aquellos casos de personas con dieciséis años cumplidos y menores de diecisiete, en las que pudieran concurrir las circunstancias previstas en las leyes para constituir tutela en el futuro, al objeto de que la Comisión lo ponga en conocimiento del Ministerio Fiscal a los efectos previstos en el artículo 203 del Código Civil y que permita, tras el proceso judicial oportuno, el ejercicio efectivo de la tutela simultáneamente a la mayoría de edad del menor afectado.

ARTÍCULO 14

Para el desarrollo de sus funciones la Comisión dispondrá de una Unidad de apoyo técnico y administrativo dependiente de la Secretaría General del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo.

ARTÍCULO 15

El asesoramiento en Derecho y la defensa en juicio de la Comisión corresponderá a los Letrados integrados en la Asesoría Jurídica de la Diputación General de Aragón, así como la defensa de los derechos de las personas tuteladas, salvo que exista convenio con una entidad para este mismo fin.

ARTÍCULO 16

Los ingresos económicos que se produzcan como consecuencia de las retribuciones previstas en el artículo 274 del Código Civil, podrán ser destinados a subvenir a los gastos producidos por los tutelados sin bienes suficientes, relativos al ejercicio de la tutela, curatela y la defensa judicial, cuando así se prevea en la correspondiente Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

DISPOSICIONES FINALES

Primera. Se faculta al Consejero de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo para dictar cuantas disposiciones sean necesarias para el desarrollo del presente Decreto.

Segunda. El presente Decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el «Boletín Oficial de Aragón».

E) BORRADOR DE LA LEY DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN ARAGÓN

SUMARIO: PREÁMBULO. — **TÍTULO PRIMERO. DISPOSICIONES GENERALES:** Art. 1º *Objeto*. — Art. 2º *Ámbito de aplicación*. — Art. 3º *Principios de actuación*. — Art. 4º *Interpretación de la ley*. — Art. 5º *Prioridad presupuestaria*. — **TÍTULO SEGUNDO. PRINCIPIOS Y DERECHOS BÁSICOS DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA:** Art. 6º *Derechos de la infancia y adolescencia*. — Art. 7º *De la igualdad en los derechos*. — Art. 8º *Derecho a ser bien tratado*. — Art. 9º *Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. — Art. 10. *Derecho a la información*. — Art. 11. *Derecho a ser oído*. — Art. 12. *Derecho a la libertad ideológica*. — Art. 13. *Derecho a la libertad de expresión*. — Art. 14. *Derecho de participación, asociación y reunión*. — Art. 15. *Derechos civiles y políticos*. — Art. 16. *Medidas para facilitar el ejercicio de los derechos*. — Art. 17. *Divulgación de los derechos*. — **TÍTULO TERCERO. DE LA PREVENCIÓN Y GARANTÍA DE OTROS DERECHOS:** CAPÍTULO I. DE LA PREVENCIÓN: Art. 18. *Prioridad y fines*. — CAPÍTULO II. DE LA CRIANZA Y EDUCACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES: Art. 19. *Derecho a la educación*. — SECCIÓN 1ª *DE LOS PADRES Y OTROS RESPONSABLES LEGALES:* Art. 20. *Derecho de relación y visita*. — Art. 21. *Derecho y obligación de los padres*. — Art. 22. *Del apoyo a la familia*. — Art. 23. *Medidas de apoyo*. — Art. 24. *Formación de los padres*. — Art. 25. *Atención infantil en guarderías y otros centros*. — SECCIÓN 2ª *DE LOS CENTROS EDUCATIVOS:* Art. 26. *Centros de Educación infantil*. — Art. 27. *Promoción y garantía del derecho a la educación*. — Art. 28. *Colaboración de los Centros escolares*. — CAPÍTULO III. DEL DERECHO A LA SALUD: Art. 29. *Promoción y protección de la salud*. — Art. 30. *Especial atención sanitaria*. — Art. 31. *Hospitalización de niños y adolescentes*. — Art. 32. *Tratamiento y rehabilitación*. — Art. 33. *Colaboración con las instituciones protectoras*. — CAPÍTULO IV. DEL DERECHO A LA CULTURA Y A LA ADECUADA UTILIZACIÓN DEL OCIO Y TIEMPO LIBRE: Art. 34. *De la promoción de la cultura para los niños y adolescentes*. — Art. 35. *De la promoción de la adecuada utilización del ocio y tiempo libre*. — CAPÍTULO V. DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y A LA ADECUADA DISTRIBUCIÓN DEL ESPACIO URBANO: Art. 36. *De la promoción de un medio ambiente natural y saludable*. — Art. 37. *De la promoción de un entorno urbano adecuado*. — CAPÍTULO VI. DE LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES: Art. 38. *Del derecho a la integración social*. — CAPÍTULO VII. DE LA LIMITACIÓN DE ALGUNAS ACTIVIDADES, MEDIOS Y PRODUCTOS: Art. 39. *Finalidad*. — Art. 40. *Actividades prohibidas a los niños*

y adolescentes. — Art. 41. Establecimientos y espectáculos. — Art. 42. Publicaciones. — Art. 43. Prensa y medios audiovisuales. — Art. 44. Publicidad dirigida a los niños y adolescentes. — Art. 45. Protección ante el consumo. — Art. 46. Protección frente a grupos nocivos. — TÍTULO CUARTO. DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y JURÍDICA DE LOS MENORES: CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES: Art. 47. Finalidad. — Art. 48. Objetivos de la protección. — Art. 49. Medidas de protección. — Art. 50. Principios de actuación. — Art. 51. De los derechos de los menores protegidos. — Art. 52. Informe del Justicia de Aragón. — Art. 53. De la detección de las situaciones de riesgo y desamparo. — Art. 54. Obligaciones de los ciudadanos y deber de reserva. — Art. 55. Evaluación de la situación. — Art. 56. Notificación. — Art. 57. Audiencia previa. — Art. 58. Del Ministerio fiscal. — Art. 59. Recursos. — CAPÍTULO II. DE LAS SITUACIONES DE RIESGO: Art. 60. Situación de riesgo. — Art. 61. Declaración de la situación de riesgo. — Art. 62. Actuaciones en situación de riesgo. — Art. 63. Colaboración en la ejecución de las medidas. — CAPÍTULO III. DE LAS SITUACIONES DE DESAMPARO: SECCIÓN 1^a DEL DESAMPARO: Art. 64. Situación de desamparo. — Art. 65. Declaración de la situación de desamparo. — Art. 66. Plazo y forma de notificación. — SECCIÓN 2^a DE LA TUTELA: Art. 67. Tutela. — Art. 68. De la no colaboración en la ejecución de las medidas. — SECCIÓN 3^a: Art. 69. De la promoción del nombramiento de tutor. — SECCIÓN 4^a DE LA GUARDA DE MENORES: Art. 70. De la guarda. — Art. 71. Mediación en la guarda y acogimiento en familia extensa. — Art. 72. Guarda a solicitud de los padres o tutores. — SECCIÓN 5^a DE LA GUARDA MEDIANTE ACOGIMIENTO RESIDENCIAL: Art. 73. Acogimiento residencial en Centro de Internamiento de Protección de Menores. — Art. 74. Características de los Centros de Internamiento. — Art. 75. Hogar funcional. — Art. 76. Centro de Observancia y Acogida. — Art. 77. El acogimiento residencial de menores con deficiencias o discapacidades. — SECCIÓN 6^a DE LA GUARDA MEDIANTE ACOGIMIENTO FAMILIAR: Art. 78. Acogimiento familiar. — Art. 79. Contenido. — Art. 80. Fines del acogimiento. — Art. 81. Medidas de acogimiento. — Art. 82. Acogimiento provisional. — SECCIÓN 7^a DE LA ADOPCIÓN: Art. 83. De la adopción. — Art. 84. De la adopción internacional. — SECCIÓN 8^a PROCEDIMIENTO SOBRE ACOGIMIENTO Y ADOPCIÓN: Art. 85. De la propuesta de acogimiento y adopción. — Art. 86. Solicitantes. — Art. 87. Valoración de los solicitantes. — CAPÍTULO IV. DE LOS MENORES EN CONFLICTO SOCIAL: Art. 88. Adolescentes en conflicto social. — Art. 89. De la prevención y reinserción. — Art. 90. De la ejecución de las medidas judiciales. — Art. 91. De los Centros de internamiento. — Art. 92. Asistencia y defensa letrada. — TÍTULO QUINTO. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS: Art. 93. Entidad competente. — Art. 94. Descentralización. — Art. 95. Municipios y comarcas. — Art. 96. Financiación y coordinación. — TÍTULO SEXTO. INSTITUCIONES Y ÓRGANOS DE ATENCIÓN A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA: Art. 97. Instituciones y órganos. — Art. 98. Instituto Aragonés del Menor. — Art. 99. La Comisión de Tutela del Menor. — Art. 100. Consejo Aragonés de la Adopción. — Art. 101. Funciones. — TÍTULO SÉPTIMO. INSTITUCIONES COLABORADORAS DE INTEGRACIÓN FAMILIAR: Art. 102. Fomento de la iniciativa social. — Art. 103. Instituciones colaboradoras de integración familiar. — Art. 104. Requisitos. — Art. 105. Procedimiento para la habilitación. — Art. 106. Contenido de la habilitación. — Art. 107. Deber de confidencialidad. — Art. 108. Declaración de interés social. — TÍTULO OCTAVO. INFRACCIONES Y SANCIONES. — TÍTULO NOVENO. DE LOS REGISTROS: CAPÍTULO PRIMERO. REGISTRO DE PROTECCIÓN DE MENORES: Art. 109. Características y contenido. — Art. 110. Efecto de la inscripción. — CAPÍTULO SEGUNDO. REGISTRO DE LAS INSTITUCIONES COLABORADORAS DE INTEGRACIÓN FAMILIAR: Art. 111. Características y contenido.

LEY DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN ARAGÓN

PREÁMBULO

TÍTULO PRIMERO DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto

La presente ley tiene por objeto:

1. Asegurar la promoción y protección de los derechos reconocidos a los menores.
2. Coordinar las actuaciones de las instituciones públicas y privadas dirigidas a la atención y desarrollo integral de los mismos.

Artículo 2. Ámbito de aplicación

1. La presente ley es de aplicación a todos los menores de dieciocho años que residan o se encuentren transitoriamente en Aragón, salvo que los mismos, en virtud de la normativa que les sea aplicable, hayan alcanzado la mayoría de edad, o, en la medida que les afecten, estén emancipados o puedan gobernarse por sí mismos.

2. A efectos de la presente ley se entiende por infancia y por niños el período de la vida de los menores comprendido entre el nacimiento y la edad de doce años. Se entiende por adolescencia el período comprendido entre los doce años y la mayoría de edad de doce años. Se entiende por adolescencia el período comprendido entre los doce años y la mayoría de edad.

Artículo 3. Principios de actuación

A. Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente ley.

B. La Diputación General de Aragón asegurará el ejercicio de los derechos de los menores a través de políticas integrales encaminadas al desarrollo de la infancia y adolescencia.

C. Las acciones que se promuevan en la Comunidad Autónoma de Aragón para la atención de la infancia y la adolescencia y en garantía del ejercicio pleno de sus derechos, deberán responder a los siguientes principios:

1. La prevalencia del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo concurrente.

2. El que cualquier medida que se les aplique sea eminentemente de carácter educativo y se adopte siempre en su interés, interpretando las limitaciones a su capacidad de obrar de forma restrictiva.

3. La promoción de la integración familiar y social de los niños y adolescentes, garantizando la permanencia en su entorno familiar y social, siempre que no les sea perjudicial.

4. La vigilancia y protección del menor contra todo tipo de abuso o negligencia en el desempeño de las obligaciones familiares y sociales.

5. El fomento de los valores de tolerancia, solidaridad, respeto, igualdad y en general los principios democráticos de convivencia establecidos en la Constitución.

6. La promoción de la participación de la iniciativa social en relación con la atención y promoción de la infancia y la adolescencia, procurando su incorporación a los planes y programas de atención impulsados por las Administraciones Públicas.

7. El fomento de la sensibilización de los ciudadanos ante las situaciones de indefensión y malos tratos de los menores y su compromiso con el bienestar de los mismos.

Materiales

8. La prevención de las situaciones y la remoción de los obstáculos que impidan o dificulten su formación y desarrolle integral.

9. La eliminación de cualquier forma de discriminación en razón de nacimiento, sexo, color, raza, religión, origen nacional, étnico o social, idioma, opinión, impedimentos físicos, condiciones sociales, económicas o personales de los menores o sus familias, o cualquier otra circunstancia.

Artículo 4. Interpretación de la ley

La interpretación de la presente ley, así como las de sus normas de desarrollo y las demás disposiciones legales relativas a la infancia y la adolescencia debe de realizarse teniendo en cuenta el interés superior del menor de conformidad con los Tratados Internacionales ratificados por el Estado Español y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989.

Artículo 5. Prioridad presupuestaria

El Gobierno de Aragón tendrá entre sus prioridades presupuestarias las actividades de prevención, atención y reinserción de la infancia y adolescencia. Procurará asimismo que los Ayuntamientos asuman, dentro de sus posibilidades y competencias, tal prioridad. En todo caso, el contenido esencial de los derechos de los menores no podrá verse afectado por falta de recursos sociales básicos.

TÍTULO SEGUNDO PRINCIPIOS Y DERECHOS BÁSICOS DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA

Artículo 6. Derechos de la infancia y adolescencia

Los menores gozarán de los derechos individuales y colectivos que les reconoce la Constitución, los tratados, convenios y pactos internacionales ratificados por el Estado Español, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, y la Carta Europea de los Derechos del Niño, así como la Compilación del Derecho Civil de Aragón, el Código Civil y las restantes normas del ordenamiento jurídico.

Artículo 7. De la igualdad en los derechos

Todos los menores gozarán de iguales derechos sin distinción ni discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, estado de salud, condiciones físicas, psíquicas o sensoriales, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

Artículo 8. Derecho a ser bien tratado

1. Los niños y adolescentes deben ser protegidos de todo abuso, abandono, negligencia, explotación laboral y sexual y frente a cualquier forma de malos tratos.

2. Toda persona que detecte una situación de riesgo o de posibles malos tratos a menores está obligada a ponerlo en conocimiento de la autoridad competente y a prestarle los auxilios inmediatos necesarios.

3. Las Administraciones públicas promoverán la sensibilización ciudadana ante los malos tratos y crearán instrumentos ágiles y confidenciales que permitan a las personas, a las instituciones y a los propios interesados notificar dichas situaciones con la debida confidencialidad, urgencia y el debido respeto a los menores y a terceros.

4. Es obligación de cada Administración asegurar, en el ámbito de su competencia, el ejercicio de los derechos respectivos de los menores y vigilar para que no se produzca maltrato institucional.

5. El Gobierno de Aragón promoverá y coordinará políticas integrales con las distintas Administraciones competentes en defensa de los derechos de los menores y en prevención del maltrato infantil.

Artículo 9. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen

1. Los niños y adolescentes tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2. Los padres, las personas que legalmente representan, asisten o cuidan a los menores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de tercero.

3. La Administración debe preservar a los menores de la difusión publicitaria de sus datos personales, de la difusión de imágenes atentatorias a su dignidad y reputación y de la utilización de su imagen en contra de sus intereses.

4. La intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor dará lugar a la intervención del Ministerio Fiscal, de acuerdo con las normas que regulan su actuación.

Artículo 10. Derecho a la información

1. Los niños y adolescentes tienen derecho a buscar, recibir, elaborar y utilizar la información y orientación adecuadas a su desarrollo para el ejercicio de sus derechos y el desarrollo de su personalidad integral.

2. Los padres, tutores y demás responsables legales de la crianza y el desarrollo de los niños y adolescentes, y los poderes públicos velarán porque la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales, los derechos humanos y las libertades fundamentales.

3. La Diputación General de Aragón promocionará la información dirigida a los menores que respete los criterios enunciados, al mismo tiempo que facilitará el acceso de los niños y adolescentes a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales. Promocionará así mismo los medios de información dirigidos a menores con necesidades especiales por razón de su etnia, cultura, lengua, religión, etc.

4. La Diputación General de Aragón promoverá con los distintos medios de comunicación la elaboración de criterios, códigos o líneas de actuación para que la información dirigida a los menores sea beneficiosa para su desarrollo integral y a fin de evitar sus posibles efectos nocivos.

5. Para garantizar que la publicidad o mensajes dirigidos a menores o emitidos en la programación dirigida a éstos, no les perjudique moral o físicamente, podrá ser regulada por normas especiales.

6. Sin perjuicio de otros sujetos legitimados, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal y a la entidad pública competente en protección de menores, el ejercicio de las acciones de cese y rectificación de publicidad ilícita.

7. Los niños y adolescentes deben ser informados de sus derechos.

Artículo 11. Derecho a ser oído

1. Los niños y los adolescentes tienen derecho a ser oídos, de acuerdo con su edad y condiciones de madurez, tanto en el ámbito familiar como en todo procedimiento administrativo y judicial en el que estén directamente implicados y que conduzca a una decisión que les afecte en la esfera personal, familiar o social.
2. En los procedimientos judiciales, las comparencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad.
3. Se garantizará que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio.
4. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocer su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.
5. Cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente o asista, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos.

Artículo 12. Derecho a la libertad ideológica

1. Los menores tienen derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión.
2. La Diputación General de Aragón velará para que el cumplimiento del derecho y el deber que los padres y tutores tienen de guiar a los niños y adolescentes en el ejercicio de este derecho, contribuya al desarrollo integral de los derechos del menor.
3. El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Artículo 13. Derecho a la libertad de expresión

1. Los menores gozan del derecho a la libertad de expresión en los términos constitucionalmente previstos. Este derecho incluye la libertad de recibir y difundir opiniones e ideas de todo tipo, ya sea oralmente, por escrito o mediante imágenes, de forma impresa mediante soporte informático o de cualquier otra forma.
2. En especial, el derecho a la libertad de expresión de los menores se extiende: a la publicación y difusión de sus opiniones, a la edición y producción de medios de difusión y al acceso a las ayudas que las Administraciones públicas establezcan con tal fin.
3. El ejercicio de este derecho podrá estar sujeto a las restricciones que prevea la Ley para garantizar el respeto de los derechos de los demás o la protección de la seguridad, salud, moral u orden público. Asimismo esta libertad de expresión tiene también su límite en la protección de la intimidad y la imagen del propio menor.
4. Los niños y los adolescentes han de poder expresar su opinión libremente, especialmente en todos los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez.

Artículo 14. Derecho de participación, asociación y reunión

1. Los niños y adolescentes tienen derecho a participar plenamente, de acuerdo con su capacidad y desarrollo evolutivo, en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa.
2. Los poderes públicos promoverán la constitución de órganos de participación de los menores y de las organizaciones sociales de infancia.
3. Los menores tienen derecho a constituir asociaciones infantiles y juveniles y a ser miembros de las mismas, y también a ser miembros de organizaciones juveniles de partidos políticos y sindicales, de acuerdo con la legislación vigente y los estatutos, como

Materiales

manifestación de sus intereses y aspiraciones, y a participar en ellas activamente, de acuerdo con sus condiciones de madurez.

4. Para que las asociaciones infantiles y juveniles puedan obligarse civilmente, deberán haber nombrado, de acuerdo con sus Estatutos, un representante legal con plena capacidad.

5. Los menores tienen derecho a participar en reuniones públicas y manifestaciones pacíficas, convocadas en los términos establecidos por la Ley. En igualas términos, tienen también derecho a promoverlas y convocarlas con el consentimiento expreso de sus padres, tutores o guardadores.

6. Ningún niño o adolescente puede ser obligado a ingresar en una asociación o a permanecer en ella contra su voluntad.

7. Las asociaciones de menores deben respetar los principios y valores de una sociedad democrática, fomentando el civismo, la convivencia y la tolerancia.

8. Las Administraciones Públicas promoverán que los menores que asisten a sus centros participen en la gestión y en las decisiones de los mismos, asumiendo responsabilidades proporcionadas a su grado de madurez y desarrollo personal.

Artículo 15. Derechos civiles y políticos

Los niños y los adolescentes tienen derecho a ejercer los derechos civiles y políticos sin más limitaciones que las fijadas por la legislación vigente.

Artículo 16. Medidas para facilitar el ejercicio de los derechos

1. Los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones públicas competentes la asistencia necesaria para el efectivo ejercicio de sus derechos.

2. Los menores pueden dirigirse a las administraciones públicas encargadas de protegerles y asistirles respecto a todas las cuestiones referidas a su crianza y formación.

3. Las administraciones locales, en función de su proximidad al ciudadano y de su competencia, son el primer nivel de información y asesoramiento de los menores que lo soliciten.

4. Para la defensa y garantía de sus derechos el menor puede:

- a) Solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones públicas.
- b) Solicitar la protección y tutela de la entidad competente.
- c) Acudir al juez.

d) Poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que considere que atentan contra sus derechos con el fin de que éste promueva las acciones oportunas.

e) Plantear sus quejas ante el Justicia de Aragón o el Defensor del Pueblo.

5. Los menores pueden dirigirse a las administraciones públicas encargadas de la protección y asistencia de los menores, sin conocimiento de sus padres, tutores o guardadores, cuando sea preciso por motivos de urgencia o situación de conflicto y en la medida en que la comunicación con aquellas personas pudiese frustrar la finalidad pretendida. La Administración guardará la debida reserva.

Artículo 17. Divulgación de los derechos

1. Las Administraciones Públicas de Aragón promoverán las acciones necesarias para lograr en la sociedad aragonesa el mayor grado de divulgación y aceptación de los derechos reconocidos a los niños y los adolescentes.

2. Asimismo las Administraciones Públicas promoverán la divulgación de los recursos públicos y privados existentes en Aragón destinados a la atención de los menores.

TÍTULO TERCERO DE LA PREVENCIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS

CAPÍTULO I. DE LA PREVENCIÓN

Artículo 18. Prioridad y fines

1. En la atención integral a los niños y adolescentes tendrán carácter preferente las actuaciones dirigidas a promover y asegurar el ejercicio de los derechos de los mismos y a prevenir las situaciones de riesgo o desamparo, así como las graves carencias que menoscaben su desarrollo.
2. La prevención se dirigirá a:
 - a) Velar por el respeto y garantía de los derechos de los niños y adolescentes mediante actividades de información, divulgación y promoción.
 - b) Fomentar las actividades públicas y privadas que favorezcan la integración sociofamiliar y apoyen a los responsables de los niños y adolescentes en el ejercicio de sus responsabilidades.
 - c) Fomentar las actividades públicas y privadas que favorezcan y aseguren el ejercicio del derecho a la educación, salud, cultura y el uso creativo y socializador del tiempo libre.
 - d) Limitar el acceso de los niños y adolescentes a medios, productos y actividades perjudiciales para su desarrollo integral.
 - e) Disminuir los factores de riesgo de marginación.

CAPÍTULO II. DE LA CRIANZA Y EDUCACIÓN DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Artículo 19. Derecho a la educación

1. Los niños y los adolescentes tienen derecho a una crianza y formación que les garantice el desarrollo libre, integral y armónico de su personalidad.
2. Todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna, tienen derecho a recibir desde su nacimiento una educación que les permita desarrollar sus aptitudes hasta el máximo de sus posibilidades. Los menores extranjeros que se encuentren en Aragón tienen igual derecho a la educación.
3. Todos los niños tienen derecho a recibir las ayudas precisas para compensar toda clase de carencias y deficiencias y acceder a la educación en igualdad de oportunidades, así como recibir orientación educativa, profesional y personal necesarias para incorporarse plenamente a la vida ciudadana.
4. En los términos establecidos en la legislación vigente, los niños y adolescentes recibirán la educación básica en el seno de su familia y en los Centros de educación infantil, primaria y secundaria.
5. Las Administraciones Públicas colaborarán con la familia en el proceso educativo de los menores y garantizarán la existencia de un número de plazas suficiente para asegurar la atención escolar de la población que lo solicite.

SECCIÓN Iª DE LOS PADRES Y OTROS RESPONSABLES LEGALES DE LA CRIANZA Y EDUCACIÓN

Artículo 20. Derecho de relación y visita

1. Los niños y adolescentes tienen derecho a vivir con sus padres y a ser criados y educados por ellos. No serán separados de ellos contra su voluntad, salvo que sea contrario al interés superior del menor, de acuerdo con la legislación vigente.

Materiales

2. Asimismo y salvo en los mismos supuestos, los niños y adolescentes tendrán derecho a mantener relación con ambos padres, aunque no conviva con ellos.

Artículo 21. Derecho y obligación de los padres

1. Incumbe a los padres y a los demás responsables legales el derecho y obligación primordial en la crianza y el desarrollo de los niños y adolescentes.

2. La entidad pública competente en materia de protección de menores asumirá dicha responsabilidad cuando los padres, tutores o demás responsables legales no puedan ejercerla o lo hagan de forma contraria al interés superior del menor.

Artículo 22. Del apoyo a la familia

1. Con el fin de evitar el deterioro del entorno familiar y cubrir las necesidades básicas de los niños y adolescentes, garantizando el derecho de los mismos a vivir con sus padres y ser educados por ellos, las Administraciones Públicas establecerán los programas sociales y facilitarán los apoyos necesarios para que la responsabilidad de los padres, tutores o guardadores, en el efectivo ejercicio de los derechos de sus hijos o menores tutelados o acogidos, pueda ser cumplida de forma adecuada.

2. Estos apoyos preventivos tendrán carácter prioritario y previo a cualquier otra medida que se deba adoptar para asegurar los derechos de los niños y adolescentes.

Artículo 23. Medidas de apoyo

1. Son medidas de apoyo a la familia o a las personas bajo cuya responsabilidad se encuentren los niños y adolescentes, las prestaciones económicas y la ayuda a domicilio.

2. Las prestaciones económicas se concederán de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de ordenación de la Acción Social y normativa que la desarrolle. No tendrán carácter de prestaciones económicas las remuneraciones del acogimiento o guarda.

3. Constituye ayuda a domicilio los servicios de orden material, formativo o psico-social prestados preferentemente en el lugar de residencia del beneficiario y con la finalidad de facilitar su normal desenvolvimiento.

Artículo 24. Formación de los padres

1. Las Administraciones Públicas de Aragón ofrecerán a todos los padres, a quienes vayan a serlo y a quienes puedan ejercer funciones parentales, los medios de información y formación necesarios para que puedan cumplir adecuadamente con sus responsabilidades.

2. La entidad pública competente en protección de menores, en prevención del maltrato infantil y para disminuir el riesgo de abandono, elaborará programas específicos de apoyo dirigidos a aquellas familias con especiales dificultades para atender correctamente a la crianza y atención de sus hijos.

Artículo 25. Atención infantil en guarderías y otros Centros

1. Las Guarderías, Jardines de Infancia y otros Centros o Servicios que cuidan a los niños de menos de 6 años de edad y no están autorizadas para impartir la Educación Infantil, cualquiera que sea su denominación o titularidad, deberán:

a) Apoyar a los padres a compatibilizar y combinar las responsabilidades familiares y laborales. A tal fin la Diputación General de Aragón fomentará que dichos Centros adecúen su organización interna y funcionamiento a las necesidades de los niños atendidos y a los horarios de las familias.

b) Apoyar y colaborar con los padres en la crianza y educación de sus hijos, contribuyendo al desarrollo físico, intelectual, afectivo y moral de los niños. Para ello, con la par-

Materiales

ticipación activa de los padres, asegurarán el buen trato y la atención del niño desde el punto de vista de la salud, la seguridad y la educación.

c) Facilitar la socialización de los niños mediante el desarrollo de sus capacidades de relación y su incorporación futura al mundo escolar, promoviendo la intervención positiva para la igualdad de oportunidades y previniendo el absentismo y el fracaso escolar. A tal fin, todos los niños sin discriminación alguna tendrán la posibilidad de acceder a estos Centros.

2. La Diputación General de Aragón promocionará los Centros de atención a la primera infancia que no estén autorizados como Centros de Educación Infantil y facilitará que todas las familias puedan acceder a ellos. Asimismo regulará dichos Centros a fin de que los niños y niñas sean atendidos y educados con las debidas garantías.

SECCIÓN 2^a DE LOS CENTROS EDUCATIVOS

Artículo 26. Centros de educación infantil

La Administración de la Comunidad Autónoma, en colaboración con la Administración General del Estado y las Administraciones Locales, favorecerá la creación de Centros de educación infantil para niños y niñas menores de seis años con el fin de contribuir al desarrollo físico, intelectual, afectivo, social y moral de la infancia, de conformidad con el artículo 7^º de la Ley Orgánica 1/1990, de Ordenación General del Sistema Educativo.

Artículo 27. Promoción y garantía del derecho a la educación

1. La Diputación General de Aragón en defensa del derecho a la educación de los niños y adolescentes velará para que se asegure el acceso a la escuela de todos los menores en igualdad de condiciones y su permanencia en ella.

2. Garantizará el cumplimiento del derecho y obligación a la escolaridad obligatoria, estableciendo y coordinando programas de actuación con las Administraciones competentes, a fin de prevenir y erradicar el absentismo escolar.

3. Velará por el buen trato a los niños y adolescentes en el ámbito escolar mediante la promoción de medidas que conduzcan a la aceptación del niño «distinto», a la adecuación de los Centros y programas a los alumnos y a la implantación de medidas de discriminación positiva que permitan ejercer la igualdad de oportunidades a los menores con desventajas socioeconómicas y personales.

4. Asimismo velará por el cumplimiento de los derechos y deberes de los alumnos, padres o de quienes ejerzan las funciones parentales y para que los proyectos educativos y curriculares de los Centros fomenten la libertad, solidaridad y demás valores establecidos en los principios y normas constitucionales.

5. Fomentará que los niños y adolescentes conozcan el entorno más próximo en el que viven y en especial la cultura e instituciones de Aragón, a la vez que el respeto y el ejercicio de la tolerancia hacia las otras culturas.

6. Promoverá la participación del alumnado y la colaboración de las familias en el ámbito escolar.

Artículo 28. Colaboración de los Centros escolares

1. Los responsables de los Centros Escolares y el personal educativo de los mismos, están obligados a colaborar con los servicios municipales y con las instituciones protectoras de menores para garantizar la escolarización obligatoria y combatir el absentismo escolar.

2. Están especialmente obligados a poner en conocimiento de la entidad pública competente en materia de Protección de Menores y de la Autoridad Judicial o del Ministerio Fiscal aquellos hechos o indicadores que puedan suponer la existencia de una situación de riesgo o desamparo, así como colaborar con los mismos para evitar y resolver tales situaciones.

3. El Gobierno de Aragón promoverá convenios de colaboración entre las distintas instituciones a los efectos de prevenir y erradicar el absentismo escolar y con el fin de facilitar la detección, derivación, prevención y tratamiento de las situaciones de riesgo y malos tratos.

CAPÍTULO III. DEL DERECHO A LA SALUD

Artículo 29. Promoción y protección de la salud

1. Todos los niños y adolescentes de Aragón tienen derecho a la promoción y protección de la salud y a la atención sanitaria, de acuerdo con la legislación vigente.

2. Todos los niños y adolescentes de Aragón tienen derecho a:

a) A ser correctamente identificados en el momento de su nacimiento. Los Centros sanitarios donde se haya realizado el parto entregarán el documento identificativo al padre o a la persona designada por la madre inmediatamente después del alumbramiento.

b) A la detección y tratamiento precoz de enfermedades congénitas, así como de las deficiencias psíquicas y físicas, únicamente con los límites que la ética, la tecnología y los recursos existentes impongan en el sistema sanitario.

c) A ser inmunizado contra las enfermedades infectocontagiosas contempladas en el calendario oficial de vacunación. A tal fin las Administraciones Públicas velarán para que se efectúe el seguimiento de la salud de los niños y adolescentes y el cumplimiento de las vacunaciones obligatorias.

d) A recibir información y ser educados para la salud. El Gobierno de Aragón fomentará que los menores reciban la educación adecuada y adquieran los hábitos necesarios para la mejora de su salud.

e) A ser informados, de acuerdo con su madurez, sobre su situación sanitaria y sobre los tratamientos a aplicar.

f) A no ser sometidos a experimentos. Cuando pudiera ser necesario someter a un menor a pruebas para detección o tratamiento de enfermedades, éstas no podrán ser realizadas sin previo consentimiento de sus padres o responsables legales, salvo prescripción facultativa debidamente justificada y así apreciada por la autoridad judicial. En todo caso, primará el derecho a la vida del menor.

Artículo 30. Especial atención sanitaria

1. Los niños y adolescentes con incapacidad física, psíquica o sensorial o con patologías de riesgo tienen derecho a la atención necesaria para el adecuado desarrollo de sus aptitudes.

2. Los niños y adolescentes que sufren malos tratos físicos o psíquicos, en el seno de su familia, institución o entorno, recibirán protección especial de carácter sanitario, asistencial y cautelar urgente según requiera cada caso específico, corresponsabilizándose para ello las distintas Administraciones Públicas implicadas.

Artículo 31. Hospitalización de niños y adolescentes

La hospitalización de los niños y adolescentes en Aragón, a fin de evitar los factores de riesgo de malos tratos y teniendo en cuenta las especiales características que tiene el menor, se efectuará de acuerdo con los siguientes principios:

Materiales

1. Se preferirá el tratamiento ambulatorio siempre que sea posible. Si la hospitalización es indispensable se procurará que sea lo más breve posible y que se realice entre niños y adolescentes.
2. Los niños y adolescentes hospitalizados tienen derecho a estar acompañados por sus padres, tutores o guardadores, a no ser que ello imposibilite la aplicación de los tratamientos médicos.
3. En las mismas condiciones se procurará que la hospitalización no interrumpa la formación escolar, la relación de amigos y el disfrute del juego y del tiempo libre.
4. El personal, horarios, distribución de espacios y en general toda la organización del Centro hospitalario se adecuará a las necesidades del niño y adolescente.

Artículo 32. Tratamiento y rehabilitación

1. Todos los niños y adolescentes residentes en Aragón tendrán derecho al tratamiento y rehabilitación de las secuelas que hayan podido tener por causa de accidente o enfermedad.
2. La rehabilitación y mejora de la salud comprenderá tanto los aspectos físicos, como los psíquicos.

Artículo 33. Colaboración con las instituciones protectoras

1. Los responsables de los servicios y centros sanitarios y el personal sanitario de los mismos están especialmente obligados a poner en conocimiento de la entidad pública competente en materia de Protección de Menores y de la Autoridad Judicial o del Ministerio Fiscal aquellos hechos o indicadores que puedan suponer la existencia de una situación de riesgo o desamparo, así como colaborar con los mismos para evitar y resolver tales situaciones.
2. El Gobierno de Aragón promoverá la colaboración entre las instituciones sanitarias y las instituciones de protección de menores a los efectos de facilitar la detección, derivación, prevención y tratamiento de las situaciones de riesgo y malos tratos.

CAPÍTULO IV. DEL DERECHO A LA CULTURA Y A LA ADECUADA UTILIZACIÓN DEL OCIO Y TIEMPO LIBRE

Artículo 34. De la promoción de la cultura para los niños adolescentes

1. La Diputación General de Aragón respetará y promoverá el derecho de los niños y adolescentes a participar plenamente en la vida cultural y artística, fomentando las iniciativas sociales relativas a dicho ámbito dirigidas a los menores.
2. Las Administraciones Públicas facilitarán el acceso de los niños y adolescentes a los bienes y medios culturales de Aragón, promoviendo el conocimiento de sus valores, historia y tradiciones y el respeto a las culturas diferentes. Así facilitarán el acceso a los servicios de información, documentación, bibliotecas, museos y demás servicios culturales públicos.
3. Promoverán la creación de secciones y recursos didácticos adecuados para los niños y adolescentes en todos los museos, bibliotecas, medios y bienes culturales públicos de Aragón.
4. Asimismo promoverán actividades y recursos en el entorno relacional del menor para su desarrollo cultural y como complemento al aprendizaje en los Centros escolares.

Artículo 35. De la promoción de la adecuada utilización del ocio y tiempo libre

1. Los niños y adolescentes tienen derecho, al descanso y esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad como elementos esenciales para su formación y desarrollo.

Materiales

2. Las Administraciones Públicas facilitarán el acceso de los niños y adolescentes a los recursos y actividades lúdicas que sean apropiadas a su edad y desarrollo. Fomentarán el deporte y las actividades de ocio y tiempo libre en el medio escolar y extraescolar. Asimismo promocionarán el asociacionismo y participación de los niños y adolescentes mediante el juego y las actividades de tiempo libre.

3. La Diputación General de Aragón velará para que los juguetes reúnan las condiciones de seguridad exigidas por la normativa y promoverá la coeducación no sexista y pacífica a través del juego y de los juguetes.

CAPÍTULO V. DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE Y A LA ADECUADA DISTRIBUCIÓN DEL ESPACIO URBANO

Artículo 36. De la promoción de un medio ambiente natural y saludable

1. Los niños y adolescentes tienen derecho a conocer, disfrutar y desarrollarse en un medio ambiente saludable.

2. Las Administraciones Públicas, para garantizar a los niños y adolescentes el desarrollo de este derecho, promoverán:

a) El respeto y conocimiento de la naturaleza para los niños y adolescentes, informándoles sobre la importancia de un medio ambiente saludable y capacitándoles para el uso positivo del mismo.

b) Visitas e itinerarios programados por los diversos entornos medioambientales.

c) Programas formativos, divulgativos y de concienciación sobre el uso responsable y sostenible de los recursos naturales, sobre el reciclaje de residuos y la utilización de energías limpias y sobre la conservación del medio ambiente.

Artículo 37. De la promoción de un entorno urbano adecuado

1. Los niños y adolescentes tienen el derecho a conocer su pueblo, barrio o ciudad y a disfrutar de un entorno urbano adecuado a sus necesidades.

2. Las Administraciones Públicas deben velar para que:

a) En los planes urbanísticos se tomen en consideración las necesidades específicas de los niños y adolescentes en la concepción y distribución del espacio urbano.

b) Se garantice el disfrute del entorno y el acceso sin peligro de los niños y adolescentes a los centros escolares y a los demás centros de uso frecuente infantil, mediante la peatonalización de las zonas circundantes, la creación de carriles-bici y otras posibles formas.

c) La disposición de espacios diferenciados para el uso de los niños y de los adolescentes en los lugares públicos, a los que se dotará de mobiliario urbano adaptado a las necesidades de uso con especial garantía de sus condiciones de seguridad y considerando especialmente las dificultades de acceso de los niños y adolescentes discapacitados.

CAPÍTULO VI. DE LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Artículo 38. Del derecho a la integración social

1. Todos los niños y adolescentes tienen derecho a acceder al Sistema Público de Servicios Sociales.

2. Los menores extranjeros que se encuentren en el territorio de Aragón tienen asimismo derecho a recibir las ayudas públicas necesarias para su integración social y cultural.

Materiales

3. Los niños y adolescentes con especiales dificultades de inserción en la vida social, debido a sus condiciones personales o a su entorno familiar o social, tienen derecho a la asistencia necesaria para completar su formación, alcanzar el mayor desarrollo que sus condiciones les permitan e integrarse en el mundo laboral y en las distintas manifestaciones de la vida social.

4. Las Administraciones Públicas de Aragón velarán por el pleno ejercicio de este derecho.

CAPÍTULO VII. DE LA LIMITACIÓN DE ALGUNAS ACTIVIDADES, MEDIOS Y PRODUCTOS

Artículo 39. Finalidad

Las medidas que se establecen en este título van encaminadas a proteger a los niños y adolescentes, evitándoles los efectos perjudiciales que pudieran tener para el desarrollo integral de su personalidad la realización de algunas actividades y el consumo o utilización de ciertos productos y medios.

Artículo 40. Actividades prohibidas a los niños y adolescentes

Los niños y adolescentes no podrán realizar en el ámbito de Aragón, aun con el consentimiento de sus padres, tutores o guardadores, las actividades siguientes:

1. Practicar deportes cuyo reglamento contemple la producción de daños físicos para cualesquiera de los participantes.
2. Participar en publicidad de actividades o productos prohibidos a los menores de edad.
3. Utilizar máquinas de juego con premios en metálico.
4. Adquirir y consumir tabaco y bebidas alcohólicas.
5. Participar en actividades y espectáculos cuyo contenido sea violento, pornográfico o contrario al derecho a su formación y desarrollo integral.
6. Cualesquiera otras cuya legislación o reglamentación específica así lo disponga.

Artículo 41. Establecimientos y espectáculos

1. A fin de garantizar una más correcta protección de los niños y adolescentes en su relación con los establecimientos y espectáculos públicos, se prohíbe:

- a) Su admisión en establecimientos donde se desarrollen actividades o espectáculos violentos, pornográficos o con otros contenidos perjudiciales para el correcto desarrollo de su personalidad.
 - b) Su admisión en bingos, casinos, locales de juegos de suerte, envite, azar y de máquinas de juego con premios en metálico.
 - c) Su admisión en locales donde se realicen combates de boxeo.
 - d) Su admisión en locales especialmente dedicados a la expedición de bebidas alcohólicas, salvo que vayan acompañados de sus padres o de los responsables legales de su crianza y educación.
 - e) La venta, suministro y dispensación por cualquier medio, gratuita o no, de bebidas alcohólicas y tabaco a menores de 18 años.
2. Se prohíbe asimismo la venta, suministro o dispensación de bebidas alcohólicas y de tabaco en los lugares siguientes:
- a) Centros de enseñanza a los que asistan menores de edad.
 - b) Centros sanitarios especialmente dedicados a la asistencia de niños y adolescentes.
 - c) Establecimientos, recintos, locales o espacios dedicados específicamente a un público menor de 18 años.

Materiales

3. La Diputación General de Aragón velará para que las prohibiciones reseñadas se hagan efectivas.

Artículo 42. Publicaciones

1. La Administración autonómica protegerá a los niños y adolescentes de las publicaciones que inciten a la violencia, a la xenofobia o tengan un contenido pornográfico o cualquier otro que sea perjudicial para el correcto desarrollo de su personalidad o contrario a los derechos reconocidos en la Constitución y en el resto del ordenamiento jurídico vigente.

2. Dichas publicaciones no podrán ser ofrecidas a los menores de edad ni expuestas de forma que queden a su libre alcance.

Artículo 43. Prensa y medios audiovisuales

1. La prensa y los medios audiovisuales, en especial aquellos textos, espacios o programas a los que los niños y adolescentes les dedican especial atención, deben favorecer los objetivos educativos y el desarrollo integral de los mismos, potenciando los valores humanos y los principios democráticos. Los medios de comunicación social que emiten o tienen difusión en Aragón deben tratar con especial cuidado toda información que vaya dirigida o afecte a los niños y adolescentes.

2. Se prohíbe la difusión de información, la utilización de imágenes, nombres o datos que permitan la identificación de los menores en los medios de comunicación y que pueda ser contraria al interés del menor o implique intrusión ilegítima en su intimidad.

3. Se prohíbe asimismo a los medios de comunicación social que emiten o tienen difusión en Aragón divulgar los datos relativos a la filiación de los niños y adolescentes acogidos o adoptados.

4. Las Administraciones Públicas de Aragón comunicarán al Ministerio Fiscal cualquier vulneración de estos preceptos para que solicite las medidas cautelares y de protección correspondientes.

5. Queda prohibida la venta y el alquiler a menores de videos, videojuegos o cualquier otro medio audiovisual que inciten a la violencia o a actividades delictivas, que tengan contenido pornográfico o que contengan mensajes contrarios a los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución y el vigente ordenamiento jurídico.

6. Queda asimismo prohibida su proyección en locales o espectáculos a los que esté permitida la asistencia de niños y adolescentes, y, en general, su difusión por cualquier medio, entre menores.

7. La programación, total o parcial, de las emisoras de radio que emitan específicamente para el territorio de Aragón, deberán respetar las siguientes reglas:

a) Horario adecuado a los hábitos generalmente practicados por los niños y los adolescentes para emitir los programas infantiles.

b) Garantizar una franja horaria de especial protección para la infancia, determinada reglamentariamente, en la que no podrán emitirse programas que puedan perjudicar seriamente el desarrollo físico, mental o moral de los menores, ni en particular, programas o mensajes de violencia o pornografía.

8. Las Administraciones Públicas velarán para que los niños y los adolescentes no tengan acceso, por medio de las telecomunicaciones, a servicios que puedan dañar su correcto desarrollo personal.

Artículo 44. Publicidad dirigida a los niños y adolescentes

La publicidad dirigida específicamente a los niños y adolescentes de Aragón deberá estar sometida a límites reglamentariamente establecidos que obliguen a respetar los siguientes principios de actuación:

Materiales

1. El lenguaje y los mensajes serán sencillos, comprensibles y adaptados al nivel de desarrollo de los colectivos infantiles y adolescentes a los que se dirige.
2. Las representaciones de objetos deberán reflejar la realidad de su tamaño, movimiento, prestaciones y demás atributos.
3. No se admitirán mensajes que establezcan diferencias o discriminaciones en razón del consumo del objeto anunciado.
4. Los anuncios deberán hacer indicación del precio del objeto anunciado.
5. No se podrán formular promesas de entrega bienes o servicios que impliquen el cumplimiento de condiciones no explícitas.
6. Se evitará la publicidad que fomente los mensajes publicitarios que atenten contra la dignidad de uno u otro sexo, la publicidad sexista, y la difusión de ideas de inferioridad o superioridad por razón del sexo.
7. No se explotará la inexperiencia o credulidad de los niños y adolescentes o la especial confianza que éstos tienen en sus padres, profesores o tutores.
8. Se prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas, tabaco, locales de juego de suerte, envite o azar y servicios o espectáculos de carácter erótico o pornográfico, tanto en publicaciones infantiles y juveniles, como en los medios audiovisuales, en franjas horarias de especial protección para la infancia, cuando se distribuyan o se emita, respectivamente, en Aragón.

Artículo 45. Protección ante el consumo

1. Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus respectivas competencias, deben velar porque los derechos de los niños y adolescentes, como colectivos de consumidores, gocen de defensa y protección especial. Promocionarán la información y la educación para el consumo y velarán por el estricto cumplimiento de la normativa aplicable en materias de seguridad y publicidad, defendiéndose a los menores de las prácticas abusivas.
2. Los productos dirigidos a estos colectivos no deben tener sustancias nocivas para su salud y deberán disponer de información adecuada y visible sobre su composición, características y uso, así como la franja, edad de los niños y adolescentes a los que van destinados.
3. Los productos comercializados dispondrán de las medidas de seguridad necesarias que eviten las consecuencias nocivas con un uso correcto y prevean las consecuencias de un posible uso inadecuado.

Artículo 46. Protección frente a grupos nocivos

1. Las Administraciones Públicas de Aragón desarrollarán y fomentarán los programas necesarios para prevenir y proteger a los niños y adolescentes de los efectos nocivos de grupos o asociaciones cuya ideología, métodos o finalidad atenten contra los derechos reconocidos a aquéllos.
2. Cuando la pertenencia de un menor o de sus padres a una asociación impida o perjudique al desarrollo integral de los derechos del menor, cualquier interesado, persona física o jurídica, o entidad pública, podrá dirigirse al Ministerio Fiscal para que promueva las medidas jurídicas de protección que estime necesarias.

TÍTULO CUARTO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y JURÍDICA DE LOS MENORES

CAPÍTULO I. DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 47. Finalidad

La protección de menores es el conjunto de actuaciones que, en el marco del sistema público de servicios sociales, tienen como finalidad prevenir y corregir las situaciones de riesgo y de desamparo, mediante la integración del menor en grupos naturales de convivencia, en condiciones básicas suficientes que posibiliten su participación en la vida familiar, económica, social y cultural, y su desarrollo integral como persona.

Artículo 48. Objetivos de la protección

Las actuaciones de protección se deben orientar, de forma gradual y de acuerdo con el interés de los menores, hacia la consecución de los siguientes objetivos generales:

1. Evitar la separación del menor de su entorno familiar.
2. Separar provisoriamente al menor de su entorno familiar y establecer las condiciones para posibilitar su retorno.
3. Separar definitivamente al menor de su familia y promover su integración en un entorno convivencial alternativo y estable.
4. Establecer las condiciones para que los menores protegidos sean capaces de desarrollar una vida adulta independiente.

Artículo 49. Medidas de protección

Son instrumentos de la protección de menores:

1. Los recursos preventivos y de apoyo a la familia o a las personas bajo cuya responsabilidad se encuentre el menor.
2. La promoción del nombramiento de tutor.
3. La guarda ejercida mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial.
4. La tutela.
5. La propuesta de adopción.
6. Las actuaciones necesarias para que el menor protegido se reincorpore a su entorno sociofamiliar.
7. Tendrán también consideración de protección de menores aquellas acciones necesarias para la reinserción de los menores en conflicto social que hubieran sido objeto de medidas acordadas por los Juzgados de Menores.

Artículo 50. Principios de actuación

La protección social y jurídica de los menores deberá responder, además de a los enunciados en el artículo 3, a los siguientes principios:

1. La responsabilidad pública, la objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en la protección de los menores. El carácter reservado de las actuaciones en materia de protección de menores, especialmente en las medidas de acogimiento y adopción.
2. La prioridad de las actuaciones preventivas, especialmente las que inciden sobre menores y familias en riesgo.
3. La colaboración del menor y de su familia en la intervención protectora, siempre que sea posible.
4. La intervención de la Administración Pública sólo se producirá cuando las circunstancias en las que se encuentre el menor sean perjudiciales para su bienestar. La

Materiales

intervención será la necesaria para asegurar los derechos del menor. En las actuaciones se evitará toda interferencia innecesaria en su vida.

5. La proporcionalidad y graduación de la intervención pública y protectora. El sostenimiento, suplencia y sustitución de la familia de origen, adecuando las medidas de protección a las distintas problemáticas de las familias y a su posibilidad de garantizar en ese momento y en un futuro el desarrollo de los menores.

6. Se procurará recuperar la convivencia como objetivo primero de toda acción protectora de un menor, bien en el núcleo familiar de origen o con otros miembros de su familia.

7. En caso necesario se facilitarán a los menores recursos alternativos a su propia familia, que garanticen un medio idóneo para su desarrollo integral, adecuada evolución de su personalidad y atención educativa, procurándose mantener la convivencia entre hermanos.

Artículo 51. De los derechos de los menores protegidos

1. La protección de los menores se llevará a cabo con pleno respeto al ejercicio de sus derechos. Las limitaciones necesarias en el ejercicio de sus derechos se realizarán en interés del menor a salvo de lo que decida la autoridad judicial en el ejercicio de sus competencias.

2. La entidad pública competente en la protección de los menores en situación de riesgo, desamparo y conflicto social asegurará especialmente el derecho a:

a) Se informados acerca de su situación, de las medidas que vayan a ser tomadas en relación con ellos, de la duración de éstas y de los derechos que les correspondan con arreglo a la legislación vigente. Los padres, tutores y guardadores tendrán derecho a recibir la misma información, salvo prohibición expresa del órgano judicial competente.

b) Ser protegidos en su honor y su intimidad personal y familiar. La entidad pública adecuará su organización para asegurar este derecho.

c) Comunicarse libremente sin que su correspondencia o comunicaciones puedan controlarse, salvo decisión judicial o justificado interés del menor, debidamente apreciado y comunicado al Ministerio Fiscal.

d) Ser escuchados y participar, de acuerdo con su madurez, en todas las decisiones que le afecten y en la vida y gestión de los centros donde fueren acogidos.

e) Recibir en los centros donde estuvieren acogidos educación religiosa de conformidad con la legislación vigente, así como realizar las prácticas propias de su confesión, si la tienen.

f) No ser discriminados por su situación y recibir una atención normalizada que posibilite su integración social.

g) En todo caso, se garantizará a los menores sometidos a las medidas de protección a las que se refiere la presente Ley el ejercicio del derecho a la educación y la recepción de los adecuados servicios sanitarios y sociales para su adecuado desarrollo integral.

Artículo 52. Informe del Justicia de Aragón

En el informe anual del Justicia de Aragón a las Cortes se valorará la actuación de la entidad pública competente en materia de protección de menores, especialmente en lo que se refiere al respeto del ejercicio de sus derechos. Para ello el Justicia podrá requerir de la Administración de la Comunidad Autónoma cuantos datos le sean necesarios.

Artículo 53. De la detección de las situaciones de riesgo y desamparo

1. Las Administraciones Pùblicas, dentro de sus competencias, deberán desarrollar las actuaciones necesarias para la detección de las situaciones de riesgo y desamparo de los menores.

2. La entidad pública competente en materia de protección de menores:

- a) Promoverá las actuaciones necesarias para sensibilizar a los ciudadanos del problema de los malos tratos a menores y de la necesidad de denunciar las situaciones de riesgo y de desamparo.
- b) Elaborará programas, criterios e instrumentos de detección y notificación de las situaciones de riesgo y desamparo.
- c) Coordinará las actuaciones llevadas a cabo por las distintas instituciones en este campo.
- d) Recibirá e investigará las denuncias.

Artículo 54. Obligaciones de los ciudadanos y deber de reserva

1. Toda persona y, en especial, quien por razón de su profesión tenga noticia de una situación de riesgo, maltrato, o desamparo lo pondrá en conocimiento de la autoridad pública competente en materia de protección de menores, garantizándosele la debida reserva y el anonimato, y sin perjuicio de la obligación de prestar el auxilio inmediato que precise y de las comunicaciones procedentes a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal.

2. Las autoridades y las personas que por su profesión o función conozcan el caso actuarán con la debida reserva. Están especialmente obligadas a guardar secreto de la información que obtengan y de los datos de filiación de los menores las personas que intervengan en el procedimiento de constitución de acogimientos y propuestas de adopción.

3. Las autoridades y servicios públicos tienen obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor, de actuar si corresponde a su ámbito de competencias o de dar traslado en otro caso al órgano competente y de poner los hechos en conocimiento de los responsables legales del menor, o cuando sea necesario, del Ministerio Fiscal.

Artículo 55. Evaluación de la situación

1. La entidad pública competente en materia de protección de menores estará obligada a verificar la situación denunciada y a adoptar las medidas necesarias para resolverla en función del resultado de aquella actuación.

2. La valoración de la declaración de riesgo y de desamparo y de la procedencia de las medidas de protección requerirá previamente el estudio pormenorizado del menor y su entorno que ponga de manifiesto las necesidades del menor que se deben cubrir, el objetivo general y las medidas o instrumentos de protección.

3. Cuando en el proceso de investigación y de forma previa a la evaluación se detecte la existencia de riesgos fundados para la integridad del menor, se actuará por vía de urgencia en su interés, sin menoscabo de los derechos de quienes detenten la autoridad familiar y demás responsables legales.

Artículo 56. Notificación

Las resoluciones que se adopten en el procedimiento de declaración de la situación de riesgo y de desamparo y en la aplicación, modificación y cese de las medidas de protección serán motivadas y deberán ser notificadas a los padres, tutores o guardadores, al Ministerio Fiscal y comunicadas al Registro de Protección de Menores.

Artículo 57. Audiencia previa

1. En los procedimientos para la declaración de la situación de riesgo y desamparo, así como para la aplicación, modificación y cese de las medidas de protección, se dará audiencia previa al menor si tuviere 12 años cumplidos o suficiente juicio y, siempre que sea posible, a los padres, tutores o guardadores.

Materiales

2. En los mismos casos, siempre que sea posible y a efectos de dar cumplimiento a lo previsto en la Compilación del Derecho Civil de Aragón, se oirá a la Junta de Parientes.

Artículo 58. Del Ministerio Fiscal

1. Incumbe al Ministerio Fiscal la superior vigilancia de la tutela y guarda de los menores.

2. A tal fin la entidad pública le dará noticia inmediata de los nuevos ingresos de menores y le remitirá copia de las resoluciones administrativas y de los escritos de formalización relativos a la constitución, variación y cese de las tutelas y guardas realizadas mediante el acogimiento familiar o residencial. Igualmente le dará cuenta de cualquier novedad de interés en las circunstancias del menor.

3. El Fiscal habrá de comprobar, al menos semestralmente, la situación del menor, y promoverá ante el Juez las medidas de protección que estime necesarias.

Artículo 59. Recursos

Las resoluciones que se adopten en el procedimiento de la declaración de riesgo y de desamparo, en la asunción de la tutela por ministerio de la ley, o en la aplicación o cese de las medidas de protección se podrán impugnar mediante la interposición de las acciones correspondientes ante la jurisdicción civil, sin necesidad de reclamación administrativa previa, excepto en la resolución por la que se conceda o deniegue la prestación económica como medida de apoyo familiar prevista en el artículo 23, que se podrá impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa previa interposición del recurso ordinario ante el Director Gerente del Instituto Aragonés de Servicios Sociales.

CAPÍTULO II. DE LAS SITUACIONES DE RIESGO

Artículo 60. Situación de riesgo

Se encuentran en situación de riesgo aquellos menores que por circunstancias personales o sociofamiliares ven obstaculizado el desarrollo integral de su persona y el ejercicio de sus derechos, sin alcanzar la gravedad suficiente para justificar la declaración de desamparo y la separación del menor de su familia.

Artículo 61. Declaración de la situación de riesgo

1. La entidad pública competente en materia de protección de menores está obligada a iniciar el oportuno expediente tendente a verificar la situación denunciada y en su caso a apreciar y declarar la situación de riesgo mediante la resolución administrativa dictada por el órgano competente.

2. Reglamentariamente se regulará el procedimiento para la declaración de la situación de riesgo.

Artículo 62. Actuaciones en situaciones de riesgo

1. Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para corregirla y realizará el seguimiento de la evolución del menor en la familia.

2. La actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso el ejercicio de los derechos que asisten al menor y se orientará a disminuir los factores de riesgo y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra, a promover y potenciar los factores de protección del menor y su familia y a evitar que se produzcan situaciones de desamparo.

3. Son medidas de protección de los menores en las situaciones de riesgo los recursos preventivos señalados en el Título III y de forma especial las prestaciones económicas y la ayuda a domicilio a que se refiere el artículo 23.

Artículo 63. Colaboración en la ejecución de las medidas

1. Los padres, tutores o guardadores están obligados a colaborar activamente, según su capacidad, en la ejecución de las medidas de protección indicadas en la resolución de la declaración de situación de riesgo.

2. La negativa a la colaboración podrá dar lugar a la declaración de desamparo, si así lo requiere la evolución de la situación de riesgo y la protección del menor.

CAPÍTULO III. DE LAS SITUACIONES DE DESAMPARO

SECCIÓN PRIMERA. DEL DESAMPARO

Artículo 64. Situación de desamparo

Se entiende que un menor se encuentra en situación de desamparo cuando está de hecho privado de la necesaria asistencia moral y material, debido, entre otras, a las siguientes circunstancias:

1. Abandono del menor. Cuando faltan las personas que por ley les corresponde el ejercicio de la guarda y la autoridad familiar o cuando no pueden o no quieren ejercerlas.

2. Malos tratos. Cuando el menor es objeto de malos tratos físicos, psíquicos o de abusos sexuales, por parte de familiares o terceros, producidos en el ambiente familiar del menor.

3. Explotación del menor. Cuando sea inducido a la mendicidad, delincuencia, prostitución, drogadicción, trabajo infantil o a cualquier otra forma de explotación.

4. Falta de atención adecuada. Cuando la drogodependencia habitual o cualquier otro problema físico, psíquico o social de los responsables de los menores impida la adecuada atención de los mismos.

5. Absentismo escolar. Cuando la ausencia de la escuela de forma reiterada y sin justificación impida el garantizar a los menores su derecho a la educación.

6. Cuando desaparecidas las causas que dieron lugar al ejercicio de la guarda por la entidad pública competente en materia de protección de menores, los responsables legales del menor no quisieran hacerse cargo del mismo.

7. Cualesquiera otra circunstancia que sea causa de incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores.

Artículo 65. Declaración de la situación de desamparo

1. El procedimiento para la declaración de desamparo habrá de ordenarse a la verificación de la situación denunciada o detectada y a la adopción de las medidas necesarias para asegurar la protección del menor.

2. Reglamentariamente se regulará el procedimiento para declarar la existencia de una situación de desamparo, que deberá referirse al estudio del menor, a la propuesta de resolución y a la resolución misma.

3. En los casos en que exista un grave riesgo para el menor, la entidad pública competente en materia de protección de menores declarará la situación provisional de desamparo y asumirá la tutela, adoptando las medidas cautelares necesarias para ase-

Materiales

gurar su asistencia. Adoptadas dichas medidas, deberá iniciarse o proseguirse la tramitación del procedimiento.

4. En ningún caso el plazo máximo de resolución será superior a dos meses desde que se inició el expediente.

Artículo 66. Plazo y forma de la notificación

1. La resolución que declare la situación de desamparo del menor será notificada en forma legal a los padres, tutores o guardadores, en el plazo de cuarenta y ocho horas.

2. De forma presencial, siempre que sea posible, o mediante los medios admitidos en Derecho se les informará de modo claro y comprensible de las causas que dieron lugar a la intervención de la Administración y de los posibles efectos de la decisión adoptada, así como de las medidas de amparo acordadas y de los recursos que proceden.

3. En el mismo plazo se comunicará dicha resolución al Ministerio Fiscal.

SECCIÓN SEGUNDA. DE LA TUTELA

Artículo 67. Tutela

1. La Comunidad Autónoma de Aragón asume, por ministerio de la Ley, la tutela de los menores en situación de desamparo.

2. La tutela será ejercida por el Instituto Aragonés del Menor a través de la Comisión de Tutela, quien deberá adoptar las medidas necesarias para la guarda.

3. La asunción de la tutela atribuida a la entidad pública lleva consigo la suspensión de la autoridad familiar, de la patria potestad o de la tutela ordinaria. No obstante, serán válidos los actos de contenido patrimonial que realicen los padres o tutores en asistencia del menor y que sean beneficiosos para él.

4. La Administración de la Comunidad Autónoma formará inventario de los bienes y derechos de los menores sujetos a su tutela y administrará su patrimonio hasta la finalización de la misma, sin perjuicio de lo dispuesto en la vigente Compilación de Derecho Civil de Aragón.

Artículo 68. De la no colaboración en la ejecución de las medidas

1. Si los padres, tutores o guardadores o cualquier otra persona impidiera el estudio o la ejecución de las medidas de protección, se solicitará del Ministerio Fiscal o de la Autoridad Judicial la adopción de las medidas necesarias para hacerlas efectivas, sin perjuicio de las intervenciones inmediatas que fueren necesarias si está en peligro la integridad del menor.

2. Asimismo, para lograr la efectividad de sus acuerdos y asegurar la integridad de los menores, el órgano competente en la protección de los menores podrá recabar la asistencia y colaboración de las fuerzas de seguridad.

SECCIÓN TERCERA. DE LA PROMOCIÓN DEL NOMBRAMIENTO DE TUTOR

Artículo 69. De la promoción del nombramiento de tutor

1. La entidad pública competente en materia de protección de menores promoverá el nombramiento de tutor, conforme a la Compilación del Derecho Civil de Aragón, cuando existan personas que puedan asumir la tutela con beneficio para el menor en situación legal de desamparo.

2. A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior se oirá a la Junta de Parientes, cuya constitución se instará siempre que sea posible.

3. Las actuaciones que se lleven a cabo al amparo de las previsiones contenidas en el presente artículo se entenderán a salvo de lo que decida la autoridad judicial.

SECCIÓN CUARTA. DE LA GUARDA DE MENORES

Artículo 70. De la guarda

1. La entidad pública competente asumirá la guarda de los menores:

- a) En función de la tutela por ministerio de la ley.
- b) A solicitud de los padres o tutores.

c) Por acuerdo judicial, cuando lo decida el juez en los casos que legalmente proceda.

2. La guarda de los menores se ejercerá mediante el acogimiento familiar o el acogimiento residencial. El acogimiento familiar se ejercerá por la persona o personas que proponga la entidad pública. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor.

3. Se buscará siempre el interés del menor y se procurará, cuando no sea contrario a ese interés, su reinserción en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona.

4. Reglamentariamente se regulará el procedimiento para la constitución, ejercicio y cese de la guarda de los menores.

Artículo 71. Mediación en la guarda y acogimiento en familia extensa

1. La entidad pública competente, previamente a asumir la guarda de los menores, estudiará la existencia de algún familiar o persona que por su relación con el menor y en su interés quiera y pueda acogerlo. A tal fin mediará para que los titulares de la autoridad familiar deleguen la guarda en dichas personas.

2. Cuando no se constituya la tutela ordinaria ni se delegue la guarda, la entidad pública promoverá en primer lugar el acogimiento con aquellas personas que por su especial relación con el menor puedan asumirla con beneficio para éste.

3. La prioridad de este tipo de acogimiento no suprime la exigencia del cumplimiento por parte de los acogedores de los requisitos básicos que deben reunir para asegurar al menor sus necesidades. No obstante se determinarán reglamentariamente los posibles apoyos técnicos y la remuneración necesaria que posibiliten el cumplimiento de dichos requisitos y faciliten este tipo de acogimientos.

4. Siempre que sea posible, la entidad pública oirá a la Junta de Parientes a los efectos de mediación en la delegación de la guarda y la promoción del acogimiento en familia extensa.

Artículo 72. Guarda a solicitud de los padres, tutores y titulares de la autoridad familiar

1. La guarda a solicitud de los padres, tutores y titulares de la autoridad familiar tendrá carácter temporal y atenderá, en todo momento, a la reintegración del menor en su familia de origen.

2. Se formalizará por escrito el acuerdo con la familia y en él constatará expresamente la duración de la misma y las medidas y condiciones previstas para el retorno del menor a su familia.

3. Los padres, tutores y titulares de la autoridad familiar, en la medida de sus posibilidades, están obligados a colaborar con la entidad pública competente en la guarda de los menores, tanto en su educación como en el sostenimiento de las cargas económicas.

SECCIÓN QUINTA. DE LA GUARDA MEDIANTE ACOGIMIENTO RESIDENCIAL.

Artículo 73. Acogimiento residencial en Centro de Internamiento de Protección de Menores

1. La entidad pública competente acordará la acogida residencial cuando el resto de los instrumentos de protección resulten imposibles, inadecuados o insuficientes.

2. Asimismo procurará que el menor permanezca internado durante el menor tiempo posible. A tal fin, cuando se acuerde el acogimiento residencial, se programarán los recursos y medios necesarios para el retorno del menor a su familia o, en interés del menor y según los objetivos de protección, para la adopción de otras medidas.

3. Reglamentariamente se determinarán las clases de Centros, los derechos y deberes de los menores, el procedimiento de ingreso y de baja, así como su organización y funcionamiento.

4. Todos los Centros de Protección de Menores deberán estar autorizados por la entidad pública competente. Para su autorización se atenderá especialmente al proyecto educativo, a su adecuación a las características generales de los Centros de internamiento reflejadas en el artículo siguiente, al número y cualificación de su personal, a la participación de los menores en el funcionamiento del centro y a las demás condiciones que contribuyan a asegurar los derechos de los menores.

5. Las actuaciones educativas que requieran, en interés del menor, limitar el ejercicio de alguno de sus derechos, deberán realizarse por la Dirección del Centro, previa autorización del Ministerio Fiscal.

6. La entidad pública competente inspeccionará y supervisará, al menos semestralmente, el funcionamiento de los centros y el desarrollo y cumplimiento de los programas de protección y los derechos de los menores. Asimismo, el Ministerio Fiscal deberá ejercer su vigilancia sobre todos los centros que acogen menores.

Artículo 74. Características de los Centros de Internamiento

1. Son Centros de Protección de Menores los destinados al desarrollo integral de la personalidad del menor; acogiendo, cuidando y educando a los menores de 18 años, que por motivos de protección deban ser separados temporal o definitivamente de su núcleo familiar o entorno social.

2. Para garantizar a los menores el completo desarrollo de su personalidad dichos Centros tendrán las siguientes características generales:

a) Serán centros no masificados y de pequeñas dimensiones, que fomenten las relaciones personales y la madurez afectiva. Reglamentariamente se establecerá el número máximo de internos en cada centro.

b) Serán centros residenciales integrados en la comunidad y abiertos a su entorno social, siempre de acuerdo con las necesidades de los menores y los objetivos de protección. Siempre que sea posible se atenderá a los menores mediante la utilización de los bienes y servicios públicos.

c) Serán centros que asegurarán la cobertura de las necesidades de la vida cotidiana de los menores y tendrán carácter eminentemente educativo. Así el personal de los centros podrá corregir razonablemente a los menores residentes con medidas pedagógicas y encaminadas a la educación de los mismos.

d) Serán abiertos a la relación y colaboración familiar, siempre que sea en interés del menor la reinserción familiar.

e) En general, y especialmente durante la infancia, se favorecerá la convivencia normal de menores de ambos性 y de diferentes edades.

Artículo 75. Hogar funcional

1. Tiene la consideración de hogar funcional el centro de internamiento de protección de menores dotado de una organización especialmente flexible y formado por un núcleo de convivencia permanente y reducido similar al familiar.

Materiales

2. El acogimiento residencial se ejercerá por el Director del centro donde sea acogido el menor.

Artículo 76. Centro de Observancia y Acogida

1. Es el Centro de Protección destinado a la acogida urgente del menor, mientras se realiza el estudio de su situación y de las medidas más adecuadas para su protección. No tendrá la consideración de internamiento el ingreso de un menor en un Centro de Observación y Acogida, cuya duración no será superior a dos meses.

2. En ningún caso podrán actuar como Centros de Observación y Acogida los Centros concertados ni los Centros de las instituciones colaboradoras de integración familiar.

Artículo 77. El acogimiento residencial de menores con deficiencias o discapacidades

1. La acogida residencial de menores con graves deficiencias o discapacidades físicas o psíquicas, alteraciones psiquiátricas o problemas de toxicomanías, que estén sujetos a amparo, se realizará en Centros específicos propios de la Comunidad Autónoma, en centros concertados mediante convenio o en centros colaboradores. La entidad pública cuidará del respeto a los derechos de los menores en dichos centros y les garantizará un adecuado nivel de prestaciones asistenciales, de acuerdo con sus necesidades.

2. Las limitaciones en el ejercicio de los derechos de estos menores que sean necesarias para su adecuada atención se realizarán a salvo de lo que decida la autoridad judicial.

SECCIÓN SEXTA. DE LA GUARDA MEDIANTE ACOGIMIENTO FAMILIAR

Artículo 78. Acogimiento familiar

El acogimiento familiar es una medida de protección que proporciona al menor un núcleo de convivencia familiar, en sustitución o como complemento del propio, bien sea de forma temporal, para su reinserción en su familia de origen o para su adaptación a la familia que lo vaya a adoptar, o bien de forma permanente, cuando la edad u otras circunstancias de menor y su familia así lo requieran.

Artículo 79. Contenido

1. El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo, en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral.

2. Obliga asimismo a quien acoge al menor a permitir la relación entre los hermanos y con la familia de origen, siempre que no sea perjudicial para el menor, así como a respetar los demás acuerdos recogidos en el documento de formalización del acogimiento.

3. Este acogimiento se podrá ejercer por la persona o personas que sustituyan al núcleo familiar del menor o por responsable del hogar funcional.

Artículo 80. Fines del acogimiento

1. Cuando las circunstancias que impidan la permanencia del menor en su propia familia sean temporales, el acogimiento familiar tendrá como finalidad la reintegración del menor en su familia de origen. A esta finalidad corresponde la modalidad de acogimiento simple.

2. Cuando se considera que no es posible ni conveniente para el menor el retorno a su familia de origen, el acogimiento en familia tendrá como finalidad, dependiendo de las condiciones del menor:

a) La preparación del menor para la adopción o para la aplicación de otras posibles medidas de protección más estables. A esta finalidad corresponden las modalidades de acogimiento preadoptivo y de acogimiento simple.

b) La autonomía personal del menor y su inserción sociolaboral. La familia acogedora procurará que los menores protegidos sean capaces de desarrollar una vida adulta independiente, al llegar a la mayoría de edad. A esta finalidad corresponde el acogimiento permanente.

Artículo 81. Modalidades de acogimiento

1. Atendiendo a su finalidad, el acogimiento familiar podrá adoptar las modalidades de: Acogimiento familiar simple, acogimiento familiar permanente y acogimiento familiar preadoptivo.

2. Según las características de los menores, el acogimiento familiar podrá ser de menores con características especiales y de menores sin características especiales. Dichas características se referirán tanto a la edad, como a graves problemas de salud o de conducta, que requieran una preparación y disponibilidad distinta en las familias acogedoras.

3. De acuerdo con su forma de constitución, el acogimiento será administrativo, judicial y por medida judicial.

4. Reglamentariamente se regularán estas clases de acogimiento en lo que hace referencia a sus características, posibilidad de remuneración o profesionalización y a la necesidad de seguimiento y formación.

Artículo 82. Acogimiento provisional

1. Si los padres no consienten o se oponen al acogimiento, el Consejo Aragonés de la Adopción podrá acordar el acogimiento familiar provisional, que subsistirá hasta tanto se produzca resolución judicial. El Consejo Aragonés de la Adopción deberá presentar la propuesta al Juez de manera inmediata y, en todo caso, en el plazo máximo de quince días.

2. Asimismo, como paso previo al acogimiento, en interés del menor y cuando las especiales características del mismo hagan prever dificultades o problemas de integración en una familia, la entidad pública podrá delegar provisionalmente la guarda a esa familia de forma previa a la propuesta de acogimiento. Este acogimiento se realizará por resolución de la entidad, previa autorización del Ministerio Fiscal.

SECCIÓN SÉPTIMA. DE LA ADOPCIÓN

Artículo 83. De la adopción

1. La adopción se ajustará a lo establecido por la legislación civil aplicable.

2. Correspondrá a la entidad pública competente en materia de protección de menores la gestión del procedimiento previo a la adopción.

3. Las instituciones colaboradoras de integración familiar cooperarán en ese procedimiento en los términos establecidos en la legislación vigente y de acuerdo con el contenido de su habilitación específica.

Artículo 84. De la adopción internacional

1. Las personas residentes en Aragón que deseen adoptar a un menor en el extranjero deberán presentar la solicitud ante la Comunidad Autónoma de Aragón,

Materiales

Autoridad Central encargada de dar cumplimiento a las obligaciones que impone el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

2. El órgano competente de dicha Autoridad Central será el encargado de tramitar la solicitud, valorar y certificar su idoneidad, y realizar el preceptivo seguimiento del menor, una vez adoptado y de acuerdo con los requisitos exigidos por su país de origen.

3. Las instituciones colaboradoras de adopción internacional podrán cooperar en ese procedimiento en los términos establecidos en la legislación vigente y de acuerdo con el contenido de su habilitación específica.

4. En todo caso será exclusivo de la Autoridad Central la expedición del Certificado de Idoneidad y la expedición del compromiso de seguimiento.

5. Corresponde a la Comunidad Autónoma la habilitación de las instituciones colaboradoras para actuar en materia de adopción internacional.

SECCIÓN OCTAVA. PROCEDIMIENTO SOBRE ACOGIMIENTO Y ADOPCIÓN

Artículo 85. Propuesta de acogimiento y adopción

1. El acogimiento, tanto en su formalización como en su cese se regulará de acuerdo con la legislación civil aplicable.

2. En la propuesta de acogimiento y de adopción se deberá incluir el estudio completo del menor y de la familia en que se constate la viabilidad del acogimiento y el documento de formalización con todos los requisitos exigidos.

3. La propuesta de acogimiento del menor y las personas solicitantes declaradas idóneas, se enviarán al Consejo Aragonés de la Adopción para acordar su constitución o para remitirla a la autoridad judicial.

4. El Consejo Aragonés de la Adopción elevará a la autoridad judicial competente la propuesta de adopción de un menor concreto, junto a la familia seleccionada como idónea.

5. Solamente se formularán propuestas de acogimiento o adopción en favor de personas que, cumpliendo los requisitos previstos e inscritas en el Registro de familias, hayan sido objeto de un estudio de sus circunstancias sociofamiliares y hayan sido declaradas idóneas por la entidad pública para la modalidad de acogimiento y características de los menores propuestos.

6. En todo caso, las personas propuestas para el acogimiento preadoptivo deberán reunir todos los requisitos exigidos para los solicitantes de adopción.

7. Será preceptivo y determinante para la procedencia o no de la propuesta de adopción el informe del seguimiento del menor en acogimiento preadoptivo, que refleje la evolución del menor y su integración en la familia acogedora, así como la imposibilidad o inconveniencia para el menor de la reinserción en la propia.

Artículo 86. Solicitantes

1. Podrán solicitar la inscripción en el Registro de familias solicitantes de acogimiento y adopción las personas o parejas que reúnan los requisitos previstos en la normativa vigente.

2. Salvo que las características del menor aconsejen lo contrario, tendrán preferencia para acoger o adoptar los solicitantes residentes en Aragón y los residentes fuera de Aragón que conserven la vecindad civil aragonesa.

Artículo 87. Valoración de los solicitantes

1. La valoración se referirá a las características sociofamiliares y personales de los solicitantes que permitan obtener la certeza y declarar su idoneidad para asegurar las necesidades del menor.
2. Sólo se valorarán las solicitudes de otras Comunidades Autónomas cuando sean necesarias para acoger a los menores de Aragón.
3. Se valorarán como no idóneos aquellos solicitantes que no acepten el desarrollo del proceso de valoración y seguimiento.
4. También se valorarán como no idóneos los solicitantes de adopción cuya diferencia de edad con los adoptados sea superior a cuarenta años. En caso de adopción por parejas se considerará la edad media de ambos. Este criterio será orientativo para la valoración de los solicitantes de acogimiento no preadoptivo.
5. Reglamentariamente se regulará el procedimiento de valoración de los solicitantes de acogimiento y de adopción y se fijarán los criterios y condiciones que deban reunir para ser declarados idóneos.
6. La resolución que declare la idoneidad o no de los solicitantes habrá de ser motivada, expresando de modo claro y comprensible las razones de dicha decisión y deberá ser notificada a los interesados y al Registro de Protección de Menores.

CAPÍTULO IV. DE LOS MENORES EN CONFLICTO SOCIAL

Artículo 88. Adolescentes en conflicto social

Se consideran adolescentes en conflicto social aquellos menores de más de doce años, cuya conducta altera de manera grave las pautas de convivencia y comportamiento social generalmente aceptadas, con riesgo, al menos, de causar perjuicio a terceros y de cometer hechos tipificados como delitos o faltas por las leyes penales.

Artículo 89. De la prevención y reinserción

1. La Diputación General de Aragón dará prioridad a las actuaciones preventivas, incidiendo en los factores de riesgo que originan la marginación y la delincuencia, y promocionará los servicios y programas que apoyen la atención del menor en su entorno, mediante actuaciones específicas de ocio, formación, promoción ocupacional, convivencia familiar y otras que contribuyan a la adecuada socialización del menor.
2. Las actuaciones administrativas con adolescentes en conflicto social, tanto de carácter preventivo como de reinserción, procurarán contar con la voluntad favorable del menor y la de sus padres, tutores o guardadores.
3. Los Centros y servicios de las Administraciones Públicas que atienden a menores colaborarán con las autoridades judiciales competentes en la adopción y ejecución de las medidas que sean necesarias para su reinserción social.

Artículo 90. De la ejecución de las medidas judiciales

1. Correspondrá a la Administración Autónoma:
 - a) La ejecución de las medidas judiciales impuestas a los menores en aplicación de la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores, que por su propia naturaleza y para el cumplimiento de la función educativa, deban ejecutarse en el propio medio del menor.
 - b) La ejecución de las medidas cautelares ordenadas por los Jueces de Menores o el Ministerio Fiscal.

c) La ejecución de las medidas judiciales que impliquen un internamiento del menor en un Centro de régimen abierto, semiabierto o cerrado.

2. El órgano competente de la Administración Autónoma informará diligentemente de las incidencias y resultados de la ejecución de las medidas al órgano judicial que las haya acordado.

3. La entidad pública competente en materia de menores coordinará y realizará el seguimiento de cuantas actuaciones se realicen para la atención de los adolescentes en conflicto social.

Artículo 91. De los Centros de Internamiento

1. Las medidas de internamiento en régimen cerrado y semiabierto, así como la ejecución de los internamientos cautelares se realizará en Centros propios de la Comunidad Autónoma de Aragón.

2. Las medidas de internamiento en régimen abierto, en Centro terapéutico o de arrestos de fin de semana se llevará a cabo en Centros propios de la Comunidad Autónoma o en Centros de otras entidades públicas o privadas con las que haya convenio de colaboración.

3. Reglamentariamente se regulará la organización y funcionamiento de los Centros de Internamiento por medida judicial.

4. El régimen disciplinario se ajustará a los siguientes criterios:

A) El contenido y función de las sanciones será eminentemente educativo.

B) Toda intervención con los menores, también las sanciones, será rigurosamente respetuosa con los derechos reconocidos a los menores.

C) Se dará cuenta al Juzgado de Menores de las sanciones graves o muy graves impuestas.

D) El menor tendrá especialmente derecho en el régimen disciplinario a:

a) A ser oído.

b) A poder aportar pruebas.

c) A ser asesorado por la persona del Centro que él designe.

d) A recurrir ante el Juzgado de Menores que le impuso la medida.

Artículo 92. Asistencia y defensa letrada

El Gobierno de Aragón facilitará asistencia y defensa letrada a todos los menores tutelados por la Comunidad Autónoma de Aragón que se encuentren detenidos o a disposición judicial.

**TÍTULO QUINTO
DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS**

Artículo 93. Entidad competente

1. La Comunidad Autónoma de Aragón es la entidad pública competente en Aragón en materia de protección de menores.

2. Corresponde al Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo el ejercicio de las competencias en materia de protección de menores.

3. Es competencia de la Administración de la Comunidad Autónoma:

a) La planificación regional de la atención a la infancia y adolescencia y la siguiente evaluación.

- b) La promoción de los derechos de los menores y la coordinación de las distintas Administraciones competentes para la elaboración y aplicación de Planes integrales de atención a la infancia y adolescencia.
- c) La declaración de la situación de riesgo y desamparo, así como la aplicación de los instrumentos de protección de menores contemplados en el artículo 49 del Título IV de la presente Ley.
- d) La habilitación, inspección y control del funcionamiento de las instituciones colaboradoras de integración familiar. En particular deberá cuidar de la observancia de los fines generales de la protección de menores regulados en esta Ley y del respeto a los derechos de los menores.
- e) La elaboración de convenios con las instituciones colaboradoras de integración familiar para facilitar el mejor cumplimiento de los fines de éstas, de acuerdo con sus habilitaciones específicas.

Artículo 94. Descentralización

- 1. Los principios de universalidad e igualdad en el ámbito de actuación de los servicios públicos exigen que se garantice a todos los usuarios, menores y familias, el ejercicio de sus derechos, sin posible discriminación por el lugar de residencia.
- 2. Con el fin de garantizar a todos los menores el ejercicio y la protección de sus derechos, la Comunidad Autónoma ejercerá su responsabilidad en protección de menores de acuerdo con el principio de descentralización de las actuaciones en los propios ámbitos en los que las situaciones de necesidad se produzcan.

Artículo 95. Municipios y comarcas

- 1. Corresponde a las Corporaciones Locales asumir la responsabilidad más inmediata y la promoción de cuantas acciones favorezcan el bienestar de la infancia y adolescencia, ejerciendo una acción preventiva eficaz.
- 2. Los municipios con población superior a veinte mil habitantes realizarán programas y actividades de prevención destinados a evitar que se produzcan las situaciones de desamparo.
- 3. Los municipios con menos de veinte mil habitantes podrán realizar las mismas funciones indicadas en el párrafo anterior, por sí o mancomunadamente con otros municipios.
 - a) La Comunidad Autónoma podrá delegar mediante convenio con los municipios o comarcas con población superior a los veinte mil habitantes, por sí o mediante la agrupación con otras comarcas, la gestión de las medidas de protección y reforma a desarrollar en medio abierto, en el entorno sociofamiliar del menor. Entre otras podrá delegar:
 - b) Las medidas de protección de menores en situación de riesgo, tanto las de tipo técnico como económico. Asimismo el seguimiento necesario de la situación del menor y de su evolución.
 - c) El seguimiento y las medidas de apoyo al menor y su familia para su reinserción.
 - d) El estudio del menor previo a la declaración de la situación de riesgo o de desamparo.
 - e) La mediación en la guarda de los menores.
 - f) La promoción de la tutela ordinaria.
 - g) La información, estudio y orientación a las familias solicitantes de acogimiento y adopción.
 - h) El seguimiento preceptivo de los menores en acogimiento preadoptivo y los de adopción internacional.
 - i) El apoyo técnico y seguimiento de los acogimientos no preadoptivos.
 - j) Las actividades de reparación de los menores infractores.

k) La preparación y el seguimiento de las medidas en medio abierto impuestas por el Juez de menores.

Artículo 96. Financiación y coordinación

1. La Comunidad Autónoma, dentro de sus presupuestos, habilitará los créditos presupuestarios necesarios para financiar estos servicios delegados.

2. En todo caso, el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo de la Diputación General de Aragón ejercerá las funciones de planificación, coordinación, evaluación y apoyo técnico sobre la gestión de las corporaciones locales que realicen actividades en materia de protección de menores.

TÍTULO SEXTO
INSTITUCIONES Y ORGANOS DE ATENCIÓN
A LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA

Artículo 97. Instituciones y órganos

1. El Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo ejerce sus competencias en la atención de los menores mediante el Instituto Aragonés del Menor.

2. Son órganos del Instituto Aragonés del Menor, la Comisión de Tutela del Menor y el Consejo Aragonés de la Adopción.

Artículo 98. Instituto Aragonés del Menor

1. El Instituto Aragonés del Menor, adscrito al Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo de la Diputación General de Aragón, tendrá como objetivos básicos:

a) Promover políticas integrales de atención a la infancia y adolescencia.

b) Promover políticas de protección a la familia, en cuanto núcleo básico de socialización de menores, para conseguir la integración social y familiar de los menores.

c) Planificar y evaluar la actuación regional en menores.

d) Coordinar las actuaciones sectoriales que desde las diferentes Administraciones Públicas e instituciones privadas se desarrollen para la atención de la infancia y adolescencia.

2. Corresponde al Instituto Aragonés del Menor el ejercicio de las competencias en materia de protección y reforma de menores, atribuidas a la Administración de la Comunidad Autónoma por la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, Ley Orgánica 4/1992 de 5 de julio que reforma la Ley Reguladora de la Competencia y Procedimiento de los Juzgados de Menores y la presente Ley, así como sus disposiciones concordantes.

3. El Instituto Aragonés del menor se regulará mediante Ley, que lo configurará como organismo autónomo de naturaleza administrativa.

Artículo 99. La Comisión de Tutela del Menor

1. La Comisión de Tutela del Menor será el órgano del Instituto Aragonés del Menor que gestionará las funciones a las que se refiere el artículo 98,2.

2. Reglamentariamente se regulará la composición y régimen de funcionamiento de la Comisión de Tutela del Menor.

Artículo 100. Consejo Aragonés de la Adopción. Composición

1. El Consejo Aragonés de la Adopción estará compuesto por:

a) El Gerente del Instituto Aragonés del Menor, que lo presidirá.

Materiales

- b) El Director de la Comisión de Tutela del Menor, como vicepresidente.
 - c) Un representante de los equipos profesionales de la Administración autonómica.
 - d) Un representante de las instituciones colaboradoras de integración familiar de titularidad privada habilitadas para la mediación en el acogimiento familiar y en la adopción, designado por ellas mismas.
 - e) Un representante de las instituciones colaboradoras de integración familiar de titularidad pública habilitadas para la mediación en el acogimiento familiar y en la adopción, designado por ellas mismas.
 - f) Un Jefe de servicio o de la división territorial correspondiente de la Administración autonómica.
2. El Consejo tendrá competencia para:
- a) Acordar la formalización de los acogimientos realizados con consentimiento o la no oposición de los padres o tutores del menor.
 - b) Acordar la formalización de los acogimientos provisionales.
 - c) Proponer el acogimiento al Juez, conforme a los trámites de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ante la oposición o falta de consentimiento de los padres o tutores.
 - d) Formular la propuesta en el procedimiento previo a la adopción.
 - e) Conocer las actuaciones realizadas en promoción del nombramiento de tutor.
 - f) Conocer las delegaciones provisionales de la guarda, realizadas como paso previo del acogimiento familiar.

Artículo 101. Funciones

1. El Consejo Aragonés de la Adopción desarrollará sus competencias atendiendo primordialmente, al contenido de los informes remitidos por los equipos profesionales correspondientes. El expediente que se remita deberá contener en todo caso todos los extremos del documento de formalización, en especial los consentimientos necesarios, así como los informes del menor y las circunstancias de su familia que aconsejen el acogimiento o la adopción. Incluirán también los informes y valoración de la idoneidad de las familias solicitantes propuestas para cada menor.

2. Deberá respetarse, en igualdad de condiciones de idoneidad, el orden cronológico de las solicitudes. A efectos de antigüedad se tendrá en cuenta la fecha de inscripción en el Registro Central de Protección de Menores.

3. Las actuaciones relativas a los procedimientos de acogimiento y adopción serán secretas.

4. Los equipos profesionales y el Consejo Aragonés de la Adopción actuarán con la máxima agilidad, evitando demoras que vayan en perjuicio de los intereses del menor.

5. El Consejo Aragonés de la Adopción podrá recabar cuanta información necesite y elaborar y proponer cuantas recomendaciones considere necesarias para mejorar la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma y de las instituciones colaboradoras de integración familiar en la atención de los menores.

6. Reglamentariamente se regulará el funcionamiento del Consejo Aragonés de la Adopción.

TÍTULO SÉPTIMO INSTITUCIONES COLABORADORAS DE INTEGRACIÓN FAMILIAR

Artículo 102. Fomento de la iniciativa social

1. La Administración Autonómica facilitará cauces de participación a las entidades privadas en órganos de carácter consultivo, para asesorar en materia de atención a la

Materiales

infancia, proponiendo actuaciones que puedan dar respuesta a las nuevas necesidades planteadas.

2. Asimismo, el Gobierno de Aragón, de acuerdo con las directrices de la planificación regional en materia de menores:

a) Fomentará las iniciativas sociales que contribuyan a divulgar y a hacer cumplir los derechos de los menores.

b) Ofrecerá su colaboración y apoyo técnico a la iniciativa social que desarrolle sus actividades en el ámbito de la infancia y adolescencia.

c) Promocionará y subvencionará las actividades, centros y servicios de la iniciativa social que sean considerados de interés para la prevención, protección y reinserción de los niños y adolescentes de acuerdo con el estudio de necesidades y con las prioridades y requisitos establecidos en la planificación regional de menores.

Artículo 103. Instituciones colaboradoras de integración familiar

1. Se consideran instituciones de integración familiar toda aquellas que desarrollen actividades de intervención social tendentes a facilitar o recuperar la convivencia familiar de los menores ya sea en la propia familia de origen o en una familia alternativa.

2. Son instituciones colaboradoras de integración familiar las que, habiendo sido habilitadas de conformidad con lo dispuesto en el presente título realicen funciones de guarda y mediación.

3. La Administración de la Comunidad Autónoma podrá delegar el ejercicio de funciones propias de protección de menores en las instituciones colaboradas de integración familiar, de acuerdo con la legislación vigente y su habilitación específica.

Artículo 104. Requisitos

1. Las instituciones que deseen ser habilitadas por el Instituto Aragonés del Menor como instituciones colaboradoras de integración familiar deberán reunir los siguientes requisitos:

a) Tratarse de asociaciones o fundaciones sin ánimo de lucro.

b) Estar legalmente constituidas.

c) Que en sus estatutos o reglas fundacionales figure como fin la protección de menores.

d) Que su domicilio social se encuentre en Aragón o que actúe a través de establecimientos radicados en su territorio, a los que en todo caso se referirá la habilitación.

e) Que dispongan de los medios materiales y equipos pluridisciplinares que reglamentariamente se exijan.

f) Que su funcionamiento, así como el de sus establecimientos radicados en Aragón, respete los derechos, los principios y las normas establecidas por la legislación vigente para la protección de los menores.

Artículo 105. Procedimiento para la habilitación

1. El procedimiento para la concesión de la habilitación se regulará reglamentariamente.

2. El Instituto Aragonés del Menor otorgará la habilitación, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo, establecerá las directrices que deban seguir las instituciones y ejercerá las funciones de inspección y control, sin perjuicio de las facultades generales que corresponden al Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo.

3. La resolución que conceda o deniegue la habilitación deberá ser motivada. Contra la misma, así como contra los demás actos que puedan dictarse en dicho procedimiento, podrán interponerse los recursos previstos en el ordenamiento jurídico.

4. La resolución por la que se conceda la habilitación se publicará en el Boletín Oficial de Aragón, dándose traslado de la misma al Ministerio Fiscal.

5. Las entidades habilitadas podrán utilizar tras su denominación estatutaria la expresión de institución colaboradora de integración familiar.

6. La concesión de la habilitación se inscribirá de oficio en el Registro de instituciones colaboradoras de integración familiar.

Artículo 106. Contenido de la habilitación

1. La habilitación deberá expresar con claridad las funciones para las que resulta autorizada la institución correspondiente y el régimen jurídico de su ejercicio.

2. Las instituciones colaboradoras de integración familiar podrán ser habilitadas para todas o alguna de las siguientes funciones:

a) Gestionar programas preventivos y medidas de apoyo.

b) Aplicar medidas de apoyo familiar para la protección de menores en situación de riesgo.

c) Ejercer la guarda mediante acogimiento residencial de los menores cuyo internamiento sea ordenado por la entidad pública competente.

d) Ejercer la guarda mediante el acogimiento familiar en hogar funcional.

e) Realizar las actuaciones necesarias para que el menor guardado en sus Centros se reincorpore a su entorno sociofamiliar.

f) Realizar las funciones de mediación en la adopción internacional de acuerdo con la legislación vigente y su reglamentación específica. En ningún caso podrán ser habilitadas para realizar el estudio de los solicitantes, la declaración de idoneidad y el preceptivo compromiso de seguimiento del menor.

g) Realizar las funciones de mediación para el acogimiento y adopción de los menores tutelados o guardados por la Comunidad Autónoma de Aragón. No podrán ser habilitados para valorar y declarar la idoneidad de las familias, así como para realizar el seguimiento de los menores acogidos.

3. El contenido de la habilitación podrá variar cuando se modifiquen las circunstancias que concurrieron en su adopción. La modificación podrá tener lugar de oficio o a instancia de parte.

4. La habilitación podrá ser revocada si desaparece alguno de los requisitos exigidos o si la institución incurre en su funcionamiento en infracciones legales que justifiquen dicha medida. La revocación se entenderá hecha sin perjuicio de las responsabilidades de todo orden a que hubiere lugar.

5. En los supuestos de los párrafos 3 y 4 del presente artículo se dará siempre audiencia a la institución afectada.

Artículo 107. Deber de confidencialidad

1. De acuerdo con el carácter reservado de las actuaciones en materia de protección de menores previsto en los artículo 51 y 54,2 de la presente ley, todas las personas que presten servicios en las instituciones colaboradoras de integración familiar están obligadas a guardar secreto de cuanta información obtengan en relación a los menores.

2. Cualquier información que se pretenda facilitar fuera del ámbito profesional de atención a la infancia, ya sea referida a un caso individual o de carácter general, o incluso estadística, deberá contar con la previa autorización de la entidad pública competente en materia de protección de menores.

3. El incumplimiento de esta obligación será falta muy grave que podrá dar lugar a la revocación de la habilitación de la entidad, sin perjuicio de otras responsabilidades a que diera lugar.

Artículo 108. Declaración de interés social

1. Las instituciones colaboradoras de integración familiar podrán ser declaradas de interés social en los casos en los que presten servicios que lo justifiquen.

2. Tal declaración supondrá el acceso a las ayudas y beneficios que se establezcan en la legislación autonómica.

TÍTULO OCTAVO
INFRACCIONES Y SANCIONES

CAPÍTULO PRIMERO. INFRACCIONES

Artículo 109. Infracciones administrativas

Son infracciones administrativas a la presente ley las acciones y omisiones tipificadas en el presente artículo.

Artículo 110. Infracciones leves

Constituyen infracciones leves:

1. Incumplir levemente la normativa aplicable en el ámbito de los derechos de los menores en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón, si de ello no se derivan perjuicios relevantes para aquellos.

2. Incumplir levemente las normas aplicables para la apertura o funcionamiento de centros o servicios de atención a la infancia o la adolescencia, por parte de los titulares de éstos.

3. Incumplir el deber de actualizar los datos que constan en el Registro de entidades colaboradoras.

4. Cualquier otra infracción que, estando tipificada como grave, no mereciera esta consideración por razón de su falta de intencionalidad, naturaleza, ocasión o circunstancia.

Artículo 111. Infracciones graves

Constituyen infracciones graves:

1. Reincidir en infracciones leves.

2. Incurrir en las infracciones tipificadas como leves, siempre que el incumplimiento o los perjuicios sean graves.

3. No poner en conocimiento de las autoridades competentes la posible situación de desamparo en que pudiera encontrarse un menor.

4. Intervenir con funciones de mediación en la acogida o adopción de menores sin la previa habilitación administrativa.

5. Incumplir por el centro o personal sanitario la obligación de identificar al recién nacido, de acuerdo con la normativa que regule la mencionada obligación.

6. Incumplir las resolución administrativas que se dicten en materia de atención a los menores.

7. Proceder a la apertura o iniciar el funcionamiento de servicios o centros de atención a los menores sin haber obtenido la preceptiva autorización administrativa.

8. Incumplir el deber de confidencialidad y sigilo respecto a los datos personales de los menores.

9. Difundir, a través de los medios de comunicación datos personales de los menores.

Materiales

10. No facilitar por parte de los titulares de los centros o servicios, el tratamiento o la atención que correspondan a las necesidades de los menores.
11. Excederse en las medidas correctoras a los menores.
12. Limitar los derechos de los menores más allá de lo acordado por decisión judicial.
13. Amparar o ejercer prácticas lucrativas en centros o servicios de atención a los menores, definidos sin ánimo de lucro, por parte de los titulares de los mismos o del personal a su servicio.
14. Impedir, obstruir o dificultar de cualquier modo las funciones de inspección y control de los centros o servicios de atención a los menores por parte de los titulares o personal de los mismos.
15. Aplicar por parte de los titulares de centros o servicios las ayudas o subvenciones públicas a finalidades diferentes de aquellas para las que hubieran sido otorgadas, cuando no se deriven responsabilidades penales.
16. Percibir cantidades no autorizadas por prestaciones o servicios de atención a los menores o su familia, cuando las entidades colaboradoras actúen en régimen de concierto con una Administración Pública.
17. Incumplir la obligación de inscripción en los registros establecidos en relación con la atención integral a los menores.
18. No gestionar plaza escolar para un menor en período de escolarización obligatoria, por parte de los padres, tutores o guardadores.
19. Impedir la asistencia al centro escolar de un menor en período de escolarización obligatoria, disponiendo de plaza y sin causas que lo justifique, por parte de los padres, tutores o guardadores.
20. Vender, suministrar o dispensar, de forma gratuita o no, a los menores, bebidas alcohólicas o tabaco.
21. Vender, suministrar o dispensar bebidas alcohólicas o tabaco en centros de enseñanza a los que asistan menores y en establecimientos, recintos, locales o espacios dedicados específicamente a menores.
22. Utilizar menores en actividades o espectáculos prohibidos a los mismos por esta ley.
23. Permitir la entrada en establecimientos o locales a que hace referencia el artículo 41 de esta ley.
24. Vender o suministrar a menores las publicaciones recogidas en el artículo 42, así como la venta, alquiler, difusión o proyección de los medios audiovisuales a que se hace referencia en el artículo 43.
25. Emitir programación a través de medios audiovisuales sin ajustarse a las reglas contenidas en esta ley.
26. Emitir o difundir publicidad que conculque lo establecido en el artículo 44 de esta ley.
27. Cualquier otra infracción que, estando tipificada como muy grave, no mereciendo esta consideración por razón de su falta de intencionalidad, naturaleza, ocasión o circunstancia.

Artículo 112. Infracciones muy graves

Constituyen infracciones muy graves:

1. Reincidir en infracciones graves.
2. Incurrir en las infracciones recogidas en el artículo anterior si de ellas se desprende daño de imposible o difícil reparación a los derechos de los menores.
3. Intervenir en funciones de mediación en la acogida o adopción mediante precio o engaño, o con peligro manifiesto para la integridad física o psíquica del menor.
4. Recibir a un menor ajeno a la familia de las personas receptoras con la intención de su futura adopción, sin la intervención del órgano competente de la Administración

Materiales

autonómica, mediante precio o engaño, o con peligro para la integridad física o psíquica del menor.

Artículo 113. Sujetos responsables

Son responsables las personas físicas o jurídicas a las que sea imputable las acciones u omisiones constitutivas de infracciones tipificadas en esta ley.

Artículo 114. Reincidencia

Se produce reincidencia cuando el responsable de la infracción haya sido sancionado mediante resolución firme por la comisión de otra infracción de la misma naturaleza en el plazo de un año, a contar desde la notificación de aquélla.

CAPÍTULO SEGUNDO. SANCIONES ADMINISTRATIVAS

Artículo 115. Sanciones administrativas

Las infracciones tipificadas en el presente título, serán sancionadas de la forma siguiente:

- a) Infracciones leves: amonestación por escrito o multa de hasta 2.000.000 de pesetas.
- b) Infracciones graves: multa de 2.000.001 pesetas a 20.000.000 de pesetas.
- c) Infracciones muy graves: multa de 20.000.001 pesetas a 100.000.000 de pesetas.

Artículo 116. Acumulación de sanciones

1. A las sanciones previstas en el artículo anterior podrán acumularse la sanción de revocación de las ayudas o subvenciones concedidas a las personas físicas o jurídicas responsables y/o a la inhabilitación para recibir cualquier tipo de ayudas o subvención de la Administración autonómica por un plazo de uno a cinco años.

2. Cuando los responsables de las infracciones sean los titulares de centros o servicios de atención a menores, reconocidos como entidades colaboradoras, podrán acumularse a las sanciones previstas en el artículo anterior uno o varias de las sanciones siguientes:

a) Cierre temporal o definitivo, total o parcial del centro o servicio en que se cometió la infracción.

b) Revocación del reconocimiento como entidad colaboradora.

3. Cuando los responsables sean titulares de medios de comunicación, por infracciones cometidas a través de los mismos, podrá imponerse como sanción acumulada la difusión pública de la resolución sancionadora por los mismos medios de comunicación, en las condiciones en que se fije la autoridad sancionadora.

4. En las infracciones consistentes en la venta, suministro o dispensación de productos o bienes prohibidos a los menores, así como permitir la entrada de los mismos en establecimientos o locales a los que se refiere el artículo 41 de esta ley, podrá imponerse como sanción acumulada el cierre temporal, hasta un plazo de cinco años, o definitivo de los establecimientos, locales, instalaciones, recintos o espacios en que se haya cometido la infracción.

Artículo 117. Graduación de las sanciones

Codificadas las infracciones, las sanciones se graduarán en atención a la reiteración de las mismas, al grado de intencionalidad o negligencia de las mismas, al grado de intencionalidad o negligencia del infractor, a la gravedad de los perjuicios causados a

los menores, en atención a sus condiciones, y a la relevancia o transcendencia social que hayan alcanzado.

CAPÍTULO TERCERO. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Artículo 118. Incoación

1. Los expedientes sancionadores de las infracciones tipificadas en la presente ley, serán incoados por:

- a) El Ayuntamiento correspondiente al domicilio del menor, si fueren presuntos responsables los padres o tutores, guardadores o particulares.
- b) El Ayuntamiento correspondiente al domicilio del centro, servicio o establecimiento, si fueren presuntos responsables los titulares o trabajadores de los mismos.
- c) El Instituto Aragonés del Menor, si de la infracción pudiera resultar responsable un medio de comunicación social.

2. En todo caso debe tratarse de municipios de más de 25.000 habitantes. Tratándose de municipios de población inferior a la señalada y en todos los supuestos no contemplados en el presente artículo, deberá iniciarse el expediente por el Instituto Aragonés de Atención a la Infancia.

3. Cuando el Instituto Aragonés del Menor tuviera conocimiento de un hecho que pudiera ser constitutivo de una infracción tipificada en esta ley, lo pondrá en conocimiento del Ayuntamiento correspondiente, a fin de que proceda, en su caso, a la incoación del oportuno expediente. En este supuesto se informará al Instituto Aragonés del Menor del inicio del expediente o de las causas que motivan la no incoación del mismo.

Artículo 119. Procedimiento aplicable

El procedimiento sancionador se ajustará a lo dispuesto en el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Artículo 120. Resolución

Serán competentes para la resolución e imposición de las sanciones a que se refiere la presente ley el Alcalde y el Director-Gerente del Instituto Aragonés del Menor, cuando el expediente se hubiera incoado por la entidad respectiva.

Cuando la sanción propuesta lleve acumulada la contemplada en el artículo 116.2 a), será competente para resolver la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón, según proceda.

Artículo 121. Relación con la jurisdicción penal y civil

1. Cuando el órgano competente para incoar el procedimiento sancionador tuviera indicios de que el hecho pudiera constituir también una infracción penal, lo pondrá en conocimiento del órgano jurisdiccional competente, absteniéndose de proseguir el procedimiento, una vez incoado, entre tanto no exista un pronunciamiento judicial.

2. Cuando el mencionado órgano tuviera conocimiento, una vez incoado el procedimiento sancionador, de la existencia de diligencias penales con identidad de hechos, sujetos y fundamento, se abstendrá asimismo de proseguir el procedimiento hasta que exista pronunciamiento judicial.

3. Si una vez resuelto el procedimiento sancionador se derivaran responsabilidades administrativas para los padres, tutores o guardadores, se pondrá en conocimiento de la Fiscalía de Menores por si pudieran deducirse responsabilidades civiles.

Artículo 122. Recursos

Contra las resoluciones recaídas en los procedimientos sancionadores se podrán interponer los recursos administrativos y jurisdiccionales que legalmente procedan.

Artículo 123. Publicidad de las sanciones

La consejería competente en materia de menores podrá acordar la publicación de las resoluciones firmes e imposición de sanciones graves y muy graves en el Boletín Oficial de Aragón.

Artículo 124. Prescripción de las infracciones

Las infracciones tipificadas en esta ley prescribirán a los tres años las leves, o a los seis años las graves y a los diez años las muy graves desde el momento en que se hubiera cometido la infracción si antes de transcurrido dicho plazo no se hubiese notificado al interesado la incoación del expediente sancionador.

**TÍTULO NOVENO
DE LOS REGISTROS**

CAPÍTULO PRIMERO. REGISTRO DE PROTECCIÓN DE MENORES

Artículo 125. Características y contenido

1. El Registro de protección de menores será central y único, y tendrá carácter reservado.
2. Este Registro constará de dos libros separados: El libro de los menores sujetos a medida de protección y el libro de personas o parejas solicitantes de acogimiento y adopción.
3. En el libro de menores serán objeto de inscripción las medidas de protección adoptadas, así como las modificaciones y ceses.
4. En el libro de familias serán inscritos los solicitantes de acogimiento y adopción, nacional e internacional, así como los acogimientos y las adopciones propuestas y las realizadas.
5. Reglamentariamente se regulará la organización y funcionamiento de los registros, debiendo quedar garantizados:
 - a) El derecho a la intimidad y la obligación de reserva respecto a las inscripciones.
 - b) El libre acceso del Ministerio Fiscal.

Artículo 126. Efecto de la inscripción

1. Sólo las personas que figuren inscritas en este Registro podrán realizar acogimientos o ser propuestas como adoptantes.
2. La inscripción en el Registro en ningún caso se entenderá como el reconocimiento de un derecho a que se produzca efectivamente la entrega de un menor.
3. La inscripción adecuada en el Registro da derecho a que la solicitud sea estudiada y valorada, salvo lo previsto en el artículo 87,2 sobre la valoración de los solicitantes de otras Comunidades Autónomas.

CAPÍTULO SEGUNDO. DEL REGISTRO DE INSTITUCIONES COLABORADORAS DE INTEGRACIÓN FAMILIAR

Artículo 127. Características y contenido

1. El Registro de instituciones colaboradoras de integración familiar es público. En él deberán estar inscritas todas aquellas que hayan sido habilitadas por la Administración autonómica.

2. En el Registro constarán su denominación, domicilio social, composición de órganos directivos, estatutos, fecha y contenido de la habilitación, así como la ubicación de sus centros en Aragón. Las modificaciones que se produzcan en estos datos serán objeto del asiento correspondiente.

3. La Diputación General regulará reglamentariamente la organización y funcionamiento de este registro. En todo caso las instituciones vendrán obligadas a poner en conocimiento del encargado del mismo cuantas variaciones se produzcan en los datos a los que se refiere el párrafo anterior.

F) SITUACIÓN ACTUAL DE LA CASACIÓN FORAL EN ARAGÓN

En el anterior número de esta revista incluímos un breve resumen de los aspectos más destacados de la historia de la casación foral aragonesa partiendo de la redacción originaria del artículo 29 del Estatuto de Autonomía (1982) y concluyendo con el problema producido por la supresión en el nuevo texto del Estatuto de toda referencia al contenido del citado artículo. Reseñábamos la existencia de tres resoluciones judiciales que de modo unánime entendían que la supresión del contenido del artículo 29 eliminaba la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en esta materia y la opinión coincidente del Justicia de Aragón expresada de modo formal en Resolución dirigida a las Cortes de Aragón.

En este número damos cuenta de las novedades producidas desde entonces. De modo especial, se reseña la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón presentada el día 1 de diciembre de 1997 por 19 diputados de las Cortes de Aragón y el pronunciamiento formal realizado por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo mediante Auto de 10 de febrero de 1998, dictado en recurso de casación nº 1909/1997, declarando que la competencia para conocer de dicho recurso corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

I. AUTO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1997

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Noveno: Por último, en relación con el recurso que se resuelve, se considera conveniente analizar, siquiera brevemente, la incidencia que en el sistema de los recursos gubernativos ha supuesto la supresión del artículo 29 del Estatuto de Autonomía de

Aragón, operada por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, del Estatuto de Autonomía de Aragón, modificada por la Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo, de Reforma de dicho Estatuto.

Establece la Disposición Adicional Séptima de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que «cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan a los Órganos jurisdiccionales radicados en la C.A. el conocimiento de los recursos contra la calificación de títulos sujetos a inscripción en un Registro de la Propiedad de la Comunidad, corresponderá al Presidente del Tribunal Superior de Justicia la resolución del recurso», quien lo resolverá definitivamente en vía gubernativa, cuando el recurso se funde en el Derecho Civil, Foral o especial privativo de la C.A.

En otro caso, su decisión será apelable, conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

Esa competencia se recogía en el artículo 29. Uno e) del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, que disponía:

«Uno. De acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, las competencias jurisdiccionales de Aragón se extienden:

e) A los recursos gubernativos sobre calificación de documentos referentes al Derecho civil aragonés, que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad..»

La supresión dispuesta en el artículo segundo de la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, del artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón, ha planteado la duda sobre la subsistencia de la competencia que el derogado artículo 29 atribuía al Presidente del Tribunal Superior de Justicia para la resolución definitiva de los recursos gubernativos en los términos establecidos en el apartado e) del artículo 29, ahora «suprimido».

Duda que sólo cabe resolver desde un triple perspectiva: constitucional (arts 117.3, 149.8 y 152 de la Constitución); estatutaria (art. segundo de la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre) y orgánica (Disp. Adicional 7^a de la LOPJ), en el sentido de que suprimida del vigente Estatuto de Autonomía esa competencia, que se hallaba en concordancia con lo establecido en la Disp. Adicional Séptima de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha de entenderse derogada, puesto que las leyes posteriores derogan las anteriores (art. 2.2 del Código Civil), salvo reserva que no existe.

La supresión (que supone un «plus» sobre la derogación) de esa competencia recogida en el «Suprimido» artículo 29 del E. de A. de Aragón, devuelve esta clase de medios de impugnación al sistema ordinario de recursos establecido en los arts 66 de la L. H. y 121 del R. H. a juicio de esta Presidencia (Disp. Adicional Séptima de la LOPJ), vigente; con independencia de la desfavorable valoración que nos merece la pervivencia de ese denominado recurso gubernativo, trámite intermedio que como la experiencia pone de relieve, no evita la interposición del recurso ante la DGRN.

**II. INFORME DEL FISCAL EN RECURSO DE CASACIÓN
Nº 1909/97 interpuesto ante la SALA PRIMERA
DEL TRIBUNAL SUPREMO CONTRA SENTENCIA Nº 241,
DE 12 DE ABRIL DE 1997, DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL.
DE ZARAGOZA (SECCIÓN SEGUNDA)**

A LA SALA PRIMERA DEL TRIBUNAL SUPREMO

EL FISCAL, en el recurso de casación nº 1909/97 interpuesto por la representación de Dª Manuela Fernández Carrión y Frumater, S. L., contra sentencia número 241, de fecha 12 de abril de 1997, dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en recurso de Apelación nº 790/96, procedente de los autos de menor cuantía sobre Tercería de dominio 298/95 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Calatayud, INFORMA de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que este recurso plantea NUMEROSOS PROBLEMAS, pues el motivo primero se funda en la interpretación errónea del art. 37, párrafo 3 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, con lo que según el art. 1730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, correspondería el conocimiento del recurso al Tribunal Superior de Justicia de Aragón, pero el problema se complica pues el art. 73 de la LOPJ en su número 1 apartado a), atribuye esta competencia *cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución*, lo que no exige el art. 1730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil redactado por la Ley 10/92 de 30-4, y además se *complica más* porque el art. 29, nº 1, apartado a), de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de Agosto, sí atribuye esta competencia, pero el Estatuto de Aragón ha sido modificado por Ley Orgánica nº 5/1996 de 30 de diciembre, y en su artículo 2, ha derogado, *NO SABEMOS* el MOTIVO el art. 29, quedando sólo el anterior art. 28, que pasa a ser ahora 29, con lo que el Estatuto de Autonomía de Aragón dice ahora que: «*El Tribunal Superior de Justicia de Aragón es el órgano jurisdiccional en que culmina la organización judicial en su ámbito territorial y ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales en los términos del art. 152 de la Constitución, y de acuerdo con el presente Estatuto*» y como el art. 152 de la Constitución dice: «*sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 123 las sucesivas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia*». No exigiendo la Constitución para conocer del recurso de casación en materia foral, que esté prevista esta atribución en el Estatuto, y como el art. 35 nº 4 del Estatuto de Aragón dice que es competencia de la Comunidad de Aragón, la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Aragonés, parece que la derogación del art. 29 del estatuto, no implica que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, haya perdido competencia en materia de Derecho Civil Foral, y la cláusula general del antiguo art. 28 del Estatuto, hoy 29, en relación con el art. 152 de la Constitución y 1730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, nos lleva a la conclusión, y así INFORMAMOS de acuerdo con el artículo 1731 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es *competente para conocer del presente recurso la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.*

Madrid, 19 de septiembre de 1.997
Fdo.: José Mª Paz Rubio

**III. PROPUESTA DE REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA
PRESENTADA POR 19 DIPUTADOS DE LAS CORTES DE ARAGÓN
EL DÍA 1 DE DICIEMBRE DE 1997
(BOCA NÚM. 155, DE 19 DE DICIEMBRE DE 1997)**

A LA MESA DE LAS CORTES DE ARAGÓN:

Los Diputados abajo firmantes, pertenecientes a los Grupos Parlamentarios que se indican por cada uno de aquéllos, al amparo de lo establecido en el artículo 61 del estatuto de Autonomía de Aragón, presentan la siguiente propuesta de reforma del mismo, a los meros efectos de subsanar un error material padecido en la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, que omitió, sin que constara voluntad alguna de quererlo hacer, el artículo 29 del texto que era objeto de la reforma introducida por la citada Ley Orgánica.

Las Cortes de Aragón promovieron en la pasada legislatura, por iniciativa conjunta de todos los Grupos Parlamentarios, la reforma del Estatuto de Autonomía que aprobara la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, y a tal efecto, se constituyó una Comisión especial que, bajo la presidencia del que ostentaba entonces la de la Cámara, elaboró un proyecto que comprendía la modificación total o parcial de diversos artículos del Estatuto originario mientras que otros muchos se respetaron en su integridad por entenderse que no requerían alteración alguna, coincidiendo los miembros de la Comisión en la conveniencia de mantenerlos como figuraban redactados. Fue esto lo que se deseaba hacer con el artículo 29 del Estatuto de 1982, que determina las competencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, materia de relevancia indiscutible atendiendo a la que tiene el Derecho foral aragonés en el ámbito personal, real y formal del propio ordenamiento.

Sin embargo, al reordenar la enumeración de los artículos del Estatuto para ajustarlos a las modificaciones introducidas, se padeció un error material consistente en la omisión del citado artículo 29 del Estatuto, absolutamente inintencionada porque ningún Grupo tenía, ni desde luego manifestó entonces, voluntad alguna de suprimirlo ni se verificó votación en la que se decidiera eliminar el artículo omitido, sin duda por faltar, se insiste, voluntad política alguna de hacerlo.

Por lamentable que resulte, el error padecido por estas Cortes en aquella ocasión tampoco se advirtió en el Congreso y Senado, aunque tampoco en ninguna de estas Cámaras manifestaron los Grupos propósito de explicar la omisión en el sentido de que fuera consecuencia de una voluntad política deliberada y opuesta a la subsistencia del artículo referido.

No parecería de razón que la Cámara que padeció el error de origen se excusara de procurar su remedio siguiendo el procedimiento previsto para toda reforma estatutaria, a falta de un procedimiento destinado especialmente para corregir errores materiales, pero teniendo que limitar obviamente, el alcance de la modificación, a reparar el error sufrido. Los firmantes consideran que es deber de la Cámara actuar en el sentido que se desprende de esta iniciativa y ello aunque se sostuviera que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón mantiene la totalidad de las competencias que venía ejerciendo con anterioridad a la Ley Orgánica 6/1996. Respetando otras interpretaciones, se considera que no basta, desde luego, lo que la LOPJ dispone, para asegurar el mantenimiento de aquellas competencias, criterio que, por cierto, ha sostenido el propio Tribunal Superior de Justicia al declararse incompetente en ocasión reciente. Entienden los firmantes que la mención expresa en el

Estatuto de las competencias que se atribuyen al Tribunal Superior de Justicia de Aragón por el artículo 29 del Estatuto de 1982, es el único medio que despejará cualesquiera dudas interpretativas que de procederse como se propone, pueden resolverse sencillamente sin perjuicio de ningún interés ni derecho, de modo que la subsanación que se promueve carece de contraindicaciones y permite alcanzar la seguridad jurídica exigible.

Además, lo que se propone debe entenderse requerido por el artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en todo caso, por la vocación de suficiencia que es consustancial al contenido y a la naturaleza de un Estatuto. Efectivamente, al hablar dicho precepto de la I.OPJ de las competencias que corresponderán, en su caso, a los Tribunales Superiores de Justicia en las materias concernidas, menciona como necesaria la concurrencia de dos requisitos: uno, que el recurso se funde en infracción de normas de Derecho Civil, Foral o Especial propio de la comunidad y, otro, que, además, el Estatuto de Autonomía haya previsto esa atribución, lo que no sucedería de conservarse la redacción resultante del yerro padecido.

Como se trata, en suma, de un error material ajeno a cualquier criterio volitivo y así desean hacerlo constar los firmantes, entienden que procede incorporar al Estatuto vigente, como artículo 28 bis, el texto literal del artículo 29 del Estatuto de 10 de agosto de 1982, que seguidamente se transcribe:

- «*1. De acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, las competencias de los órganos jurisdiccionales en Aragón se extienden:*
- a) En el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias de Derecho Civil foral aragonés.*
 - b) En el orden penal y social, a todas las instancias y grados, con excepción de los recursos de casación y revisión.*
 - c) En el orden contencioso-administrativo, a todas las instancias y grados, cuando se trate de actos o reglamentos emanados de la Diputación General o de la Administración de la Comunidad Autónoma, en materias cuya legislación corresponda en exclusiva a las Cortes aragonesas.*
 - d) A las cuestiones de competencia entre órganos judiciales en Aragón.*
 - e) A los recursos gubernativos sobre calificación de documentos referentes al Derecho civil aragonés, que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad.*
- 2. En las restantes materias se podrá interponer, cuando proceda, ante el Tribunal Supremo, el recurso de casación o el que corresponda, según las leyes del Estado y, en su caso, el de revisión. El Tribunal Supremo resolverá también los conflictos de competencia y jurisdicción entre los Tribunales de Aragón y los demás de España.»*

Zaragoza, 1 de diciembre de 1997

Suscrito por catorce Diputados del G. P. del Partido Aragonés, tres Diputados del G. P. Izquierda Unida de Aragón y dos Diputados del G. P. Mixto.

La Mesa de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada el día 9 de diciembre de 1997, admitió a trámite esta Propuesta de Reforma. Asimismo, la Mesa, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 del Reglamento de la Cámara, ordenó su publicación y su remisión a la Diputación General para que manifieste su criterio respecto a la toma en consideración de esta iniciativa legislativa.

IV. AUTO DE LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 10 DE FEBRERO DE 1998 DICTADO EN RECURSO
DE CASACIÓN N° 1909/97

AUTO

Excmos. Sres.:
D José Luis Albácar López
D. Francisco Morales Morales
D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez

En la Villa de Madrid, a diez de febrero de mil novecientos noventa y ocho.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. El Procurador D. Isacio Calleja García, en nombre y representación de D^a Manuela Fernández Carrión y de la entidad Frumater, S. L., presentó ante esta Sala escrito de interposición de recurso de casación contra la sentencia dictada con fecha 12 de abril de 1997 por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Segunda) en el rollo n° 790/96 dimanante de los autos n° 298/95 del Juzgado de Primera Instancia n° 1 de Calatayud.

2. Entregadas las actuaciones al Ministerio Fiscal, éste las devolvió informando que, por fundarse el primer motivo del recurso en interpretación errónea del art. 37, párrafo tercero, de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, la competencia para conocer del recurso correspondía a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, pese a la derogación del art. 29 del Estatuto de Autonomía de dicha Comunidad Autónoma, por desprenderse así del art. 152 de la Constitución en relación con el n° 4 del art. 35 de dicho Estatuto de Autonomía, con la cláusula general de su antiguo art. 28, hoy 29, y con el art. 1730 LEC.

3. Por Providencia de 14 de octubre de 1997 se acordó oír a las partes sobre la competencia para conocer del recurso, según dispone el art. 1731 LEC.

4. La parte recurrente evacuó el trámite alegando que la competencia correspondía a esta Sala (por haber desaparecido la expresa atribución competencial contenida en el antiguo texto del art. 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón), imponer el art. 73.1.a) de la LOPJ dos requisitos cumulativos de los cuales faltaría uno, y no poder incluirse la casación en el art. 152 de la Constitución por no ser una instancia, recordando que el art. 123 de la Constitución considera al Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes

5. La parte recurrida en cuyo nombre y representación se había personado la Procuradora D^a Paloma Ortiz-Cañavate Levenfeld, evacuó el mismo trámite asumiendo íntegramente el informe del Ministerio Fiscal y alegando, subsidiariamente, que si esta Sala se considerase competente para conocer del recurso, habría de inadmitirlo por insuficiencia de la cuantía litigiosa.

6. Con fecha 22 de enero último se celebró Junta General de los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo figurando en el orden del día la cuestión de si, pese a la desaparición del anterior contenido del artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón tras la L. O. 5/96, podía entenderse subsistente la competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia para conocer de los recursos de casación fundados en infracción de normas de Derecho civil foral aragonés, y por mayoría se enten-

dió, siempre quedando a salvo la independencia para el enjuiciamiento y resolución de cada proceso como dispone el art. 264.2 LOPJ, que efectivamente subsistía dicha competencia.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se plantea ante esta Sala, con ocasión del trámite previsto en el art. 1731 LEC, si la competencia para conocer del presente recurso de casación, fundado conjuntamente en infracción de normas de Derecho civil común y de Derecho civil foral aragonés, concretamente el art. 37 —párrafo tercero— de la Compilación de Derecho Civil de Aragón (motivo primero), e interpuesto contra una sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, corresponde a esta Sala o, por el contrario, a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad Autónoma.

2. En el estado de cosas anterior a la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, la cuestión no suscitaba dudas sobre la competencia, en tal caso, de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, ya que el art. 29.1 a) de dicho Estatuto de Autonomía, desde su redacción originaria según la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, extendía las competencias de los órganos jurisdiccionales en Aragón, en el orden civil, «a todas las instancias y grados, **incluidos los recursos de casación y revisión**, en las materias de Derecho civil foral aragonés», mientras que por su parte el art. 54.1. a) de la Ley de Demarcación y de Planta Judicial de 1988, y más tarde el art. 1730 LEC en su redacción según la Ley 10/92, resolvieron el problema de los recursos fundados conjuntamente en infracción de normas de Derecho Común y foral atribuyendo la competencia a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia.

3. Sin embargo, el problema surge porque la indicada Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón ha eliminado de su texto el contenido del antiguo artículo 29, pasando a ocupar este número del articulado el contenido del antiguo artículo 28, de la misma forma que ha sucedido con los artículos 27, 26 y 25, que pasan a recoger los contenidos de los antiguos artículos 26, 25 y 24 según dispone el artículo 2º de dicha Ley Orgánica de reforma. La consecuencia de todo ello es que el texto actualmente vigente del Estatuto de Autonomía de Aragón no contiene una expresa atribución competencial, en materia de recurso de casación civil por infracción de normas de derecho foral, a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, limitándose su artículo 29, reproducción del antiguo artículo 28, a establecer que: «*El Tribunal Superior de Justicia de Aragón es el órgano jurisdiccional en que culmina en su ámbito territorial y ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales en los términos del artículo 152 de la Constitución y de acuerdo con el presente Estatuto*». Y como quiera que el art. 73.1 LOPJ atribuye a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil, la competencia para conocer el recurso de casación «*siempre que el recurso se funde en infracción de normas de Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución*», se suscitan serias dudas en torno a la competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para seguir conociendo de los recursos de casación por infracción de normas de Derecho civil foral aragonés.

4. En una primera aproximación interpretativa, estrictamente literal, cabría afirmar que efectivamente la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón carece en la actualidad de dicha competencia. Ni el artículo 152.1 párrafo segundo de la

Constitución, que en principio contemplaba los Tribunales Superiores de Justicia sólo para las Comunidades Autónomas que se constituyeran por la vía del artículo 151 (SSTC 72/89 y 38/82), limitándose a declarar que culminarían la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, «*sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo*», ni el art. 35.1.4^a del Estatuto de Autonomía de Aragón, que atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, pueden tomarse como atributivos de una competencia judicial que la propia Constitución, en su art. 122.1, reserva a la LOPJ (SSTC 56/90, 62/90 y 254/94, esta última declaratoria de la inconstitucionalidad del art. 733 LEC), pareciendo bastante claro que dicho art. 35.1.4^a se refiera a la competencia legislativa, en concordancia con el art. 149.1.8^a de la Constitución, y no a la judicial. Y tampoco parece convincente que la coma del art. 73.1 a) LOPJ antes transcrita («... y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía...») pueda interpretarse como significativa de dos requisitos alternativos y no conjuntos, pues no encajaría en el sistema de la LOPJ ni de la propia Constitución, especialmente si se recuerda su configuración del Poder Judicial como poder exclusivamente estatal (arts. 122, 123, 149.1.5^a y 152 y SSTC 25/81, 38/82, 56/90 y 62/90), que un Estatuto de Autonomía atribuyera al Tribunal Superior de Justicia la competencia para conocer del recurso de casación civil en todo caso, es decir al margen de la naturaleza común o foral de la norma supuestamente infringida e incluso aunque la Comunidad Autónoma de que se trate careciera de Derecho civil propio.

5. No obstante, la tarea interpretativa de las normas no puede detenerse en lo puramente literal o gramatical. Muy al contrario, el art. 3.1 del Código Civil añade a este elemento de interpretación el sintáctico-sistemático («contexto»), el histórico («antecedentes históricos y legislativos») y el sociológico («realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas»), imponiendo a su vez sobre todos ellos («fundamentalmente») el del espíritu y finalidad de la norma (elemento teleológico), sin que, a su vez, la falta de mención expresa del elemento lógico pueda tomarse, según opinión unánime de la doctrina, como equivalente a su exclusión.

La cuestión, por tanto, consiste en determinar si, combinando todos estos elementos de interpretación, debe igualmente llegarse a la conclusión de que la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón de 1996 ha privado al Tribunal Superior de Justicia de la competencia para conocer del recurso de casación por infracción de normas de Derecho civil foral.

Para resolver tal cuestión debe tenerse en cuenta, ante todo, que Aragón ha sido uno de los territorios españoles con indiscutible Derecho civil propio. De Aragón fue el único Apéndice de los previstos en el art. 6^a de la Ley de Bases de 1888 que llegó efectivamente a ser ley en 1925; de 1967 data la Compilación de Derecho Civil de Aragón que sustituyó al Apéndice; en Zaragoza se celebró, en 1946, el Congreso Nacional de Derecho Civil en el que se afirmó la realidad y legitimidad del Derecho foral; y Aragón no ha considerado su derecho civil propio como algo estático, sino que después de la Constitución ha modificado su Compilación por Ley 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos, y por Ley 4/1995, de 29 de marzo, sobre sucesión intestada.

Igualmente ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el Estatuto de Autonomía de Aragón, en su redacción originaria de 1982, sí atribuía expresamente a los órganos jurisdiccionales de Aragón competencia para conocer del recurso de casación en materias de Derecho civil foral aragonés, así como que la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha venido ejerciendo pacíficamente esa competencia hasta la reforma del Estatuto de 1996.

Pues bien, todos estos datos, unidos a la consideración de que las reformas del Estatuto de Autonomía de 1994 y 1996 tuvieron como finalidad indiscutible la ampliación de competencias de la Comunidad Autónoma, y no su reducción («La reforma del actual Estatuto redescubre nuestra identidad histórica», dice la Exposición de Motivos de la L. O. 5/96, que igualmente habla de trabajar por la recuperación de su constante histórica o de que «Aragón encuentre la plenitud que se pretende como deseable ecuación de libertad para decidir y responsabilidad por lo decidido, dentro del concepto de España»), unidos a la subsistencia del conocimiento del Derecho propio de Aragón como mérito preferente para el cargo de Presidente y Magistrados de TSJ (arts. 30 y 31 EA) y unidos, en fin, a la ausencia de cualquier trabajo o material parlamentario que ni siquiera apuntara a una eliminación de aquella competencia, conducen a afirmar, y así se ha entendido por mayoría en la Junta General de los Magistrados de esta Sala celebrada el 26 de enero último, que la desaparición del contenido del antiguo art. 29.1 a) del Estatuto sólo puede tomarse como un defecto de técnica legislativa tan patente como, sin embargo, subsanable por vía interpretativa entendiendo que, en el caso concreto de Aragón como Comunidad con Derecho civil foral claramente caracterizado y cuyo Tribunal Superior venía ejerciendo la referida competencia, el vacío creado por la técnicamente desacertada reforma de su Estatuto queda cubierto por la previsión de su actual artículo 29 de que ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón se agoten las sucesivas instancias procesales en los términos del artículo 152 de la Constitución, disposición que, siempre en el caso concreto de Aragón, permite entender cumplido el requisito establecido en los arts. 73.1º) LOPJ y 1686 LEC por más que, evidentemente, el recurso de casación no sea una «instancia» más.

En virtud de lo expuesto, LA SALA ACUERDA:

«Declarar que la COMPETENCIA para conocer el presente recurso de casación corresponde a LA SALA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN, a la que se remitirán las actuaciones y el rollo de apelación, con testimonio de este Auto y del escrito de interposición del recurso, previo emplazamiento de las partes para que comparezcan ante dicha Sala en el plazo de diez días.»

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

**G) SENTENCIA TS (SALA 3.^a), DE 31 DE ENERO DE 1997,
ESTIMATORIA DEL RECURSO INTERPUESTO
CONTRA EL RD 2253/1985, DE 22 DE MAYO,
SOBRE ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO FORAL
O ESPECIAL COMO MÉRITO PREFERENTE
PARA EL NOMBRAMIENTO DE NOTARIOS
EN DETERMINADAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

Rec. núm. 850/1994

Contencioso-Administrativo (Sala 3.^a-Sección 6.^a)

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Sieira Míguez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—El presente recurso contencioso se impone contra el Real Decreto 2253/1985 por la Junta de Decanos de Colegios Notariales y de los Colegios Notariales de Madrid, Albacete, Baleares, Bilbao, Burgos, Cáceres, Granada, La Coruña, Las Palmas, Oviedo, Pamplona, Sevilla, Valencia y Valladolid y por la Generalitat de Catalunya.

En el recurso interpuesto por la Junta de Decanos de Colegios Notariales y de los Colegios Notariales y de los Colegios Notariales de Madrid, Albacete, Baleares, Bilbao, Burgos, Cáceres, Granada, La Coruña, Las Palmas, Oviedo, Pamplona, Sevilla, Valencia y Valladolid, la primera alegación o motivo de fundamentación del recurso es la nulidad del Real Decreto impugnado por omisión del informe preceptivo de la Junta de Decanos de los Colegios Notariales, Consejo General del Notariado, previsto en los artículos 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 105, a) de la Constitución, cuestión que ha de resolverse con carácter previo a fin de no afectar la continencia de la causa.

Es doctrina reiterada de esta Sala y Sección, consolidada a partir de la Sentencia de revisión de 8 mayo 1992, recogiendo lo sentado en otras anteriores como la de 21 noviembre 1990 y seguido por la de 25 febrero 1994, 11 octubre 1995, 17 noviembre 1995, 10 mayo 1995, 11 enero y 17 abril 1996, entre otras muchas, que la audiencia ciudadana prevista en los artículos 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo y 105,

a) de la Constitución, es exigible, so pena de nulidad de la disposición de que se trate, cuando estemos ante Asociaciones o Colegios Profesionales que no sean de carácter voluntario y que representen intereses de carácter general o corporativo, doctrina esta que debe prevalecer por cuanto traduce con mayor fidelidad el ámbito subjetivo de aplicación preceptivo del artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, que se refiere a entidades y organismos que por ley ostenten la representación de intereses de carácter general o corporativo, sin que a ello obste el principio de economía procesal, a que se refiere la Sentencia de 25 febrero 1994 antes citada, para evitar nulidades por vicios formales, siempre que la nueva incorporación de trámite omitido o la reiteración del cumplido de forma insuficiente no alterasen el contenido material del Texto Reglamentario, pues el principio de economía viene vinculado a que el trámite de audiencia haya sido subsanado dando oportunidad a los sectores profesionales interesados de emitir sus criterios sobre la disposición de que se trate en un momento posterior del trámite administrativo, como ocurrió en el supuesto a que se refiere la sentencia que se cita en el que la audiencia tuvo lugar en el trámite de informe del Consejo de Estado, ya que este Órgano Consultivo recabó el informe del Órgano Colegial correspondiente.

SEGUNDO.— En el supuesto que nos ocupa, nadie discute que el trámite de audiencia al Consejo General de Notarios —Junta de Decanos de Colegios Notariales— no se ha cumplimentado, siendo también indiscutible que el artículo 41 de la Ley del Notariado impone la obligatoriedad de pertenencia al Colegio Notarial correspondiente a todos los Notarios y que el artículo 344 del Reglamento Notarial incluye entre las funciones de la Junta de Decanos-Consejo General la de informar preceptivamente todo proyecto de Ley o de disposición de cualquier rango que se refiera a las condiciones generales de la función notarial, entre los que sin duda se encuentra el sistema de acceso a las distintas notarías y sin que a tal audiencia se opongan razones de interés público, por lo que es evidente que en el supuesto de autos se dan los tres requisitos a que se refiere el artículo 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, a saber, que el informe sea posible, lo cual es obvio; que la índole de la disposición lo aconseje, lo que se deduce del propio Texto del Real Decreto impugnado que excede de una mera reorganización del servicio en su orden interno, ya que afecta a un importante aspecto del ejercicio profesional, cual es la provisión de vacantes; y, el tercero, que no se opongan a ello razones de interés público consignadas en el anteproyecto, lo que resulta igualmente patente al no aparecer en el Texto ninguna consignación en tal sentido.

De todo lo anterior resulta la nulidad de la Disposición objeto de recurso, lo que habrá de conducir necesariamente a la estimación del recurso contencioso interpuesto, haciendo innecesario entrar en el examen de las restantes cuestiones planteadas por uno y otro recurrente.

QUINTO.—No concurren los requisitos del artículo 131.1 de la Ley Jurisdiccional para hacer un especial pronunciamiento en costas.

**H) ACUERDO DE 25 DE FEBRERO DE 1998,
DEL PLENO DEL CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL, POR EL QUE SE MODIFICA
EL REGLAMENTO 1/1995, DE 7 DE JUNIO,
DE LA CARRERA JUDICIAL
(BOE NÚM. 56, DE 6 DE MARZO DE 1998)**

1. El artículo 341.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, obliga a la determinación reglamentaria de los criterios de valoración sobre el conocimiento del idioma y del Derecho civil especial o foral de las Comunidades Autónomas, como mérito preferente en los concursos para órganos jurisdiccionales de su territorio.

La misma Ley Orgánica del Poder Judicial, en su artículo 110, número 2, apartado h), modificado por la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, atribuye al Consejo General del Poder Judicial la potestad reglamentaria para la valoración como mérito preferente del conocimiento de la lengua y derecho propios de las Comunidades Autónomas en la provisión de plazas judiciales en el territorio de la Comunidad respectiva.

El Consejo General del Poder Judicial aprobó con anterioridad un Reglamento sobre esta materia por Acuerdo del Pleno de 23 de octubre de 1991. Impugnado en vía contencioso-administrativa, fue suspendido por el propio Consejo General del Poder Judicial antes de su entrada en vigor por Acuerdo de 15 de enero de 1992 y finalmente anulado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo mediante sentencia de 29 de abril de 1995, recaída en el recurso contencioso-administrativo número 2525/1991.

Como consecuencia de la publicación de la referida sentencia del Tribunal Supremo, el Acuerdo de 7 de junio de 1995, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, antes citado, estableció en su disposición adicional tercera que el título III del Reglamento 1/1995, de la Carrera Judicial, quedase sin contenido en virtud de la referencia sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1995,

En cumplimiento del mandato legal contenido en la Ley Orgánica del Poder Judicial y como consecuencia de los pronunciamientos contenidos en dicha sentencia, es necesario llevar a cabo, conforme a los criterios que de ella resultan, el desarrollo reglamentario pendiente de la valoración del conocimiento de las lenguas y del derecho civil especial o foral de las Comunidades Autónomas, en los concursos de acceso a órganos jurisdiccionales en las mismas Comunidades Autónomas.

2. Para el desarrollo reglamentario efectuado, se han tenido en cuenta los siguientes criterios:

a) Se suprime la facultad que se atribuía en el Reglamento anulado al Consejo General del Poder Judicial para sustituir el título oficial expedido por la autoridad académica correspondiente, cuando de la acreditación del conocimiento de la lengua o del Derecho civil especial o foral de la Comunidad Autónoma se trata, pues la repetida sentencia del Tribunal Supremo declara, en su fundamento jurídico cuarto, que «el certificado acreditativo del conocimiento de la lengua o del Derecho civil foral es, pues, ajeno al Consejo, a quien sólo corresponde la valoración, a efectos de los concursos de traslado, de dicho mérito, pero no la estimación de los conocimientos o aptitudes que cada Juez o Magistrado tenga en relación con dichas cuestiones».

b) Se fija la misma adición de antigüedad para el conocimiento de la lengua propia o del Derecho especial, pues la sentencia del Tribunal Supremo citada, en su fundamento jurídico sexto, llama la atención sobre el hecho de que en el texto anulado, tratándose de Jueces y Magistrados a quienes les está encomendada la interpretación de las normas, «se les asigna por un conocimiento extrajurídico, la lengua oficial de la Comunidad Autónoma, doble valoración que por uno estrictamente jurídico, Derecho civil propio de una Comunidad».

c) La misma sentencia del Tribunal Supremo a la que se viene haciendo referencia considera que el suplemento de antigüedad reconocido en el Reglamento anulado resulta excesivo. Para ello hace distintas observaciones, entre las que se destaca la remisión al último escalafón para poner de manifiesto que no existen Jueces con más de seis años de antigüedad, con lo que el mérito entonces asignado se transformaba en absoluto.

Con el fin de atender adecuadamente a las exigencias de proporcionalidad señaladas por el Tribunal Supremo, de acuerdo con la realidad escalafonal más que otras consideraciones de tipo teórico, diferenciando adecuadamente las distintas categorías y situaciones, se procedió por este Consejo General a la realización de un estudio de los concursos de traslado, correspondientes a Comunidades Autónomas con lengua propia o Derecho civil especial, que han sido resueltos durante el período inmediatamente anterior. Se han obtenido así las medias temporales de diferencia entre el Juez o Magistrado que ha obtenido plaza en el concurso y el solicitante que inmediatamente le seguía en el escalafón, distinguiendo entre plazas de categoría de Juez, plazas correspondientes a órganos unipersonales servidos por Magistrado y plazas de órganos colegiados, habida cuenta de que el estudio realizado arroja significativas diferencias entre las tres situaciones. Las medias obtenidas han servido para orientar el lapso temporal que se establece como período suplementario de antigüedad por el reconocimiento del mérito. El mérito se fija, no obstante, no en años, meses y días, como resultaría de la simple transposición de las cifras obtenidas matemáticamente mediante el estudio anteriormente mencionado, sino en unos períodos anuales concretos y determinados, con el fin de asegurar a los destinatarios de la norma la mayor certeza y seguridad jurídica y evitar al propio tiempo, en la medida de lo posible, la existencia de márgenes de incertidumbre en la aplicación de la misma al resolver los concursos de traslado, que pudieran dar lugar a innecesarias controversias e impugnaciones.

Con la misma finalidad de evitar que se produzca una quiebra de la proporcionalidad, se prevé una regla moderadora, distinta de la de la simple adición prevista en el texto anulado, para el caso de que un mismo solicitante reúna ambos méritos.

Materiales

Asimismo, con el designio de evitar que la evolución futura de la plantilla judicial pueda provocar un desequilibrio o desproporción sobrevenidos, se prevé que transcurridos dos años, previos los estudios oportunos de los concursos de traslado resueltos, se proceda a ajustar el suplemento de antigüedad previsto en el Reglamento.

d) Por otra parte, se valora como mérito el Derecho civil especial o foral.

La Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre, que dio nueva redacción al artículo 110 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, atribuye al Consejo General del Poder Judicial la potestad de dictar Reglamentos de desarrollo de esta Ley, en materia de valoración del Derecho propio de las Comunidades Autónomas, precepto que viene así a complementar, como ley posterior, lo dispuesto en el artículo 341 de la misma Ley Orgánica del Poder Judicial, que se refería únicamente al Derecho civil especial o foral. Este último precepto, que tiene carácter imperativo («... valorará..., ... se determinarán...»), constituye, además, una exigencia de mínimos, que es plenamente compatible con la habilitación reglamentaria más amplia del citado artículo 110. Sin embargo, teniendo en cuenta que se trata de una regulación que no cuenta con precedentes reglamentarios, este Consejo General ha optado por partir del reconocimiento exclusivo del Derecho civil especial o foral, con independencia de que la creciente complejidad de la producción normativa de Derecho público emanada de las Comunidades Autónomas pueda reclamar en el futuro la adecuada valoración de los conocimientos adquiridos en esta materia por los miembros de la Carrera Judicial que hayan de servir destinos en los órganos jurisdiccionales de estos ámbitos autonómicos, de acuerdo con las consideraciones contenidas en la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia número 56/1990, de 29 de marzo, f. j. 45).

En su virtud, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión del día 25 de febrero de 1998, ha adoptado el siguiente Acuerdo:

Artículo 1.

La redacción del título III del Reglamento número 1/1995, de la Carrera Judicial, por I que se establecen los criterios de valoración del conocimiento del idioma y Derechos propios de las Comunidades Autónomas en desarrollo del artículo 341.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, será la siguiente:

«TÍTULO III

De la valoración del idioma y del Derecho civil especial o foral como mérito preferente en los concursos para órganos jurisdiccionales en las Comunidades Autónomas

Artículo 108.

En la resolución de los concursos para la provisión de vacantes correspondientes a los órganos jurisdiccionales del territorio de las Comunidades Autónomas cuyos Estatutos de Autonomía reconocen la oficialidad de una lengua propia distinta del castellano y de las que poseen Derecho civil especial o foral, se aplicarán los criterios de valoración que se establecen en los artículos siguientes.

Artículo 109.

1. Los miembros de la Carrera Judicial que deseen alegar como mérito preferente en los concursos de traslado el conocimiento oral y escrito de alguna de

Materiales

las lenguas propias de las Comunidades Autónomas solicitarán del Consejo General del Poder Judicial su reconocimiento a esos solos efectos.

2. Con la solicitud aportarán un título o una certificación oficiales del conocimiento de la lengua expedido por el organismo correspondiente en cada Comunidad Autónoma. Mediante los correspondientes convenios con las Comunidades Autónomas podrá procederse a la determinación de los títulos oficialmente reconocidos a estos fines y al establecimiento, en su caso, de pruebas para acreditar la suficiencia del conocimiento de la lengua.

3. La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, a propuesta de la Comisión de Calificación, tras examinar la autenticidad y suficiencia de la documentación presentada, acordará, mediante resolución motivada, el reconocimiento o la denegación del mérito.

4. La resolución recaída se comunicará al interesado. Si fuere estimatoria, se ordenará a su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Artículo 110.

Al Juez o Magistrado que concurre a una plaza del territorio de una Comunidad Autónoma que tenga una lengua oficial propia, siempre que obtuviere el reconocimiento del mérito correspondiente por haberlo solicitado con un mes de anterioridad, como mínimo, a la fecha de convocatoria del concurso, se le asignará, a los solos efectos del concurso de traslado, el puesto escalafonal que le hubiese correspondido si se añadiesen los siguientes períodos de antigüedad a la propia de su situación en el escalafón:

a) En concursos para la provisión de plazas correspondientes a órganos jurisdiccionales servidos por miembros de la Carrera Judicial con categoría de juez: Un año.

b) En los concursos para la provisión de plazas correspondientes a órganos unipersonales servidos por miembros de la Carrera Judicial con categoría de Magistrado: Dos años.

c) En los concursos para la provisión de plazas correspondientes a órganos colegiados: Tres años.

Artículo 111.

1. Los miembros de la Carrera Judicial que deseen alegar como mérito preferente en los concursos de traslados el conocimiento del Derecho civil especial o foral de una Comunidad Autónoma, solicitarán del Consejo General del Poder Judicial su reconocimiento a esos solos efectos.

2. Con la solicitud aportarán un título oficial, expedido por la autoridad académica competente, que acredite dicho conocimiento. Mediante los correspondientes Convenios con las Universidades y Comunidades Autónomas podrá procederse a la determinación de los títulos oficialmente reconocidos a estos fines y al establecimiento, en su caso, de las actividades de formación destinadas a la obtención de dichos títulos.

3. La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, valorando, a propuesta de la Comisión de Calificación, la autenticidad y suficiencia del título presentado, reconocerá o denegará el mérito, mediante resolución motivada, a efectos de concursos de traslado.

Materiales

4. La resolución recaída se comunicará al interesado. Si fuere estimatoria, se ordenará su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Artículo 112.

Al Juez o Magistrado que concursare a una plaza del territorio de una Comunidad Autónoma a la que corresponda el reconocimiento del mérito preferente consistente en el conocimiento del Derecho civil especial o foral, siempre que obtuviere su reconocimiento por haberlo solicitado con un mes de anterioridad, como mínimo, a la fecha de convocatoria del concurso, se le asignará, a los solos efectos del concurso de traslado, el puesto escalafonar que le hubiese correspondido si se añadiese el período de antigüedad que corresponda según el tipo de concurso, a tenor de lo establecido en el artículo 110, a la propia de su situación en el escalafón.

Artículo 113.

El conocimiento del Derecho civil especial o foral de la Comunidad Autónoma se considerará como mérito preferente en relación con las siguientes plazas del territorio de la Comunidad:

- a) Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.
- b) Magistrados de las Secciones con competencia civil de las Audiencias Provinciales.
- c) Juzgados de Primera Instancia.
- d) Juzgados de Primera Instancia e Instrucción.

Artículo 114.

1. Cuando el Juez o Magistrado reuniere conjuntamente los méritos previstos en los artículos 110 y 112, el cómputo del período de antigüedad para la asignación del puesto escalafonar a efectos de la resolución del concurso será el que corresponda a tenor de lo establecido en el artículo 110, incrementando en seis meses, un año o un año y seis meses, según se trate, respectivamente, de un órgano jurisdiccional servido por miembros de la Carrera Judicial con categoría de Juez, de un órgano unipersonal servido por Magistrado, o de un órgano colegiado.

2. Los méritos establecidos en los artículos 110 y 112 del presente Reglamento, una vez reconocidos en las condiciones establecidas en dichos preceptos, se añadirán a la antigüedad escalafonar de los Jueces a quienes corresponda el ascenso, exclusivamente a los fines establecidos en el artículo 187, número tres, párrafo segundo, del propio Reglamento 1/1995, en la adjudicación de las vacantes correspondientes a la categoría de Magistrado que por falta de peticionario deban cubrirse por promoción de Jueces, a fin de que aquellos que deban ser promocionados por su situación escalafonar y hayan obtenido, además, el reconocimiento de estos méritos, puedan tener preferencia en la adjudicación de las plazas ofertadas en la correspondiente Comunidad Autónoma.

3. Los méritos a los que se refiere el número anterior, una vez reconocidos en las condiciones señaladas en el mismo, serán tenidos en cuenta, en su caso, a la hora de asignar destino en una determinada Comunidad Autónoma a los que hayan de ser nombrados Jueces, complementando, a esos solos efectos, el orden de designación a que se refieren el artículo 307.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 33.1 del Reglamento 1/1995, de 7 de junio.»

Artículo 2.

La disposición adicional tercera del Acuerdo de 7 de junio de 1995, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se ordena la publicación de los Reglamentos de la Carrera Judicial, de la Escuela Judicial, de los Jueces de Paz, de los Órganos de Gobierno de los Tribunales y de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales, así como de la relación de ficheros de carácter personal existentes en el Consejo General del Poder Judicial, quedará redactada como sigue:

«Disposición adicional tercera. Valoración del idioma y del Derecho civil especial o foral de las Comunidades Autónomas.

Transcurridos dos años desde la entrada en vigor del título III del Reglamento número 1/1995, de la Carrera Judicial, el Consejo General del Poder Judicial, a la vista del desarrollo de los concursos de traslado resueltos durante dicho plazo, procederá a actualizar los períodos de antigüedad que deban añadirse para la asignación del puesto escalafonar que hubiere correspondido a efectos de concurso de traslado por razón del mérito consistente en el conocimiento de la lengua o del Derecho civil especial o foral de las Comunidades Autónomas.»

Disposición final.

El presente Reglamento se aplicará a los concursos que se convoquen transcurridos seis meses desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Madrid, 25 de febrero de 1998.—El Presidente del Consejo General del Poder Judicial,

DELGADO BARRIO

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) SEMINARIO DE JURISPRUDENCIA CIVIL ARAGONESA

En el primer semestre del año 1997, la Cátedra «Miguel del Molino» de la Institución «Fernando el Católico» ha celebrado dos seminarios de jurisprudencia civil aragonesa.

En la primera sesión, celebrada el día 8 de abril de 1997, se comentó la sentencia de 17 de octubre de 1996 de la APH. La ponencia estuvo a cargo de don Manuel Asensio Pallás, abogado, y doña Aurora López Azcona, profesora Asociada de Derecho civil.

En el comentario y debate de esta sentencia se abordaron los requisitos del retracto de abolorio así como el contenido de la facultad moderadora de los tribunales.

La segunda sesión tuvo lugar el día 17 de junio de 1997, y en esta sesión fue objeto de debate la sentencia de 12 de diciembre de 1996 de la APH, que versaba sobre alera foral. Ponentes de la misma fueron el Dr. don José Luis Argudo Pérez, profesor Titular de Derecho civil y don Mariano Bergua Lacasta, abogado.

B) TESIS DOCTORALES

El pasado 12 de junio de 1997, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, don Rafael Bernad Mainar defendió su tesis doctoral titulada «La junta de parientes en el Derecho civil aragonés».

Dicho trabajo, fue enjuiciado y calificado de apto *cum laude* por el siguiente tribunal: Presidente: Dr. don Gabriel García Cantero; secretario: Dr. don Pedro De Pablo Contreras; vocales: Dr. don Jesús Delgado Echeverría, Dr. don Joaquín Rams Albesa y Dr. don Jacinto Gil Rodríguez, todos ellos catedráticos de Derecho civil.

C) ACADEMIA ARAGONESA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

La Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación fue creada por RD 2191/1995, de 28 de diciembre, en el que se aprueban sus Estatutos.

Según éstos, la Academia es una «entidad autónoma, con personalidad jurídica propia» (art. 1), de «ámbito autonómico, circunscrito al territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón», y cuya sede «radicará en la ciudad de Zaragoza» (art. 2). «Son fines principales de la Academia el estudio, la investigación, promoción y difusión del Derecho, con especial dedicación al tradicional Derecho civil o foral aragonés» (art. 3).

La integran un máximo de 25 Académicos Numerarios —juristas aragoneses de reconocido prestigio, con más de 15 años de ejercicio profesional y residencia efectiva en Aragón—, 25 Correspondientes —igual tipo de personas, pero no residentes en Aragón—, un número indeterminado de Supernumerarios —Numerarios que se trasladan fuera de Aragón, hasta tanto adquieran la condición de Correspondientes— y un máximo de 3 Académicos de Honor —personas de gran prestigio profesional que se hayan destacado por su extraordinaria aportación al estudio, promoción y difusión del Derecho aragonés.

El cargo de Académico es vitalicio.

En la actualidad la Academia está integrada por 14 Académicos Numerarios, 12 Correspondientes y 2 de Honor.

Sus órganos de gobierno son el Pleno y la Mesa.

El Pleno lo integran todos los Académicos Numerarios. A los Plenos pueden asistir los Correspondientes, los Supernumerarios y los de Honor, con voz y sin voto.

La Mesa la componen el Presidente, el Secretario, el Tesorero y el Censor, que son elegidos en el Pleno por períodos de cuatro años, renovables.

Las principales actividades de la Academia Aragonesa, hasta el momento, han sido:

- a) Lectura de discursos de ingreso;
- b) Sesiones de trabajo, con base en una ponencia expuesta por un Académico, y a cuya exposición sigue un debate abierto de todos los asistentes;
- c) Convocatoria de dos premios: el de Derecho Privado «Castán Tobeñas» y el de Derecho Público «Gascón y Marín». En la actualidad van ambos por la segunda edición;
- d) Edición de un Anuario.

La sesión inaugural de la Academia tuvo lugar el día 15 de junio de 1997, con la lectura de su discurso de ingreso por parte del Presidente.

D) INFORME ANUAL DEL JUSTICIA DE ARAGÓN - 1996

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley reguladora de la Institución, el Justicia de Aragón presentó a las Cortes el Informe Anual correspondiente a 1996 en el mes de marzo de 1997, siendo publicado en el B.O.C.A. nº 103, de 16 de abril de 1997 en tres fascículos.

Como en años anteriores, y para facilitar su acceso a los ciudadanos, el Justicia ha editado, además, el Informe Anual de 1996 en dos volúmenes de distribución gratuita.

Dentro del Informe ordinario de la Institución, se realiza un examen general del funcionamiento de la misma durante el año transcurrido y 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 incoado a lo largo del año 993 expedientes, siendo las materias cuantitativamente más relevantes las de Función Pública, Vivienda, Medio Ambiente y Hacienda. Las irregularidades detectadas en la actuación de las diversas Administraciones Públicas han dado lugar a la formulación de 99 Recomendaciones, Sugerencias y Recordatorios de deberes legales, de las cuales se han aceptado expresamente 51, siendo rechazadas 12 y estando pendientes de respuesta las restantes.

Como asuntos más relevantes pueden citarse los siguientes: en ejercicio de las funciones de Defensa del Estatuto de Autonomía se ha realizado una Recomendación Formal al Gobierno de Aragón sobre la Ley de ordenación del Comercio Minorista y una Sugerencia Formal a las Cortes y al Gobierno de Aragón para que exijan del Gobierno de la nación la constitución del Patronato del Archivo de la Corona de Aragón.

En ejercicio de las funciones de tutela del ordenamiento jurídico aragonés se han realizado Recomendaciones para que se modifiquen, entre otros, el Decreto 165/1992, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de los Centros de Educación e Internamiento por medida judicial de la Comunidad Autónoma de Aragón y la Orden del Departamento de Agricultura y Medio Ambiente de 29 de septiembre de 1995, sobre recolección de setas. Asimismo, y en el ejercicio de las funciones de defensa de los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos, pueden destacarse los Informes realizados sobre la implantación de la L.O.G.S.E. en Aragón, sobre la elaboración de una Ley de Cooperativas, sobre la Prestación Social Sustitutoria y sobre el acceso a las pinturas de Goya en la Cartuja de Aula Dei.

Junto con el Informe Ordinario el Justicia presenta anualmente dos informes extraordinarios:

— *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 de años anteriores, distinguiendo tres grandes áreas: Constitucional, Derecho Civil y Derecho Público. Como novedad, el Informe ofrece listados acumulados, de modo cronológico y sistemático, de las 376 Sentencias y 352 Autos reseñados en los Informes Anuales del Justicia a partir de 1990; junto a ello, se incluyen los tradicionales resúmenes de los fundamentos de Derecho más interesantes de las sentencias y autos dictados en 1996 y un listado de los libros y artículos sobre Derecho civil aragonés publicados a lo largo de 1996.

— *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).

El Informe incorpora, finalmente, los estudios realizados por los becarios de la Institución, don J. Alberto Fortún Costea (*La comunidad conyugal continuada. Una reflexión práctica*) y don José Luis Calvo Miranda (*Los principios de la potestad sancionadora de la Administración. Su incidencia en la Comunidad Autónoma de Aragón: Cuatro Estudios jurídicos*), así como un estudio sobre las *aventajas forales* realizado por doña M^a Luisa Liceras Yubero.

E) BECAS DEL JUSTICIA DE ARAGÓN PARA EL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARAGONÉS

1996/1997

El pasado mes de noviembre concluyeron sus trabajos los becarios del Justicia de Aragón 1996/1997.

Don Juan Bonilla Blasco ha presentado un completo trabajo en torno a «*las competencias sobre Derecho Civil de la Comunidad Autónoma de Aragón*», en el que analiza el actual estado de la cuestión acerca del alcance que debe reconocerse a la competencia de «desarrollo» del Derecho Civil aragonés y, a la luz de ese análisis, pondera las posibles vías de evolución que pueden ofrecerse a nuestro Derecho privativo, dentro del marco definido por la Constitución y el Estatuto de Autonomía, sugiriendo que se realice una interpretación amplia de la noción de conexidad, junto con una interpretación dinámica del concepto de «desarrollo», es decir, una conexidad progresiva a la que denomina «teoría de los círculos concéntricos».

Don José Luis Bermejo Latre ha estudiado el nuevo y sugerente fenómeno de las fundaciones privadas de iniciativa pública, que ha cobrado un auge singular a partir de la Ley 30/1994. Su trabajo sobre «*Las fundaciones privadas de iniciativa pública en Aragón*» analiza los diversos problemas que plantea la existencia de estas fundaciones, sobre todo desde la perspectiva del fenómeno que la doctrina científica denomina «huida del Derecho Administrativo». Concluye con la necesidad de que las Cortes de Aragón hagan frente a esta nueva situación, estableciendo los mecanismos de control precisos.

1997/1998

La convocatoria anual que realiza el Justicia de Aragón de unas Becas para fomentar el estudio e investigación del Derecho aragonés -público y privado-, dirigidas a estudiantes de último curso de la carrera de Derecho, ha llegado ya a su 5^a edición.

El Tribunal de Selección, presidido por el Justicia de Aragón, valoró los expedientes académicos de los aspirantes -único criterio de selección- resultando con la mayor puntuación los siguientes:

- | | |
|--------------------------------|-----------|
| — Don Javier Rodríguez Alonso | 43 puntos |
| — Doña Cristina Maynar Bonacho | 41 puntos |

La adjudicación de las becas se llevó a cabo por Resolución de 24 de noviembre de 1997, publicada en el Boletín Oficial de Aragón nº 138, de 28 de noviembre. Los becarios iniciaron su actividad en el mes de diciembre de 1997.

F) VII ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS

El Salón de Actos del R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza ha servido de marco el pasado mes de noviembre, por séptimo año consecutivo, de los Encuentros del Foro de Derecho Aragonés.

Tras la experiencia de los Sextos Encuentros, celebrados en 1996, en los que se analizó monográficamente la reforma del Derecho Civil aragonés, los Séptimos Encuentros han vuelto a su estructura clásica.

Se han celebrado tres sesiones en las que se abordaron las siguientes cuestiones:

- El examen de la condición jurídica de aragonés desde el plano de sus repercusiones mercantiles, ponencia a cargo del Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Zaragoza don Vicente Santos Martínez, el

Registrador de la Propiedad don Pablo Casado Burbano y el Notario don Eloy Jiménez Pérez.

— El estudio de la casación foral a la luz de la situación planteada por la desaparición en el nuevo Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, del contenido del antiguo artículo 29, realizado por el Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Zaragoza don Ángel Bonet Navarro, el Magistrado-Juez Decano de los Juzgados de Zaragoza don Mauricio Murillo García-Atance y el Abogado don José Luis Pueyo Moy.

— La institución del consorcio foral aragonés, ponencia abordada por la Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza doña M^a del Carmen Sánchez-Friera González, el Notario don Pedro Martínez Viamonte y el Abogado don José Manuel Jarabo Rodes.

Todas las sesiones han contado con una nutrida asistencia de público que participó activamente en los coloquios.

G) I PREMIO DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS «JERÓNIMO DE BLANCAS»

La Asociación Cultural IDEA, creada con el objeto de fomentar el conocimiento de la cultura aragonesa, y en especial todo lo concerniente al Derecho Civil aragonés y su historia ha convocado en colaboración con el Justicia de Aragón —que aporta una subvención de 100.000 pesetas— el *I Premio de Derecho Civil Aragonés «Jerónimo de Blancas»* para trabajos originales y no publicados sobre cualquier materia del Derecho Civil aragonés vigente.

Los trabajos pueden ser individuales o colectivos (hasta tres personas) y su extensión no podrá ser inferior a 15 folios (25 en el caso de los colectivos) ni superior a 50. Podrán presentarse indistintamente en cualquiera de las lenguas y modalidades lingüísticas aragonesas (si bien se solicita que se adjunte ejemplar traducido al castellano). El plazo de presentación de los trabajos concluye el día 30 de marzo de 1998.

El Jurado, presidido por la Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza doña M^a del Carmen Sánchez-Friera González, concederá dos premios:

— *Primer premio:* 100.000.- pesetas y publicación en la revista de Derecho Civil Aragonés «Estudios sobre Derecho Civil Aragonés» que edita la Asociación Cultural IDEA.

— *Accésit:* 50.000.- pesetas y publicación en la revista de Derecho Civil Aragonés «Estudios sobre Derecho Civil Aragonés» que edita la Asociación Cultural IDEA.

H) CURSOS DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

— En el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, durante los días 13, 14, 20, 21 y 27 de marzo de 1998, tuvo lugar la celebración de un curso de *Iniciación al Derecho civil aragonés*, dirigido por la Dra María del Carmen Bayod López, y coordinado por el abogado Dr. don Alfredo Sánchez-Rubio García, de quien partió la iniciativa y propuesta a dicho colegio profesional, que la acogió con gran entusiasmo.

El curso tuvo como objeto una exposición del ordenamiento civil vigente en Aragón contenido fundamentalmente en la *Compilación del Derecho civil aragonés*, y estuvo a cargo de especialistas en la materia.

— En el marco de la Universidad de Verano de Teruel, y como continuación de las Jornadas sobre Derecho civil aragonés ya celebradas el verano pasado, en el mes de julio de 1998 (días 6 y 7) se celebrarán las *Segundas Jornadas de Derecho civil aragonés (Fuentes del Derecho civil aragonés y Régimen económico matrimonial legal)*.

El curso tendrá como objeto el tratamiento teórico-práctico, pero fundamentalmente práctico, de las materias referidas en su título.

Las sesiones estarán a cargo de los siguientes profesores: Dr. Jesús Delgado Echeverría, que expondrá la materia referente a *Fuentes del ordenamiento civil aragonés* y de los Dres. José Antonio Serrano García y Alfredo Sánchez-Rubio García, que expondrán respectivamente, en sus aspectos teóricos y prácticos, *el régimen económico matrimonial legal aragonés*.

Como en la anterior edición la dirección del curso estará a cargo de la Dra. Bayod López y la coordinación del mismo a cargo del Dr. Bernad Mainar.

I) JORNADAS SOBRE EL BORRADOR DE LEY DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN ARAGÓN

El pasado día 24 de marzo de 1998, tuvo lugar, en la Residencia Baltasar Gracián, una Jornada de estudio sobre el borrador de la Ley de la Infancia y la Adolescencia en Aragón.

Organizada por la Dirección General de Bienestar Social, del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo, a quien corresponden las competencias en materia de protección de menores y donde se ha elaborado el mencionado borrador, dicha jornada contó con la participación de profesionales de diferentes ámbitos relacionados con el mundo de la infancia y la adolescencia.

Por parte de la Diputación General de Aragón participaron profesionales de la Dirección General de Bienestar Social, así como de los tres Servicios Provinciales. Asimismo se contó con la asistencia de otros técnicos del Departamento de Sanidad y del de Educación.

También estuvieron presentes trabajadores de otras administraciones: del Ministerio de Educación y Cultura, del ámbito sanitario y del Ayuntamiento de Zaragoza. De la Administración de Justicia participaron fiscales y otros técnicos de los Juzgados, tanto de Menores como de Familia.

Por otra parte, asistieron representantes de la Universidad de Zaragoza y de varias organizaciones sociales que trabajan directamente en este ámbito (Cáritas, Molimo, Centros de Tiempo Libre, ...).

La jornada pretendía posibilitar el carácter participativo que la elaboración de una ley que abarca un campo tan amplio debe tener, a fin de recoger aportaciones y sugerencias realizadas desde todos los aspectos, con el fin de que su aplicación posterior pueda tener un amplio respaldo social e institucional.

Por este motivo, prácticamente todo el día se desarrolló un trabajo por grupos que examinaron distintas partes del borrador, con intención de mejorar y aclarar su contenido.

Los grupos, de acuerdo con el contenido de lo que debatieron, fueron los siguientes:

Grupo 1º

Título primero:

Disposiciones generales.

Título segundo:

Principios y derechos básicos de la Infancia y Adolescencia.

Capítulo VII del Título tercero:

De la limitación de algunas actividades medios y productos.

Grupo 2º

Capítulos I al VI del Título tercero:

De la prevención y garantía de otros derechos.

Grupo 3º

Título cuarto:

De la protección social y jurídica de los menores. Este se subdividió en dos:

- Capítulos I —Disposiciones Generales— y IV —De los menores en conflicto social.
- Capítulos II —De las situaciones de riesgo— y III —De las situaciones de desamparo.

Grupo 4º

Título quinto:

Distribución de competencias.

Título sexto:

Instituciones y órganos de atención a la infancia y adolescencia.

Título séptimo:

Instituciones colaboradoras de integración familiar.

Título octavo:

Infracciones y sanciones.

Título noveno:

De los Registros.

Durante la clausura de la Jornada, en la que estuvieron presentes el Consejero de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo y el Justicia de Aragón, los coordinadores de cada grupo hicieron un resumen de las conclusiones más destacadas a las que se llegó durante el día, en el que mostró un alto grado de interés y de participación por parte de los asistentes.

J) NOTICIAS DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL

La Comisión Aragonesa de Derecho Civil, una vez elaborada y dada a conocer la Ponencia General sobre objetivos y métodos para una política legislativa en materia de Derecho Civil Aragonés, decidió acometer el estudio de la reforma del Derecho de Sucesiones aragonés. Se trataría de la primera fase del proceso de actualización de nuestro Derecho Civil, en la cual se prepararía una Ley del Derecho de Sucesiones Aragonés, que completara y pusiera al día nuestro Derecho, ley que desgajaría dicha materia de la vigente Compilación, dada la dificultad técnico-sistématica de integrar su contenido en la misma, y sin perjuicio de no renunciar a que en el futuro vuelva a integrarse todo el Derecho Civil Aragonés, ya reformado, en una ley única.

De los grupos de trabajo que se formaron en su seno, el que primero aportó un borrador para su estudio por la Comisión fue el quinto, encargado de las materias actualmente no comprendidas en la Compilación y que podría ser conveniente que pasaran a formar parte del Derecho de Sucesiones aragonés. Concretamente, elaboró un borrador de disposiciones generales del Derecho de Sucesiones, que fue sometido a debate durante varias sesiones, durante los meses de febrero a mayo de 1997, pero ante las dificultades de fijar un criterio unitario sobre hasta dónde deberían llegar dichas disposiciones generales, se acordó replantear el método de trabajo de la Comisión y empezar por mate-

rias concretas, dejando para el final la redacción de la parte general, con la idea de que entonces será más fácil determinar qué reglas generales deben establecerse.

Los grupos de trabajo siguieron realizando sus borradores, con la colaboración de las profesoras universitarias doña María-Ángeles Parra Lucán, doña María Martínez Martínez, doña Elena Bellod y Fernandez de Palencia y doña Carmen Bayod López.

No obstante, para conseguir avanzar más rápidamente se decidió encargar al miembro de la Comisión don José-Antonio Serrano García la preparación de un borrador de lo que podría ser la futura Ley Aragonesa de Derecho de Sucesiones, salvo en aquellas materias sobre las que los grupos de trabajo ya tenían sus trabajos avanzados, que eran la fiducia, la sucesión paccionada y las legítimas, en relación con las cuales se acordó que se utilizarían como borradores los textos preparados por dichos grupos.

A partir de ahí, se suspendieron las reuniones de la Comisión hasta después del verano, para permitir la preparación de los correspondientes borradores, en los que colaboraron también los profesores universitarios de apoyo contratados al efecto.

En el mes de septiembre, pudo comenzarse con el debate del borrador sobre fiducia sucesoria, elaborado por el correspondiente grupo de trabajo, formado por don Jesús Martínez Cortés, como director, y don Fernando García Vicente y don José García Almazor, con la importante colaboración de la profesora doña María-Ángeles Parra Lucán. Los debates se prolongaron durante los meses de septiembre a diciembre y concluyeron con un texto con una concepción muy amplia de la fiducia sucesoria aragonesa, ya que se posibilita que cualquier aragonés capaz para testar nombre uno o varios fiduciarios-comisarios, y el nombramiento puede recaer en cualquier persona. Además, se contienen reglas precisas sobre el plazo en que podrá ejecutarse el encargo y se aclara que la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción. También se presta especial atención a la regulación de la situación de pendencia que se genera hasta su ejecución o extinción, atendiendo a la administración y disposición de los bienes y derechos de la herencia y las obligaciones y cargas de la misma. Igualmente, se regula con detalle la ejecución de la fiducia y su extinción.

La siguiente materia objeto de elaboración fue la sucesión legal -terminología preferida a la de «*sucesión intestada*», sobre el borrador general preparado por don José-Antonio Serrano García, con la colaboración de la profesora doña María Martínez Martínez. Su estudio se extendió durante los meses de diciembre de 1997 y enero de 1998. Aquí se optó por una regulación completa de la materia, superando las normas fraccionarias de la Compilación y las remisiones que ésta hace al Código Civil, cuyo alcance ha suscitado muchas dudas. Las principales reglas han seguido siendo, no obstante, las tradicionales especialidades aragonesas, muy importantes, sobre todo los dere-

chos de recobro y la sucesión troncal. Sobre esta última, se ha producido una cierta limitación de su alcance en lo que se ha considerado que podría producir alguna disfunción en una sociedad como la aragonesa actual, además de completar algunos aspectos que habían suscitado dudas en la doctrina y la jurisprudencia.

Tras lo cual se comenzó el estudio de la sucesión testamentaria, en la cual está trabajando la Comisión al redactar estas notas, también sobre el borrador general de don José-Antonio Serrano García.

El ritmo de trabajo de la Comisión es muy vivo, con reuniones semanales que se extienden durante largas horas, a las que hay que añadir las de los correspondientes grupos de trabajo para concluir los borradores que se les ha encargado o para afinarlos de cara a su debate en la Comisión. Y es que la intención de la Comisión es poder concluir cuanto antes el borrador de Ley Aragonesa de Derecho de Sucesiones y hacerlo con el rigor y el cuidado que una regulación de estas características merece.

ADOLFO CALATAYUD SIERRA
Secretario de la Comisión

BIBLIOGRAFÍA

REPERTORIO DE BIBLIOGRAFÍA

1: TEMAS COMUNES A TODOS LOS DERECHOS FORALES

1.3: LOS DERECHOS FORALES EN LA CONSTITUCIÓN Y LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I.: *Introducción al Derecho civil foral*. Editorial Dykinson, Madrid, 1997, 166 págs.

El libro es el fruto de la preparación de las clases de una asignatura optativa impartida por el autor en la Universidad San Pablo-CEU de Madrid. Pese a la excesiva concisión, la obra nos ofrece una exposición general y actual de los ordenamientos forales, que puede ser orientadora y valiosa para los estudiantes y aquellos juristas españoles que necesiten tener a mano un compendio de todos los ordenamientos forales.

MARTÍNEZ VAZQUEZ DE CASTRO, Luis: *Pluralidad de Derechos civiles españoles. El artículo 149.1, regla 8, de la CE*, Madrid, 1997, Ed. Cívitas, 228 págs.

La monografía del profesor Martínez Vazquez es un intento de recopilación y sistematización de las múltiples y discrepantes opiniones doctrinales, a las que suma los ya también numerosos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, sobre la regla 8^a del art. 149.1 de la Constitución y la pluralidad de Derechos civiles españoles. Tras abordar por separado las competencias de las Comunidades Autónomas y las del Estado, dedica la tercera parte del libro a la competencia de la Comunidad Autónoma valenciana en materia civil.

PAU PEDRON, Antonio: *Estructura y fuentes del Derecho civil español*. Fundación Matriense del Notariado, Madrid, 1997.

Los destinatarios principales de la obra son los opositores a Notarías y Registros. La primera parte —«Estructura»— comprende tres capítulos: la formación histórica del Derecho civil, el proceso codificador y los Derechos forales o especiales. La segunda —«Fuentes»— comprende otros tres capítulos: la Ley, las fuentes supletorias y el Derecho comunitario europeo. El autor tiene en cuenta las aportaciones doctrinales más recientes y no repite los tópicos tradicionales, logrando un acertado equilibrio entre tradición y originalidad.

Bibliografía

RODRIGUEZ MORATA, Federico: «Comentario a la STS 17 abril 1996: Derecho civil valenciano: principio de autonomía. Recurso de revisión: competencia jurisdiccional». *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo 1997, págs. 49-59.

La sentencia del TS, en la que estima el recurso de revisión y desestima la excepción que defendía la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, da pie al autor para reflexionar sobre la reafirmación del particularismo en el Derecho civil español, el principio de autonomía y la función de supletoriedad, el Derecho civil como título competencial y como legislación material. Afirma que las competencias «en todo caso reservadas» al Estado en el art. 149.1.8 CE, lo son tanto frente al desarrollo de los Derecho forales como frente a cualquier producción autonómica de Derecho civil realizada por una Comunidad Autónoma con fundamento en cualquier título competencial propio.

1.4: LA CASACIÓN FORAL.

FLORS MATIES, José: «La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia. Constitución, composición, competencias y especialidades procesales», en *Revista valenciana d'estudis autonòmics*, nº 18, febrero-mayo 1997, págs. 185-242.

El estudio desarrolla en profundidad los aspectos aludidos en el título. Estas Salas responden, en principio, a la existencia de un Derecho civil propio de determinadas Comunidades Autónomas, pero todas ellas encuentran su razón de ser, de naturaleza política, en el aforamiento de los altos cargos de la región, trasladando a las Comunidades Autónomas el esquema previsto constitucionalmente para los altos cargos del Estado.

La creación de estas Salas se aprovechó también para atribuirles el enjuiciamiento de la responsabilidad civil y penal de otras personas tradicionalmente aforadas (jueces, magistrados y miembros del Ministerio Fiscal), la resolución de las cuestiones de competencia entre los órganos jurisdiccionales del territorio que no tienen superior jerárquico común, y finalmente, con objeto de completar su escasa carga competencial, el conocimiento de determinados recursos de apelación en materia penal.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando: «Un tema que genera discrepancias: las competencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón», *Trébede* (Zaragoza), núms. 4-5, julio-agosto 1997, págs. 63-66.

El autor mantiene —en contra de la tesis defendida por los órganos judiciales, el Justicia y otros prestigiosos juristas— que no es necesaria ni conveniente la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón porque en la reciente reforma del Estatuto no se ha suprimido la competencia del TSJA para conocer de los recursos de casación y revisión en materia foral. Lo cree así por las siguientes razones: a) El art. 73 LOPJ no exige literalmente que la competencia casacional esté recogida en el Estatuto; b) La génesis del

Bibliografía

art. 73 LOPJ demuestra que la referencia al Estatuto no es una exigencia, sino una garantía, aunque innecesaria; c) Es inconstitucional subordinar el Estatuto de Autonomía de Aragón a la Ley Orgánica del Poder Judicial.

1.5: LA VECINDAD CIVIL.

VAQUER ALOY, Antoni: «Algunas consideraciones sobre la vecindad civil de las personas jurídicas», *Revista de Derecho Privado*, septiembre 1996, págs. 615-634.

Defiende el autor que la vecindad civil de las personas jurídicas la determina su sumisión al «Derecho civil común» o a uno de los «Derechos civiles, forales o especiales». Los criterios de sumisión son distintos según las concretas personas jurídicas: para las asociaciones y fundaciones hay que atender al criterio del «ejercicio principal de funciones»; para las Cajas de Ahorro el criterio sería el del domicilio.

En atención a la pluralidad de ordenamientos jurídico-civiles de España y a la remisión que el art. 16.1.1^a hace al 9.11 del Código civil, considera el autor oportuno que el legislador estatal proceda a regular de una manera unitaria la vecindad civil en relación a todas las personas jurídicas, civiles y mercantiles.

1.6: PROBLEMAS DE DERECHO INTERREGIONAL.

AIÑAREZ RUBIO, Juan José: *Las normas de Derecho interregional de la ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco*. Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 1995, 81 págs.

El trabajo pretende explicar la razón de ser de ciertas instituciones reguladas en la ley 3/92, a partir de los elementos que suministra el análisis de su origen y evolución histórica, decisivos para encajarlas adecuadamente en la estructura básica del sistema español de Derecho interregional. Ninguna de tales normas responde a una actitud caprichosa del legislador vasco, sino a asegurar, frente a la diversidad jurídico-civil del País Vasco, una adecuada aplicación y salvaguarda de las instituciones forales. Se trata de normas que desempeñan una función especial, dentro del Derecho interregional, enmarcada en una subcategoría que cabe calificar como Derecho interlocal, en una vertiente *ad intra* del sistema, con la pretensión de responder a las peculiaridades derivadas de la parcelación del Fuero y la diversidad legislativa que caracteriza al Derecho civil foral vasco. Se trata, en definitiva, de normas adecuadas y convenientes, elaboradas en la sede parlamentaria lógica, e imprescindibles para la propia regulación sustantiva de las instituciones forales.

2: HISTORIA DEL DERECHO ARAGONÉS

COING, Helmut: *Derecho Privado Europeo*. T. I: *Derecho Común más antiguo (1500-1800)*; T. II: *El Siglo XIX*. Traducción y apostillas de Antonio Pérez Martín.

Bibliografía

Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, 862 y 854 págs., respectivamente.

Exposición magistral y única del Derecho privado europeo: en forma de «Instituciones». El primer volumen abarca la exposición de los fundamentos e instituciones del llamado *Ius Commune* referentes al Derecho privado desde 1500 hasta 1800; su apoyo documental son las obras jurídicas más características de cada época. En el segundo volumen —con apoyo documental similar— se presenta el desarrollo del Derecho privado en los países que en su tiempo pertenecieron al Derecho común, desde la época de la revolución francesa hasta la primera guerra mundial. A lo largo de la obra hay oportunas referencias al Derecho privado aragonés.

PEREZ MARTÍN, Antonio: *Traducción y apostillas a COINC*, Helmut: *Derecho Privado Europeo*. T. I: *Derecho Común más antiguo (1500-1800)* (Munich, 1985); T. II: *El Siglo XIX* (Munich, 1989). Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1996, 862 y 854 págs., respectivamente.

En la versión al español el traductor —catedrático de Historia del Derecho, Director del Instituto de Derecho Común Europeo de la Universidad de Murcia, anterior investigador de plantilla del Max-Planck-Institut— trata de reproducir fielmente el contenido de la edición original alemana. En atención al lector ha añadido algunas «apostillas» muy breves, entre corchetes, cuando lo ha estimado conveniente y ha confeccionado de nuevo los índices del final de la obra.

3: TEMAS GENERALES

3.1: EXPOSICIONES DE CONJUNTO

El. JUSTICIA DE ARAGÓN: *Informe Anual e Informes y Estudios Especiales de 1996*. Zaragoza, 1997. Dos tomos.

El tomo correspondiente al Informe Anual 1996 mantiene la estructura de otros años. Interesa destacar, dentro de la segunda parte, las páginas dedicadas a la defensa del Estatuto de Autonomía y la tutela del Ordenamiento jurídico aragonés (423-582).

El otro tomo recoge los Informes sobre la situación de los menores en Aragón, sobre el estado de observancia, aplicación e interpretación del Ordenamiento Jurídico Aragón (que ofrece este año, como novedad, listados acumulados —cronológico y sistemático— de las 376 sentencias de Derecho civil aragonés reseñadas en los Informes del Justicia desde 1990), y sobre la situación de los enfermos de Alzheimer en la Comunidad Autónoma de Aragón. Incluye también los estudios de tres becarios de la Institución: «La comunidad conyugal continuada. Una reflexión práctica» (A. Fortún Costea), «Las avenencias forales» (M. L. Liceras Yubero) y «Los principios de la potestad sancionadora de la Administración. Su incidencia

Bibliografía

en la Comunidad Autónoma de Aragón: cuatro estudios jurídicos» (J. L. Calvo Miranda)

6: PERSONA Y FAMILIA

62: PERSONAS. EDAD

LEÑA FERNÁNDEZ, Rafael: *El Notario y la protección del discapacitado*. Consejo General del Notariado, Madrid, 1997, 478, págs.

El autor trata de exponer, como en un vademécum jurídico, las distintas figuras e instituciones (incluidos los pactos sucesorios) que, a su juicio, pueden servir al jurista para dar cauce a los deseos e inquietudes de los padres de disminuidos psíquicos cuando tratan de prevenir el futuro de estos hijos. El trabajo termina con una exposición genérica de las normas fiscales que tienen relación con los minusválidos.

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES

SEVILLA BUJALANCE, Juan Luis: «El papel de las entidades públicas de protección de menores tras la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1794, de abril 1997, págs. 823-835.

Breve referencia a las novedades que en las funciones de las Entidades Públicas competentes en materia de protección de menores ha introducido la L.O. 1/1996, de 15 de enero, que han incidido en la tutela «ex lege» o administrativa, en el acogimiento de menores (residencial o familiar; y éste último: provisional, simple y permanente o preadoptivo) y en la adopción.

VARELA GARCÍA, C.: «Comentarios a la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor: principios programáticos y normas de conflicto», *Actualidad civil*, núm. 12, marzo 1997, págs. 261-282.

El autor, Fiscal de la Audiencia de Pontevedra, realiza unas interesantes consideraciones de urgencia, en primer lugar sobre los principios rectores o programáticos de la Ley de protección jurídica del menor; también sobre la protección, a través del Ministerio Fiscal, de los intereses difusos de los menores mediante la nueva acción civil pública instaurada por la Ley (aunque no se han previsto los necesarios instrumentos procesales para que el M. F. pueda desenvolver sus facultades en el ámbito civil); en el campo de los derechos económicos, sociales y culturales, los menores son «acreedores sociales» de las Administraciones Públicas; el modelo de protección de menores ha evolucionado desde el «abandono» al «desamparo» y de éste a la «protección integral» extensiva a todo menor en cualquier situación jurídica; a diferencia de las normas programáticas, las de conflicto (sobre tutela administrativa, guarda, acogimiento y adopción) requieren para su aplicación que el menor se encuentre en situación irregular.

66: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL.

661: Régimen económico conyugal en general

MORA MATEO, José Enrique: «Publicidad del cambio de régimen económico matrimonial mediante capitulaciones», *Revista General de Derecho*, núm. 636, septiembre 1997, págs. 10317-10351.

Tras una completa exposición del sistema de publicidad del cambio de régimen económico matrimonial mediante capitulaciones, llega a la conclusión de que dicho sistema no proporciona información suficiente. El legislador del Código civil, al pasar del sistema de inmutabilidad capitular al de mutabilidad, no ha logrado crear las garantías que los terceros precisan para la seguridad del tráfico económico, omitiendo un imprescindible Registro General de Bienes Matrimoniales. El Registro apropiado no es el Registro Civil, sino un Registro de especiales características para la atención de cuestiones patrimoniales y no del estado civil de las personas; accesible a cualquier persona, en el que sea obligatoria y constitutiva la inscripción de las capitulaciones, y que se inicie con la expresión del régimen económico bajo el que se contrae el matrimonio.

662: Régimen matrimonial paccionado

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: «La capacidad para capitular de los menores de edad en los Fueros de Aragón». *IUS FUGIT. Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. 5-6 (1996-97), págs. 9-36.

Completo y sólido estudio histórico de la capacidad de los menores de edad aragoneses para otorgar capítulos matrimoniales. A partir de 1564 hubo una norma expresa según la cual los aragoneses desde los 14 años pudieron otorgar por sí solos capítulos. La pregunta que se hace la autora es si podían capitular también los aragoneses menores de 14 años. La respuesta es que podían capitular por sí solos los menores de 14 años con capacidad para contraer matrimonio.

POVEDA BERNAL, Margarita Isabel: «Consideraciones en torno al llamado «negocio jurídico de aportación» a la sociedad de gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial y su incardinación en nuestro sistema contractual», *RCDI*, núm. 640, mayo-junio 1997, págs. 799-888.

Interesante estudio centrado exclusivamente en el ámbito del Código civil, pero que puede ser de utilidad para interpretar el art. 29 de la Comp. Sostiene la autora que sólo en virtud de un contrato pueden producirse transmisiones entre las masas privativas y ganancial y la clave para la verdadera existencia y validez de este contrato se halla en la existencia de una causa lícita que justifique la obligatoriedad legal del pacto. Es decir, o estamos ante un contrato sinalagmático, o remuneratorio o en uno de pura

Bibliografía

beneficencia. El «negocio jurídico de aportación» no puede suponer una excepción y debe estar incluido en el genérico art. 1274 del Código civil.

663: *Régimen matrimonial legal*

LICERAS YUBERO, M^a L.: «Las aventajas forales». *El Justicia de Aragón. Informes y Estudios Especiales de 1996*. Zaragoza, 1997, págs. 351-403.

Estudio realizado como becaria de la Intitución que junto al concepto, evolución histórica, objeto, naturaleza y características de las aventajas, tiene referencias al tratamiento fiscal, a las aventajas en otros Derechos españoles y a la trascendencia práctica de la institución.

67: COMUNIDAD CONYUGAL. CONTINUADA

FORTUN COSTEA, A.: «La comunidad conyugal continuada. Una reflexión práctica». *El Justicia de Aragón. Informes y Estudios Especiales de 1996*. Zaragoza, 1997, págs. 179-247.

Estudio realizado por un estudiante becario de la Institución y que se divide en tres partes diferenciadas: I: Estudio juríprudencial de la comunidad conyugal continuada; II: Concepto y naturaleza; III: Problemas fiscales.

68: VIUDEDAD

CASTAN VAZQUEZ, José María: «Discurso de contestación» al Discurso de José Luis Merino de Ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación. Zaragoza, 1997, págs. 47-53.

Siguiendo la praxis tradicional de las Academias españolas en actos de esta naturaleza, Castán Vazquez traza inicialmente una breve semblanza de José Luis Merino, para comentar luego, brevemente también, su discurso sobre *Limitaciones al derecho de viudedad aragonés*. Sus últimas palabras están dedicadas al futuro de la nueva Academia Aragonesa.

MERINO HERNANDEZ, José Luis: *Limitaciones al derecho de viudedad aragonés*. Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación leído el día 12 de junio de 1997. Zaragoza, 1997, págs. 7-44.

En el primer acto público de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación el Notario autor del discurso expone sus reflexiones práctico-teóricas sobre el derecho de viudedad, producto de más de 25 años de ejercicio notarial en esta Comunidad. Estas reflexiones se centran en las limitaciones pactadas o unilaterales de la viudedad (art. 72), la prohibición de viudedad en las transmisiones a título gratuito (arts. 67.2, 74.2 y 77) y la limitación legal del art. 73. Propone soluciones de política legislativa para aquellos aspectos del derecho de viudedad que cree necesario reformar por su falta de adaptación a las nuevas demandas sociales.

Bibliografía

7: DERECHO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

71: EN GENERAL. MODOS DE DELACIÓN. NORMAS COMUNES

711: Derecho de sucesiones en general

ROMERO COLOMA, Aurelia María: «El derecho a la herencia en el Ordenamiento jurídico español. Especial referencia a la función social de este derecho», *RCDI*, núm. 638, 1997, págs. 149-160.

Breve nota sobre el reconocimiento constitucional del derecho a la herencia y la función social delimitadora de su contenido (art. 33 CE). Con el sometimiento de las transmisiones hereditarias a tributación cree la autora que se incorporan las exigencias sociales y comunitarias al contenido del derecho a la herencia.

72: SUCESIÓN TESTAMENTARIA

723: Testamento mancomunado

ALONSO VISO, Roberto: «El testamento mancomunado en el Derecho gallego», en *Revista Xurídica Galega*, nº 14, 1996, págs. 15-35.

La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia ha legalizado la costumbre de los cónyuges gallegos de otorgar testamento mancomunadamente. El trabajo, con abundantes referencias a la legislación y doctrina aragonesas, comienza con una reseña histórica, alude al concepto, sujetos, forma, a la presentación y apertura del testamento mancomunado, y, finalmente, a su revocación y modificación.

BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: *El testamento mancomunado: Estudio de documentos notariales aragoneses desde el siglo XVI hasta la actualidad*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1997, 664 págs. (núm. 6 de la Colección «El Justicia de Aragón»). Prólogo de Jesús Delgado Echeverría.

Esta monografía —fruto de una excelente y necesaria tesis doctoral— demuestra, a través del estudio de la práctica documental notarial de las Comunidades de Teruel y Calatayud, de la provincia de Huesca y la ciudad de Zaragoza entre el siglo XVI y la actualidad, cómo el testamento mancomunado aragonés —institución apenas regulada en los Fueros y Observancias— se introduce en la sociedad por obra de la costumbre y llega a constituir la clase de testamento habitualmente usada por los cónyuges aragoneses. Se acredita documentalmente la frecuencia, hasta el Apéndice de 1925, del otorgamiento de testamento mancomunado con institución recíproca de herederos, aun en presencia de hijos u otros descendientes, sin cláusula de irrevocabilidad, y amplias facultades fiduciarias. Tampoco el nombramiento de tutores y curadores parece atenerse a las disposiciones de los fueros. Otorgantes pueden ser dos o más personas relacionadas entre sí

Bibliografía

por vínculo matrimonial o relación de parentesco. A partir del Apéndice el contenido típico del testamento mancomunado varía fundamentalmente por la implantación de la legítima colectiva de los dos tercios en favor de los descendientes, la introducción de las disposiciones correspondientes, además de la limitación de poder otorgarlo sólo los cónyuges.

73: SUCESIÓN PACCIONADA

PILLADO MONTERO, Antonio: «Los pactos sucesorios en la Ley de Derecho Civil de Galicia», *Revista Xurídica Galega*, núm. 13, 1996, págs. 15-69.

La Ley 4/1995, de 24 de mayo, del Parlamento de Galicia, que regula el Derecho Civil de Galicia, dentro del Título VIII dedicada a las «Sucesiones» incluye un capítulo sobre «los pactos sucesorios» (Cap. II: arts. 118-135), con sucesivas secciones sobre «el usufructo voluntario de viudedad», «el pacto de mejora», «el derecho de labrar y poseer» y «las apartaciones». El autor del trabajo, abogado, con abundantes referencias al Derecho y doctrina aragoneses —también examina el Derecho navarro, mallorquín, catalán y vizcaíno—, hace un primer comentario de la novedosa regulación.

74: FIDUCIA SUCESORIA

NUÑEZ IGLESIAS, Alvaro: *El testamento por comisario*. Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1991, 475 págs. (núm. 4 de «Estudios Históricos Notariales»). Prólogo de Carlos Lasarte.

La monografía (que, con algunos retoques posteriores, constituye la tesis doctoral del autor) tiene por objeto conocer en qué momento, en qué circunstancias y con qué alcance surgió la intervención de un tercero en el proceso sucesorio, intercalado entre el causante y el beneficiario, con poder de disposición; y en seguir su evolución hasta hoy. La investigación se inicia en Roma y se concluye en la Codificación. Es, pues, una obra que pretende hacer una historia completa del testamento por comisario y de las figuras conexas al mismo, desde la consideración negativa o prohibitiva de la institución por el Derecho romano clásico, hasta su presencia en nuestros días en las diversas Compilaciones y Leyes de los Derechos civiles forales o especiales. Hay referencias concretas a la figura en el Derecho aragonés.

76: SUCESIÓN INTESTADA

GARCÍA RUBIO, Mari Paz: «La sucesión de la Comunidad Autónoma de Galicia en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, *Actualidad Civil*, núm. 11, marzo 1997, págs. 237-260.

La introducción de los arts. 153 y 154 en la LDCC se sitúa dentro de la tónica general de sustituir el llamamiento que el art. 913 Cc. y preceptos concordantes hacen al Estado, entendido como Administración Central, como último sucesor legal, por el llamamiento a la Comunidad Autónoma respectiva para reivindicar con ello la personalidad propia de cada Derecho

Bibliografía

civil autonómico. Trabajo completo que aborda la naturaleza, la competencia legislativa y la exégesis de los preceptos gallegos, teniendo en cuenta también la normativa estatal, catalana, navarra y aragonesa en la materia.

8: DERECHO DE BIENES

84: SERVIDUMBRES

RODRIGUEZ MONTERO, Ramón P.: «La regulación de las servidumbres y serventías en la Ley 4/1995 de Derecho civil gallego: un análisis crítico y comparativo con la legislación civil de otras Comunidades Autónomas», en *Revista Xurídica Galega*, nº 14, 1996, págs. 37-73.

El trabajo analiza críticamente en sus aspectos fundamentales la regulación de la servidumbre de paso y de las serventías en la Ley de Derecho civil de Galicia, examinando el contenido de los arts. 15 a 32 de forma comparativa con el de otras legislaciones de las Comunidades Autónomas que también han dedicado diversos preceptos a las servidumbres, bien en general, bien a la servidumbre de paso en particular.

JOSÉ ANTONIO SERRANO GARCÍA

JURISPRUDENCIA*

* En esta sección de la Revista, al cuidado de los Profs. BAYOD, DELGADO y SERRANO, 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 resoluciones 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 pretende 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) PRESIDENTE
DEL
TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE ARAGÓN**

AUTO DICTADO EN RECURSO GUBERNATIVO

1

NÚM. 1

A. Presidente TSJA de 19 de noviembre de 1997.

741: FIDUCIA SUCESORIA: DISPOSICIONES GENERALES: *Sistema de fuentes: De acuerdo con el art. 1.1 Comp. el sistema de fuentes aplicables a la fiducia es el siguiente: las disposiciones de la Compilación como normas de Derecho positivo que vinculan al intérprete; integradas, en su caso, por la costumbre (arts. 2 y 107 Comp.); por los principios informadores de la fiducia y, por último, los principios generales inspiradores del ordenamiento jurídico aragonés. Sistema de fuentes que se halla enmarcado dentro del predominante principio normativo del «standum est chartae» (art. 3 Comp.), sin otras limitaciones que las que sanciona la norma que consagra ese tradicional principio (arg. arts. 25.1, 89, 99 y 110 y ss. Comp.).*

FUNDAMENTO Y NATURALEZA: *La fiducia sucesoria desde sus orígenes se asienta en la confianza y viene a representar una forma de poder «mortis causa» otorgado al fiduciario o fiduciarios para que aquél o éstos cumplan realmente la voluntad sucesoria del fiduciante; manifestación de voluntad dirigida a la conservación del patrimonio de la Casa y a la más acertada elección del heredero único, continuador de*

la misma; manifestación que, aunque en ella no se exprese, encierra en sí misma un principio profundamente arraigado en el Derecho aragonés, cual es el del repudio de la sucesión forzosa que significaría la desmembración y fraccionamiento de la Casa.

IRREVOCABILIDAD DEL PACTO DE FIDUCIA: *La declaración de voluntad del causante manifestada en el pacto de fiducia dispuesto en las capitulaciones matrimoniales ordenando la sucesión de la Casa, parece evidente que, en todo caso, salvo imposibilidad de cumplimiento sobrevenida (art. 3 Comp.), habrá de respetarse y acatarse en tanto en cuanto que ha devenido irrevocable (arts. 99.1 y 103.1 Comp.). El cónyuge viudo, fiduciario, debe ser el primero en acatar y en esforzarse por cumplir y que se cumpla el pacto sucesorio, mientras viva y pueda hacerlo, promoviendo la acción de los otros dos fiduciarios o su sustitución, si hubiere lugar.*

742: FIDUCIA COLECTIVA: CONSTITUCIÓN SUBSISTENCIA: *La fiducia es un encargo personalísimo —no delegable— y voluntario (arts. 116 y 20.4 Comp.), por lo que el cónyuge viudo, mientras viva y no haya incurrido en alguna causa de inhabilitación es insustituible, calidad que, a mi juicio, también puede predicarse de los fiduciarios designados «nominatim» (arg. art. 115.1 Comp.), en cambio, cuando el*

otorgante designa a los «dos parientes más cercanos» parece que, en principio, no elimina ni se opone a que éstos pueden ser sustituidos por otros «más cercanos», cuando aquéllos por muerte o incapacitación o por renuncia expresa o tácita no estén en disposición de cumplir la fiducia ordenada. Por costumbre admitida por la doctrina y los Tribunales (Ss. ATZ 18-5-1953 y 7-12-1967), hoy sancionada en la Ley (arts. 116 y 20.4 Comp.), determinados cargos fiduciarios son renunciables y sustituibles; de suerte que la renuncia sucesiva de los más próximos parientes no transforma la fiducia colectiva, en ningún caso, en fiducia individual o personal del cónyuge, sino que, en tal supuesto, habría de entenderse analógicamente que existe «disidencia» o empate por inasistencia de los parientes convocados, y habría que ir a la solución prevista en el art. 117-2 y 3, en relación con los arts. 20.4 y 21.2, a falta de disposición expresa del fiduciante o de costumbre.

RENUNCIA AL CARGO: *La fiducia sucesoria, salvo para el cónyuge viudo, es un cargo voluntario y, en cuanto tal, renunciable; así lo ha considerado la doctrina aragonesa, lo han admitido los Tribunales (Ss. ATZ 15-5-1953 y 7-12-1967; TS 20-3-1969) y ha sido recogido en los arts. 116 y 20.4 de la Compilación. La renuncia de los fiduciarios es una de las causas legales de vacancia y sustitución de aquéllos (arts. 116 y 20.4 Comp.), por lo que la renuncia no puede invocarse como causa que «impida» el cumplimiento de la fiducia, dado que subsiste la posibilidad de nombramiento de otros «dos parientes más cercano» que, con la viuda fiduciaria, puedan dar cumplimiento a la fiducia en la forma y términos dispuestos por el otorgante del encargo.*

0: OTRAS MATERIAS: CASACIÓN FORAL: *La competencia del Presidente del TSJ para la resolución definitiva de los recursos gubernativos sobre calificación de documentos referentes al Derecho civil aragonés, que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad, ha de entenderse suprimida del vigente Estatuto de Autonomía, puesto que las leyes posteriores derogan las anteriores, salvo reserva que no existe. La supresión de esa competencia recogida en el «suprimido» art. 29 del EAA devuelve esta clase de medios de impugnación al sistema ordinario.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 1, 2, 3, 20, 21, 25, 89, 99, 102, 103, 107, 110, 114, 115, 116, 117 y 118 Comp.

PONENTE: Excmo. Sr. D. José Ramón San Román Moreno.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Mediante escrito presentado con fecha 18 de septiembre del corriente año, en la Secretaría de Gobierno de este Tribunal Superior de Justicia de Aragón, el Notario de Zaragoza, D. José Luis Merino y Hernández, interpuso recurso gubernativo al amparo de los arts. 66 de la Ley Hipotecaria y 111 y siguientes de su Reglamento, contra la nota de calificación del Registrador de la Propiedad de Boltaña (Huesca), extendida con fecha 21 de mayo de 1997 en la escritura de Institución Contractual de Heredero autorizada por el Notario recurrente el 21 de marzo del mismo año, núm. 776 de protocolo, en base a las alegaciones que en el mismo se contienen y que se sintetizan en las siguientes: Que mediante escritura otorgada en Boltaña (Huesca) el 24 de mayo de 1941, autorizada por el Notario de dicha localidad, D. David Mainar Pérez, D. Hipólito Sierra Lascorz fue instituido contractualmente heredero en el patrimonio de la Casa, actuando como fiduciarios de sus fallecidos padres una serie de parientes; que en dicha misma escritura, D. Hipólito Sierra Lascorz y su esposa, D.^a Ascensión Sierra Grasa, formalizaron su capitulación matrimonial, en cuya estipulación cuarta dispusieron que «uno cualquiera de los hijos de Hipólito Sierra Lascorz ha de ser heredero universal de todos los bienes de la Casa; y será nombrado a elección del mismo, y falleciendo éste, lo nombrará su esposa Ascensión Sierra Grasa, juntamente con dos parientes más cercanos de Hipólito Sierra Lascorz»; que en la misma escritura, en su estipulación séptima, se precisaba que «los parientes llamados a intervenir en los distintos casos previstos en esta escritura serán los más cercanos, capaces, varones, mayores de edad y residentes en el Partido Judicial de Boltaña al ser precisa su intervención»; que D. Hipólito Sierra Lascorz falleció en Sasa de Surta (Huesca) el día 17 de enero de

1953, sin haber llegado a nombrar heredero de la Casa. Le sobrevivieron: su esposa, D.^a Ascensión Sierra Grasa, una hija común del matrimonio, D.^a Felisa Sierra Sierra, dos hijos de un matrimonio anterior del causante, Hipólito y Miguela Sierra Leris y tres nietos, hijos de otro hijo de su anterior matrimonio, premuerto, María Sierra Leris, llamados Eugenia, Esteban y Ricardo Buil Sierra; que el día 26 de noviembre de 1996, D.^a Ascensión Sierra Grasa compareció ante el Notario recurrente manifestando su deseo de proceder al nombramiento de heredero de la Casa, dado sobre todo su avanzada edad (97 años), y que desde hacía tiempo venía instando a los dos únicos parientes de su fallecido esposo, Sr. Sierra Lascorz, en quienes podían concurrir las circunstancias exigidas por éste en la capitulación matrimonial antes dicha, D. Félix y D. Alejandro Sierra Buil, sin que tales parientes accedieran a su deseo, denegando toda intervención al respecto y obstaculizando con ello cualquier posibilidad de ejercicio de la fiducia: que en base a ello solicitó del recurrente procediera a requerir a dichos parientes para su intervención fiduciaria, lo que se realizó mediante una primera acta de 26 de noviembre de 1996, núm. 2877 de protocolo, dirigida a D. Félix Sierra Buil y, a mayor abundamiento y aunque estos otros parientes no eran vecinos del término de Boltaña, a D. José Ángel Sierra Grasa (en Sariñena, Huesca) y D. Bernardino Sierra Broto (en Huesca); que por omisión involuntaria no se requirió entonces a D. Alejandro Sierra Buil, haciéndolo mediante otro acta de 28 de enero de 1997, núm. 200 de protocolo; que el resultado de tales requerimientos fue el siguiente: D. José Ángel Sierra Grasa, de Sariñena, contestó el 18 de diciembre de 1996 que «renuncia a intervenir en la asignación fiduciaria para la que ha sido reclamado y que además considera que antes que a él mismo y a D. Bernardino Sierra Broto, se debería haber requerido a Alejandro Sierra Buil (hermano del también requerido Félix) del cual sabe que reside en Sasa de Surta, las Bellostas-Aínsa-Sobrarbe (Huesca, partido judicial de Boltaña)»; que los demás requeridos, y según consta en las correspondientes diligencias de las actas notariales citadas, no contestaron a los respec-

tivos requerimientos ni, hasta la fecha, han hecho manifestación alguna; que ante tal comportamiento de los parientes llamados al ejercicio de la fiducia, considerando la interesada que con él no hacían sino manifestar un desinterés absoluto por la cuestión, una negativa implícita a su participación en la fiducia o, quizás incluso, un intento de entorpecimiento del ejercicio fiduciario, D.^a Ascensión Sierra Grasa procedió al ejercicio de la fiducia por sí sola, designando como heredera universal de su patrimonio y del de su fallecido esposo, Sr. Sierra Lascorz, a la hija común de ambos, D.^a Felisa Sierra Sierra.

Segundo: La parte recurrente alegó los fundamentos de Derecho que estimó de aplicación y terminó suplicando «se tenga por presentado este escrito de recurso gubernativo contra la calificación del Registrador de la Propiedad de Boltaña (Huesca), puesta a la escritura autorizada por el infraescrito el 21 de marzo de 1997, número 776 de protocolo, y, previas las actuaciones pertinentes, se dicte Auto por el que se revoque la indicada calificación y se ordene la inscripción registral de la institución contractual de heredero a que la meritada escritura se refiere». En otrosí, designó domicilio a efectos de notificaciones.

Tercero: Por providencia de fecha 19 de septiembre del corriente año, se tuvo por interpuesto el recurso, admitiéndose a trámite y acordándose la remisión de comunicación al Registrador de la Propiedad para la anotación a que se refiere el art. 114 del Reglamento Hipotecario, en su caso, y para la emisión del informe establecido en el art. 115.

Cuarto: El Registrador de la Propiedad comunicó mediante oficio de fecha 21 de octubre pasado, que «al recibirse el expediente en este Registro, y habiendo caducado el asiento de presentación del documento objeto del recurso, dicho expediente con el testimonio de la escritura recurrida, fue nuevamente presentado en el Diario, causando el Asiento de Presentación 2.956, al folio 232 vuelto del Diario 28, a las doce treinta horas del día 25 de septiembre ultimo».

Quinto: Recibido el oportuno informe emitido de conformidad con lo prevenido en el art. 115, antes citado, por providencia de fecha 20 del mismo mes

de octubre se acordó dejar el recurso sobre la mesa para la resolución procedente.

Sexto: En la tramitación de este expediente se han observado todas las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El tema «decidendi» del recurso queda circunscrito al único motivo expresado en la nota denegatoria de la inscripción, fundado en el «defecto de haberse realizado el nombramiento de heredero únicamente por la viuda, sin los otros dos pariente fiduciarios exigidos en el correspondiente pacto de fiducia».

La calificación de tal defecto como insubsanable y su impugnación mediante el recurso que se resuelve, pregonan la necesidad de examinar el contenido del pacto de fiducia que se dice infringido; pacto de frecuente práctica en las Comarcas del Alto Aragón, incorporado corrientemente a los capítulos matrimoniales, en íntima conexión con la finalidad de conservación y prolongación en el tiempo de la Casa, institución consuetudinaria hondamente arraigada en esas Comarcas. Así ocurre en el supuesto de autos en el que los cónyuges capitulantes, en la cláusula cuarta estipularon que «uno cualquiera de los hijos de Hipólito Sierra Lascorz ha de ser nombrado heredero universal de todos los bienes de la Casa; y será nombrado a elección del mismo y falleciendo éste, lo nombrará su esposa Ascensión Sierra Grasa, juntamente con dos pariente más cercanos de Hipólito Sierra Lascorz».

Una segunda estipulación fiduciaria pretende asegurar la institución de heredero único y universal de la Casa, en cuanto que en los capítulos matrimoniales se pacta una segunda fiducia colectiva para el supuesto de que falleciere la viuda de D. Hipólito sin haber nombrado heredero único de la Casa a uno de los hijos de D. Hipólito, según se ha alegado en el recurso, aun cuando no se haya acreditado.

Segundo: De lo expuesto resulta evidente que fallecido D. Hipólito sin haber instituido heredero único de la Casa a uno de sus hijos y viviendo su viuda, nos hallamos en el primer estadio de la insti-

tución fiduciaria dispuesta por él en los capítulos matrimoniales; figura fiduciaria que es la más típica de la fiducia colectiva, regulada en los arts. 114 a 118, ambos inclusive, de la Compilación; dentro del Título IV del Libro II, título que bajo el epígrafe «De la fiducia sucesoria», se compone de dos Capítulos destinados, a la reglamentación de las «Disposiciones generales», el Primero (arts. 110 a 113) y a la «fiducia colectiva» el Capítulo II (arts. 114 a 118).

Si hacemos mención de esa específica regulación es porque entiende el Juzgador que esa normativa reguladora de la fiducia sucesoria, nos ha de servir de orientación y punto de referencia a la hora de resolver las cuestiones planteadas en el recurso; en tanto en cuanto que el art. 1.1 de la Compilación establece el sistema de fuentes del Derecho civil aragonés al disponer:

«Constituyen el Derecho civil de Aragón... las disposiciones de esta Compilación integradas con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico».

Son, pues, aplicables por este orden: las disposiciones de la Compilación como normas de Derecho positivo que vinculan al intérprete; integradas en su caso, por la costumbre (arts. 2 y 107 de la Comp.); por los principios informadores de la fiducia y, por último, los principios generales inspiradores del ordenamiento jurídico aragonés.

Tercero: En ese orden discursivo podemos afirmar que nos encontramos ante un supuesto típico de fiducia colectiva, regulado en los arts. 114.1 y siguientes de la Comp., en relación con lo preceptuado en los arts. 110 y siguientes y en los arts. 89, 99 y 102.1 y concordantes de la Compilación. Mas en esta materia bien podemos adelantar que ese sistema de fuentes se halla enmarcado dentro del predominante principio normativo del «*Standum est chartae*» (art. 3 de la Comp.), sin otras limitaciones que las que sanciona la norma que consagra ese tradicional principio (arts. 25.1, 89, 99 y 110 y siguientes de la Comp.).

La fiducia sucesoria desde sus orígenes se asienta en la confianza y viene a representar una forma de poder «mortis

causa» otorgado al fiduciario o fiduciarios para que aquél o éstos cumplan fielmente la voluntad sucesoria del fiduciante; manifestación de voluntad dirigida, como en este caso ocurre, a la conservación del patrimonio de la Casa en un único heredero, continuador de la misma.

Esa declaración de voluntad del fideicomitente dirigida a la conservación del patrimonio de la Casa, aunque en ella no se exprese, encierra en sí misma un principio profundamente arraigado en el Derecho civil de Aragón, cual es el del repudio de la sucesión forzosa; rechazo de la sucesión legítima o forzosa que en el supuesto que nos ocupa no ofrece duda alguna, por cuanto que la apertura de la sucesión forzosa significaría la desmembración y el fraccionamiento del patrimonio de la Casa, que se pretende evitar.

Yes que la fiducia sucesoria que en interés de la conservación de la Casa y de la más acertada elección del heredero único de la misma, a la que en este caso va ordenada, se asienta sobre ese principio fundamental del Derecho aragonés, hoy convertido en norma: el «*Standum est chartae*» —art. 3 de la Compilación— que consagra la libertad civil tan arraigada y querida en el Derecho histórico del viejo Reino (Resolución de la DGRN de 16-6-1965), que ha llegado incólume a nuestros días hasta alcanzar el rango legal que hoy se le reconoce.

Cuarto: En esa ordenación de la sucesión de la Casa, viviendo el cónyuge viudo, que no ha incurrido en causa alguna de incompatibilidad o exclusión (arts. 110.2 y 3, 114.1 y 116 de la Comp.), corresponde a aquél, con los dos parientes más cercanos de su difunto cónyuge D. Hipólito, el nombramiento del heredero único de la Casa, que habrá de recoger en uno de los hijos de D. Hipólito.

Así como el cónyuge viudo, mientras viva y no haya incurrido en alguna de las causas de inhabilitación es insustituible, calidad que, a mi juicio, también puede predicarse de los fiduciarios designados «nominatim» (arg. art. 115.1 de la Comp.), en cambio, cuando el otorgante de la fiducia designa fiduciarios a los «dos parientes más cercanos» parece que, en principio, no elimina ni se opone a que éstos puedan ser sustituidos por

otros «más cercanos», cuando aquéllos por muerte o incapacitación o por renuncia expresa o tácita no estén en disposición de cumplir la fiducia ordenada, puesto que la fiducia, basada en la confianza es un cargo personalísimo, basada en la confianza es un cargo personalísimo —no delegable— (sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 7-12-1967 y del Tribunal Supremo de 20-3-1969) y voluntario (art. 116, en relación con lo dispuesto en el art. 20.4 de la Comp.).

Pero ese carácter no delegable predictable respecto del cónyuge viudo fiduciario y de los fiduciarios designados «nominatim» no puede significar que fuera de los casos citados, el fiduciario o fiduciarios no sean sustituibles por otros parientes o personas en quienes concurran las cualidades previstas por el fideicomitente, salvo disposición expresa de éste, dado que la declaración de voluntad del fiduciante constituye la ley de su sucesión (arts. 3, 89, 99, 103.1 107, 110, 115, y 116 y siguientes de la Comp.).

Quinto: Requeridos por conducto notarial por la viuda fiduciaria los cuatro parientes varones conocidos más cercanos de D. Hipólito para el cumplimiento de la fiducia ordenada por dicho causante fiduciante en unión y comunión con su viuda, bajo apercibimiento de que si no correspondían a ese llamamiento de la viuda fiduciaria en el plazo de quince días, se les tendría por renunciados a sus condición de fiduciarios del difunto D. Hipólito y habiendo manifestado uno de esos parientes su voluntad expresa de renuncia al cargo y no contestando los otros tres al requerimiento a tal fin practicado, ese comportamiento de los parientes más cercanos del fideicomitente, ha dado origen al recurso que se resuelve, al negar al Registrador de la Propiedad, la inscripción de nombramiento de heredera única de la Casa, efectuada tan sólo por la viuda fiduciaria al considerar ésta que la conducta de los dos parientes fiduciarios «imposibilitaba» la constitución de la Junta de Parientes ordenada por el cónyuge premuerto.

La fiducia sucesoria, salvo para el cónyuge viudo, es un cargo voluntario y, en cuanto tal, renunciable; así lo ha con-

siderado la doctrina aragonesa y lo han admitido los Tribunales (sents, de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 18-5-1953 y 7-17-1967 y del Tribunal Supremo de 20-3-1969); renunciabilidad al cargo de fiduciario que ha sido recogida en la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 1967 (arts. 116 y 20.4 de dicho Cuerpo legal).

Si la voluntad del causante manifestada en el pacto de fiducia dispuesto en las capitulaciones matrimoniales otorgadas por ambos cónyuges, constituye la ley suprema de la sucesión en la forma y con los límites ordenados por ellos, que defieren el nombramiento de heredero único para la conservación de la Casa, en el supuesto de premoriedad de D. Hipólito, a su viuda y a los dos parientes de aquél más cercanos, esa declaración de voluntad capitular ordenando la sucesión de la Casa (arts. 3, 25.1, 89, 99, 110 y siguientes de la Comp.), parece evidente que, en todo caso, salvo imposibilidad de cumplimiento sobreveniente (art. 3 de la Comp.), habrá de respetarse y acatarse en tanto en cuanto que ha devenido irrevocable (arts. 99.1 y 103.1 de la Comp. y sent. de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 2-4-1958, entre otras).

Sexto: Planteado en el escrito de interposición del recurso por la viuda fiduciaria del causante fideicomitente D. Hipólito, el problema de la «imposibilidad de cumplimiento de la fiducia» por la renuncia expresa o «táctica» (pues a ella equivale el silencio de tres de los parientes requeridos —sents, del Tribunal Supremo de 18-10-1982 y 7-7-1990, entre otras— aunque el requerimiento debería ser más preciso) de cuatro de los parientes más próximos del difunto D. Hipólito, es llegado el momento de examinar se cabe admitir esa alegada «imposibilidad» fáctica-jurídica como causa que pueda justificar, legal y legítimamente, a la viuda fiduciaria para ordenar, por sí sola, la sucesión de su difunto esposo, mediante el nombramiento de heredera única de la Casa a la hija de ambos cónyuges D.^a Felisa Sierra Sierra en escritura de institución contractual de heredero otorgada por la viuda fiduciaria D.^a Ascensión Sierra y la heredera instituida ante el Notario D. José Luis Merino el 21 de marzo de 1997.

Tal cuestión no puede resolverse en sentido favorable a la tesis sostenida en el escrito de interposición del recurso; pues ni existe laguna legal ni puede admitirse, sin más, la concurrencia de una situación de imposibilidad de cumplimiento de la fiducia, que autorice a la viuda fiduciaria a instituir, por sí y ante sí heredera única de la Casa, conculcando el pacto de fiducia.

Séptimo: Decimos que no existe laguna legal, por cuanto que, por costumbre admitida por la doctrina y los Tribunales (sents. de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 18-5-1953 y 7-12-1967, que apuntan, incluso, la conveniencia de efectuar un segundo requerimiento), hoy sancionada en la Ley (arts. 116 y 20.4 de la Comp.), determinados cargos fiduciarios son renunciables y sustituibles; de suerte que no existiría imposibilidad de cumplimiento de la fiducia colectiva en vida de la viuda porque, en el supuesto de que no pudiera constituirse ésta con los dos más próximos parientes de D. Hipólito, por renuncia sucesiva de éstos, esa fiducia colectiva no podría transformarse, en ningún caso, en fiducia individual o personal, sino que, en tal supuesto, habría de entenderse analógicamente que existe «disidencia» o empate por inasistencia de los parientes convocados, no concurrentes a la Junta y habría que ir a la solución legalmente prevista para tales supuestos en el art. 117.2 y 3 en relación con los preceptuado en los arts. 20.4 y 21.2 de la Compilación, a falta de disposición expresa del fiduciante o de costumbre en el Partido Judicial de Boltaña.

Si no ofrece duda alguna la posibilidad legal de la sustitución de los fiduciarios (art. 116 y sentencia núm. 186 de la A.T. de Zaragoza de 7 de diciembre de 1967) y siendo la renuncia de éstos una de las causas legales de vacancia y sustitución de aquéllos (arts. 116 y 20.4 de la Comp.), esa renuncia no puede invocarse como causa que «impida» el cumplimiento de la fiducia en la forma ordenada por el fiduciante, a tenor de los dispuesto en el art. 116 de la Compilación en relación con la Disp. transitoria octava de dicho Cuerpo legal, dado que subsiste la posibilidad de nombramiento de otros «dos parientes más cercanos» que, con la viuda fiduciaria, puedan dar cumplimiento a la fiducia en la forma y

terminos dispuestos por el otorgante del encargo.

Máxime cuando el cónyuge viudo, fiduciario, debe ser el primero en acatar y en esforzarse por cumplir y que se cumpla el pacto sucesorio, mientras viva y pueda hacerlo, como en este supuesto ocurre, promoviendo la acción de los otros dos fiduciarios para el cumplimiento de la fiducia o sustitución, en legal forma, si hubiere lugar.

Octavo: Siendo así que, en criterio del Juzgador, puede y debe cumplirse la fiducia en los términos establecidos por el fideicomitente, puesto que no concurre la causa de «imposibilidad de constitución de la Junta de Parientes», invocada por el prestigioso Sr. Notario recurrente como fundamento de su tesis impugnatoria, procede la desestimación de recurso y la confirmación de la nota recurrida. Sin que, dada la naturaleza del recurso gubernativo registral, pueda ni deba el Juzgador entrar a examinar otros problemas que puede presentar, en este caso, el cumplimiento de la fiducia colectiva: puesto que caen fuera del ámbito del recurso y son propios del juicio declarativo correspondiente, conforme a lo previsto en los arts. 66 de la Ley Hipotecaria, 111 y 117 de su Reglamento.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso interpuesto contra la nota denegatoria del Registrados de la Propiedad y la confirmación de la misma, sin efectuar especial imposición de las costas causadas en este recurso, conforme a lo dispuesto en el art. 130 del Reglamento Hipotecario.

Noveno: Por último, en relación con el recurso que se resuelve, se considera conveniente analizar, siquiera brevemente, la incidencia que en el sistema de los recursos gubernativos ha supuesto la supresión del artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón, operada por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, del Estatuto de Autonomía de Aragón, modificada por la Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo, de Reforma de dicho Estatuto.

Establece la Disposición Adicional Séptima de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial que «Cuando

los Estatutos de Autonomía atribuyan a los Órganos jurisdiccionales radicados en la C.A. el conocimiento de los recursos contra la calificación de títulos sujetos a inscripción en un Registro de la Propiedad de la Comunidad, corresponderá al Presidente del Tribunal Superior de Justicia la resolución del recurso», quien lo resolverá definitivamente en vía gubernativa, cuando el recurso se funde en el Derecho Civil, Foral o especial privativo de la C.A.

En otro caso, su decisión será apelable, conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

Esa competencia se recogía en el artículo 29. Uno e) del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, que disponía:

«Uno. De acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, las competencias jurisdiccionales de Aragón se extienden:

e) A los recursos gubernativos sobre calificación de documentos referentes al Derecho civil aragonés, que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad».

La supresión dispuesta en el artículo segundo de la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, del artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón, ha planteado la duda sobre la subsistencia de la competencia que el derogado artículo 29 atribuía al Presidente del Tribunal Superior de Justicia para la resolución definitiva de los recursos gubernativos en los términos establecidos en el apartado e) del artículo 29, ahora «suprimido».

Duda que sólo cabe resolver desde una triple perspectiva: constitucional (arts. 117.3, 149.8 y 152 de la Constitución); estatutaria (art. segundo de la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre) y orgánica (Disp. Adicional 7.º de la LOPJ), en el sentido de que suprimida del vigente Estatuto de Autonomía esa competencia, que se hallaba en concordancia con lo establecido en la Disp. Adicional Séptima de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha de entenderse derogada, puesto que las leyes posteriores derogan las anteriores (art. 2.2 del Código Civil), salvo reserva que no existe.

La supresión (que supone un «plus» sobre la derogación) de esa competencia recogida en el «suprimido» artículo 29 del E. de A. de Aragón, devuelve esta clase de medios de impugnación al sistema ordinario de recursos establecido en los arts. 66 de la L.H. y 121 del R.H. a juicio de esta Presidencia (Disp. Adicional Séptima de la LOPJ), vigente; con independencia de la desfavorable valoración que nos merece la pervivencia de ese denominado recurso gubernativo, trámite intermedio que como la experiencia pone de relieve, no evita la interposición del recurso ante la DGRN.

Vistos los artículos citados y demás de explicación y las sentencias y resolución mencionadas.

El Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, D. José Ramón San Román Moreno.

Acuerda: Desestimar el recurso gubernativo interpuesto por el Notario D. José Luis Merino Hernández contra la nota denegatoria de la inscripción de la escritura pública de institución contractual de heredero de 21 de marzo de 1997, por dicho Sr. Notario autorizada, nota denegatoria dictada con fecha 21 de mayo de 1997 por el Registrador de la Propiedad de Boltanya, que se confirma; sin efectuar especial imposición de las costas causadas en este recurso.

Notifíquese esta resolución al recurrente y al Registrador de la Propiedad, con instrucción del recurso, forma, plazo y órgano ante el que puede interponerse.

Así lo acuerdo, mando y firmo en Zaragoza en la fecha expresada «ut supra».

B) AUDIENCIAS PROVINCIALES

RESOLUCIONES RELACIONADAS CON EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS*

BARCELONA

2

NÚM. 2

S. AP Barcelona de 23 de marzo de 1994.

683: EL USUFRUCTO VIDUAL: EXTINCIÓN: Renuncia: *La renuncia al usufructo de viudedad (modo de extinción previsto en el número 1º del art. 86 Comp.) sólo alcanza sentido si abarca la totalidad del derecho y no cuando se produce sobre un bien determinado.*

741: FIDUCIA SUCESORIA: DISPOSICIONES GENERALES: NATURALEZA Y FINALIDAD: *La fiducia aragonesa es una figura peculiar, sin posibilidad de equipararse al fideicomiso del Código civil o a cualquier otro, máxime si tenemos en cuenta el origen consuetudinario de la institución; se parece más al fideicomiso romano que a la sustitución fideicomisaria del Cc., pues en ésta el fiduciario es heredero y disfruta, como tal, de la herencia, mientras que en aquél el fiduciario aparece como un simple mandatario o*

ejecutor testamentario. La fiducia aragonesa tiene entre sus finalidades posibilitar que el nombramiento de heredero recaiga en la persona más idónea para llevar la Casa y fortalecer la posición del cónyuge supérstite frente a los hijos. EJERCICIO FRAUDULENTO: La sentencia aprecia fraude de ley en el cumplimiento parcial de la fiducia por el viudo usufructuario que, a la par, renuncia al usufructo sobre el bien adjudicado, pues se hace para permitir así, por tratarse de una vivienda, el ejercicio de la acción de desahucio por necesidad (art. 62.1º LAU) contra el inquilino, y ello, pese a que la herencia es titular de tres locales más en el mismo inmueble, arrendados con posterioridad y con distinto tipo de contrato al del actor y con locatarios con menores cargas familiares.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 6.4 Cc.; 9, 53, 54, 62.1º, 64 LAU; 86.1 Comp.

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Adolfo Fernández Oubiña.*

* Se publican a continuación, los fundamentos de derecho de las 28 resoluciones (26 sentencias y 2 autos) de las Audiencias Provinciales de Barcelona (1), Huesca (14), Teruel (3) y Zaragoza (10), relacionadas con el Derecho civil aragonés, correspondientes al año 1996 (excepto una de 1994), y que han sido facilitadas a la Revista de Justicia de Aragón.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Por el actor apelante se instaron en el acto procesal de alzada dos excepciones, una, basada en la insuficiencia del poder de quien reconviene y, otra, en la admisión a trámite de la reconvenCIÓN al entender que en la misma se ejercita una acción propia y exclusiva de la Ley especial de Arrendamientos Urbanos; y, si con respecto a la primera, como cuestión ex novo, poco o nada habría que decir, la insistencia de la parte permite manifestar lo difícil que resulta entender que a alguien llamado al proceso y a quien se le tiene reconocida personalidad fuera de la causa, se le pueda imputar, ya dentro, la carencia de tal personalidad con base en un documento presentado por fotocopia como soporte del poder a Procuradores, de ahí que no parezca necesario un mayor soporte doctrinal en la desestimación de lo excepcionado. Mayor enjundia jurídica alcanza la segunda referida a la posibilidad del ejercicio por reconvenCIÓN de una acción de desahucio de la Ley especial por causa de necesidad dentro de un juicio ordinario de menor cuantía; sin embargo, y habida cuenta tanto de la vis atractiva del procedimiento ordinario, como de que, según dispone el artículo 63.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el límite competencial del Juez que conozca de los autos principales con respecto a la reconvenCIÓN solo va referido a la cantidad que se reclame (por lo que vendría afectada nada más que la reclamación en mayor cuantía), claro es que ambos factores apoyan la posibilidad procesal del ejercicio de la acción locatoria, sobre todo si nos atenemos al concreto caso, dada que en él se ejercita, como consecuencia de una doble pretensión de nulidad y de la solicitud de concesión de un determinado derecho, otra basada en la Ley locataria, ya que la consecuencia de tal derecho es la paralización del desahucio que tutela el artículo 114 de la citada Ley Especial, de ahí que no pueda rechazarse, por mínimos de congruencia, la oportunidad de su ejercicio con base en la siempre posible denegación de tal derecho.

Segundo: Ya en el fondo del litigio, el hecho a debate en alzada, reiteración del de instancia, es la solicitud de nulidad por

fraude de ley de la entrega, al amparo de la Legislación Foral Aragonesa, por un heredero fiduciario que, además, ostenta el usufructo universal como cónyuge viudo, de un concreto bien de la herencia del causante en favor de uno de los señalados para heredar por la distribución del caudal relicto y, a la par, de la renuncia del usufructo universal pero solo referida al expreso bien, para permitir así, por tratarse de una vivienda, el ejercicio de la acción de desahucio por necesidad (artículo 62.1º de la Ley de Arrendamientos Urbanos) contra el inquilino, y ello, pese a que la herencia es titular de tres locales más en el mismo inmueble, arrendados con posterioridad y con distinto tipo de contrato al del actor y con locatarios con menores cargas familiares.

Tercero: Si en principio nada legal parece oponerse al cumplimiento obligacional por el heredero fiduciario en la asignación de determinado bien, ya que la fiducia aragonesa es una figura peculiar, sin posibilidad de equipararse al fideicomiso del Código Civil o a cualquier otro, máxime si tenemos en cuenta el origen consuetudinario de la institución, en cuanto no hay Fuero ni Observancia que contemplen la posibilidad de nombrar heredero o distribuir la herencia con posterioridad al óbito del causante de la misma, y con una trascendental finalidad, la de que tal nombramiento recaiga en la persona más idónea para llevar la Casa y que en aquél momento del óbito no podría determinarse (finalidad alejada por completo del interés que dirige la actividad a estudiar en la causa), sin olvidar que también se favorece con esta figura la existencia del cónyuge supérstite frente a los hijos, máxime en los casos de que carezcan de bienes propios o de la facultad de disponer mortis causa por la irrevocabilidad del anterior testamento mancomunado; de ahí el que la figura de autos se parezca más al fideicomiso romano que a la institución fideicomisaria del Código Civil español, pues en este el fiduciario es heredero y disfruta, como tal, de la herencia, mientras que en aquél el fiduciario aparece como un simple mandatario o ejecutor testamentario. En la sustitución fideicomisaria hay dos liberalidades o más y, en el fideicomiso, una sola liberalidad; disquisiciones que ya recogió la sentencia de 22 de

mayo de 1894 cuando manifiesta que el encargo hecho por un testador a dos o más personas para que distribuyan la herencia no confiere a las mismas el carácter de herederos, de todo lo cual se colige que la figura de autos no guarda identidad, ni siquiera analogía, con la sustitución fideicomisaria del Código Civil (artículos 781 a 786), puesto que ya sea esta pura o de residuo, en ambos casos los bienes son adquiridos por el heredero fiduciario, quien los hace suyos desde el fallecimiento del causante hasta que los transmite al tercero designado, quien también ostentaría (en el momento de la transmisión) la condición de heredero, transmisiones y dualidad de herederos que no se dan en la fiducia aragonesa; cuestión ésta de excepcional importancia en razón de lo dispuesto en los artículos 53 y 54 de la Ley de Arrendamientos Urbanos y que, con la duda sobre la posibilidad de una renuncia parcial del usufructo universal aragonés, pueden configurar el denunciado fraude de Ley.

Cuarto: La actuación en fraude de ley, censurada ya en el Derecho Romano según puede leerse en el Texto de Paulo (Digesto I.3.29: «in fraudem legem facit qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit») y de Ulpiano (I.3.30: «fraus enim legi fit, ubi, quod fieri noluit, fieri autem non veluit, id fit»), y, proscrita implícitamente en algunos pasajes de nuestro Derecho histórico, tal y como se vislumbra en la Partida 1^a, Leyes 7^a («cumplidas devén ser las Leyes, e muy cuidadas e catadas, de guisa que sean con razón e sobre cosas que puedan ser») y 13^a («entender se deván las Leyes bien e derechamente, tomando siempre verdadero entendimiento de ellas a la más sana parte e mas provechosa»), se ha venido definiendo en sentido técnico restringido por la Doctrina científica como el acto cuyo resultado está prohibido por una Ley, pero que se funda en otra dictada con distinta finalidad, de manera que la consecución de lo prohibido por el Legislador se busca mediante el uso de una norma jurídica creada para otros fines lícitos, y es en atención a la necesidad práctica de utilizarlo como instrumento de defensa de una ordenación de tan marcado carácter imperativo como la de inquilinato, que ya el artículo 9^o de la Ley de 24 de diciembre de 1964, comple-

tando lo dispuesto en el correspondiente de la Ley de 22 de diciembre de 1955 referido exclusivamente al abuso de derecho, acogía explícitamente tal principio y el de la buena fe (hoy en el artículo 6.4^o del Código Civil), con la finalidad de impedir que el texto literal del precepto pueda ser eficazmente empleado para autorizar actos contrarios a la realización de la justicia, de suerte que frente al contenido ético y al espíritu y finalidad de la norma legal, no prevalezcan maniobras o estratagemas tendentes a lograr un resultado opuesto al perseguido por ella; razones que llevan a la revocación de la sentencia apelada en cuanto no apreció correctamente la realidad de una conducta encaminada a eludir las normas preceptivas sobre la prórroga del contrato para el arrendador, produciendo el consiguiente fraude de Ley y el efecto de nulidad del acto fraudulento conforme a lo dispuesto en el artículo 6 número 4 del Texto Legal antes citado; y ello en razón, de que si ya la actividad de la heredera fiduciaria atenta contra el sentido ancestral de la figura jurídica al individualizar los bienes que integran la fiducia, más serias son aún las objeciones a la renuncia del usufructo viudal, propio de la Compilación Foral, en la referencia concreta a que se produzca sobre un solo bien de los que componen el caudal relictio, dado que tal usufructo es universal, no particular, por lo que una renuncia (modo de extinción previsto en el número 1^o del artículo 86 de la Compilación) al mismo sólo alcanza sentido si abarca la totalidad del derecho y no la particularidad de cada bien o, lo que es lo mismo, según expresa la sentencia de 24 de marzo de 1930, para que la renuncia del usufructuario sea válida no ha contravenir lo dispuesto en el título constitutivo, y siendo así que en el concreto caso se ha producido esa contravención, fácil es llegar a la conclusión de que al no realizarse la confusión entre el dominio directo y el útil, no existe legitimación en el nudo propietario para accionar de desahucio.

Quinto: En la búsqueda de la realidad fraudulenta y con base en la analogía que sacraliza el artículo 9 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, también habría que ponderar que su artículo 54 restringe las facultades dispositivas del

propietario arrendador de varios pisos de una misma finca imponiéndose un determinado orden para la donación de cualquiera de ellos, tal como previene dicho precepto en relación con el 64, cuya vulneración legitimaria al inquilino afectado para impugnar el acto de liberalidad por no haberse ajustado a lo dispuesto en el párrafo 2º de aquella norma; de ahí que, y por analogía con lo establecido en el artículo 53, habría que entender limitado el derecho dominical del designado por el fiduciario (como en el caso del donata-

rio), frente al inquilino agraviado, para privarle del derecho de denegación de prórroga con base en la causa 1º del artículo 62 (ver sin tesis jurisprudencial en sentencia de 2 de diciembre de 1966), sin que resulte indispensable el ejercicio de una acción formal impugnatoria del cumplimiento de la fiducia en los plazos y la forma que el artículo 53 señala pero que el 54 no recoge, por lo que bastará aducir como defensa en el proceso de desalojo la infracción del orden escalonado de preferencia impuesto al causante.

HUESCA

NÚM. 3

S. APH 25 de enero de 1996.

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Ausencia de voladizo: *La mera existencia de ventanas, que no tienen voladizos, invadiendo el predio contiguo no supone acto de posesión sobre la finca vecina, pues el actor en su propia finca puede tener o no ventanas, dado que la apertura de éstas, tanto en pared propia como medianera, desde siempre ha sido tolerada por la ley de Aragón, como un facultad derivada del estatuto normal de su propio dominio, sin que de su existencia se derive una servidumbre de luces y vistas.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Art. 144 Comp.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Ángel Iribas Genua.*

D. Cipriano Marraco Mange, ante el JPH nº 1 de Huesca, interpone demanda en autos de interdicto de obra nueva (nº 184/95), contra D. Pedro Omiste Saura, solicitando la paralización de la obra comenzada por éste, pues con ella se cierran las ventanas que el actor tiene en su pared propia y que recaen sobre la finca del demandado.

El Juzgado estima la demanda, al considerar que existe una relación posesoria de hecho que resulta amenazada.

El demandado interpone recurso de apelación; solicitando la parte apelada la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

Formado el rollo de la apelación (nº 134/95), la APH estima el recurso de apelación y revoca la sentencia de instancia, absolviendo a los demandados de las peticiones en ella contenidas debiendo alzarse la suspensión de las obras litigiosas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Que habiéndose promovido por la actora interdicto de obra nueva contra el demandado a fin de que se suspendieran en el estado en que se hallaban las obras que éste último realizaba en solar colindante con el del actor las cuales llevarían consigo el cierre de las ventanas existentes en su vivienda y que se abren al citado solar, la Juzgadora de instancia estimó ajustada a derecho tal pretensión ordenando la suspensión de lo obra, fundamentando tal decisión en el hecho de que al disfrutar el actor de la posesión de las ventanas de las que recibe luces y vistas, existe una situación posesoria de hecho que resulta amenazada y que por sí misma es susceptible de ser protegida interdictalmente.

Segundo: Que para el ejercicio de la acción interdictual debe tenerse presente que la mera existencia de las ventanas,

que no consta que tengan voladizos invadiendo el predio contiguo, no supone acto alguno de posesión sobre la finca vecina pues el actor, en su propia finca, es muy libre de tener o no una construcción cerrada con pared, con o sin ventanas, dado que la apertura de éstas, tanto en pared propia como en medianera, desde siempre ha sido tolerada por la Ley en Aragón, como una facultad derivada del estatuto normal del propio dominio (actualmente en el artículo 144 de la Compilación) y así, las ventanas, por sí mismas, son únicamente una manifestación de ese dominio y no suponen la realización de acto alguno de posesión sobre la finca hacia la que se mira, ni siquiera una posesión meramente tolerada, pues con las ventanas únicamente se disfruta del propio predio, aunque se pueda mirar hacia la finca del vecino, situación que también se da cuando las fincas se encuentran sin construir, momento en el que se dominan desde luego ambas fincas en el sentido que, desde cualquiera de ellas, se puede ver a la otra y se reciben luces, pero sin que por ello se pueda decir que se posee en modo alguno la finca que se ve o de la que se reciben luces. De esta manera, al igual que la parte actora es libre de tener o no, cerca del lindero, una construcción cerrada con pared con o sin ventanas, también su colindante tiene el mismo derecho a tener o no, en su propia finca, otra construcción cerrada con pared, sin más límite que la interdicción del ejercicio abusivo de los derechos; sin que al construir, dentro de sus dominio, pase a realizar acto alguno de posesión sobre la finca cuyas ventanas pasan a quedar inutilizadas. Es decir, si no hay voladizo invadiendo la finca vecina, la mera presencia de las ventanas no supone rebasar, en el ejercicio de la posesión, los límites del propio predio, salvo que se hubiera realizado un acto obstativo impidiendo al vecino construir, momento a partir del cual el dueño de la finca que lo formula no sólo sigue disfrutando de su propia finca sino que, además, comienza a poseer, de hecho, una servidumbre de luces y vistas, aunque todavía no se tuviera derecho a ella, pudiendo ocurrir, no obstante, que tal servidumbre se llegue a adquirir por usucapión, si junto a su posesión, es decir, si junto a su ejercicio, concurren

además los presupuestos previstos por la Legislación Aragonesa, que no siempre han sido los mismos en toda su evolución histórica.

De este modo, aparte de que el interdicto de obra nueva no es un juicio estrictamente posesorio, teniendo en cuenta su naturaleza eminentemente cautelar, no hay en principio inconveniente alguno en que con él se proteja una servidumbre de luces y vistas, que también son posibles en Aragón, cuya existencia es patente que no se ha de demostrar en el proceso interdictal de una forma cumplida y plena, es decir, no es preciso acreditar totalmente, en el mismo interdicto, la titularidad de un derecho de servidumbre de luces y vistas sobre el solar a construir, cuya obra se quiera parar, bastando con constatar la existencia de una razonable controversia sobre la existencia del pretendido derecho de servidumbre para que así, siguiendo el consejo de que es mejor prevenir un mal que luego tener que evitarlo, proceda paralizar la obra dejando para el ulterior declarativo la fijación definitiva de si existe o no realmente la servidumbre y si, en consecuencia, existe o no el derecho a construir; procedimiento que, lógicamente, llevará consigo el correspondiente pronunciamiento en costas. Ahora bien, en el presente caso, de las propias alegaciones de la actora, hay razones suficientes para sospechar justamente lo contrario, es decir, que no existe realmente la servidumbre pues su existencia la funda únicamente en la inmemorial existencia de las ventanas la cual, como hemos visto, nada significa; ni siquiera consta la más mínima referencia a algún acto obstativo conocido siquiera fuera remota o indiciariamente, o sobre el que se estuviera investigando seriamente, pues comprendemos que en ocasiones puede resultar difíciloso, requiriendo algo de tiempo, el localizar y reunir todos los antecedentes y circunstancias que, a lo largo de la historia, han rodeado a unas concretas ventanas que, por cierto, si son las fotografiadas a los folios 33 y siguientes, están provistas de reja la mayor parte de ellas. Es decir, no pretendemos que en el propio interdicto quede en todo caso plenamente demostrada la concurrencia de un acto obstativo, pues pudiera bastar con una noticia

más o menos remota que lo hiciera al menos probable, para ser luego evaluada su definitiva existencia en el ulterior declarativo, pero lo cierto es que en este caso el dueño de las ventanas es que ni siquiera parece consciente de que para ganar la servidumbre se precisa de un acto obstativo, y la concurrencia de los demás requisitos que, a lo largo de la historia, ha ido exigiendo la legislación aragonesa y, en estas circunstancias, aparte de que brillaría por su ausencia la apariencia de buen derecho en la que se sustenta toda medida cautelar, estimar la demanda sería tanto como predestinar al demandante a una casi segura pérdida, con sus costas, del ulterior declarativo, amén de imponer al demandado una injustificada demora en la realización de su construcción que, por lo que hasta ahora se ha acreditado e, incluso, por lo que hasta ahora se ha alegado, no puede considerarse como ilegítima ni siquiera a título de mera sospecha, por lo que procede estimar el recurso interpuesto para acordar como se hará en la parte dispositiva, después de recordar, una vez más, que el interdicto de obra nueva, como con reiteración señala la constante jurisprudencia y como tenemos repetidamente declarado, es un juicio declarativo, especial y sumario, eminentemente cautelar y no estrictamente posesorio, pues también ampara la propiedad y cualquier otro derecho real. De modo que, como decíamos en las sentencias de esta sala de 2 y 15 de Octubre de 1990 y de 8 de Febrero, 11 de Abril y 20 y 29 de Noviembre de 1991 y 14 de Abril de 1994, entre otras, este procedimiento se inspira en el principio de que es mejor prevenir el mal antes que repararlo, buscando el mantenimiento de un estado de hecho que va a ser modificado por una obra, de la que se teme una eventual lesión jurídica inminente y probable, por lo que se trata de obtener su interina paralización, en tanto se dilucida definitivamente el derecho de las partes en el juicio declarativo ordinario que corresponda, ya que en los juicios interdictales no es posible discutir el derecho a la propiedad o a la posesión definitiva, pues su finalidad no es otra, en esta concreta modalidad, sino la de impedir la continuación de una obra nueva que afecte o pueda afectar a la situación preexistente, quedando así fue-

ra de su ámbito la discusión de cuestiones complejas, cuyo examen y resolución corresponde al posterior juicio declarativo; lo que determina, como también decíamos en las sentencias antes citadas, que cualquiera que sea el pronunciamiento final que recaiga en este procedimiento, la sentencia que lo termina carece de efectos de cosa juzgada material, desde el momento que el dueño de la obra, luego que sea firme la sentencia en la que se ratifique la suspensión, podrá pedir que se declare, en el juicio declarativo correspondiente, su derecho a continuarla (art. 1671); al tiempo que quien hubiere promovido el interdicto podrá ejercitarse también en el juicio declarativo correspondiente el derecho del que se creyere asistido para obtener la demolición de la obra, si la sentencia, como en este caso sucede, hubiere sido adversa a sus pretensiones, o para solicitar la demolición de lo anteriormente edificado, en el caso de haber resultado ratificada la suspensión inicial —art. 1675—. Por ello, «cuantas declaraciones contenga el procedimiento interdictal, atendida su naturaleza cautelar y provisional, carecen de relevancia en el posterior declarativo y contradictorio, ya que es en éste en donde se deciden y ventilan los derechos de las partes» —STS 10 de Julio de 1987—. En definitiva, este proceso «tiene una finalidad meramente precautoria y busca tan sólo la suspensión de una obra no concluida, al margen de toda definición de los posibles derechos, incompatible con su naturaleza, todo lo cual dota a la resolución recaída en el interdicto un carácter provisional, circunstancia que incluso ha llevado a algún sector doctrinal a incluir entre los procesos cautelares conservativos esta modalidad de juicio especial» —STS 14 de Junio de 1985—.

Tercero: Al estimarse el recurso interpuesto, procede omitir un particular pronunciamiento sobre las costas de ésta alzada en cumplimiento del artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debiendo imponerse las de la primera instancia al actor en virtud de lo regulado en el artículo 523 del citado texto legal.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación y por todo lo que antecede.

NÚM. 4

S. APH de 5 de marzo de 1996.

73: SUCESIÓN PACCIONADA: VALIDEZ-FORMA: *El acto de conciliación carece de la consideración de escritura pública que es el requisito «ad solemnitatem» para la validez del pacto sucesorio. Como excepción al criterio espiritualista o de libertad de forma en la contratación civil en Aragón, el art. 99.1 Comp. ordena categóricamente que los pactos sucesorios, para que sean válidos, se documenten en escritura pública; la misma exigencia impone el art. 25.2 Comp. para la sucesión paccionada en capítulos matrimoniales; la exposición de motivos da a entender que no se concibe la existencia de sucesión contractual más que en el marco de la escritura pública. En definitiva, el pacto sucesorio es un contrato solemne en el que la ausencia de la forma legal acarrea la nulidad del pacto.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Arts. 25 y 99 Comp.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Ángel Iribas Genua.*

Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Huesca se sigue juicio declarativo de menor cuantía promovido por Leandro Arqued Aísa contra Aurea, Carmen, Justo, María y Pilar Arqued Aísa y Nemesio Mancebo Oviedo. La Sentencia del Juzgado estima la demanda y declara, entre otras muchas cosas, que por el óbito de Justo Arqued y Ángela Aísa son sus causahabientes sus seis hijos habidos del matrimonio, quienes les heredan, conjuntamente, en la proporción de 7/12 partes Leandro Arqued Aísa y de 1/12 parte cada uno de los restantes hermanos (autos núm. 107/94).

La AP de Huesca desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (rollo de apelación civil 105/1994; sentencia núm. 81).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los expuestos en el sentencia impugnada.

Segundo: La cuestión principal a dilucidar en la presente resolución la constituye si el acto de conciliación celebrado

el día 3 de Octubre de 1958 entre Ángela Aísa Polo y sus hijos, hoy apelantes y apelado, tiene o no el carácter de pacto sucesorio que la Compilación Aragonesa regula en los artículos 99 y siguientes. A tal efecto es necesario reseñar que el criterio espiritualista o de libertad de forma que, como regla general, inspira el sistema de contratación civil en Aragón tiene algunas excepciones integradas en los llamados contratos solemnes. En ellos la Ley exige una forma determinada, no para su simple acreditamiento («ad probatiorum») sino para su existencia y perfección, de tal modo que este no se alcanza, aun cuando concurren el consentimiento, el objeto y la causa, si no se plasman en la forma exigida por la Ley, adquiriendo tal importancia que coparticipa, junto con el consentimiento, en la propia eficacia del contrato. Una de tales excepciones la constituyen precisamente, los contratos sucesorios, como expresamente proclama el artículo 99.1 de la Compilación que categóricamente ordena, para que sean válidos que se documenten en escritura pública. Esta exigencia, que es común a la sucesión paccionada en capítulos matrimoniales, como lo impone el artículo 25.2 de la Compilación da claramente a entender la voluntad inequívoca de rodear al contrato de un rigor formal que aleje los peligros del fraude, exigiéndolo no como forma especial en que las partes pueden compelerse ya válidamente unidas por el vínculo de la obligación, sino que hace depender de esta forma la propia existencia del pacto. No otra puede ser la interpretación del citado artículo 99 en el que expresamente se refiere al requisito de la escritura pública para la validez del pacto sucesorio. Esta exigencia del legislador asimismo queda patente en la exposición de motivos, en los que no se concibe la existencia de sucesión contractual más que en el marco de la escritura pública. Debiendo concluir, en definitiva, que se trata de un contrato solemne en el que la ausencia de la forma legal acarrea la nulidad del pacto.

Tercero: Sentado lo que antecede, surge una segunda cuestión, si el acto de conciliación puede ser equiparado a una escritura pública. Bien es cierto que el artículo 476.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil otorga a lo consignado en

acto de conciliación la eficacia de un convenio consignado en documento público. Sin embargo no todos los documentos públicos son escrituras públicas, el concepto de esta última es mucho más limitado que aquellos que pueden ser judiciales, notariales o administrativo-oficiales. Las escrituras públicas son aquellos documentos públicos en los que los notarios, como fedatarios públicos, intervienen en su autorización, de conformidad con el Reglamento Notarial. El citado artículo 99 de la Compilación exige expresamente que se otorguen en escritura pública, con lo que se refiere exclusivamente a documento notarial y evidentemente el documento de autos no aparece autorizado por notario, por lo tanto carece de la consideración de escritura pública que es a fin de cuentas el requisito exigido «ad solemnitatem» para la validez del pacto sucesorio.

Cuarto: Que, con carácter subsidiario se alegó por los apelantes la adquisición de los bienes litigiosos en virtud de la usucapión. Para que proceda la prescripción ordinaria los artículos 1951 y siguientes del Código Civil exigen el requisito de justo título y como tal ha de entenderse el que legalmente baste para trasmisitir el dominio o derecho real de cuya prescripción se trate. En este concepto se pueden incluir los contratos anulables.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación y por todo lo que antecede,

Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por *Aurea, Carmen, Justo, María y Pilar Arqued Aisa y Nemesio Mancebo Oviedo*, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, condenando a los recurrentes al pago de las costas causadas en esta alzada.

Devuélvase a su debido tiempo los autos originales al Juzgado de su procedencia, con un testimonio de esta resolución para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá un testimonio al rollo de la Sala, definitivamente Juzgado en esta segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

NÚM. 5

S. APH de 15 de marzo de 1996.

6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL
LEGAL: ACTIVO: BIENES PRIVATIVOS:
La parte actora no demuestra su condición de dueño del inmueble. La casa, cuya declaración de propiedad se solicita, pertenece a los suegros del actor. Fallecidos éstos, en principio, ha de concluirse que en virtud de lo dispuesto en el art. 38-1º, la casa pasó a ser un bien privativo de la esposa del actor.

DISPOSICIONES CITADAS: *Art. 38.1º Comp. y art. 348 Cc.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Ángel Iribas Genua.*

D. Macario Aisa Abril, ante el JPII nº 3 de Huesca, interpone acción declarativa de dominio autos de juicio de cognición (nº 169/95), contra D. Rafael Aisa Domeque (y otros), solicitando que se declare ser propietario de los bienes inmuebles que se indican en la demanda.

El Juzgado estima en parte la demanda, declarando que sobre una de las fincas litigiosas corresponde al actor la propiedad de una mitad indivisa, correspondiendo, sobre la otra mitad indivisa, la nuda propiedad —por mitades e iguales partes— a los demandados, que se hallan en situación de rebeldía, con reserva del usufructo en favor del actor. No estimándose la demanda en el resto de los pedimentos.

La parte actora interpone recurso de apelación; encontrándose las partes apeladas en situación de rebeldía.

Formado el rollo de la apelación (nº 245/95 -B), la APH desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El artículo 348 del Código Civil según interpretación doctrinal y jurisprudencial constante, concede al propietario dos acciones; la meramente declarativa de dominio y la reivindicatoria. La primera de ellas pertenece a la categoría de las llamadas acciones meramente declarativas, que tienden a la constatación y solemne declaración de la

condición de propietario que ostenta una persona respecto de un bien cuando esta relación jurídica se discuta o ponga en tela de juicio por otro. Para el éxito de esta acción resulta preciso que quien afirma ser el dueño acredite cumplida y suficientemente, tal como se infiere del principio general que en materia de carga probatoria establece el artículo 1.214 del Código Civil, la realidad de la aludida relación dominical a través de la demostración de un justo título de dominio, cuya suficiencia o insuficiencia deben calificarse en todo caso por el Tribunal, sobre la cosa que se trate, cuya perfecta identificación asimismo le incumbe. Según la aludida doctrina basta con que el actor no demuestre la concurrencia de cualquiera de los expresados requisitos para que su acción deba ser desestimada, aunque la parte demandada tampoco demuestre que ella es dueña de la caso litigiosa.

Segundo: En el presente supuesto, como acertadamente sostiene la juzgadora de primer grado, la actora no demuestra su condición de dueña del inmueble. En efecto, la casa cuya declaración de propiedad se solicita, según resulta de la prueba confesoria y testifical y del propio contenido de la demanda pertenecía a los suegros del actor a la que este y su esposa fueron a vivir al contraer matrimonio, reconociéndose pues la propiedad de los padres de la esposa sobre la misma. Fallecidos los suegros, en principio ha de concluirse que en virtud de lo dispuestos en el artículo 38-1º de la Compilación Aragonesa la casa pasó a ser un bien privativo de la esposa del actor. Sin embargo este alega que, al hallarse endeudado su suegro, se procedió a subastar la vivienda de autos, que se hallaba hipotecada por el Sindicato de Ganaderos y Labradores, y fue el actor a quien se le adjudicó por el precio de catorce mil ptas. Ahora bien tales alegaciones no han sido acreditadas en forma alguna: no existe prueba ninguna de que el suegro tuviera deudas, que la casa se hallara hipotecada ni que se celebrara subasta alguna y de las únicas pruebas practicadas a tales efectos, la confesoria y testifical, se desprende por el contrario que no se efectuó subasta alguna de la casa. En consecuencia ante tal ausencia de demostración del dominio por parte de la actora, procede la desestimación de la apelación confirmando la resolución impugnada.

Tercero: Que en virtud de lo dispuesto en el artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al que se remite el artículo 62 del Decreto 21 de Noviembre de 1952, serán de cargo del apelante las costas causadas en esta alzada.

NÚM. 6

S. APH de 27 de marzo de 1996.

5: FUENTES: CÓDIGO CIVIL: Derechos reales: Servidumbres: diversos artículos del Código civil en materia de servidumbres son aplicables como derecho supletorio en Aragón, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.2 Comp. 84: SERVIDUMBRES: DE PASO: Usucapión: La servidumbre de paso puede ser o no aparente. En el caso de autos es aparente al ejercitarse por camino o carril, por lo que procede su adquisición por usucapión. Y no se opone a esta adquisición el hecho de que la finca del demandado tenga salida a camino público. Extinción: El modo de extinguirse la servidumbre contemplado en el art. 568 Cc, finca enclavada que cesa en esa situación por abrirse un camino público o reunirse con otra que no lo tenga, no es de aplicación a la servidumbre ganada por usucapión, como es la del presente caso.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 1.2; 147 Comp.; arts. 532, 564 y 568 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Santiago Serrana Puig.

D. Antonio Abadías Otín y Justa Ferrer Pardo, ante el JPII nº 2 de Jaca, interponen demanda en autos (161/93) seguidos en juicio declarativo de menor cuantía, contra D. Luis Lucas Sanz Bara, ejercitando acción negatoria de servidumbre de paso. El juzgado, en sentencia de 9 de junio de 1995, estima parcialmente la demanda, declarando la inexistencia de la servidumbre de paso en favor del demandado sobre la finca de los actores, al considerar que las servidumbres discontinuas sólo son susceptibles de adquisición por prescripción inmemorial.

La parte demandada interpone recurso de apelación, solicitando la parte apelada la confirmación de la sentencia de instancia.

Formado el rollo de la apelación (nº 73/95), la APH estima el recurso y, revocando

la sentencia de instancia, declarando la existencia de una servidumbre de paso adquirida por usucapión.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La sentencia desestima la demanda porque entiende que se trata de una servidumbre discontinua que solo es susceptible de adquisición por prescripción inmemorial, cuyos presupuestos no concurren, como tampoco concurren los requisitos necesarios para la constitución de una servidumbre legal de paso. El recurrente estima que el Juzgador ha incurrido en error al valorar la prueba practicada, puesto que existe un camino cedido por un tercero hace unos 28 años, por el que han venido pasando incluso con maquinaria. Existe signos externos de la servidumbre que se puede adquirir por usucapión, siendo de aplicación el artículo 147 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, por lo que solicita la revocación de la sentencia para que se declare la existencia de la servidumbre. Los apelados solicitaron la confirmación de la sentencia con imposición de las costas, puesto que la cesión del terreno se hizo con la finalidad de pasar una tubería de conducción de agua, que actualmente ya no se utiliza, por lo que es posible que algún vecino se ha aprovechado de este terreno para pasar ocasionalmente, pero no era este el fin perseguido ya que la finca del demandado tiene salida a camino público.

Segundo: La apreciación conjunta de la prueba, y de modo muy significativo el reconocimiento judicial, revela la existencia de un camino o paso perfectamente delimitado. A tal punto está localizado que se describe en la diligencia del reconocimiento judicial, folio 73, como un «camino en pendiente que da acceso a la finca propiedad del demandante, en la misma se observa una curva que contiene dicho camino y corresponde a la situación primitiva de parte de la finca situada sobre las dos fincas litigantes, habiendo cedido el propietario de aquella una parte de la misma para que ambas fincas tuvieran acceso al camino público, retrocediendo por todo el muro de contención que lo delimita en una distancia aproximada de metro y medio o dos metros. Dicho camino se halla enclavado

en la finca del señor Antonio Abadías y a continuación se llega a la finca propiedad del demandado, teniendo el camino hasta el acceso a la finca de este último una longitud de 35 metros aproximadamente». El testigo Emilio Aso Bergua, al contestar a las preguntas y repreguntas del interrogatorio propuesto por las partes, folios 98, 102 y 103 vuelto, afirma que en el año 1968 cedió parte de su finca para que los hoy litigantes o sus antecesores tuvieran paso a la parte trasera de sus fincas y propiedades, y lo delimitó con una pared, precisando al contestar a la pregunta cuarta «que el favor lo hizo a los dos vecinos, que no tenían derecho ni uno ni otro», y, aún añade más, «que ahora pasa un tractor y el remolque, manifiesta que cogieron más terreno de la cuenta, pero no les quiso decir nada».

Tercero: El artículo 147 de la Compilación Civil de Aragón establece, «todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe». Y son servidumbres aparentes según el artículo 532 del Código Civil, de aplicación supletoria de acuerdo con el artículo 1.2 de la Compilación, las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el aprovechamiento de las mismas, y no aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia. La servidumbre de paso puede pertenecer a una u otra de estas categorías, dado que puede ejercitarse por un lugar determinado con signo visible, un camino o carril, por ejemplo, o puede utilizarse para pasar un determinado lugar que no presente signo alguno exterior que revele su uso. La apariencia por signos externos se refiere a aquellas marcas o señales, permanentes, instrumentales e inequívocas, que evidencian el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto del otro, por ello puede decirse que es aparente la servidumbre de paso cuando se ejerce por un camino o carril, como sucede en este caso, doctrina, la expuesta, que es la seguida en las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1984, 10 de octubre de 1957 y 10 de junio de 1967, entre otras, y las de esta Audiencia de 17 de septiembre de 1992, 25 de abril de 1994, 20 de febrero y 10 de julio de 1995.

Por todo cuanto antecede, el recurso debe ser estimado para revocar la sentencia y desestimar la demanda, con imposición de las costas de la primera instancia a los demandantes, por aplicación del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. A estas consideraciones no se opone, ni es obstáculo para la existencia de la servidumbre de paso de que se trata en esta litis, el hecho de que la finca del demandado tenga salida a camino público, puesto que el objeto de este pleito no es la constitución o extinción de una servidumbre de paso forzoso. «A las servidumbres voluntarias —dice la sentencia de 15 de febrero de 1989— no le son de aplicación, en general, los preceptos específicos de las servidumbres legales y, por tanto, si la vereda no consta que naciera por imposición legal de los artículos 564 y siguientes no debe entenderse extinguida por el juego del artículo 568 que exige petición legal de los artículos 564 y siguientes no debe entenderse extinguida por el juego del artículo 568 que exige petición expresa en tal sentido». Es decir, el modo de extinguirse la servidumbre contemplado en el artículo 568, finca enclavada que cesa en dicha situación por abrirse un camino público o reunirse con otra que lo tenga, no es de aplicación a la servidumbre ganada por usucapión, como es la del presente caso, en este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1970.

Cuarto: Al estimarse el recurso interpuesto, procede omitir un pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento de lo dispuesto en el segundo apartado del artículo 710 de la Ley procesal civil.

NÚM. 7

S. APH de 13 de mayo de 1996.

718: CONSORCIO FORAL: **ORIGEN:** *Fallecido el padre del actor y de los demandados abintestato, le heredan éstos, correspondiendo a todos ellos la nuda propiedad sobre los bienes del causante, y el usufructo vitalicio a su cónyuge, y madre de los litigantes. Por ello, es en el momento en que fallece esta última, al consolidarse el dominio pleno en manos de los hermanos,*

cuando se produce el nacimiento del consorcio foral entre los cuatro hermanos respecto a la herencia indivisa paterna.

EFEKTOS: *Prohibición de disponer «mortis causa». EXTINCIÓN: Tratándose de una institución de carácter voluntario es evidente que el consorcio se extingue cuando se procede a la partición de los bienes. Y no supone la extinción del consorcio la circunstancia de que los consortes abonan cada uno de ellos las cargas fiscales de determinadas fincas, pues ello sólo implica que existe una distribución a efectos fiscales. Dándose, además la circunstancia de que los bienes de la herencia siguen inscritos en el Registro a nombre del causante. Derecho supletorio: A la extinción del consorcio mediante su partición y adjudicación de los bienes, atendiendo el carácter subsidiario de las normas del Código civil, son de aplicación las reglas de los arts. 1.058 y ss de la partición. Forma: A tenor de los arts. 1.058 y ss Cc.; bastaría para la distribución de los bienes el acuerdo unánime de los herederos sin que se precise para su eficacia el otorgamiento de contrato alguno particional. PARTICIÓN: A tenor de los arts. 1.058 y ss Cc., bastaría para la distribución de los bienes el acuerdo unánime de los herederos sin que se precise para su eficacia el otorgamiento de contrato alguno particional.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Arts. 142 Comp.; 1.058 y ss. Cc.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Ángel Iribas Genua.*

D. Guillermo Vidal Latorre, interpone demanda ante el JPH de Monzón en autos (270/95-A) seguidos en juicio de cognición contra sus hermanos José y Pilar Vidal Latorre, y sus sobrinas María Pilar y Mari Cruz Loncan Vidal, aduciendo la existencia de un consorcio foral no extinguido entre él y sus hermanos, así como solicitando la nulidad de la cláusula testamentaria por la que su hermano fallecido, Francisco, instituye herederas a sus sobrinas María Pilar y Mari Cruz, en sus bienes propios y en los bienes que a él le pudieran corresponder en la herencia de su padre.

El Juzgado estima la demanda y desestima la reconvenCIÓN formulada por Mari Cruz Loncan Vidal, advirtiéndose que el resto de los demandados se encuentran en situación de rebeldía.

La parte demandada apela la sentencia de instancia; interesando la parte demandante la confirmación de la misma.

Formado el rollo de la apelación (254/95-B), la APH desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Como acertadamente se señala en la sentencia de instancia, el tema esencial suscitado en la presente litigio se construye a determinar si el fallecimiento de los padres del actor se constituyó entre los cuatro hijos y herederos de aquéllos la figura del consorcio foral aragonés y, en caso de ser así si la indivisión de los bienes hereditarios subsistió hasta la actualidad.

Segundo: El Consorcio Foral Aragonés, institución tradicional en el ámbito del Derecho aragonés, que sin embargo no fue incluida en la normativa del Apéndice de 1925 por considerarla arcaica y primitiva, fue restaurada en la actual Compilación, en cuyo art. 142.1.^o dispone que cuando varios hermanos adquieran de un ascendiente proindiviso y a título gratuito bienes inmuebles queda establecido entre aquéllos, y en tanto subsista la indivisión, el llamado consorcio o fideicomiso foral. De la dicción del propio precepto se desprende que la citada institución nace desde el mismo momento en que los descendientes adquieran esos bienes y no se extingue hasta tanto no se proceda a su división. Requiriéndose asimismo, según la doctrina que el ascendiente de quién procedan los bienes haya fallecido y que los inmuebles hayan sido adquiridos por los consortes en pleno dominio. Es a partir de ese momento cuando nace la figura examinada. En el caso de autos el ascendiente *Pedro Vidal Delgado* falleció el 9 de mayo de 1967, sucediéndole ab intestato sus cuatro hijos por partes iguales, conservando el usufructo la esposa *Francisca Latorre Lanau*. El 13 de mayo de 1975, falleció esta última, consolidándose el usufructo con la nuda propiedad de los cuatro hijos *Guillermo, José, Pilar y Francisco*. Es en este momento en el que, a tenor de lo expuesto, se produce el nacimiento del consorcio foral entre los cuatro hermanos respecto de la herencia paterna indivisa. Pues bien, la cuestión

esencial a dilucidar en si el consorcio, ya constituido, se extinguía con posterioridad al procederse a la división de los bienes hereditarios entre los cuatro hermanos como afirman los demandados, o por el contrario permanecen indivisos, subsistiendo la citada figura consuetudinaria. Tratándose de una institución de carácter voluntario es evidente que los consortes en cualquier momento de la vida de la institución pueden proceder a su extinción mediante la partición y adjudicación de los bienes y atendido el carácter subsidiario de las normas del C. Civil, son de aplicación las reglas del art. 1.058 y siguientes a la partición a cuyo tenor bastará para la distribución de los bienes el acuerdo unánime de los herederos, sin que se precise para su eficacia el otorgamiento de contrato alguno particional.

Tercero: De las pruebas practicadas en autos se constata que los inmuebles heredados aún se hallan inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre del causante de la herencia, y si bien, es cierto que *Guillermo, Pilar y Francisco* abonan las cargas fiscales de determinadas fincas, ello tan sólo implica, como expresa la sentencia de instancia, que existe una distribución a efectos fiscales. Ahora bien, hay un hecho en que se hallan de acuerdo todas las partes, que se acudió a un Notario para otorgar la escritura de partición y ésta no llegó a autorizarse por no hallarse de acuerdo el hoy demandante. Estas discrepancias evidencian que no existían conformidad entre las partes a la hora de distribuir la herencia, pues existiendo acuerdo entre ellos, según expresa el demandado, ningún problema podía surgir por el hecho de elevar a escritura pública lo que supuestamente ya existía en la realidad al haberse efectuado la partición de común acuerdo. Pero es que, a mayor abundamiento, existe un hecho de capital importancia. Uno de los hermanos, *Francisco* que falleció en el año 1994, es decir, diecinueve años después del fallecimiento de su madre, hecho este último que motivó según el demandado la partición de los bienes hereditarios, otorgó testamento el 11 de abril de 1994 en cuya disposición primera instituye herederas universales de todos sus bienes muebles e inmuebles «ya sean propios o que le puedan proveer por herencia de sus difuntos padres»

a sus sobrino-nietas. Esa distinción entre los bienes propios y los procedentes de la herencia paterna, implica que no se había practicado división alguna de la citada herencia, pues de otro modo bastaría con haber dispuesto de los bienes propios y al referirse a ellos como bienes «que le puedan provenir» evidencia que al otorgarse el testamento ignoraba cuáles eran estos al no haberse procedido a su partición. En consecuencia y por lo expuesto ha de concluirse que no se ha practicado la división de los bienes hereditarios, subsistiendo entre los herederos un consorcio foral, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el art. 142.2 de la Compilación Aragonesa no es válida la disposición testamentaria efectuada por Francisco en favor de sus sobrino-nietas respecto de su participación en dicho consorcio, que deberán acrecer al resto de los hermanos, procediendo en definitiva la confirmación de la resolución impugnada.

Cuarta: Que al desestimarse el recurso interpuesto, procede condenar al apelante al pago de las costas causadas en esta alzada de conformidad con lo dispuesto en el art. 736 de la L.E.C. al que se remite el art. 62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

La demanda interpuesta por los hermanos contra el viudo fue desestimada por el JPII de Jaca, en juicio de menor cuantía 155/92. La Audiencia revoca (núm. 104/95).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primerº: Que respecto de la excepción de litis consorcio pasivo necesario reproducida en esta alzada y que fue desestimado en la instancia, procede su desestimación por los propios razonamientos de la sentencia impugnada y cuya reproducción estimamos innecesaria.

Segundo: Que habiendo fallecido ab intestado Ángel Visus Lasaosa, esposo de la demandada, el 14 de marzo de 1982 y hallándose los litigantes conformes en que los bienes hoy reclamados tienen la consideración de troncales, la cuestión esencial que se debate en este proceso es determinar si la sucesión en tales bienes se defiere en favor de la demandada o de los actores, hermanos del fallecido. El art. 127 de la Compilación aragonesa de 8 de abril de 1967, disponía que, en defecto de sucesión ordenada por testamento o pacto, se abre la sucesión legítima conforme al C. Civil y esta Compilación. Así pues, en dicho artículo se hace un llamamiento genérico a las disposiciones del Código y la Compilación, ahora bien, existiendo una específica regulación en la Compilación respecto de la sucesión en los bienes troncales, en base a lo dispuesto en el Art. 1.º de dicho Texto Foral, son de preferente aplicación las disposiciones en ella contenidas frente a las del Código Civil que tienen un carácter meramente supletorio, en defecto de aquellas. En este sentido el Art. 132 de la Compilación regula la sucesión de los bienes troncales «cuando no haya lugar a la aplicación de los artículos anteriores». Esta remisión necesariamente ha de entenderse realizada a los arts. 128 a 131, es decir, cuando no proceda la sucesión en la línea recta descendente, de conformidad con los arts. 931 al 934 del Código Civil. En consecuencia, a falta de hijos o descendientes, cuando se trate de bienes troncales, no son de aplicación las normas del Código Civil, sino las específicas del art. 132 de la Compilación y tan solo respecto de los bienes no troncales,

NÚM. 8

S. APH de 28 de junio de 1996.

5: FUENTES: CÓDIGO CIVIL: Familia y sucesiones. 76: SUCESIÓN INTÉSTADA: SUCESIÓN TRONCAL.

Los hermanos del causante heredan los bienes troncales con preferencia al cónyuge viudo. La reforma del Código civil que antepone al viudo respecto de los hermanos del causante de aplica en Aragón, pero no respecto de los bienes troncales. Sentido de la Disp. final Comp. (1985) y las remisiones al Cc.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 127, 132 y 135 y Disp. final. Comp.: Art. 944 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ángel Iribas Genua.

a tenor del art. 135 de la Ley Foral, se aplicarán las normas sucesorias del Código Civil.

Tercero: En el momento de publicación de la Compilación de 1967 se hallaba en vigor el art. 952 del Código Civil, a cuyo tenor los hermanos e hijos de estos sucedían en todos los bienes del difunto con preferencia al cónyuge supérstite. Sin embargo la modificación de 23 de mayo de 1981 dejó sin contenido dicho artículo y en el 944 otorga preferencia al cónyuge viudo en la sucesión de todos los bienes del causante sobre los hermanos e hijos de estos. El apelado alegó que al referirse el Código a «todos» los bienes esa modificación afectó también a los bienes troncales. Sin embargo, por lo expuesto en el precedente fundamento, ello no es así pues lo veda el art. 132 de la Compilación, de tal modo que esa sucesión sólo es aplicable a los bienes no troncales. El problema que se suscitó y que dio lugar a que en la Compilación de 1983 se suprimiera la remisión que hacía el art. 127 al Código Civil y a la redacción de la Disposición final, fue el de si, como consecuencia de la modificación del Código Civil en los artículos referentes a la sucesión intestada, dados los términos del art. 135 de la Compilación, debía ser deferida la herencia con preferencia al cónyuge supérstite a los hermanos de aquél, pero esa discusión fue planteada exclusivamente respecto de los bienes no troncales, que eran los específicamente regulados en el citado art. 135, y en ningún caso respecto de los troncales dado el contenido del art. 132. En consecuencia de lo expuesto y siendo troncales los bienes relacionados en la demanda, la sucesión en los mismos debe deferirse a los hermanos e hijos de hermanos del fallecido, reservándose en favor del cónyuge el usufructo viudal sobre los mismos.

Cuarto: Que al estimarse íntegramente la demanda interpuesta a tenor de los dispuesto en el art. 523 de la L.E.C. serán de cargo del demandado las costas causadas en primera instancia, sin hacer expresa imposición de las ocasionaladas en esta alzada en virtud de lo establecido en el art. 710 del citado Texto Legal.

NUM. 9

S. APH de 25 de julio de 1996.

5: FUENTES: CÓDIGO CIVIL: Derecho reales. 84: SERVIDUMBRES: DE PASO: Usucapión. *Aplicación del art. 532 Cc. en cuanto define las servidumbres aparentes y no aparentes. Se aprecia existencia de signo externo de servidumbre (puerta en el corral de la finca de los actores que se abre sobre el terreno de los demandados), por lo que la servidumbre sería aparente (art. 532 Cc.) y, por tanto, podría adquirirse por usucapión de diez años (art. 147 Comp.); pero no se ha probado el transcurso de este plazo de diez años.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 147 Com.; arts. 460, 532 y 538 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ángel Iribas Genua.

La actora ejercita acción declarativa de servidumbre de paso.

La demanda es desestimada por el JPII de Barbastro, en juicio verbal civil 193/95. El recurso de la actora en apelación es desestimado por la Audiencia (18/1996 A).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La parte actora y hoy apelante, ejercita en su demanda una acción declarativa de servidumbre de paso en favor de la finca de su propiedad sita en Morrano, C/ Mayor, n.^o 26, que constituye el predio dominante, sobre la finca del demandado, situada en la colindancia posterior de la propiedad de aquéllos como predio sirviente y frente a la sentencia desestimatoria de instancia se alza alegando la existencia de la servidumbre en cuestión y su adquisición por el mismo en virtud de la usucapión. El artículo 147 de la Compilación Aragonesa dispone que las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe y a tenor del art. 523 del C.C. son aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, y no aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia. La servidumbre de paso puede ser o no aparente según se ejercita por un lugar determinado con signo visible que por su carácter permanente o ine-

quívoco revele objetivamente la existencia de la servidumbre o usarse por un determinado lugar sin existir signo alguno visible de su existencia, de tal modo que el citado precepto de la Compilación aragonesa tan solo sería aplicable en el primer supuesto.

Segundo: En el caso de autos, resultando de la prueba practicada la existencia de una puerta en el corral de la finca de los actores que se abre sobre el terreno de los demandados, implica la existencia de un signo en el terreno de los demandados implica la existencia de un signo externo que preconiza el carácter aparente de la servidumbre, dado que la única finalidad de una puerta es el poder pasar de un lado de ella al otro. Ahora bien, sentada la naturaleza de la servidumbre, para su adquisición por usucapión se precisa la posesión ininterrumpida durante diez años entre presentes y veinte entre ausentes. El inicio del cómputo de prescripción será en base al art. 538 del C. Civil desde el momento en que el propietario del fundo dominante, de modo ostensible e ininterrumpido comience a ejercitar este derecho real sobre el predio sirviente. En el presente caso, según resulta de la escritura de compraventa aportada a los autos, la adquisición del predio dominante por la actora se produjo el 5 de diciembre de 1988, es decir que hasta la fecha aún no se han cumplido los 10 años que exige el precepto citado, por lo que en principio la usucapión no se ha producido. Ante tal insuficiencia del plazo alega la apelante que éste debería completarse con el tiempo de posesión de los anteriores propietarios. Sin embargo, de las pruebas practicadas, incluso de la propuesta por la actora, como acertadamente señala la sentencia de instancia, se desprende que los titulares anteriores nunca hicieron uso de la pretendida servidumbre y siguiendo el criterio doctrinal interpretativo del art. 460 del C. Civil ha de estimarse que la continuidad en la posesión se pierde cuando transcurre más de un año sin que esta se ejerza. El hecho de que la puesta tuviera una antigüedad superior a los 15 años, en nada se opone a lo ya reseñado si aquella no fue utilizada y a mayor abundamiento si se tiene en consideración que el informe pericial obrante al Folio 68 de las actuaciones determina que la citada puerta es de reciente implantación sobre un hueco preexistente en el muro. En conclusión, no habiendo transcurrido el plazo

exigido por el art. 147 de la Compilación para la adquisición por usucapión de la servidumbre de paso, procede la confirmación de la sentencia impugnada.

Tercero: Al desestimarse el recurso interpuesto, procede condenar al apelante al pago de las costas causadas en esta alzada en cumplimiento del art. 736 de la L.E.C. al que se remite el art. 62 del Derecho de 21 de noviembre de 1952.

NÚM. 10

10

S. APH de 4 de noviembre de 1996.

6633: RÉGIMEN MATRIMONIAL
LEGAL: GESTIÓN: GESTIÓN DE LOS BIENES PRIVATIVOS: 682: EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD: SOBRE BIENES LITIGIOSOS: *Con la demanda se pretende el reconocimiento de la existencia de una servidumbre de paso sobre una finca del demandado; siendo la finca privativa de éste no es precisa la intervención en el proceso de su cónyuge, aunque existe el derecho expectante de viudedad (Ss. APH 11 enero, 10 julio y 5 octubre 1995); la fiducia pactada por los cónyuges en 1958 no altera la titularidad de los bienes de cada uno de ellos; y tampoco puede apreciarse la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por el hecho de que los cónyuges hayan instituido como heredero de ambos a su hijo Miguel Ángel, pues la cosa litigiosa sigue perteneciendo actualmente, con carácter privativo, al demandado.*

84: SERVIDUMBRES: DE PASO:
Usucapión: La servidumbre de paso puede ser aparente o no; es aparente la servidumbre de paso cuando se ejerce por camino o carril; no habiéndose probado que concurre el requisito de la apariencia no es posible su adquisición por la usucapión regulada en el art. 147 de la Compilación.
Usucapión: la apariencia, según signos externos, se refiere a aquellos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro.

5: FUENTES: CÓDIGO CIVIL: Derechos reales: Aplicación supletoria del art. 532 Cc. en cuanto define las servidumbres aparentes y no aparentes.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 1 y 147 Comp.; 532 Cc.

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

Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Jaca se sigue juicio declarativo de menor cuantía promovido por don Máximo Piedrafita Bartolomé contra don Félix Albertín Ara. La Sentencia del Juzgado, sin entrar a conocer del fondo del asunto, desestima la demanda (autos núm. 341/93).

La AP de Huesca estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, entra en el fondo del asunto y desestima la demanda (rollo de apelación civil 39/1996; sentencia núm. 345).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: No habiendo comparecido el apelante al acto de la vista después de haber mejorado en tiempo y forma su alzada, no procede tenerle por desistido, como solicitó el apelado, pues, el apelante no se ha apartado en ningún momento de su recurso; y tampoco cabe considerar la alzada desierta pues tal cosa sólo puede darse cuando el recurrente, en el trámite del artículo 711, no se persona dentro del término del emplazamiento. Por ello, como quiera que el recurrente sí que se personó en su día, en tiempo y forma, a mantener el recurso de apelación interpuesto, como tenemos repetidamente declarado en otros casos similares, procede considerar simplemente que el apelante reitera las pretensiones que hizo en la precedente instancia, renunciando a su derecho de exponer ante este Tribunal las razones por las que discrepa de la sentencia impugnada.

Segundo: Sentado lo anterior, resulta que el recurrente pretende que se entre en el examen del fondo de su pretensión y que ésta sea íntegramente acogida. La primera de las indicadas cuestiones debe de prosperar. El Juzgado ha apreciado la excepción de litisconsorcio pasivo necesario y no ha entrado en el fondo del asunto, olvidando así que, como viene declarado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de mayo de 1992, que se apoya en la de 22 de julio de 1991, la defectuosa determinación de las partes litisconsortes, que según se dice de manera simplificada supone una defectuosa constitución de la relación jurídica procesal, en realidad no afecta a la validez intrínseca de la expresada relación, sino a la inutilidad o infructuosidad de la misma para conseguir la resolución de la

questión de fondo planteada por lo que, aun partiendo de la concurrencia de la indicada excepción, lo cierto es que, como decía la citada sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 1992, reiterada nuevamente en la de 7 de julio de 1995, en el Derecho actual el defecto litisconsorcial puede ser corregido mediante el emplazamiento de los que debieron ser demandados, a cuyo efecto puede utilizarse la comparecencia obligatoria del art. 693 LEC, de donde se deduce que su apreciación tardía no puede llevar a una mera absolución en la instancia, como se ha hecho en este caso, sino a una reposición de las actuaciones al momento procesal oportuno, es decir, al acto de la referida comparecencia al efecto de la correspondiente subsanación. Por ello, siguiendo la expresada indicación jurídica, de la que ya nos hicimos eco en nuestras sentencias de 26 de abril y 10 de julio de 1993 y 27 de abril de 1994, de concurrir la excepción apreciada en la instancia, procedería reponer las actuaciones al acto de la comparecencia, para que se subsanara el defecto apreciado dando entrada en el procedimiento, con el subsiguiente emplazamiento, a las personas que, según el demandado y el Juzgado, deberían ser también partes. Pero el caso es que, en los presentes autos, ni siquiera procede ordenar la reposición de las actuaciones en los términos que han quedado dichos pues lo cierto es que no concurre realmente la excepción apreciada por el Juzgado pues con la demanda se pretende el reconocimiento de la existencia de un derecho real, una servidumbre de paso, que gravaría la finca del demandado, bastando con la presencia de éste en el proceso pues se trata de una finca privativa del mismo, por lo que no es precisa la intervención de su cónyuge, pues la fiducia pactada por los consortes en 1958 no altera la titularidad de los bienes de cada uno de ellos, como la finca de autos, que es privativa del demandado, por lo que, aunque exista el derecho expectante de viudedad, no es precisa obligatoriamente la intervención de su cónyuge tal y como ya lo dijimos en las sentencias de esta Sala de 11 de enero, 10 de julio y 5 de octubre de 1995; y tampoco puede apreciarse la repetida excepción por el hecho de que los cónyuges, con posterioridad a la interposición de la

demanda hayan instituido como heredero de ambos a su hijo *Miguel Ángel Alber-tín Escolano* pues aparte de que la cosa litigiosa, la finca que se dice gravada sigue perteneciendo actualmente, con carácter privativo, al demandado lo cierto es que ahora no puede tenerse en cuenta una institución operada con posterioridad a la interposición de la demanda, por lo que debe concluirse que para defender la finca a la que se refiere la demanda no es preceptivamente precisa la intervención de otras personas distintas al mismo demandado de modo que, así, no puede estimarse mal constituida la relación procesal, procediendo por ello, estimando el recurso interpuesto, entrar en el examen del fondo de la pretensión articulada en la demanda la cual, no obstante, no pude prosperar en el fondo pues se está pretendiendo el reconocimiento de una servidumbre de paso adquirida por prescripción para lo que debe de tenerse en cuenta, como ya quedó dicho en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1984, que «La Compilación de Aragón establece, en su art. 147, que las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, debiendo entenderse —por aplicación como supletorio del C.C. a tenor del 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, y no aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia (art. 532 del C.C.)». La servidumbre de paso, como ya lo asumimos así en la sentencia de esta sala de 16 de enero de 1992, al dar por reproducidos los argumentos de la sentencia entonces recurrida, y como dijimos en las sentencias de 17 de septiembre de 1992, 25 de abril de 1994, 20 de febrero, 10 de julio de 1995 y 27 de marzo y 25 de julio de 1996, puede o no ser aparente, según los casos, pues puede ejercitarse por lugar determinado con signo visible, un camino o un carril por ejemplo, o usarse por un determinado lugar sin estar establecido signo alguno exterior visible de su uso o ejercicio. Debe resaltarse así que la apariencia, según signos exteriores, se refiere a aque-

llos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro; por ello, puede decirse, con las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1957 y 10 de junio de 1967, que es aparente la servidumbre de paso cuando se ejerce por camino o carril, presupuesto que en absoluto concurre en el presente caso pues es unánime que en el lugar nunca ha existido un camino señalado pues así resulta de la testifical e incluso de la propia confesión del actor, que es la prueba más completa de las que pueden darse en juicio, de modo que queda pulverizado el requisito de la apariencia preciso para la usucapión regulada en el artículo 147 de la Compilación, a cuyo amparo se interpuso la demanda, por lo que, estimando parcialmente el recurso, procede desestimar en el fondo la repetida demanda.

Tercero: Al estimarse parcialmente el recurso interpuesto, procede omitir un particular pronunciamiento sobre el pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento de lo dispuesto en el segundo apartado del artículo 710 de la Ley procesal civil. Para las de la primera instancia debe estarse a lo dispuesto en el artículo 523 de la referida Ley.

NÚM. 11

A. APH de 2 de octubre de 1996.

662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO: INSTITUCIONES FAMILIARES CONSUETUDINARIAS: Comunidad familiar. Incidencias en ejecución de la S. TSJA 5 julio 1995. Formación de inventario, liquidación y partición, previa valoración por un perito, a efectos de atribuir a las partes por mitad los bienes muebles e inmuebles que no fuera ya atribuidos a alguna de ellas por la S. TSJA.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 34 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Santiago Serrana Puig.

Auto en apelación contra auto del Juzgado de Fraga resolviendo recurso de reposición contra providencia dictada por el mismo (en el Testimonio de Particulares de Menor cuantía

307/93) para ejecución de la S. TSJA 5 julio 1995 (en esta Revista, marginal 4, 1996, II (núm. 1.º).

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Primero: Para la ejecución de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el día 5 de julio de 1995, el Juzgado de Primera Instancia de Fraga, atendiendo a la petición de la representación de *Domingo Gutiérrez Trasobares*, dictó providencia acordando, 1.º) requerir a los demandados señores *Gutiérrez Rodrigo*, para que en término de seis días procedieran al otorgamiento de escritura pública de cesión de la nuda propiedad del piso de la calle Huesca; 2.º) la formalización del inventario del mobiliario, electrodomésticos y demás bienes muebles existentes en la vivienda de los demandados; 3.º) requerir a las entidades bancarias para que remitan extracto bancario de las cuentas, depósitos etc, desde la apertura hasta el 5 de julio de 1992, de los que sean titulares los demandados, individual o conjuntamente, y ambos juntos al actor; y 4.º) proceder al nombramiento de perito para hacer las valoraciones y cálculos interesados en el escrito de ejecución. Por los demandados se interpuso recurso de reforma acogido en parte por el Auto de 25 de octubre de 1995, para ampliarla, en el sentido de interesar de la Diputación General de Aragón informe sobre las subvenciones por ganado ovino entregadas a *Domingo Gutiérrez Trasobares* durante los ejercicios de 1991, 1992 y 1993, y contra el que se interpone el presente recurso de apelación.

Segundo: El primer paso para ejecutar la sentencia consiste en determinar la masa o haber partible, integrado, según los términos de la propia sentencia calendada por «cuantos bienes muebles e inmuebles hayan sido adquiridos por las partes durante la vigencia de dicho contrato» —punto 1.º del Fallo que coincide con lo expresado en el Fundamento sexto apartado a)-, y que existan al momento de su extinción del contrato, porque lo que se trata de repartir, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón de aplicación a los fines liquidatorios, son los benefi-

cios, es decir, la diferencia entre los ingresos y gastos. El segundo paso es la liquidación y partición, con los criterios establecidos en el Fundamento sexto en el que ya hace asignación de determinados bienes que, por este motivo no es preciso incluir en la masa. De acuerdo con la parte dispositivo —vid punto 4.º del fallo— «se le atribuyen a son *Domingo Gutiérrez Trasobares* las ovejas y el coche Ford en la forma ya realizada, así como la plena propiedad del piso de la calle Huesca, con su mobiliario y enseres, siendo de su cuenta las cargas que pudiesen existir» —Fundamento de Derecho sexto apartado b)-. «Al matrimonio *Gutiérrez Rodrigo* se le adjudican los ganados que ya tienen atribuidos así como el piso de la calle Ontiñena y sus locales de la planta baja ya escriturado a su nombre, soportando las cargas que pudieran tener dichos inmuebles» —Fundamento de Derecho sexto apartado c)-. Por tanto, el apartado d)- en su primera parte es de carácter residual respecto de los anteriores, y contiene en él último inciso la cuota o proporción equitativa conforme a la que deben dividirse entre los asociados los beneficios, al ser de aplicación el artículo 34 de la Compilación a los fines liquidatorios, masa o acervo común que, fuera de lo ya atribuido, ha de adjudicarse por mitad a *Domingo Gutiérrez Trasobares* y al matrimonio *Gutiérrez Rodrigo*, sin que sea preciso hacer los cálculos y estimaciones relacionados en el punto 4.º del escrito solicitando la ejecución. Por consiguiente, han de incluirse en dicho inventario cuantos bienes muebles o inmuebles, que no sean los expresados, hayan sido adquiridos por las partes durante la vigencia del contrato y existentes en el momento de la disolución de la comunidad entre los que cabe mencionar el mobiliario, electrodomésticos y demás bienes muebles existentes en la vivienda del matrimonio *Gutiérrez Rodrigo*, porque, a diferencia de los existentes en el piso de la Calle Huesca, la sentencia no se los adjudica. También deberán formar parte de la masa las cuentas corrientes, depósitos bancarios, etc., así como los vehículos existentes a la fecha de la disolución a nombre de cualquiera de los que formaban la comunidad familiar, el matrimonio formado por los señores *Gutiérrez Rodrigo* y

el señor *Gutiérrez Trasobares*, individual o conjuntamente, siempre y cuando los mismos fueran adquiridos por cualquiera de ellos durante el tiempo de vigencia del contrato. Procede, en consecuencia, mantener los puntos 1, 2 y 5 del escrito solicitando la ejecución en su integridad, y el punto 3 en la forma en que ha quedado dichos.

Tercero: Al estimarse el recurso interpuesto, procede omitir un concreto pronunciamiento sobre las costas de esta alzada en cumplimiento del último apartado del artículo 896 de Ley procesal civil.

12

NÚM. 12

S. APH de 17 de octubre de 1996

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS: *La sentencia examina si los requisitos objetivos, subjetivos y formales exigidos por los arts. 149 y 150 Comp. para que pueda prosperar el derecho de abolorio se dan en el caso y declara que se ha acreditado debidamente que los bienes sobre los que se ejerce la característica de troncales de abolorio; que la retrayente se halla incluida entre los parientes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes; que la acción ha sido ejercitada dentro del plazo legal; y que se ha consignado debidamente el precio conocido.*

PLAZO DE EJERCICIO: A falta de notificación fehaciente: *El cómputo a partir de la inscripción registral tan solo juega cuando no consta que el conocimiento de la enajenación date de anterior fecha, pero para que actúe esta última se requiere acreditar: a) que el retrayente tuvo conocimiento de esa venta con anterioridad a su inscripción registral, y b) que tal conocimiento fuese completo, respecto de todas las condiciones y circunstancias en que la venta se efectuó para que, con suficientes elementos de juicio, pueda el interesado decidir si le conviene o no a su derecho el ejercicio de la acción que le asiste.*

FORMA: REQUISITOS DE LA DEMANDA: **Consignación del precio:** *Los requisitos para el ejercicio de la acción de retracto no los establece el art. 1.518 del Cc.; que regula*

el derecho de retracto como derecho material que permite la adquisición de la propiedad de los bienes retraídos, sino el art. 1.618 de la Lec. que tan solo exige la consignación del precio conocido y no de los gastos y pagos legítimos que refiere el art. 1518 Cc., pues estos cabe abonarlos con posterioridad, una vez determinados, bastando hacer constancia en la demanda de su compromiso a satisfacerlos. Consignación del precio conocido: la suma a consignar ha de ser la del precio de transmisión que fuera conocido por el retrayente y éste, en principio, será el fijado en la escritura pública de compraventa, a menos que se acredite que el retrayente conocía el precio efectivo. La posterior fijación judicial del precio encubierto no modifica lo dicho («perpetuatio jurisdictionis»). Cuestión distinta y que afecta a la realización efectiva del derecho de retracto es la cantidad que, en base a lo preceptuado en el art. 1.518 Cc.; habrá de satisfacer el retrayente como precio de la venta.

FACULTAD MODERADORA DE LOS TRIBUNALES: *Finalidad: La facultad moderadora tiene como única finalidad evitar que el derecho de abolorio sirva a otros fines que no sean impedir 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 (S. ATZ 13-2-75). Aunque la retrayente curse sus estudios en Zaragoza, existen vínculos afectivos con la localidad y su familia que justifican esa voluntad de conservar la finca de autos dentro de la familia.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 149 y 150 Comp.; 1.518 Cc. y 1618 Lec.

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Ángel Iribas Genua.*

Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Huesca se sigue juicio de retracto de abolorio promovido por doña Celsa Ana Rufas Acín contra don Juan Domingo Palacio Alberto. La Sentencia del Juzgado, de 6 abril 1995, desestima la demanda (autos núm. 14/95).

La AP de Huesca estima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y declara haber lugar al retracto instado, condenando al demandado a otorgar escritura pública de venta en favor de la retrayente quien deberá abonar como precio de la compra tres millones de pesetas, más los gastos del con-

trato, los necesarios y útiles efectuados en la cosa vendida y cualquier otro legítimo hecho para la venta (rollo de apelación civil 96/1995 B; sentencia núm. 318).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primera: Que ejercitándose en el procedimiento inicial una acción de retracto de abolorio o de saca, es preciso fijar si se dan las condiciones exigidas por los arts. 149 y 150 de la Compilación Aragonesa, reguladores de dicha institución, para que pueda prosperar la acción ejercitada. En primer lugar, es preciso que los bienes dados en venta o dación en pago hayan permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del dispuesto. En el presente caso se ha acreditado debidamente que los bienes sobre los que se ejerce tienen el carácter de troncales de abolorio, resultando de la certificación del Registro de la Propiedad que *Cosme Rufas Corz*, bisabuelo del actual vendedor, en virtud de pacto sucesorio, transmitió a su hijo *Lorenzo*, en consideración a su matrimonio con *Isabel Aguareles* la finca de autos. Esta finca, por sucesión hereditaria del citado *Lorenzo* pasa a *Cosme Rufas Aguareles*. Fallecido este le sucedió por título hereditario su hijo *Lorenzo Victor Teodoro*, actual vendedor de la finca retraída. En definitiva, a través de las distintas transmisiones, reflejadas en el Registro de la Propiedad ha quedado debidamente acreditado la permanencia de los bienes en la familia más de dos generaciones inmediatamente anteriores a la del dispuesto, perteneciendo tan solo a ascendentes en línea directa del enajenante y habiendo sido transmitidos, en todo caso, en virtud de título hereditario.

Todas las citadas inscripciones, derivadas de las sucesivas transmisiones, tuvieron su fiel reflejo en el Registro de la Propiedad referidas todas ellas a la finca n.º 613 del término de Torres de Barbues, obrante a los folios 117, 118 y 119 del Tomo 547 tratándose, en consecuencia, de la misma finca, sin que constituya obstáculo a tal identidad la pequeña alteración en su cabida derivada de una reciente medición, ni el hecho de haber completado sus linderos, practicado en la tercera inscripción.

Segundo: Que la Compilación tan sólo otorga el derecho de retracto a los

parientes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes. En el caso de autos se opuso por la demandada, que la retrayente no había acreditado su condición de hija de *Luis Rufas*, hermano del vendedor de la finca *Lorenzo Víctor Rufas*. Sin embargo, dicha alegación debe ser desestimada pues las certificaciones del Registro Civil constituyen la prueba ordinaria y privilegiada del estado de filiación, y así lo establecen los arts. 113.1.º del Código Civil y 2 y 3 de la Ley del Registro Civil, y la constatación de la filiación no matrimonial se efectúa mediante expediente gubernativo, según dispone el p.º 2.º del art. 120 del C. Civil y los arts. 49 de la L.R.C. y 118 de su Reglamento y la forma de reflejar en el registro civil tal filiación no matrimonial se realiza en virtud de inscripción marginal en la inscripción de nacimiento. En el presente caso habiéndose aportado a los autos certificación de nacimiento de *Celsa Ana Rufas Acín* en la que se ha practicado la inscripción marginal de reconocimiento paterno de *Luis Rufas* en virtud de expediente gubernativo practicado al efecto, ha quedado debidamente acreditada la filiación paterna de aquella, hallándose en consecuencia incluida entre los parientes que, en virtud del art. 149 de la Compilación pueden ejercitar la acción de retracto.

Tercero: Como requisitos formales para que prospere la acción de retracto, se precisa que, de no haberse notificado fehacientemente la enajenación, se ejerzte en el plazo de 90 días a partir de la fecha de inscripción del título en el Registro de la Propiedad o en su defecto desde el día en que el retrayente conoció la enajenación y sus condiciones esenciales. Así pues el cómputo a partir de la inscripción registral tan sólo juega cuando no consta que el conocimiento de la enajenación date de anterior fecha, pero para que actué esta última se requiere acreditar: a) Que el retrayente tuvo conocimiento de esa venta con anterioridad a su inscripción registral, y b) Que tal conocimiento fuese completo, respecto de todas las condiciones y circunstancias en que la venta se efectuó para que, con suficientes elementos de juicio, pueda el interesado decidir si le conviene o no a su derecho el ejercicio de la acción que le asiste, no bastando, como así señalan

las sentencias del T.S. 30 de octubre de 1978; 9 de febrero de 1984 y 20 de mayo de 1991 con tener ciertas referencias a la venta, datos incompletos de sus condiciones o la mera noticia de la enajenación. Aplicando dicha doctrina al caso de autos en modo alguno se ha acreditado que la retrayente hubiera tenido ese conocimiento con anterioridad a la inscripción, pues aunque manifestó en confesión que se enteró de la venta en el verano, no se acredita que tuviera ese conocimiento cabal y completo de las condiciones de la venta, no resultando dato alguno en ese sentido de la prueba testifical en la que ni tan siquiera se formulan preguntas tendentes a determinar si la actora tuvo conocimiento de la venta con anterioridad a la inscripción, sin que el hecho de que en la solicitud formulada por el actor al Registro de la Propiedad para la obtención de la pertinente certificación, en la que consta la descripción de la finca según su nueva medición implique conocimiento alguno de la venta, dado que esa nueva descripción constaba en el Registro desde el 4 de febrero de 1977. Así pues ha de concluirse que la acción de retracto, al haberse interpuesto la demanda dentro del plazo de 90 días a contar de la inscripción de la venta, ha sido ejercitada dentro del plazo legal.

Cuarta: Que, en orden a la consignación del precio, el art. 1618.2.^º de la L.E.C. obliga a que se consigne luego que sea conocido, o si no lo fuese, que se de fianza de consignarlo luego que lo sea; es decir tan solo exige la consignación del precio conocido y no de los gastos y pagos legítimos que refiere el art. 1.518 del C. Civil, pues éstos cabe abonarlos con posterioridad, una vez determinados, bastando hacer constancia en la demanda de su compromiso a satisfacerlos, ya que el citado artículo del C. Civil regula el derecho de retracto como derecho material que es para llegar a entrar el retrayente en la propiedad de los bienes retraídos, para lo que es imprescindible de los bienes retraídos, para lo que es imprescindible que se entreguen y pongan en manos del comprador, y no solo a su disposición, las repetidas cantidades y cosa distinta es el ejercicio de la acción de retracto cuyos requisitos no los establece el art. 1.518 del R. Civil, sino el citado 1.618 de la L.E.C. que no requieren

para el ejercicio de la acción judicial la consignación de los gastos y pagos legítimos.

Quinto: Conforme a lo dispuesto en el citado art. 1.618, para que pueda darse curso a la demanda de retracto se ha de consignar el precio conocido, así pues la suma a consignar ha de ser la del precio de transmisión origen del mismo que fuera conocido por el retrayente y este en principio, será el fijado en la escritura pública de compraventa. En el caso presente por el demandante se consignó el precio reseñado en la escritura de compraventa y su importe no podía ser otro que el expresado en la misma, pues mal se puede exigir la consignación de uno superior a resultas de la prueba del juicio, lo que equivaldría a valorar en perjuicio de quien actúa conforme a la Ley la actuación engañosa de quien no hace constar el precio verdadero. Bien es cierto que en sentencias del T.S. de 20 de septiembre de 1988 y 21 de junio de 1984 estimaban que en el caso en que apareciera en la escritura disfrazado el precio, deberá estarse al precio real, pero para ello se exigía que existiera una prueba acreditativa de que el retrayente conocía el precio efectivo. En este caso, en modo alguno se ha probado que el actor tuviera conocimiento de la realidad del precio encubierto, por lo que cumplió con el requisito de procedibilidad exigido en el art. 1.618 consignando el precio conocido en el momento de ejercitarse su derecho, sin que pueda exigírsele el pago del precio fijado en otro momento posterior de las actuaciones judiciales, por ser en aquel instante cuando entra en juego el principio de la «perpetuatio jurisdictoris» a que se refieren las sentencias del T.S. de 5 de diciembre de 1962 y 29 de noviembre de 1966 y 28 de junio de 1991. Cuestión distinta y que afecta a la realización efectiva del derecho de retracto es la cantidad que, en base a lo preceptuado en el art. 1.518 habrá de satisfacer el retrayente como precio de la venta. En ese sentido, no habiéndose impugnado por el apelante la suma fijada en la sentencia como precio real de la misma, esto es tres millones de pesetas, este será el precio que deberá abonar en ejecución de sentencia, y con anterioridad a entrar en posesión de la finca.

Sexto: Que cumplidos por el retrayente los requisitos objetivos, subjetivos y for-

males exigidos por la Compilación, sin embargo por el Juzgado de instancia se desestimó la demanda en base a la facultad moderadora del n.º 2 del art. 149 de la Compilación. El fundamento del derecho de abolorio se halla en evitar que los bienes salgan de las familias por el cariño de retrayente a los bienes familiares enajenados y el sentimiento de que pasen a manos extrañas (Sentencia A.T. Zaragoza de 13 de febrero de 1975) por lo que esa facultad moderadora tiene como única finalidad evitar que la institución sirva a otros fines que no sean los referidos. La circunstancia de que la hoy retrayente curse sus estudios en Zaragoza no constituye obstáculo alguno para que pretenda conservar los bienes familiares y construir sobre la finca de autos su futura casa, como así lo declara en confesión, lo cual se estima de plena lógica ya que la finca es colindante con la casa de sus padres y teniendo en consideración que, a pesar de sus estudios, los fines de semana y vacaciones los pasa en Torres de Barbues, se pone de manifiesto la existencia de vínculos afectivos con la localidad y su familia que justifican esa voluntad de conservar la finca de autos dentro de la familia, sin que, por otra parte, exista dato alguno que permita probar que la finalidad perseguida con el ejercicio del retracto sea distinta de la ya reseñada. De lo expuesto se desprende que procede la revocación de la sentencia de instancia declarando haber lugar al retracto instado.

Séptimo: Que las costas causadas en primera instancia a tenor de lo preceptuado en el art. 523 de la L.E.C. serán de cargo del demandado, sin haber expresa imposición de las ocasionadas en esta alzada.

NÚM 13

S. APH de 29 de octubre de 1996.

6633: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: GESTIÓN: GESTIÓN DE LOS BIENES PRIVATIVOS: Derecho expectante: *El inmueble adquirido a título lucrativo durante el matrimonio tiene la consideración de bien privativo (art. 38 Comp.) y en base a los arts. 51 y 76.1º y 2º Comp. los titulares se hallan facultados para su*

enajenación, teniendo facultad dispositiva sobre el mismo sin precisar del consentimiento conyugal, aunque quede subsistente el derecho expectante de viudedad foral en favor de los cónyuges de los vendedores al no constar la específica renuncia a tal derecho.

682: EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD: ENAJENACIÓN DE BIENES AFECTOS: *El inmueble adquirido a título lucrativo durante el matrimonio tiene la consideración de bien privativo (art. 38 Comp.) y en base a los arts. 51 y 76. 1º y 2º Comp. los titulares se hallan facultados para su enajenación, teniendo facultad dispositiva sobre el mismo sin precisar del consentimiento conyugal, aunque quede subsistente el derecho expectante de viudedad foral en favor de los cónyuges de los vendedores al no constar la específica renuncia a tal derecho.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Arts. 38, 51 y 76 Comp.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. D. Ángel Iribas Genua.*

Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Jaca se sigue juicio declarativo de menor cuantía promovido por don Manuel Oliván Fañanas contra doña Luisa Saludas Gavín y la herencia yacente y herederos desconocidos de don Ramón Escartín Ferrer, doña María Pilar Escartín Ferrer, don Álvaro Fanlo Abos, don Emilio Escartín Ferrer, doña María Cruz Sánchez Pérez, doña Julia Escartín Ferrer, don Benito Escuer Aguarta y contra la herencia yacente y herederos desconocidos de doña Joaquina Escartín Ferrer, como demandados que, a su vez, formulan reconvenión. La Sentencia del Juzgado, de 11 julio 1995, desestima la demanda, estima la reconvenión y, en su virtud, declara nulo por inexistente el contrato aportado por el acto (autos núm. 16/92).

La AP de Huesca desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante (rollo de apelación civil 86/1995; sentencia núm. 336).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primer: En la demanda iniciadora de este procedimiento se reclamó por el actor la elevación a escritura pública de un contrato privado de compraventa, a lo

que se opuso el demandado alegando, en reconvenCIÓN, la nulidad del referido contrato y en el caso de que se admitiera su validez la prescripción de la acción ejercitada. Así pues, procede en primer término determinar si ha existido o no el contrato de compraventa y en su caso si dicho contrato está subsistente. Con respecto a la primera cuestión, del documento acompañado con la demanda se pone en evidencia la existencia de un contrato perfeccionado entre comprador y vendedores por el consentimiento de ellos sobre la cosa vendida y el precio. No constituye obstáculo a la validez y eficacia de la venta el hecho de que no consten en el documento las firmas de los cónyuges de los titulares del huerto vendido dado que, al tratarse de un inmueble adquirido a título lucrativo durante el matrimonio, a tenor del art. 38 de la Compilación tiene la consideración de bien privativo y en base a los arts. 51 y 76, 1º y 2º del citado texto legal los titulares se hallan facultados para su enajenación, teniendo capacidad dispositiva sobre los mismos sin precisar del consentimiento conyugal, aunque en virtud de los reseñados en dichos artículos quedare subsistente sobre los bienes enajenados en este caso el huerto, al derecho expectante de viudedad foral en favor de los cónyuges de los vendedores al no constar la específica renuncia a tal derecho. Por otro lado, la carencia de la firma del comprador en el documento privado no implica en modo alguno la inexistencia de la prestación de su consentimiento, que se evidencia del hecho de que se hallase en su poder el contrato suscrito por los vendedores, pues de no haber mediado la conformidad del comprador aquellos no hubieran permitido su entrega al adquirente, así como del hecho mismo de la interposición de la presente demanda que lleva implícita su voluntad de cumplir lo acordado en el contrato.

Segundo: Que asimismo ha quedado acreditado la existencia de un precio cierto y la entrega del mismo por el comprador. Así, en el propio contrato, los vendedores reconocen específicamente haber recibido como precio de venta el valor de las obras ejecutadas por el comprador en la casa habitación de *Joaquina Escartín*, que valoran en 75.000 ptas. Tales afirmaciones resultan plenamente corroboradas

por la declaración efectuada por el testigo *Sr. Puertolas* quien al responder a las preguntas 12 y 13 reconoció expresamente que fue el propio *Ramón Escartín* quien participó en la realización del escrito de liquidación de la obra ejecutada en la vivienda de su hermana *Joaquina*, que consta en las actuaciones, en el que se halla incluido como descuento del precio de la obra las 75.000 ptas. correspondientes a la compra del huerto de autos. En consecuencia concurriendo el consentimiento del comprador y vendedor sobre la cosa y el precio y entregado este, quedó perfeccionado el contrato de compraventa. Sin embargo este perfeccionamiento no implica transmisión de la propiedad de la cosa vendida, sino únicamente el nacimiento de la obligación del vendedor de proceder a su entrega y el correlativo derecho del comprador a exigirla, según dispone los arts. 609, 1.445, 1.450 y 1.461 del C. Civil, por lo que la acción que a este corresponde es de naturaleza puramente personal y no real, que, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.964 del C. Civil, prescribe a los 15 años.

Tercero: Que alegando por los convenientes la prescripción de la acción ejercitada por el comprador al haber transcurrido el plazo legal sin que hubiera mediado la efectiva entrega al demandado de la cosa vendida, no pudiendo aplicarse la tradición simbólica del art. 1.462 del Código Civil al no haber mediado escritura pública, corresponde al actor la prueba de la efectiva «*traditio*» del huerto litigioso. Ahora bien, de las pruebas practicadas al efecto no existe elemento alguno acreditativo de que aquel hubiera sido entregado al actor y ocupado por este, sino que por el contrario existen datos en las actuaciones que llevan a la conclusión opuesta, puesto que no es solo que la finca se hallara catastrada y registrada a nombre de los actores, sino que son estos quienes han venido pagando los impuestos de contribución urbana y a ellos autorizó el Ayuntamiento de Biescas a vallar el huerto en el año 1972 y pidió autorización en el año 1990 para la apertura de un hueco en su muro para pasar a las piscinas municipales. En consecuencia, dadas las citadas pruebas y no constando la realización de acto posesorio alguno por parte del actor sobre la cosa vendida puesto

que tan solo un testigo reconoció que el comprador había ocupado los terrenos pero ignorando si era para la realización, como constructor que era, del muro de la piscina municipal por encargo del Ayuntamiento y con autorización de los hoy demandados, debe concluirse que no se produjo la tradición y habiendo transcurrido con exceso el plazo prescriptivo para exigir la entrega, procede la desestimación del recurso interpuesto.

Cuarto: Al desestimarse el recurso interpuesto, procede condenar a los recurrentes al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento de lo dispuesto en el segundo apartado del artículo 710 de la Ley procesal civil.

14

NÚM. 14

S. APH de 28 de noviembre de 1996.

6635: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: COMPETENCIA: *La pretensión de liquidación y división de la sociedad conyugal disuelta por sentencia de separación fue rechazada por haberse seguido un procedimiento inadecuado (el declarativo de menor cuantía); posteriormente se instó la ejecución de la sentencia dictada en el proceso matrimonial y, en pieza separada seguida por el trámite de la testamentaria, se intentó la formación de inventario: por auto se dio por terminada la liquidación reservando a las partes su derecho a acudir al correspondiente declarativo. Interpuesto el nuevo menor cuantía, insiste el recurrente en que se aprecie la excepción de inadecuación del procedimiento que ahora es rechazada por haberse seguido hasta donde fue posible el cauce procesal del art. 55 Comp.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Arts. 55 Comp.; 1088 Lec.*

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

Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Huesca se sigue juicio declarativo de menor cuantía promovido por don Pascual Catalán Claver contra doña María Pilar Piedrafita Nuevo, en el que es parte el Ministerio Fiscal. La Sentencia del Juzgado, de 26 de

diciembre de 1995, estima la demanda (autos núm. 106/95).

La AP de Huesca desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (rollo de apelación civil 31/1996; sentencia núm. 371).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El 21 de octubre de 1988 se dictó sentencia decretando la separación del matrimonio formado por *Pascual Catalán Claver y María Pilar Piedrafita Nuevo*, y como efecto inherente a la misma, —artículo 95 del Código Civil— la disolución del régimen matrimonial vigente hasta ese momento. Posteriormente, en el Juicio de menor cuantía tramitada bajo el n.º 97/98 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de esta Ciudad, se pretendía la declaración de la liquidación de la sociedad conyugal, con el inventario y pasivo que se decía en la demanda, así como el evalúo y división, conforme a lo ordenado en el artículo 56 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, pretensión que fue rechazada por la sentencia de 21 de junio de 1990, sin entrar a conocer de ella por haberse seguido un procedimiento inadecuado, resolución confirmada por la sentencia de 4 de febrero de 1991 de esta Audiencia Provincial. Se procedió pues, a instar la ejecución de la sentencia de la sentencia (sic) dictada en el proceso matrimonial, en el particular relativo a la división y liquidación de la sociedad conyugal, y en pieza separada se intentó la formación del inventario, siguiéndose en trámite de la testamentaria, conforme ordena el artículo 55 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. Pieza separada que concluyó con el Auto de 10 de octubre de 1991, —folio 100— dando por terminada la liquidación y reservando a las partes su derecho para acudir al declarativo que corresponda por su cuantía, resolución que ganó firmeza al haber sido consentida por las partes.

Segundo: El recurso insiste en que se aprecie la excepción de inadecuación del procedimiento, rechazada en la sentencia impugnada, con imposición al demandante de las costas de ambas instancias, pues se está pidiendo lo mismo que en el anterior juicio de menor cuantía, en el que se estimó esta excepción. Pero a diferencia

de lo que ocurrió entonces, en cumplimiento de las precitadas sentencias de 21 de junio de 1990, ratificada por la de esta Audiencia Provincial de 4 de febrero de 1991, se siguió hasta donde fue posible el cauce procesal marcado en el artículo 55 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón finalizado, como antes se ha dicho, por Auto de 10 de octubre de 1991, dejando en libertad a las partes para acudir al declarativo correspondiente. Sería un contrasentido que se volviera a estimar otra vez esta excepción para remitir a las partes a un proceso ya fracasado, en el que está previsto que el desacuerdo con las operaciones patrimoniales se dirima en el juicio ordinario que por la cuantía corresponda, artículo 1.088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por todo ello procede la desestimación del recurso.

Tercero: Al desestimarse el recurso interpuesto, procede condenar a los recurrentes al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento de lo dispuesto en el segundo apartado del artículo 710 de la Ley procesal civil.

15

NÚM. 15

A. APH de 2 de diciembre de 1996.

723: TESTAMENTO MANCOMUNADO: INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE CONYUGES: Pacto al más viviente; **73: SUCESIÓN PACCIONADA: PACTO AL MAS VIVIENTE:** Con la denominación de pacto al más viviente regula la Compilación la reciprocidad hereditaria entre cónyuges formulada por medio de cualquiera de los instrumentos sucesorios válidos en Derecho aragonés, y el art. 95, siempre que no exista pacto en contrario, establece que la institución testamentaria mutua entre cónyuges equivale al pacto al más viviente.

REVERSIÓN: En el régimen sucesorio del cónyuge sobreviviente distingue el art. 108.3 Comp. dos clases de bienes, los pertenecientes al cónyuge premuerto y los restantes bienes hereditarios, siendo tan solo respecto de los primeros que subsistan al fallecimiento del cónyuge supérstite a los que se aplicará el principio de la troncalidad, llamando en la sucesión de los mismos a los herederos del cónyuge primariamente fallecido, de tal modo que siempre

que existan bienes procedentes del premuerto y herederos del mismo, es a éstos a quienes habrá de reservarse los bienes troncales. El llamamiento a los herederos del cónyuge primariamente fallecido se defiere en el momento en que se produce el fallecimiento del cónyuge sobreviviente, por lo que necesariamente es en la declaración hereditaria de éste donde se deberá hacer la oportuna reserva en favor de los reseñados herederos.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 95 y 108 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ángel Iribas Genua.

Ante el Juzgado de Primera Instancia de Barbastro se siguen autos de declaración de herederos promovido por doña Pilar Camarasa Quintilla contra doña Pilar y don Antonio Laspalas Aloy y doña María Giral Aloy. El Auto del Juzgado, de 11 diciembre 1995, declara a doña Pilar Camarasa Quintilla heredero universal abintestado de los bienes, derechos y acciones del causante don Antonio Camarasa Quintilla (autos núm. 205/95).

La AP de Huesca estima el recurso de apelación interpuesto por Pilar y Antonio Laspalas Aloy y María Giral Aloy, revoca en parte el Auto indicando que la declaración de heredera a favor de Pilar Camarasa Quintilla se efectúa sin perjuicio del derecho que corresponda a los herederos de Josefa Solano Puigvert sobre los bienes de carácter troncal (rollo de apelación civil 25/1996 B; auto núm. 71).

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los ya expuestos en la resolución impugnada.

Segundo: Que por la parte apelante se solicitó la declaración de nulidad del auto dictado en primera instancia al no haberse efectuado declaración alguna respecto de los derechos troncales en favor de los apelantes, a quienes correspondían en virtud del pacto al más viviente acordado por el causante y su cónyuge. Procediendo a su examen, es de apreciar que, con la denominación de pacto al más viviente regula la Compilación aragonesa la reciprocidad hereditaria entre cónyuges formulada por medio de cualquiera de los instru-

mentos sucesorios válidos en derecho aragonés, y el artículo 95 de dicho texto foral, siempre que no exista pacto en contrario, establece que la institución testamentaria mutua entre cónyuges equivalente al pacto al más viviente. En el caso de autos el causante otorgó testamento mancomunado con la esposa premuerta el 13 de diciembre de 1977 en cuya parte dispositiva se sometían a las disposiciones de los artículos 95 y 108 de la Compilación, por lo que son de aplicación a su recíproca Institución de heredero las reglas del pacto al más viviente. Pues bien, para determinar cual sea el régimen sucesorio del cónyuge sobreviviente, dada la vigencia de dicho pacto y no existir hijo alguno del matrimonio, el párrafo 3.º del artículo 108 de la Compilación establece que el cónyuge sobreviviente heredará los bienes del premuerto y, en tal caso, fallecido el sobreviviente sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, pasaran, los que quedaren, a las personas llamadas a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido. Así pues distingue el legislador dos clases de bienes, los pertenecientes al cónyuge premuerto y los restantes bienes hereditarios, siendo tan solo respecto de los primeros que subsistan al fallecimiento del cónyuge supérstite a los que se aplicará el principio de la troncalidad, llamando en la sucesión de los mismos a los herederos del cónyuge primeramente fallecido, de tal modo que siempre que existan bienes procedentes del premuerto y herederos del mismo, es a estos a quienes habrá de reservarse los bienes troncales. Este llamamiento a la sucesión se defiere en el momento en que se produce el fallecimiento del cónyuge sobreviviente, por lo que necesariamente, es en la declaración hereditaria de este donde se deberá hacer la oportuna reserva en favor de los reseñados herederos. En el presente supuesto no habiendo hijos del matrimonio y siendo aplicable a su sucesión las normas del pacto al más viviente, procede hacer en el Auto de declaración de herederos abintestado de aquel, que hoy es impugnado, la expresa reserva respecto de los bienes del cónyuge premuerto en favor de sus herederos.

Tercero: Que al estimarse e recurso interpuesto, no procede hacer expresa condena en las costas causadas en esta alzada.

NÚM. 16

S. APH de 12 de diciembre de 1996.

84: SERVIDUMBRES: DE PASTOS: *Para negar la existencia de servidumbre de pastos la sentencia descarta sucesivamente la posible existencia de una alera foral, de una mancomunidad de pastos, o de una servidumbre de pastos fundada en la posesión inmemorial.*

ALERAS FORALES: Naturaleza jurídica: *Doctrinalmente ha sido configurada como una servidumbre predial, discontinua, aparente o no y de carácter positivo. Definición y caracteres: Constituye el objeto de la alera foral el derecho que ostentan los vecinos de un pueblo a llevar a pacer su ganado, por regla general, en las tierras yermas comunales del pueblo inmediato, aunque asimismo se admite sobre propiedades particulares, siempre que sean de secano y una vez que se hayan levantado las cosechas. El elemento característico de esta servidumbre es que el derecho de pastoreo se ejerce sobre las tierras limítrofes del término municipal contiguo. Origen y regulación: En Aragón existe como una modalidad de la servidumbre de pastos la alera foral, institución que aparece regulada ya en el Fuero Viejo de Jaca y que a través de las Observancias ha llegado a la actualidad, haciendo mención de ello los arts. 16 y 146 del Apéndice y Compilación foral respectivamente.*

MANCOMUNIDADES DE PASTOS: *El Apéndice en el art. 16 y la actual Compilación en su art. 146 reconocen la existencia, junto a la alera foral, de la mancomunidad de pastos. Con respecto a esta figura estima la doctrina y la STS de 19-2-54 que constituirá una servidumbre cuando el derecho en que la misma consista se de sobre fincas o propiedades ajenas y que por el contrario existirá una comunidad de pastos cuando las fincas objeto del aprovechamiento sean propiedad de las mismas personas que se beneficien de éste.*

POSESIÓN INMEMORIAL: servidumbres de pastos: *Tanto en la actual Compilación como en el Apéndice la servidumbre de pastos no viene impuesta «ex lege» sino que es de carácter voluntario de tal modo que, al ser alegado por los demandados que la misma se viene disfrutando por posesión inmemorial, se requiere para acreditar su vigencia que se justifique esa*

posesión anterior al Apéndice de 1925, al tratarse de un derecho nacido bajo el imperio de los Fueros y Observancia precedentes. Se exige una cumplida prueba para que, de modo indubitado, conste tan extraordinario medio de adquisición de la servidumbre.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 16 Apéndice; 146 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Ángel Iribas Genua.

Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Jaca se sigue juicio declarativo de menor cuantía promovido por don Antonio Samitier Gracia contra don Cayetano Ripalda Ara, don Mariano García Larripa, don Fernando Sarasa Berges, don Adolfo Belio Beltrán, don José Ripalda Zamboráin, don Andrés Ripalda Zamboráin, don Miguel Samitier Mancho y don Fernando Solano Pardo. La Sentencia del Juzgado, de 16 de enero de 1996 desestima la demanda (autos núm. 120/95).

La AP de Huesca estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y declarada la inexistencia de servidumbre de pastos a favor de los demandados sobre las fincas del actor relacionadas en el hecho tercero de la demanda (rollo de apelación civil 16/1996; sentencia núm. 381).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Que impugna la parte recurrente, demandante en la instancia, la sentencia desestimatoria de la demanda inicial, reproduciendo sustancialmente los mismos argumentos en que fundó su solicitud inicial, en la que se contenía un doble pedimento: la indemnización por los daños causados en las fincas de su propiedad por la entrada del ganado perteneciente a los demandados y la declaración de inexistencia de servidumbre de pastos sobre las citadas fincas. Respecto de la primera alegación, procede la íntegra confirmación de lo resuelto en la sentencia de instancia ya que la única prueba practicada para acreditar la realidad de los daños que se reclaman lo constituye un informe, ratificado en prueba testimonial, que fue redactado a instancia del propio actor, sin que, en consecuencia, los demandados hubieran tenido inter-

vención alguna en el mismo y que fue realizado meses después de que los supuestos daños se hubieran producido, desconociéndose, en consecuencia si la entrada del ganado en la propiedad del actor se produjo con anterioridad o posteriormente a la recogida de la paja.

Segundo: Por lo que se refiere a la acción negatoria de servidumbre de pastos, es de observar que en Aragón existe como una modalidad de la servidumbre de pastos la alera foral, institución que aparece regulada ya en el Fuero Viejo de Jaca y que a través de las Observancias ha llegado a la actualidad, haciendo mención de ella los arts. 16 y 146 del Apéndice y Compilación foral respectivamente. Doctrinalmente ha sido configurada como una servidumbre predial, discontinua, aparente o no y de carácter positivo cuyo objeto lo constituye el derecho que ostentan los vecinos de un pueblo a llevar a pacer su ganado por regla general, en las tierras yermas comunales, del pueblo inmediato, aunque asimismo se admite sobre propiedades particulares, siempre que sean de secano y una vez que se hayan levantado las cosechas. Así pues el elemento característico de esta servidumbre lo constituye que el derecho de pastoreo se ejerce sobre las tierras limítrofes del término municipal continuo y es con este carácter como se regula en los antiguos Fueros, que hablan claramente de «términos contiguos» permitiendo que los vecinos de términos contiguos puedan pastorear los unos en los términos de los otros. Por el contrario, en el presente caso, al tratarse los demandados de vecinos de Villareal de la Canal y hallarse los predios sirvientes en el propio término municipal de dicha localidad no puede admitirse en modo alguno la existencia de la servidumbre de alera foral. Ahora bien, el Apéndice de 1925 en el art. 16 y la actual Compilación en su art. 146 reconoce la existencia, junto a la alera foral, de la mancomunidad de pastos incluyéndola en el Título II, relativa a las servidumbres, aunque no regula tal institución, sino que se limita a constatar su existencia disponiendo que podían fundarse en título escrito o en la posesión inmemorial, rigiéndose por lo establecido en aquel o lo que resulte de esta. Con respecto a esta figura jurídica, estima la doctrina y en ese mismo sentido la Sentencia del Tribunal

Supremo de 19-2-54, constituirá una servidumbre cuando el derecho en que la misma consista se de sobre fincas o propiedades ajenas y por el contrario existirá una comunidad de pastos cuando las fincas objetos del aprovechamiento sean propiedad de las mismas personas que se benefician de este. En el caso de autos los predios sirvientes son de propiedad ajena por lo que en principio pueden ser estimados como un derecho real de servidumbre. Ahora bien, tanto en la actual Compilación como en el Apéndice esta servidumbre no viene impuesta «ex lege» sino que es de carácter voluntario de tal modo que, al ser alegado por los demandados que la misma se viene disfrutando por posesión inmemorial, se requiere para acreditar su vigencia que se justifique esa posesión anterior al Apéndice de 1925, al tratarse de un derecho nacido bajo el imperio de los Fueros y Observancias precedentes. Tratándose de un derecho limitativo de dominio que «ab inicio» se presume libre de cargas, exige una cumplida prueba para que, de modo indubitado conste tan extraordinario medio de adquisición de la

servidumbre. Sin embargo la única prueba practicada a tal efecto viene constituida por la declaración testifical de *Mariano Belio Beltrán y Vicente García Laripa* quienes reconocieron que incluso en la vida de sus padres se había pastado en las tierras del actor. Sin embargo, teniendo en consideración que ambos son respectivamente hermanos de los demandados, reconociendo el segundo de ellos que vive en la misma casa de su hermano y tiene interés en el pleito, no puede estimarse, dada la ausencia de otro medio probatorio y la necesidad antes reseñada de que tales hechos consten de un modo claro y contundente, que haya sido debidamente probada la alegada posesión inmemorial anterior a la vigencia de la Compilación, por lo que procede en definitiva, acoger la apelación interpuesta y revocar la sentencia en el reseñado punto.

Tercero: Que al estimarse parcialmente la apelación interpuesta no procede hacer una expresa condena en las costas causadas en primera instancia ni en esta apelación de conformidad con lo dispuesto en los arts. 523 y 710 de la L.E.C.

TERUEL

17

NÚM. 17

S. APT de 9 de enero de 1996.

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Ausencia de voladizos. No constituye voladizo, a los efectos del art. 145 Com., la existencia de una reja que cubriendo una ventana sobresale sobre el fundo colindante. «Los voladizos, jurídicamente, suponen una especie de "plus" con relación al mero hueco, un ejercicio más intenso del derecho de servidumbre y, en fin, una posibilidad que otorga mayor amplitud y comodidad para el uso de las vistas sobre el predio ajeno; y, por tanto, una mayor incomodidad para el dueño de éste».

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 144, 145 y 147 Com.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Eduardo Saiz Leñero.

Demandó el propietario del edificio en que existe ventana cubierta con reja que sobresale sobre el inmueble vecino al de éste, para impedir la construcción en el mismo que cierra sus ventanas. El JPI Teruel núm. 2 desestimó la demanda en S. de 18 de octubre de 1995. La Audiencia desestima el recurso (rollo de apelación 247/1995), aunque con argumentación algo diferente. Entre las misma partes y sobre problemas de luces y vistas de los mismos inmuebles ya había habido otro pleito, en que recayó S. del JPI Teruel núm. 1 en 7 de abril de 1993, en que se recoge lo acordado en acto de conciliación, confirmada en grado de apelación por S. ATT 31 de mayo de 1993.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Dado el específico planteamiento de la acción ejercitada en la demanda, con el que los actores preten-

den la declaración de una servidumbre de luces y vistas en beneficio de su inmueble, y como gravamen impuesto al colindante perteneciente al demandado, apoyándose para ello en la existencia de voladizos sobre el fundo vecino, que, como tales, vendrían siendo un signo aparente de aquella servidumbre (art. 145 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón) susceptible, mediante usucapión, de convertirse en gravamen de esa índole (art. 147 de la misma Compilación), muéstrase prioritario, con abstracción, por ahora de otros elementos de hecho implicados en esta contención, dilucidar lo que ha de entenderse por voladizo, al efecto apurar conceptualmente este adjetivo en tanto en cuanto se le atribuyen, las referidas consecuencias jurídicas. A este fin, cierto es que el término no aparece definido ni en la Compilación ni en el Código Civil, por lo que habrá de estarse a su sentido gramatical, como dice la STS 11 de diciembre de 1985; y así se entiende por tal «lo que vuela o sale de lo macizo de un muro o edificio». Pero no cabe duda de que dicho sentido estrictamente gramatical, y naturalmente relacionado con la mera configuración física, por su amplitud, no puede servir, en todos los casos, para la consecuencia jurídica concreta de establecimiento del gravamen, o servidumbre de luces y vistas, que nos ocupa. Así lo entendió aquella sentencia, que negó la calificación de voladizo a un vienteaguas, e, igualmente, la STS 26 de junio de 1978 que rechazó la aplicación del concepto a una chapa metálica sujetada con alambre; aunque, de ambos casos tales elementos sobrevolaran sobre el predio colindante y fueran emergentes con respecto a la pared en que se apoyaban.

Segundo: En el caso, la existencia de rejas en las dos ventanas abiertas en la planta baja de la casa de los actores, aunque no se acomode a las prescripciones contenidas en el art. 144.2 de la Compilación (que reproduce, salvo lo previsto sobre dimensiones de los huecos, lo regulado en el art. 581, párrafo 1º del Código Civil), no debe estimarse como signo aparente de servidumbre, por más que dichas rejas, en su colocación, sobre-vuelen el fundo vecino. Pues, según ha quedado razonado en el fundamento

precedente, el concepto de voladizo, además de sus notas de orden puramente físico, ha de relacionarse con la virtualidad idónea para el ejercicio «de facto» de la servidumbre, y con la consiguiente posibilidad de que ese ejercicio, mediante el correspondiente lapso temporal, pueda generar el auténtico gravamen sobre la finca ajena colindante, con su secuela de limitaciones, prohibiciones, fiscalizaciones y posibles daños y perjuicios. A este respecto, resulta claro que los voladizos, jurídicamente, suponen una especie de «plus» con relación al mero hueco, un ejercicio más intenso del derecho de servidumbre, y, en fin, una posibilidad que otorga mayor amplitud y comodidad para el uso de las vistas sobre el predio ajeno; y, por tanto, una mayor incomodidad para el dueño de éste. Así se colige, incluso, de las limitaciones y prohibiciones contenidas en el art. 144.2 de la Compilación. En definitiva, la colocación de las rejas en aquellas ventanas, aún con cierto sobrevuelo (por medio de soportes metálicos) respecto al terreno aledaño, nada pudo significar como medio idóneo para el calificado ejercicio de una servidumbre de luces y vistas, en el sentido que se expresa por el art. 145 de la Compilación; sino que parece indicar lo contrario: una especie de protección, aunque irregular, indicativa de prevenciones; o, en cualquier caso, un puro embellecimiento como elemento arquitectónico adicional. Son, pues, tales consideraciones, discrepantes del razonamiento contenido en la sentencia recurrida, aunque la conclusión denegatoria de los pedimentos de la demanda sea idéntica: no hay signo aparente de servidumbre, específicamente susceptible de usucapión, a que se refiere el art. 145 (en relación con el art. 147) ambos de la Compilación. Así, el comienzo de los lapsos temporales que para dicha usucapión, se establecen en el art. 147, habría de situarse en la realización del acto obstativo a que se refiere el art. 538 del Código Civil, al ser negativa esta índole de gravamen; supuesto, éste, cuya inexistencia, hasta el actual litigio, ni siquiera ha sido objeto de controversia. Consecuentemente, el dueño del fundo vecino (demandado, y ahora apelado) cuenta, para la actividad que los actores denuncian en su demanda,

con la legal cobertura del art. 144.3 de la Compilación.

Tercero: Como argumento coadyuvante (aunque ya no necesario) de aquella conclusión denegatoria, puede aducirse lo convenido en el acto conciliatorio celebrado en 15 de octubre de 1992, como expresión de una acto propio no cuestionable. En dicho acto, cuyas consecuencias se plasmaron en la Sentencia, de fecha 7 abril 1993, dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia núm. 1 de Teruel (Acos núm. 465/1992), y confirmada, en grado de apelación, por esta Audiencia, mediante Sentencia de 31 mayo 1993, aunque referido a huecos, o ventanas abiertas, en la parte alta del edificio de los actualmente actores (entonces demandados), los dueños del inmueble, que ahora postulan la existencia del gravamen, mostraron su conformidad con que el propietario de la finca aledaña cerrara tales ventanas (o las pudiera «tapar», según la expresión entonces utilizada) en el momento que decidiera edificar sobre dicho predio limítrofe. Pues, aunque tales ventanas, situadas en el mismo paramento o fachada, fueran distintas de las propias del actual litigio, mal podría entenderse que aquella conformidad, con indudable virtualidad contraria a la existencia de una verdadera servidumbre de luces y vistas, no se hiciera eficaz con respecto a las ventanas inferiores (ahora litigiosas), dado que si el propietario de la referida finca colindante podía edificar en ella «tapando» los huecos superiores, susodichos, muy difícil es la admisión de que los inferiores, en idéntica fachada, quedaran exonerados como reveladores de aquel gravamen postulado en la litis.

Cuarto: Ha de desestimarse, por tanto, el recurso, y, por ende, confirmarse la resolución recurrida, no obstante haberse errado en ésta en la valoración de la prueba pericial acerca de la presumible antigüedad de las rejas colocadas en las ventanas inferiores de la casa de los demandantes.

Quinto: Las costas de esta alzada serán a cargo de la parte apelante, según lo que dispone el art. 62 del Decreto de 21 noviembre 1952, en relación con el art. 736 párrafo 1.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

NÚM. 18

S. APT de 8 de mayo de 1996.

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Ausencia de voladizos: *La parte demanda señala la existencia de una servidumbre de luces y vistas a su favor por considerar que el alero de su tejado, que sobrevuela sobre la propiedad del fondo vecino, es un signo aparente de la existencia de una servidumbre de esta clase. Pero la prueba evidente de que no existe tal servidumbre es el hecho de que las ventanas que hay abiertas en la pared de colindancia carecen de cualquier balcón o voladizo. La ausencia de voladizos evidencian una relación normal de vecindad y no una servidumbre. Reja y red: Las ventanas de la parte demandada, abiertas en la pared de colindancia, carecen de balcones o voladizos, y sin embargo están provistas de reja remetida en pared y red de alambre, signo evidente, de acuerdo con art. 144 de que la existencia de las ventanas obedecen al régimen normal de luces y vistas contemplado en la compilación, y no a la existencia de una servidumbre de esta clase. Derecho del vecino a edificar o construir: Una prueba más de que en el caso de autos no existe una servidumbre de luces y vistas, la constituye el hecho de que el actor construyó sobre el terreno de su propiedad, que hasta ese momento era un corral, una edificación que tapó las ventanas del vecino, lo que demuestra que no hubiera podido construir de haber existido una servidumbre de luces y vistas, al no dejar la distancia señalada por el Cc.*

SERVIDUMBRE: Signos aparentes: *Los voladizos o balcones son signos aparentes de la existencia de esta clase de servidumbres y debe entenderse que estos voladizos los han de tener las ventanas o los huecos abiertos en la pared para facilitar la entrada de la luz y de las vistas, pero no es signo aparente cualquier otro voladizo, como lo es en este caso el alero del tejado, que nada tiene que ver con la función de facilitar luces y vistas a las ventanas.*

84: SERVIDUMBRES: DE VERTIENTE DE TEJADO: Signos aparentes: *En el presente caso ha de considerarse que existía una servidumbre de vertiente de tejado, que contaba con un signo aparente como es que las tejas sobresalían 10 cm, que volaban sobre la propiedad del actor. Derecho*

supletorio: A este tipo de servidumbre es aplicable el art. 543 Cc. Extinción: En la actualidad al demoler el tejado para elevar la parte del granero de la casa, las vigas sobresalen en mayor medida y recaen sobre el fundo vecino agravando la servidumbre existente: dificulta la posibilidad de que el propietario del fundo sirviente eleve su construcción y, además, el agua con mayor fuerza sobre el fundo sirviente. Por ello debe considerarse extinguida la servidumbre, al ser también la solución menos gravosa para la parte demandada: le sería más costoso demoler la construcción que ha realizado.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 144 y 145 Comp.; arts. 3.1, 542, 582 Cc.

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

D. Evaristo A.L. dedujo, ante el JPII de Calamocha demanda en juicio verbal, frente a Dña. María P.G., sobre acción negatoria de servidumbre.

El juzgado, con fecha 9 de febrero de 1996, dictó sentencia estimando totalmente la demanda, condenando a la demandada a quitar el alero de su vivienda que se introduce en la finca del actor, de forma que su techumbre no sobrevuelo sobre la finca de éste; así mismo a canalizar las aguas pluviales de su tejado que se vierten sobre la finca del demandante.

La parte demandada formula recurso de apelación; solicitando la parte apelada la confirmación de la sentencia de instancia.

Formando el rollo de apelación (97/96), la APT declara no haber lugar al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primerº: La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda y condena a la demandada a retirar el alero de la casa de su propiedad sita en la calle Barrio Alto, número 40 de la localidad de Barrachina (Teruel) que vuela sobre la casa colindante propiedad del demandante, y a canalizar las aguas pluviales que caen sobre su tejado, al objeto de que dejen de verter sobre dicha propiedad. Contra dicha sentencia se alza ahora la parte demandada insistiendo en la existencia de una servidumbre de luces y vistas que permitiría que el alero de su

tejado sobrevuelo la propiedad colindante, y de una servidumbre de vertiente de tejados por la cual el actor tendría que soportar que su tejado recoja las aguas pluviales que caen desde la cubierta de la casa vecina.

Segundo: La alegación efectuada por la parte demandada para justificar la impugnación de la parte de la sentencia que condena a la demandada a retirar el alero que sobrevuela la propiedad colindante, que basa en la existencia de una servidumbre de luces y vistas debe ser rechazada de plano, por cuanto la mención que se hace el art. 582 de Código Civil y en el art. 145 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón (RCL 1967, 704, 756 y NDL 1451) a los voladizos, como signos aparentes de la existencia de una servidumbre de esa clase, debe entenderse, y así lo hace la interpretación jurisprudencial, que se refiere exclusivamente a los voladizos que puedan tener las ventanas o los huecos que en la pared existían abiertos para facilitar la entrada de la luz y las vistas, pero no a cualquier otro voladizo, como el del presente caso el alero del tejado, que nada tiene que ver con el objeto de dicha servidumbre, por cuanto no tiene la función de facilitar las mencionadas luces y vistas. Prueba evidente de que no existe tal servidumbre es el hecho de que la ventanas que hay abiertas en la pared de colindancia con la propiedad del demandante carecen de cualquier balcón o voladizo y están provistas de reja remetida en la pared y red de alambre, signo evidente, de acuerdo con el artículo 144 de la mencionada Compilación, de que la existencia de las mismas obedecen al régimen normal de luces y vistas contemplado en nuestro Derecho Foral, y no a la existencia de una servidumbre; lo que viene igualmente reforzado por el hecho de que, cuando el hoy actor construyó en el año 1980 la edificación sobre el terreno que hasta entonces era un corral, tapó las ventanas que la demandada tenía abiertas en la fachada lateral de su casa y que daban sobre dicho corral, prueba evidente de la no existencia de servidumbre, pues en caso contrario no habría podido construir sin dejar la distancia legal señalada en el Código Civil para preservar dicho derecho.

Tercero: Es doctrina jurisprudencial que las normas sobre las servidumbres, al

contemplar supuestos de limitación al derecho de propiedad ajeno, deben ser interpretadas restrictivamente, de tal manera que se irrogue el menor perjuicio posible al predio sirviente; y el artículo 3.1 del Código Civil nos indica que las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y «la realidad social del tiempo que han de ser aplicadas», atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. En el caso de las servidumbres de vertiente de tejado, que su existencia podía tener justificación en épocas antiguas, en las que no existía ningún tipo de planteamiento urbanístico y los núcleo urbanos carecían de cualquier servicio, como el de alcantarillado, las casa solían tener corrales y espacios abiertos en las que el agua caía y se filtraba en el suelo, y no se contemplaba en la construcción soluciones para la recogida de las aguas pluviales, no tiene hoy mucha justificación, por cuanto hoy en día los pueblos cuentan con servicios de alcantarillado, que recogen las aguas, con salida directa desde las casas a los colectores, y existen elementos constructivos, de muy fácil aplicación, para recoger el agua de los tejados y canalizarlas hacia los mismos, o hacia la vía pública a través de la propia propiedad del que las recibe, sin tener que gravar a ajena. Por todo ello, en este tipo de servidumbres, debe aplicarse con rigurosidad el artículo 543 del Código Civil, que impide al dueño del predio dominante alterar o hacer más gravosa la servidumbre. En el presente caso, ambas partes están de acuerdo en ello, desde antiguo el corral del actor, y posteriormente la cubierta de la edificación que construyó, recibe las aguas que vierte el tejado de la casa de la demandada, por lo que debe considerarse que existía una servidumbre de vertiente de tejados, que contaba con un signo apparente como es el que las tejas sobresalían del paramento de la pared unos diez centímetros, que volaban sobre la propiedad del actor; y que en la actualidad, tras realizar la demandada obras en la última planta de su casa, que consistieron en desmontar el tejado, elevar la altura de la pared y levantar una nueva cubierta, con el objeto de hacer habitable el interior granero dándole más altura, se ha transformado en

un alero de cuarenta centímetros, que no solamente está constituido por el saliente de las tejas, sino que igualmente sobresalen una vigas de cemento que soportan la cubierta, en este sentido el testigo propuesto por ambas partes señor F.G. manifiesta que las vigas de madera antiguas no sobresalían de la pared, por lo que no cabe ninguna duda que se ha procedido a agravar la servidumbre, no solamente por la nueva configuración del alero que hará más difícil que el propietario del predio sirviente pueda elevar su edificación, sino por el hecho de elevar el tejado, que hace que el agua caiga con más fuerza sobre el tejado de la casa colindante, cuando era perfectamente factible, ya que se procedió a la construcción de un nuevo tejado, haberlo construido de madera que recogiese las aguas y las canalizase hacia los desagües o hacia la calle sin agravar la situación del predio sirviente. Al haber hecho más gravosa la servidumbre infringió las normas anteriormente citadas, por lo que debe ser desestimado el recurso y confirmarse la sentencia de instancia, que contempla la extinción de la servidumbre como consecuencia menos gravosa para la demandada, ya que si la condena se limitase a realizar las obras necesarias para dejar la configuración de la casa en la situación anterior, tendría que destruir y rebajar el tejado entero y no podría aprovechar la última planta de su edificación.

Cuarto: Al desestimarse el recurso procede, de acuerdo con lo establecido en el art. 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil imponer las costas de esta alzada a la parte apelante.

NÚM. 19

S. APT de 8 de octubre de 1996.

83: LUCES Y VISAS: RÉGIMEN NORMAL: *Reja y red: Es claro que a pesar de que hayan transcurrido casi veinte años desde la apertura de la ventana en cuestión y que no se haya probado el inicio de edificación alguna por parte de los actores, ni siquiera la intención de hacerla, debe estar provista de reja de hierro remetida en pared*

y red de alambre, debiendo confirmarse la sentencia recurrida en todas sus partes.

Actos meramente tolerados: *En relación a la falta de reja y red en una ventana a la que le es aplicable el régimen normal de luces y vistas, debe ponerse en relación el liberal régimen aragonés de luces y vistas con el derecho constitucional a la intimidad, y añade que se trata de un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación en quien lo soporta, por lo que en cualquier momento puede hacer cesar la situación, todo ello, según dispone el artículo 144.3º de la Compilación Foral.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Art. 144 Comp.*

PONENTE: *Ilma. Sra. Dª María Teresa Rivera Blasco.*

Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alcaniz se sigue juicio declarativo de cognición promovido por don Rogelio B. M. y doña María Jesús S.S., contra don José María R.C. y doña Florinda E.A., sobre acción negatoria de servidumbre. La Sentencia del Juzgado, de 23 de julio de 1996, estima la demanda.

La AP de Teruel declara no haber lugar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (rollo de apelación civil 218/1996).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Se aceptan los de la sentencia recurrida.

Segundo: En el recurso interpuesto, la parte demandada solicita la revocación de la sentencia de instancia que, estimando íntegramente la demanda, declaró la inexistencia de servidumbre de luces y vistas a favor de la finca propiedad de los demandados sobre la finca colindante propiedad de los actores y condenó a aquéllos a poner en la ventana que se indica en los hechos 6.º y 7.º de la demanda protección de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, así como a retirar los tendederos existentes en dicha ventana. Pero en el escrito de recurso, y anteriormente en el de contestación a la demanda, los señores del R.C. y E.A. admiten expresamente que «no basan su oposición al escrito de demanda en la existencia de ninguna servidumbre de luces y vistas ya que desde el principio la

ha reconocido como inexistente, encuadrando las relaciones entre ambas partes dentro de las relaciones de vecindad». Únicamente se centra el recurso en hacer constar que durante veinte años ningún familiar de los actores ha exigido quitar el tendedero ni proteger la ventana de los demandados, y que los actores no han probado que vayan a construir un edificio en el patio corral situado en la parte posterior de su casa. En este sentido, según autorizada doctrina jurisprudencial territorial aragonesa (Sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.ª de 11 de julio de 1992 (AC 1992, 1102) y Sentencia Audiencia Territorial de Zaragoza de 1 junio 1979, citada por la anterior) los huecos a los que se refiere la Compilación y todo el Derecho histórico aragonés tienen por objeto recibir luces y permitir vistas a las piezas o habitaciones de un edificio, se trate de ventanas o miradores, debiéndose poner en relación el liberal régimen aragonés de luces y vistas con el derecho constitucional a la intimidad; diciendo a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 octubre 1964 (RJ 1964, 4140) que se trata de un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación en quien lo soporta, por lo que en cualquier momento puede hacer cesar la situación, todo ello, según dispone el artículo 144.3º de la Compilación Foral (RCL 1967, 704, 756 y NDL 1451). Es claro que a pesar de que hayan transcurrido casi veinte años desde la apertura de la ventana en cuestión y que no se haya probado el inicio de edificación alguna por parte de los actores, ni siquiera la intención de hacerla, debe estar provista de reja de hierro remetida en pared y red de alambre, debiendo confirmarse la sentencia recurrida en todas sus partes.

Tercero: Las costas procesales de primera instancia deben ser impuestas a la parte demandada conforme al artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ello en aplicación del principio general del vencimiento objetivo recogido en dicho precepto. Asimismo deberán satisfacer los demandados las costas causadas en esta segunda instancia con arreglo a lo dispuesto en el art. 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el art. 62 del Decreto 21 de noviembre de 1952.

ZARAGOZA

20

NÚM. 20

S. APZ de 7 de febrero de 1996.

682: EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD: NATURALEZA: *El derecho expectante de viudedad es un derecho personalísimo, de carácter familiar, que no impide la enajenación del bien, aunque su falta de renuncia afecta al bien transmitido con un gravamen real y de eficacia reiprescutoria.* **EXTINCIÓN:** *La legitimación activa para ejercitar el derecho reconocido en el art. 76 únicamente la posee el cónyuge titular del bien privativo, cuya transmisión se ve dificultada por la negativa abusiva a la renuncia del derecho expectante de su consorte. Pero esta regulación no deroga ni elimina el derecho de todo interesado a acudir al amparo del art. 7 Cc. Abuso de derecho: La actitud obstativa de los vendedores a entregar los bienes libres de cargas, amparándose en el derecho expectante, casi seis años después de la firma del contrato, constituye un ejercicio antisocial del mismo, por lo que no puede verse amparada tal conducta por los tribunales, que han de impedir el ejercicio anormal de la misma.* **RENUNCIA:** *En los bienes consorciales no se exige la renuncia expresa al derecho expectante, precisamente porque la ley exige el consentimiento de ambos para que la enajenación se válida (art. 48), y estando ambos consortes, aunque nada se diga al respecto «se presume» que la enajenación o su consentimiento equivale a la renuncia de aquel derecho. En el caso de los bienes privativos no se regula la presunción de la renuncia, pues el derecho expectante podría ser obviado, al no requerirse en la enajenación la presencia del cónyuge no titular de aquel derecho (art. 51).* **Analogía:** *En lo que hace a la regulación de la renuncia al derecho expectante, según los bienes sean consorciales o privativos, no deben ir más allá de las diferencias de su teleología. Las razones de identidad entre la venta de bienes comunes con presunción de renuncia y la venta del bien privativo que constituye el domicilio familiar, encuentra una analogía superior en grado a la del art. 4 Cc. Existe una identidad de tratamiento, regulado específicamente en el art. 51.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 3, 48, 51 y 76 Comp; arts. 3, 4, 7, 1.091, 1.255 y 1.281 Cc.

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

Don José Antonio Jiménez Rupérez y su cónyuge, doña Ana Carmen Olite Reija, ante el JPI nº 7 de Zaragoza, interpone demanda en juicio declarativo de menor cuantía (n.º 834/94), contra don Carlos Romero Rodelgo y su cónyuge, doña María Luisa Reija Arias, solicitando la extinción del derecho expectante de viudedad de estos últimos con base en el art. 76.2.2º Comp.

El Juzgado, en sentencia de 14 de junio de 1994, desestima la demanda, al considerar que los actores carecen de legitimación, ex art. 76.2 Comp.

Los demandantes interponen recurso de apelación; solicitando la parte apelada la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

Formado el rollo de la apelación (n.º 401/95), la sec. 5º de la APZ estima el recurso de apelación y revoca la sentencia de instancia, extinguendo el derecho expectante de viudedad de los demandantes-apelados, al considerar que ha existido abuso de derecho.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan en parte los de la sentencia recurrida, y

Primero: La excepción de cosa juzgada procede desestimarla por los propios razonamientos vertidos en la sentencia de instancia. A ellos añadir el contenido del fundamento jurídico decimoctavo de la sentencia de Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1992, que resolvió definitivamente el pleito precedente entre las partes. Se trata de «una cuestión sobre la que los recurrentes (ahora demandados) guardaron absoluto silencio en el período expositivo del pleito, que es donde debió debatirse para que sobre ella actuase también el principio de contradicción procesal...». Huelgan más comentarios al respecto.

Segundo: Por lo que respecta al fondo del asunto, la Juez de instancia parece ser que acoge la tesis según la cual en la enajenación de bienes privativos únicamente es admisible la renuncia expresa al derecho expectante de viudedad foral y nunca la tácita o implícita que el párrafo segundo del Art. 76 de la Compilación recoge para los bienes comunes o consorciales.

Tercero: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 2ª) de 11 de julio de 1994 y la del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 4 de abril de 1995, sostienen —a su vez— que la legitimación activa para ejercitarse el derecho reconocido en el Art. 76 párrafo tercero de nuestra Compilación únicamente la posee el cónyuge titular del bien privativo, cuya transmisión se ve dificultada por la negativa abusiva a la renuncia del derecho expectante de su consorte, no propietario del bien.

Cuarto: Una primera lectura del precepto estudiado parece avalar dicha exégesis, ya que el párrafo segundo se refiere explícitamente a la posibilidad de renuncia tácita en la enajenación de bienes comunes. Ahora bien, este principio o regla general, ¿impide de forma absoluta la acción por parte de un tercero (concretamente del tercer adquirente de los bienes) contra los cónyuges que no quieren renunciar su derecho expectante de viudedad foral?

Quinto: La respuesta ha de ser forzosamente negativa. Pudiera admitirse —y así se hace de forma casi uniforme— que el párrafo tercero del Art. 76 tantas veces citado está pensado en el cónyuge propietario del bien a enajenar. Sin embargo, esa regla particular y específica no deroga ni elimina el derecho de todo interesado de acudir al amparo del Art. 7 del Código Civil.

Sexto: Así lo ha recogido de forma expresa y palmaria la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1986 al denegar a la viuda separada del hecho de su esposo durante cuarenta años, el acceso a los beneficios y derechos del usufructo vitalicio al que no había renunciado, pues «tal conducta contraria a la buena fe conforma uno de los requisitos del abuso de derecho, complementado por una falta de equidad que se aprecia ...al

ejercitarse un aparente derecho más allá de sus límites éticos, teleológicos y sociales, lo cual constituye el ejercicio anormal de un derecho que los Tribunales deben impedir en aplicación del Art. 7, apartado 2 del Código Civil....».

Séptimo: Centrado así el tema, será preciso, antes de conectarlo con los hechos que conforman el sustrato fáctico del supuesto enjuiciado, realizar un boceo del contenido y *ratio essendi* de la figura estudiada.

Así, ya nadie pone en duda que estamos ante una figura perteneciente al derecho de familia, formando un todo con el usufructo vitalicio en el que se transforma, lo que constituye la genérica institución de la viudedad foral. Es un derecho personalísimo, que no impide la enajenación del bien, aunque su falta de renuncia afecta al bien trasmítido «como un gravamen real y de eficacia reipersecutoria» (S.T.S. 26 de junio de 1989). Habiendo sido introducido por la costumbre para remediar la precaria situación —económica, familiar y social— en que quedaba la viuda de un matrimonio fecundo pero inherited; sobre todo si —como debió ser frecuente— el patrimonio del marido consistía primordialmente en inmuebles aportados. Porque lo cierto es que la finalidad y función de la viudedad consistía en asegurar el fundamento patrimonial y atribuir a la viuda —o al viudo cuando devino recíproca— la competencia directiva capaz de mantener la autoridad familiar y el respecto de los hijos, así como el rango y consideración social del sobreviviente; o sea: que, en todos estos aspectos, su situación fuese idéntica a la ocupada en vida de su consorte (Actas de los primeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés).

Octavo: La traducción de estos principios en un sociedad urbana e industrial supone fundamentalmente (no exclusivamente) la defensa de los intereses del presunto y futuro viudo o viuda sobre los bienes consorciales o privativos del otro cónyuge (premoriente), evitando que la enajenación sin su anuencia (en los privativos) elimine o haga desaparecer tan importante potencialidad de disfrute. Es por ello por lo que en los bienes consorciales no se exige la renuncia expresa al

derecho expectante; precisamente porque la ley exige el consentimiento de ambos para que la enajenación sea válida (Art. 48 compilación foral) y estando ambos concordes, aunque nada se diga al respecto se «presume» que la enajenación o su consentimiento equivale a la renuncia a aquel derecho.

Noveno: Y ello es así porque, como reconoce toda la doctrina, la enajenación de un bien inmueble con tal «carga» o «gravamen» dificultaría hasta casi la imposibilidad su tráfico jurídico. Es decir, se facilita el tráfico mediante la «presunción» de renuncia, pues ambos cónyuges han consentido la venta y nada han dicho respecto a su derecho expectante.

Décimo: ¿Qué diferencia hay entre esta situación y la de los bienes privativos? Pues básicamente que ese derecho expectante podría ser mucho más fácilmente obviado al no requerirse en la enajenación del bien la presencia del cónyuge titular de aquel derecho (Art. 51 Compilación foral). Por ello no se regula la «presunción» de renuncia; para fortalecer la situación de esa institución foral frente al cónyuge propietario de los bienes privativos. Y, por esa misma razón para evitar el abuso del cónyuge no propietario hubo de redactarse el párrafo tercero del Art. 76 estudiado.

Undécimo: Ahora bien, las diferencias de trato jurídico (entre enajenación de bienes comunes y privativos) no deben de ir más allá de las diferencias de su teleología, máximo si tenemos en cuenta el principio de libertad jurídica a que es tan afecto nuestro Ordenamiento Foral y según el cual «restrictio nis restrictisinae interpretationis» («Odiosa sunt restringenda, favorabilia amplianda»).

Duodécimo: Ciertamente que no significa ello que la presencia de ambos cónyuges vendedores en el acto de perfección de la enajenación no supone «per se» —como en los bienes consorciales— la renuncia expresa. De ser así, lo hubiera explicitado el legislador en ese sentido. Mas, si que hay que ponderar todas las circunstancias de hecho en relación con la doctrina jurídica enunciada.

Decimotercero: Así, en primer lugar, estamos ante un contrato privado de compraventa de fecha 11 septiembre 1986, mediante el cual los ahora demandados venden a los actores lo que constituía su domicilio conyugal (ver encabezamiento del contrato) y departamentos sitos en el mismo bloque. Ante la negativa de los vendedores a la entrega de los inmuebles adquiridos, los compradores se ven compelidos a demandar a aquéllos judicialmente. Los vendedores se resisten a la entrega de los bienes y aducen —entre otras razones— que no se trataba de una compraventa. Al ver desestimada su oposición recurren en apelación, volviendo a perder su tesis ante el Tribunal de alzada y acudiendo así al Tribunal Supremo. Es allí, donde aparece alegada en primer lugar la falta de renuncia al derecho expectante de viudedad. Por lo tanto, desde 1986 a 1992 no aparece en la conciencia de los vendedores —al menos externamente— el citado derecho foral.

Obviamente, esto no es sino un dato más en el conjunto de lo sucedido.

Decimocuarto: Otro elemento a tener en cuenta es que los compradores eran vecinos de Pamplona y que del tenor del contrato se colige que precisaban el piso para vivienda y para una fecha concreta (cláusula de penalización).

Decimoquinto: Los vendedores han negado hasta la saciedad lo que era obvio: Se trataba de una compraventa. Vendían su domicilio conyugal y locales en el mismo edificio a otro matrimonio. Se hallaban presentes los cuatro en la firma del contrato, cuyo objeto era palmario. Si acudimos al tenor de los Arts. 1.281 y siguientes del C. Civil y los ponemos en relación con el Art. 3-1 del mismo texto legal, llegamos fácilmente a la conclusión de que nadie adquiere el piso que constituirá la vivienda de su familia con el gravamen de un usufructo vital; algo tan aleatorio como la vida de los vendedores. De ser así, es palmario que de algún modo se patentizaría en el contrato. ¿O es que el precio de los inmuebles iba a ser el mismo con carga que sin ella? Nadie ha intentado siquiera probar la reducción de precio —respecto al del mercado— por ese gravamen que constituiría el derecho expectante (S.T.S. 26

junio 1989). Es más, en el propio contrato, en su estipulación sexta se hace constar que «las propiedades se transmiten libres de cargas». ¿En qué están pensando los contratantes? ¿cuál es su real voluntad? Obviamente, en la venta de unos bienes sin limitación alguna. La intención —ex Art. 1.281 C.C.— de las partes es la venta sin sumisión a la carga, limitación o gravamen reipersecutorio que supone el derecho debatido. Éste es el «*Standum est chartae*» que contienen el contrato y que es ley para las partes, como se infiere de los Arts. 1.091, 1.255 C.C. y 3 de la Compilación foral.

Decimosexto: Pero aún más, en el caso que nos ocupa. Las razones de identidad entre la venta de bienes comunes con presunción de renuncia del Art. 76.2 de nuestro texto foral y la venta de bien privativo que constituye el domicilio familiar encuentra una analogía superior en grado a la genérica del Art. 4 del C. Civil. Existe una identidad (más que analogía) de tratamiento, regulado específicamente en el Art. 51 de nuestra Compilación foral. Basta con leer este precepto, el Art. 48-1 y a continuación el 76-2, para observar que no sólo la teleología de ellos, sino la dicción, el tenor literal es idéntico. Es decir, la presencia de ambos vendedores y su consentimiento mutuo a la venta del domicilio y locales anexos (no en sentido registral, sino físico) es razón suficiente para considerar y entender que ningún derecho expectante ha sido ni ha podido ser hurtado a ninguno de ambos cónyuges por razón de dichas enajenaciones. No han podido verse sorprendidos, puesto que —al igual que en los bienes consorciales— su presencia (o consentimiento) en la venta era requisito sine qua non de la eficacia de la misma.

Decimoséptimo: Por lo tanto, si ésa era la voluntad contractual y si tal es la analogía legal, la actitud obstativa de los demandados a entregar los bienes libres (tal y como se estipuló), amparándose en ese derecho expectante, casi seis años después de la firma del contrato (1986-1992: recurso de casación), constituye un ejercicio antisocial del mismo, puesto que va en contra de lo pactado, de lo querido por la ley y sobrepasa los límites éticos, teleológicos y sociales de

dicha institución, por lo que no puede verse amparada tal conducta por los tribunales, que han de impedir el ejercicio anormal de la misma, en aplicación del Art. 7 del C. Civil. Amén de la exégesis contractual efectuada ex Arts. 1.281 y siguientes del mismo cuerpo legal.

Decimoctavo: No sólo el principio del vencimiento, sino el de la temeridad (Art. 523 L.E.C.) llevará a la condena en costas de la primera instancia a los demandados. No haciendo especial pronunciamiento respecto a los de esta alzada (Art. 710 L.E.C.)

NÚM. 21

S. APZ de 21 de febrero de 1996.

661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL: MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL: Inoponibilidad a terceros: 662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO: CAPITULACIONES: Inoponibilidad a terceros:

Una parte de los descubiertos que el esposo de la tercerista tenía contra la Seguridad Social son anteriores al otorgamiento de los capítulos matrimoniales —por los que se sustituye el régimen de comunidad por el de separación de bienes—, consiguientemente y en aplicación del art. 1.317 Cc., el embargo no procede levantarse, al ser una traba consecuente a créditos no afectados por la capitulación. Y, a mayor abundamiento, por el hecho de que los capítulos esgrimidos por la tercerista no le son oponibles a los terceros de buena fe, al no estar inscritos en ningún Registro público.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 56 y 58 Comp.; arts. 1.317, 1.333, 1.396, 1.398, 1.399 y 1.404 Cc.; art. 12 Ccom.; y art. 77 LRC.

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

Doña Pilar Vidal Laporta, ante el JPI n.º 7 de Zaragoza, interpone incidente de tercera de dominio (n.º 56/93), contra la Tesorería General de la Seguridad Social, solicitando el levantamiento del embargo practicado sobre los

bienes de su exclusiva propiedad, al ser la deuda privativa de su marido.

El Juzgado, en sentencia de 10 de mayo de 1994, desestima la demanda. Los demandantes interponen recurso de apelación; solicitando la parte apelada la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

Formado el rollo de la apelación (n.º 4331/95), la sec. 5ª de la APZ estima el recurso de apelación y revoca la sentencia de instancia, manteniéndose, en consecuencia, el embargo practicado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida, y

Primero: Son dos los aspectos fundamentales que hay que tener en cuenta a la hora de conceder validez enervatoria del embargo a los capítulos matrimoniales de 6 de febrero de 1990. En primer lugar, si los créditos de la Seguridad Social son o no preferentes a dicho cambio de régimen económico matrimonial. Y, en segundo lugar, si aún siendo posteriores se verían afectados por unos capítulos no inscritos.

Segundo: Como bien estudia la sentencia recurrida, una parte de los créditos o descubiertos que el esposo de la tercera tenían con la Seguridad Social eran anteriores al 6 de febrero de 1990. Así, en el folio 33 de los autos del Juzgado se certifican descubiertos pertenecientes a los períodos de los años 1986, 1987, 1988 y 1989: El hecho de que las certificaciones de descubierto sean posteriores (folios 63 y siguientes de los autos) no empece a la exigibilidad de dichos créditos. Hay que tener en cuenta, en ese sentido, que dichos certificados de descubierto lo son con el «recargo de apremio», es decir, fuera del periodo voluntario de pago.

Tercero: Consiguientemente, y en aplicación del artículo 1.317 Código Civil (sancionado por múltiple jurisprudencia, por ejemplo, S.T.S. 24 julio 1991), el embargo no procede levantarse, al ser una traba consecuente a créditos no afectados por aquella capitulación.

Cuarto: A mayor abundamiento, el hecho de que las capitulaciones esgrimidas como título por la tercera no hayan accedido a ningún registro público, impli-

ca, también, según conocida jurisprudencia, que no le son oponibles a terceros de buena fe (S.T.S. 26 junio 1992), y ello en atención a los artículo 1.333 del Código Civil, 12 del Código de Comercio y 77 de la Ley del Registro Civil.

Quinto: Todo ello hace innecesario el estudio específico de la excepción de la Seguridad Social para impugnar el título de la tercera; excepción perfectamente válida —procesalmente hablando— sin necesidad de reconvenir, pues la tercera no tiene más objeto que el levantamiento del embargo (S.T.S. 29 octubre 1993). Simplemente apuntar que parece sintomático —sin entrar a valorar la situación afectivo —familiar— que el marido se quede al liquidar las consorciales con un coche y un camión, bienes que rápidamente se desvalorizan y la esposa se quedara con dos pisos, tres parkings y 2 trasteros; con los que ocurre todo lo contrario. En parecido sentido se expresa la S.T.S. 18 marzo 1995. Dicha resolución del Alto Tribunal desestima la tercera de dominio planteado por la esposa, porque —entre otras razones y citando su propia doctrina (S.T.S. 26 enero 1985)— «la sustitución de tal régimen (ganancial), constante matrimonio, por el de separación de bienes, exige se proceda a su liquidación, conforme el artículo 1.396 del Código Civil establece, previa formalización del activo y del pasivo de la sociedad, en cuyo, pasivo habrá de integrarse, a la luz del número 1 del artículo 1.398, el importe de las deudas pendientes a cargo de la sociedad, cuyo prioritario pago impone el artículo 1.399 del propio Cuerpo Legal, y una vez abonadas las deudas de la sociedad conyugal, se dividirá el remanente entre los cónyuges, adjudicándose por mitad, tal como establece el art. 1.404». No habiéndose operado así, se consideró la falta de la legitimación de la esposa para formular la demanda de tercera. En nuestro supuesto serán aplicables dichos preceptos y el art. 56 y 58 de la Compilación Foral que, en esencia, establece lo mismo.

Sexto: La desestimación del recurso comportará la condena en costas de la parte apelante (art. 710 L.E.C.).

Vistos los artículos citados y los demás preceptos legales de general y pertinente aplicación.

NÚM. 22

S. APZ de 10 de abril de 1996

6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL
LEGAL: ACTIVO: BIENES PRIVATIVOS: *No puede considerarse bien común el que es adquirido por la esposa en estado de soltera, aun cuando hubieran convivido en él ambos cónyuges «more uxorio» antes del matrimonio. BIENES COMUNES: Los saldos de cuentas corrientes, así como una plaza de garaje y un local han de ser considerados como bienes consorciales por haber sido adquiridos constante matrimonio, la misma condición presenta el ajuar doméstico. PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD: Sobre la naturaleza privativa o consorcial de una furgoneta, no procede aplicar la presunción de comunidad, cuando la misma no consta como titularidad, al menos, de alguno de los cónyuges. CONVIVENCIA «MORE UXORIO»: El piso adquirido por la demandada en estado de soltera abonó con los beneficios que ella y su cónyuge obtuvieron de la explotación de un negocio de bar. Por ello, aunque no puede existir una comunidad patrimonial conyugal, lo que existe sobre el piso en cuestión, al igual que sobre un vehículo adquirido de igual forma, es una comunidad ordinaria del art. 392 y ss*
Cc. 6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL
LEGAL: PASIVO: CARGAS DEL MATRIMONIO: *El actor, en relación con el negocio de bar que explotaban ambos cónyuges, declara que existe un crédito en su favor por la pérdida del negocio, y otro por la mitad de los beneficios obtenidos en ese período de tiempo. Aunque los frutos obtenidos por la explotación del negocio si pertenecían al patrimonio conyugal (art. 37.3º), hay que considerar también la afección de los mismos a las cargas de la comunidad o a las atenciones familiares de una y otra parte (art. 41), más que considerables en el caso de la demandada. Gastos de litigio de un cónyuge: La parte demandada en la primera instancia señala como incluidas en el pasivo de la comunidad una serie de facturas por gastos de representación y defensa por litigios mantenidos frente al actor. En aplicación del art. 1.318 Cc., se ha de tener en cuenta que estos gastos son de cuenta del caudal común cuando el litigante carezca de bienes propios suficientes, lo que no se da en el supuesto de autos dados los saldos a favor de la demandada y pro-*

piedades inmuebles de su exclusiva titularidad. 6635: RÉGIMEN MATRIMONIAL
LEGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: LIQUIDACIÓN ORDINARIA: *Reintegros y reembolsos: En relación con un terreno y la edificación construida sobre él, que fue adquirida por los hijos de la demandada, lo único que procede es tener en cuenta el valor del terreno y la edificación realizada sobre él, constante matrimonio y, por lo tanto, reconocer en favor del actor un crédito por la mitad de dicho valor con carga a la masa, ya que la esposa dispuso indebidamente en provecho de sus hijos de ese caudal común. Por lo tanto el acto debe ser reintegrado en dicho valor.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 34, 37, 40, 41; arts. 392, 393, 402, 1.214, 1.318, C.c.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Carlos Bermúdez Rodríguez.

D. Eugenio Duoso, ante el JPI n.º 6 de Zaragoza, interpone demanda en autos (316/94) de juicio declarativo de menor cuantía, contra doña Elía Pérez Espinosa, y los hijos de ésta, interesando la liquidación de la sociedad conyugal y otros extremos.

El juzgado, en sentencia de 12 de junio de 1995, estima en parte la demanda formulada.

La parte actora y la parte demandada formulan sendos recursos de apelación contra la sentencia de instancia.

Formado el rollo de la apelación, la sec. 4º de la APZ estima en parte los recursos de apelación formulados por ambas partes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primerº: El actor solicita en demanda la declaración de nulidad de la compraventa notarial del piso principal derecha de la casa n.º 19-21 de la calle López Pueyo de esta ciudad, vendido por el matrimonio formado por don Tomás Esteban Juberías y doña Elía Pérez Espinosa. El fundamento de esta petición se encuentra en el carácter consorcial que atribuye dicha parte al inmueble por lo que, según se dice, debe formar parte del activo de la sociedad conyugal en liquidación a través del presente proceso.

Puesto que no han sido llamados al proceso los vendedores antes nombrados

dos, la petición de nulidad de la venta es inviable. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1995, «para que pueda decretarse la nulidad de un contrato (por simulación o por cualquier otro vicio esencial) es requisito procesal ineludible la intervención en el proceso (como demandantes o demandados, respectivamente) de todos los que en dicho contrato intervinieron como partes contratantes o su causahabientes».

Con independencia de estas razones litisconsorciales, es igualmente evidente que, habiendo contraído matrimonio los litigantes el 17 de julio de 1986, el piso en cuestión comprado por la demandada antes de casarse, no puede ostentar la cualidad jurídica que se le confiere. A mayor abundamiento, son jurídicamente incompatibles la declaración de nulidad y la igualmente solicitada condición de consorcial (o de privativo del actor, como también se llega a pedir), porque de declararse tal nulidad, su efecto no podría ser otro que la recíproca restitución entre vendedores y compradora de vivienda y precio, con el resto de consecuencias derivadas del artículo 1.303 del Código Civil, nada de lo cual entra en las previsiones del propio demandante, según su escrito iniciador.

Segundo: La prueba practicada en los autos acredita que el actor don Eugenio Allué Duaso y la demandada doña Elía Pérez Espinosa, ambos divorciados de sus anteriores cónyuges, iniciaron en agosto de 1981 la explotación conjunta de un bar situado en la planta baja del número 9-21 de la calle López Pueyo de esta ciudad, cuyo local alquilaron su propietario. Existe en autos constancia escrita tanto del traspaso el negocio el 31 de julio de 1981 (folio 146), como del arrendamiento el local el 1 de agosto siguiente (folio 530), así como de la correspondiente alta fiscal (folio 530).

En 1984 ambos litigantes convivían «more uxorio» en el ya citado piso principal del mismo edificio, que había sido arrendado por a demandada el 18 de diciembre de dicho año, comprándolo posteriormente mediante escritura el 11 de diciembre de 1985, en la que consta como compradora la demandada si bien el abono del precio se realizó con los beneficios generados por el bar que

ambos atendían. Por consiguiente, más que una comunidad patrimonial conyugal, lo que existe sobre el piso en cuestión es una comunidad ordinaria del artículo 392 y ss. del Código Civil, en la que debe ratificarse la presunción legal de igualdad de cuotas del artículo 393, párrafo segundo, y respecto de la que la petición subsidiaria que se formula en demanda debe traducirse en el ejercicio de la «*actio communi dividundo*» que a todo comunero corresponde (art. 400), sin que exista obstáculo práctico para ella habida cuenta del cauce declarativo ordinario en que se ha desenvuelto la presente controversia. La división deberá practicarse en ejecución de sentencia y de conformidad con las disposiciones del art. 402 y ss.

En el sentido expuesto procede la revocación de la sentencia recurrida, la parcial acogida del recurso del demandante y la desestimación de la demanda.

Tercero: En relación con el terreno y edificación en el barrio de Peñaflor, la sentencia recurrida declara la inclusión en el activo consorcial de la mitad del valor del primero, actualizado respecto del que figura en la escritura de su adquisición de 7 de enero de 1988.

Puesto que el recurso del actor se dirige a la revocación de la sentencia en todos aquellos extremos en que se desestima la demanda y en ésta se solicitaba con carácter principal la declaración de nulidad de la comentada escritura, cabe comenzar aquí rechazando la posibilidad de tal declaración por razones en principio análogas a las antes expuestas, derivadas de la falta de convocatoria de los vendedores don Mariano Dieste Navarro y doña María Victoria Marcial Dieste. No se dan las razones de orden temporal también expresadas anteriormente en contra de la petición, puesto que la compra del terreno por los hijos habidos por la demandada de su anterior matrimonio, se realizó constantes las segundas nupcias. Pero, presentes en el contrato los presupuestos configuradores del artículo 1.261 del Código Civil, no existe vicio alguno en el mismo que lo invalide. Contra lo que se argumenta, la circunstancia —cierta, por lo demás al tenor de la prueba practicada de que el precio de la adquisición fuera aportado por la

demandada con dinero procedente del negocio del bar, no obsta a lo anterior ni determina la simulación que se arguye no existe negocio simulado). Otra cosa es que como consecuencia de ello sea necesario tener en cuenta el valor del terreno y el de la edificación realizada sobre él, constante el matrimonio, y por lo tanto un crédito del recurrente por la mitad de dicho valor con cargo a la masa, a que la esposa dispuso indebidamente en provecho de sus hijos de ese caudal común (art. 37.2º de la Compilación del Derecho Civil de Aragón).

Desde luego, ha de descartarse el recurso de la demandada, que aboga por la total independencia de terreno y edificación, porque, fuera de las lógicas manifestaciones de la interesada y sus hijos (invalidadas por las notorias contradicciones en que todos ellos incurren), no existe prueba de que se realizara obra después de la separación, o, mucho menos, con cargo a otro patrimonio que no fuera el compartido por los dos cónyuges.

Cuarto: En relación con el negocio-bar antes mencionado, se solicita en demanda la declaración de un crédito en favor del esposo por la pérdida del negocio que se imputa a la demandada y otro por la mitad de los beneficios obtenidos por la esposa durante el periodo en que, sobrevenida la separación de hecho de los cónyuges, aquélla lo no administrando hasta su cierre. Aunque la demanda no cuida siquiera concretar cronológicamente este lapso de tiempo, puede deducirse de la prueba que comprende un periodo aproximado de un año (febrero de 1990 a febrero de 1991).

No se especifica en demanda cuál puede ser la naturaleza de la primera responsabilidad —extracontractual o contractual (societaria o de otro tipo)— que se predica de la demandada y, habida cuenta de que el negocio se inició en 1981 (antes incluso de que los litigantes inciaran su convivencia extramatrimonial), el planteamiento del tema excede con mucho del ámbito del presente proceso. Tampoco se concretan los hechos imputables a aquélla y supuestamente generadores de tal responsabilidad. La petición, así formulada es claramente ininteligible.

Cosa distinta es la concerniente a la distribución de los beneficios del periodo

comprendido entre la marcha del actor del domicilio conyugal y el cierre del bar, porque sin perjuicio de no revestir éste carácter ganancial, tales frutos, de existir, sí pertenecerían al patrimonio conyugal (art. 37.3º de la Compilación). Pero también es de considerar su afección a las cargas de la comunidad o a las atenciones familiares de una y otra parte (art. 41); palpables estas últimas en el caso de la demandada. El auto de medidas provisionales dictado en proceso de separación por el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de esta ciudad el 24 de abril de 1990, confirió a la esposa la administración del bar y señaló en beneficio del marido una pensión mensual de 25.000 pesetas que ha venido percibiendo durante un tiempo no concretado. Fuerza de esta percepción, no se ha demostrado saldo alguno favorable a las tesis del actor, razón por la cual su pretensión ha de ser rechazada.

Quinto: El turismo Renault R-6, matrícula Z-5305-U, fue adquirido el 14 de marzo de 1985 y matriculado a nombre de la demandada. Su compra se verificó en las mismas condiciones que han quedado relatadas en el fundamento jurídico primero respecto del piso de la calle López Pueyo y su régimen jurídico es idéntico a éste. Con relación al mismo, el recurso del actor debe prosperar.

Está admitido por las declaraciones de los interesados que durante el matrimonio se adquirió una furgoneta marca Citroen, a la cual la sentencia apelada asigna carácter consorcial. Examinada la certificación remitida por la Jefatura Provincial de Tráfico (folio 324 bis) se advierte que existe error en demanda en cuanto a su identificación, ya que la matrícula aportada (Z-9077-AC) no coincide en cuanto a marca y modelo con aquel dato, a tenor de la certificación, ni el D.N.I de su primer titular —y transmitente posterior del vehículo— con el de ninguno de los hijos de la demandada, quien, según se afirmaba igualmente en demanda, había dispuesto de dinero común para realizar la compra en beneficio de su primogénito Ismael Paz Pérez. Las deficiencias probatorias, que alcanzan además a extremos básicos como las fechas de compra venta de la furgoneta, son de tal entidad que impiden dar por sentada la realidad de ese carácter común, sin que sea aquí de observar la presunción del art. 40.1 de la Compilación porque,

según se dice, el vehículo nunca fue de la titularidad de los litigantes. Debe darse acogida, por tanto, al recurso de la demandada en este extremo.

Sexto: El resto de los créditos cuya declaración se pretende demanda debe ser rechazado, con fundamento en el art. 1.214 del Código Civil, por falta de prueba de sus respectivos elementos configuradores, desestimándose en tal sentido el recurso del actor y dándose acogida, a lo que resulte de la parcial estimación de las pretensiones del primero a la sentencia apelada, al de la demandada.

Así, con relación a la plaza de garaje y trastero del n.º 22 de la calle Nicasio Mariscal, cuyo carácter ganancial es admitido por las partes, aludía el actor a un arriendo que no ha quedado en modo alguno acreditado, correspondiendo su uso por la demandada a las legítimas facultades de cualquier copropietario sobre sus propios bienes. No se ha probado el abono por aquél de cantidad alguna a Hacienda que justifique un crédito por su parte frente a la masa, ni es dable diferir al período de ejecución de sentencia lo que debió acreditarse en esta fase declarativa. Otro tanto cabe afirmar de las supuestas aportaciones de dinero privativo a la sociedad conyugal o de los saldos de cuentas corrientes o depósitos bancarios cuya realidad no se haya acreditado en esa fase del proceso. Así resultará ganancial el saldo que a fecha de la separación de los litigantes (1 de febrero de 1990) presentara la cuenta corriente núm. 1.382-4 del Banco Central Hispano Americano (Avda. de América n.º 67), abierta por la demandada durante el matrimonio. Pero no ocurrirá lo propio con respecto a otras titularidades en la Caja de Ahorros de la Inmaculada, respecto de las cuales o no se ha justificado su anterioridad a esa separación (libreta ordinaria n.º 75410-41) o consta ya explícitamente que su apertura fue posterior a tal momento (imposición a plazo núm. 3053-81, abierta el 9 de mayo de 1994).

También es ganancial el ajuar doméstico que se describe en el hecho 5º.5 de la demanda, a tenor de la prueba practicada.

Séptimo: Declara también la sentencia recurrida como integrantes del pasivo de la comunidad una serie de facturas aportadas por la parte demandada al contestar la demanda y que suponen gas-

tos de representación y defensa de la citada en anteriores litigios con el actor.

Si conforme al art. 1.318, párrafo tercero, del Código Civil, son a cargo del caudal común los gastos necesarios causados en litigios de un cónyuge contra el otro cuando el litigante carezca de bienes propios suficientes, en el supuesto enjuiciado no se da la situación. Basta considerar a estos efectos la imposición a plazo antes mencionada (que alcanza las 2.500.000 pesetas) o la titularidad de inmuebles en la localidad de Novallas y las donaciones de procedencia familiar iban insistenteamente alegadas a lo largo del juicio.

Por consiguiente, la petición no es de recibo y debe revocarse también en este punto la sentencia, estimándose en tal sentido el recurso del demandante.

Octavo: Ante el signo de la presente resolución, parcialmente estimatorio de la demanda y de los recursos interpuestos contra la sentencia apelada, no es de hacer especial pronunciamiento condenatorio sobre las costas de ambas instancias (artículos 523, párrafo primero, y 710 párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

En atención a lo expuesto.

NÚM. 23

S. APZ de 29 de mayo de 1996.

76: SUCESIÓN INTESTADA: SUCESIÓN TRONCAL: DECLARACIÓN DE HEREDEROS ABINTESTATO: SUSTITUCIÓN LEGAL. *Concurre a la herencia con sobrinos de la causante un sobrino-nieto (que heredaría de acuerdo con el art. 132 Comp., pero no según el 925 Cc.) que no ha sido demandado. Algunos bienes son troncales. Falta de litisconsorcio pasivo necesario. Nulidad de actuaciones.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 132 Comp.; arts. 925 y 946 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. José Esteban Rodríguez Pesquera.

Demandada de participación por una sobrina coheredera contra sus hermanos y primos, únicos declarados herederos abintestato, omitiendo a un sobrino-nieto de la causante, cuyo padre

(primo de la demandante) había fallecido con anterioridad. En la instancia se desestimó (PJL Daroca, núm. 104/92, S. 17 marzo 1994), acogido la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia (rollo núm. 283/94) entiende bien acogida la excepción, pero no confirma, sino que declara nulidad de actuaciones desde cierto momento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada, en cuanto no contradigan la parte dispositiva de la presente resolución, y

Primerº: Frente a la sentencia que, estimando la excepción de falta de litisconsorcio necesario, absolió en la instancia a todos los demandados sin entrar a conocer del fondo pleito, la actora, doña Ramona Clavería Lechón, interpuso recurso de apelación interesando la revocación de la sentencia impugnada y que en su lugar se dicte otra por la que se estime totalmente la demanda; como motivo del recurso se alega que fue indebidamente apreciada la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, por cuanto al no existir bienes troncales en el caudal hereditario de la causante doña Felipa Lechón Prieto, no entra en juego el art. 132 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón y, por tanto, en el procedimiento, en que se ejercita acción exigiendo la partición de la herencia de dicha causante, no era necesario demandar a doña María Cortés Gracia, hija de un sobrino carnal de la causante, siendo lo adecuado que sólo se dirigiera el procedimiento, como se hizo en la demanda, contra los sobrinos de la causante, únicas personas que podían tener interés en la partición de la herencia y resultar afectados por ella, a tenor de los art. 925 y 946 del Código Civil, y dándose también la circunstancia de que son las únicas personas que, además de la actora, fueron declarados herederos universales «ab intestato» de la causante, por auto que el Juzgado de primera Instancia de Daroca dictó en fecha de 27 de noviembre de 1990.

Segundoº: Pero el recurso debe ser desestimado ya que, como diremos más adelante, está acreditado que en el caudal relictio de la causante doña Felisa

Lechón Prieto, existían bienes troncales, recibidos de su difunta madre doña Narcisa Prieto Martín, y por tanto puede tener interés en la partición de esa herencia, conforme a las normas que rigen la sucesión intestada en Aragón y por tratarse de un parente colateral de la causante dentro del cuarto grado, doña María Cortés García, quien debió ser demandada por cuanto podía afectarle la sentencia que en su día se dictara en el procedimiento, y cuya falta de llamada a juicio da lugar, según constante Jurisprudencia, a la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, cuya excepción, alegada al contestar a la demanda por el demandado don Martín Cortés Lechón, fue debidamente acogida por el Juez «a quo», por lo que, en principio, es correcta la sentencia impugnada, absolutoria de los demandados en la instancia y sin conocer sobre el fondo del asunto.

Terceroº: Conviene recordar determinados hechos que han quedado acreditados por la prueba obrante en autos y que son los siguientes: 1º La causante de la herencia cuya partición insta la actora, lo es doña Felipa Lechón Prieto que falleció en estado de soltera, sin descendencia y sin otorgar testamento, el día 6 de marzo de 1990 en la localidad de Balconchán (Zaragoza) de la que también era natural; 2º Que la muerte de la causante fue precedida por las de sus padres don Clemente Lechón Martín y doña Narcisa Prieto Martín, de cuyo matrimonio nacieron, además de la causante, otras dos hijas llamadas doña Rufina y doña Eugenia Lechón Prieto, las cuales fallecieron con anterioridad a la causante; 3º Que a la muerte de la causante, vivían tres sobrinos carnales suyos, hijos de doña Rufina y llamados doña Valera, don Martín y don Julián Cortés Lechón, así como otros cuatro sobrinos, también carnales, hijos de doña Eugenia y llamados don Eduardo, doña Ramona, don Pablo y doña Teodomira Clavería Lechón, pero habiendo ya fallecido, antes que la causante, otro sobrino carnal, hijo también de su hermana doña Rufina y llamado Francisco Cortés Lechón, pero habiendo ya fallecido, antes que la causante, otro sobrino carnal, hijo también de su hermana doña Rufina y llamado Francisco Cortés Lechón; 4º Que todos los citados sobri-

nos que vivían al tiempo de la muerte de la causante, fueron declarados herederos universales «ab intestato» de la misma por auto que con fecha 27 de noviembre de 1990 dictó el Juzgado de Primera Instancia de Daroca; 5º) Que cuando falleció, como se ha dicho antes que la causante, su sobrino Francisco Cortés Lechón, éste era de estado casado y que de su matrimonio le sobrevivió, y vive en la actualidad, una hija llamada doña María Cortés García y que resulta ser sobrina-nieta de la causante; 6º) Que la citada doña María Cortés García no aparece en la relación de los herederos «ab intestato» de la causante judicialmente declarados, por la simple razón de que el pariente que promovió el oportuno expediente para obtener la declaración, omitió citar su existencia; y 7º) Que según la demanda, entre los bienes que se deben declarar constitutivos del caudal relicto de la herencia de doña Felisa Lechón Prieto, existen determinados inmuebles que la citada causante había recibido por herencia de sus padres.

Cuarto: Como consecuencia de los hechos perfectamente acreditados y a los que antes nos hemos referido, como quiera que la causante murió sin descendencia, que a su muerte tenía la vecindad aragonesa como se infiere de que su nacimiento y óbito tuvieron lugar en Aragón y nadie haya alegado la pérdida de esa vecindad, como quiera que en su caudal relicto existen bienes inmuebles adquiridos de sus padres, es evidente que en la herencia de la causante existían determinados bienes troncales en los que, por aplicación del art. 132 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, y por su condición de pariente colateral de la causante, dentro del cuarto grado, podría sucederle su sobrina-nieta, la citada doña María Cortés García. Al no ser demandada la últimamente mencionada y poder afectarle, sin embargo, la sentencia firme que se dicte en el procedimiento del que dimana el presente recurso, se dan los requisitos que la jurisprudencia exige para apreciar la concurrencia de la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y como dicha excepción ha sido acogida en la sentencia impugnada, procede desestimar el recurso interpuesto en cuanto la men-

da excepción veda el dar lugar a la demanda.

Quinto: Sin embargo, pese a desestimarse el recurso y estar, en principio, bien acogida la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, no puede confirmarse la sentencia impugnada. No debemos olvidar que la Jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional entiende que es defecto subsanable la falta de llamada a juicio de alguien que debió ser demandado; tampoco podemos olvidar que conforme a la Jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo, así la sentencia de fecha 15 de abril de 1992, la comparecencia que en los juzgados de menor cuantía ordena celebrar el art. 691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tiene una función saneadora que permite modificar situaciones subsanables. Por ello, la consecuencia de la desestimación de la demanda no debe ser la normal de confirmar la resolución impugnada y dado que en la comparecencia celebrada en fecha 11 de mayo de 1993 no se dio por el Juez de Primera Instancia la oportunidad de que la actora dirigiera también su demanda contra doña María Cortés García, cuya falta de llamamiento ya había sido alegada, como excepción, por uno de los demandados al tiempo de contestar la demanda, debe dársele esa oportunidad pues, como hemos dicho, se trata de un defecto subsanable, por lo que procede revocar la sentencia impugnada y declarar la nulidad de actuaciones desde el momento inmediatamente anterior a la comparecencia de fecha 11 de mayo de 1993, retrotrayendo los autos a dicho momento procesal, a cuyo efecto se remitirá al Juzgado de procedencia que los deberá continuar hasta dictar sentencia resolviendo el fondo del asunto.

Sexto: Como ya se ha expuesto, en el caso que nos ocupa, la desestimación del recurso no implica la confirmación de la sentencia impugnada; por el contrario la decisión del recurso comporta la declaración de nulidad de actuaciones al objeto de subsanar determinado defecto procesal. Ello da lugar a la estimación de concurrencia de circunstancias excepcionales que, de acuerdo con el art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hacen improcedente un expreso pronunciamiento sobre las costas de la presente alzada.

24

NÚM. 24

S. APZ de 5 de junio de 1996.

84: SERVIDUMBRE: DE PASO: *Adquisición. Extinción. Se estima la demanda, negatoria del servidumbre de paso. Se habría extinguido por no uso (art. 546.2º Cc.). A mayor abundamiento, siendo servidumbre discontinua sólo mediante título podría haberse adquirido (art. 539 Cc.), «ya que la usucapión de los arts. 147 y 148 Comp. exige diez años de uso, lo que no se produce».*

DISPOSICIONES CITADAS: *Arts. 147 y 148 Comp.; arts 539 y 546.2º Cc.*

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

El juicio de menor cuantía se siguió ante el JPI Zaragoza, núm. 11 (263/95), que estimo la demanda. Apela la demandada y la Audiencia confirma (rollo 675/95).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan lo de la sentencia recurrida, y

Primero: Para examinar adecuadamente el recurso que nos ocupa, existen dos principios consagrados jurisprudencialmente y a los que es preciso acudir. El primero de ellos, afirma que los documentos administrativos no constituyen prueba de la adquisición ni de la propiedad ni de los demás derechos reales (S.T.S. 20 de febrero de 1996). El segundo consagra que «el principio de legitimación registral que aparece formulado en el art. 38 L.H. supone una verdad con el valor de la presunción *iuris tantum*, pues si se demuestra una realidad extrarregistral distinta, ésa deberá prevalecer y, en consecuencia, la salvaguardia de los asientos registrales que están bajo la custodia de los Tribunales, deberá readjustarse, adecuadamente, a la convicción emanada de su decisionismo». (S.T.S. 22 de febrero de 1996).

Segundo: En su consecuencia, de la prueba practicada no se colige con carácter unitario la existencia de un camino de herederos, en cuanto que camino de servicio adscrito a las fincas colindantes. En ningún momento se ha probado por la parte demandada que el camino litigioso fuese usado por nadie más que

demandante y previamente por sus familiares. Sólo puede admitirse acreditado el uso esporádico y por breve período de tiempo de la citada vía para la carga y descarga de material agrícola (alfalfa y mazorcas de maíz) para el molino de pienso del padre de la ahora demandada.

Tercero: La titularidad de la superficie del camino en cuestión parece corroborada por la actual expropiatoria que únicamente ha afectado a la demandante.

Cuarto: Consiguentemente, lo único que podría aducir la demandada es la existencia de una servidumbre de paso. Sin embargo es clara la constancia del no uso del camino para la finalidad aducida por doña Teresa Hernández. El certificado del Ayuntamiento de Alagón, obrante al folio 145 de los autos es claro. La actividad como «Molino de Pienso» duró entre los años 1959 y 1965-1966. Despues de aquella fecha ningún uso se le ha dado a ese camino o paso por parte de la demandada. El art. 546.2º del Código Civil es palmario en tal sentido.

Quinto: A mayor abundamiento y al tratarse de una servidumbre discontinua únicamente un título, no aducido, le hubiese permitido su nacimiento (arts. 539 C.c.), ya que la usucapión de los art. 147 y 148 de la Compilación foral aragonesa exige diez años de uso, lo que no se produce entre 1959 y 1996.

Sexto: La desestimación del recurso comportará la condena en costas de la parte apelante (art. 710 L.E.C.)

NÚM. 25

S. APZ de 8 de julio de 1996.

5: FUENTES: CÓDIGO CIVIL: Parte General. 83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Derecho del vecino a edificar o construir. MALA FE Y ABUSO DE DERECHO: El derecho concedido por el art. 144 solo ampara el levantar verdaderas edificaciones o construcciones que tengan una real utilidad para él, y no ampara el levantamiento de tabiques, o simples paredes, que sin ninguna utilidad para el que los levante, sólo persigan la finalidad, abusiva y contraria al art. 7º Cc., de privar de luces y vistas a quien abrió huecos en pared propia o medianera.

25

**DISPOSICIONES CITADAS: Art. 144
Comp. y art. 6º y 7º Cc.**

**PONENTE: Ilmo. Sr. D. José Esteban
Rodríguez Pesquera.**

Se confirma, tras ser apelada por los demandados, la sentencia de primera instancia (JPI La Almunia de Doña Godina, núm. 295/1995), que estimaba íntegramente la demanda y condenaba a la demolición de la totalidad de la obra que impide a los actores el ejercicio normal de su derecho de luces y vistas (rollo de apelación 173/1996).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada, y

Primero: Frente a sentencia que estimó íntegramente la demanda deducida por los hermanos Dª Pilar y D. Ángel Marín Marín, los demandados D. Ruperto Gran Marquina y Dª Victoria Joven Franco interpusieron recurso de apelación con el que pretenden se revoque la sentencia impugnada y, en su lugar, se dicte otra desestimando la demanda y absolviéndoles de las pretensiones que en su contra se formularon; como motivos del recurso se alegan: 1º) Que las obras cuya demolición pretenden los actores han sido realizadas por los demandados al objeto de satisfacer necesidades de la finca de la que son propietarios, así la de edificar en la propia finca que, sin límite de distancias respecto del fundo vecino, permite el artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, y la de defender su finca de la calidad de objetos procedentes del predio de los actores; y 2º) Que la mayor parte de las obras cuya demolición se pretende fueron realizadas hace más de diecisésis años, por lo que habiéndolas soportado los actores durante tan dilatado tiempo constituye un abuso de derecho al instar ahora su demolición.

Segundo: El primer motivo del recurso debe ser desestimado. Al ser regulada esta materia, huecos para luces y vistas, de forma distinta en la legislación común que en la de la región foral aragonesa, es evidente, como señala la sentencia que con fecha 1 de julio de 1979 dictó la

Audiencia Territorial de Zaragoza, que se hallan en pugna dos principios contrapuestos, cuales son el de servirse hasta el máximo de los bienes propios y el de no perjudicar el derecho del vecino, por lo que, tratando de armonizar ambos principios el artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, precepto integrado en el Título Primero, del Libro Tercero de ese Texto Legal, que se refiere a «las relaciones de vecindad» y no en el Título Segundo del mismo Libro relativo a las «servidumbres», permite la apertura de huecos en pared propia con vistas sobre el suelo ajeno, mientras no perjudique el derecho a edificar en el predio vecino, pero como advierte la referida sentencia, el derecho que al propietario del fundo vecino concede el último párrafo del artículo 144 de la Compilación Foral, sólo ampara el levantar verdaderas edificaciones o construcciones que tengan una real utilidad para él, y no ampara el levantamiento de tabiques, o simples paredes, que sin ninguna utilidad para quien los levante, sólo persigan la finalidad, abusiva y contraria al artículo 7º del Código Civil, de privar de luces y vistas a quien abrió huecos en pared propia o medianera. Como acreditó la prueba pericial practicada en las actuaciones, esto es lo que sucede en el pleito de que dimana el presente recurso, tanto en la pared levantada por los demandados en 1981, o antes, como las que han contraido recientemente que, como informa el perito judicial, hasta cierta altura puede haberse hecho con la finalidad de evitar que las piedras existentes sobre el tejado de uno de los edificios de los actores, cayeron en la finca de los demandados, pero al sobrepasar en mucho la altura que para esa necesidad era estrictamente precisa, ya la finalidad de esa pared actual es la de privar de vistas a una ventana de una de las edificaciones de los actores.

Tercero: Igual suerte desestimatoria debe correr el segundo motivo del recurso. Si como hemos dicho las actuaciones de los demandados entrañan un abusivo y antisocial ejercicio de su derecho, la acción para pedir la adopción de medidas judiciales, en este caso la demolición de las paredes levantadas por los demandados, que impidan la persistencia en el abuso, no queda sujeta a plazo alguno de

prescripción, ni cabe presumir una autorización tácita por cuanto los actores hayan demorado durante bastante tiempo el ejercicio de su acción. Ello es consecuencia de la que disponen los artículos 6º y 7º del Código Civil en cuanto a la nulidad de pleno derecho de esa clase de actos abusivos y antisociales.

Cuarto: Por todas las razones expuestas, procede confirmar la sentencia impugnada, así como condenar a los apelantes al pago de las costas ocasionadas en la presente alzada, tal como establece el artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

NÚM. 26

S. APZ de 15 de julio de 1996.

5: FUENTES: CÓDIGO CIVIL: Derechos reales. 83: LUCES Y VISTAS: Régimen normal: Actos meramente tolerados. 83: LUCES Y VISTAS: Servidumbre: Apli-cación del art. 541 Cc. 10: DERECHO TRANSITORIO: Luces y vistas. Sólo son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, a los efectos del artículo 541 Cc., los considerados en el art. 145 Comp. Se apli-ca el art. 144 Comp. aun respecto de huecos abiertos antes de 1967 (Disp. trans. 9ª Comp.). Se declara la existencia de servi-dumbre voluntaria de desagüe de acuerdo con el art. 541 Cc.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 144 y 145 y Disp. trans. 9ª Comp.; art. 543 Cc.

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

Ante el Juzgado de Primera Instancia de Ejea de los Caballeros se sigue juicio de cognición con el número 31 de 1996, rollo núm. 415 de 1996, en virtud de demanda interpuesta por D. Francisco Cuartero Vicente contra D. Luis Leza Leza, pidiendo se declare la inexistencia de servidumbre de luces y vistas a favor del inmueble de propiedad de éste.

El Juzgado declara la inexistencia de servi-dumbre de luces y vistas, por lo que condena a colocar reja y red en los huecos de la propiedad del demandado, a la vez que admite la reconvenCIÓN declarando la exis-tencia de servidumbre de desagüe a favor del

demandado. Recurren ambos y la Audiencia confirma.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La sentencia de instancia que declara la inexistencia de una servidumbre de luces y vistas en favor del inmueble del demandado a quien condena a cubrir el hueco existente en la pared con reja y red y que declara la existencia de una servidumbre de desagüe sobre el inmueble del actor reconvenido es objeto de oposición a través de los recursos de apelación interpuestos por ambas partes (artículo 733 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en el sentido por parte del demandado reconviniente de que se declare la existencia de la servidumbre de luces y vistas primero al no ser aplicable, dada la antigüedad del hueco en pared propia, la vigente compilación y en todo caso en virtud de lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil en relación al artículo 145 de la actual Compilación se ha constituido la servidumbre denegada por el Juzgado, por otro lado no existe precepto legal que obligase a la colocación de red y reja, por lo que no procede la condena impuesta al demandado reconviniente.

El recurso interpuesto por el actor reconvenido incide en el reconocimiento de la existencia de servidumbre de desagüe en favor del demandado, que no debe aceptarse dada la falta de finalidad esencial de la misma a parte de que en todo caso al amparo de lo dispuesto en los artículos 587 y 588 del Código Civil habría que hacerla menos gravosa debiéndose acceder a la petición subsidiaria de canalización de las aguas hacia el registro de salida, por ello la Sentencia en su versión incurre en incongruencia.

Segundo: Tiene declarado esta Sala (Sentencia de 9 de julio de 1994) que serán signos aparentes de servidumbres de luces y vistas a los efectos del artículo 541 del Código Civil, aquéllos que determine la Compilación, por lo tanto sólo son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas los especificados en el artículo 145 de la Compilación y en consecuencia no lo son los huecos para ventanas sin protección como los de autos, a parte de que los mismos no se

constata su existencia desde la constitución originaria de la casa, todo ello en concordancia con el principio tradicional inspirador del Derecho Aragonés ya recogido en la observancia «De aqua pluviali arcenda», por otro lado es indudable la aplicación de la Compilación de 8 de abril de 1967 al supuesto de autos en virtud de la Disposición Transitoria Novena (las disposiciones relativas a apertura de huecos en pared propia o medianera serán también aplicables a los ya construidos al tiempo en entrar en vigor la Compilación), por todo ello decae el primer recurso en su doble vertiente pues es obvia la facultad del actor de obligar al demandado a colocar red y reja metálica conforme contempla el artículo 144 de la Compilación y que igualmente disponía el apéndice de 1925 (artículo 15) siendo imprescriptible dicha facultad al tratarse de un acto meramente tolerado derivado del incumplimiento del régimen ordinario de la propiedad y de las buenas relaciones de vecindad.

Tercero: Parte la propia demanda y así lo confirma el Juzgado de la existencia de una servidumbre anterior voluntaria de desagüe (artículo 541 del Código Civil) por lo que no procede la declaración de su inexistencia por el exclusivo dato de la realización de la obra por el demandado en su tejado, no siendo de aplicación, es obvio lo dispuesto en los artículos 586, 587 y 588 del Código Civil al tratarse una servidumbre voluntaria no legal, sin perjuicio de que si la obra realizada por el demandado pueda suponer una agravación en perjuicio del predio sirviente puede ejercitarse las acciones que estime pertinentes (artículos 543 del Código Civil y siguientes) cuestión que no ha sido debatida en autos por mucho empeño que el apelante, intente en acreditar una inexistente obligación legal en el demandado de extinguir su derecho de desagüe o hacerlo menos gravoso que los artículos 586, 587 y 588 del Código Civil, en modo alguno proclaman, por todo ello igualmente procede la desestimación del recurso del actor reconvenido.

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

NÚM. 27

S. APZ de 16 de septiembre de 1996.

681: EL DERECHO DE VIUDEDAD: LIMITACIONES. 75: LEGÍTIMAS: LESIÓN DE LA LEGITIMA: Usufructo vitalicio. Se declara la nulidad de cláusula testamentaria en que el testador «lega a su esposa el usufructo universal de su herencia, con cargo al tercio de libre disposición», tratándose de bínubo con descendencia conocida con anterioridad. El art. 73 Comp. tiene carácter imperativo y persigue asegurar a los descendientes anteriores a las segundas nupcias la plena propiedad de la mitad del caudal relictico, interpretación más acorde con el art. 125 Comp., que no permite gravámenes sobre la legítima a favor del cónyuge.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 73 y 125 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

Es demandada la segunda mujer del testador por los descendientes de éste. El JPI núm. 4 de Zaragoza estima en lo sustancial la demanda (S. 7 noviembre 1995, autos menor cuantía 95/95), que es apelada por la demanda. La Audiencia (rollo de apelación 44 de 1996) confirma, aunque con otra argumentación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En la demanda que da origen al presente litigio, los actores interesarón la declaración de nulidad de la cláusula segunda del testamento de 23 de enero de 1985, otorgado por su abuelo, Don José María Mata Torrente, quien contrajo matrimonio en segundas nupcias, bajo el régimen pactado de separación absoluta de bienes, con la demandada, Doña Irene, en estado viudedad de su primera esposa, Doña Clara de Antonio Poyuelo, la única con la que tuvo descendencia, por suponer un gravamen de la legítima prohibido por el artículo 125 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, y sobrepasar el límite que para la viudedad establece el artículo 73 de dicha Compilación para el caso de causante bínubo con descendencia anterior conocida.

En dicha cláusula se establece que el testador «Lega a su esposa D^a Irene, el usufructo universal de su herencia, con

cargo al tercio de libre disposición, revelándola de las obligaciones de formalizar inventario y prestar fianza».

Subsidiariamente a tal pedimento, se interesa que dicho usufructo quede reducido al tercio de libre disposición en virtud de lo establecido en los artículos 819 y 820 Cc. También con carácter principal se interesaba la declaración de que los bienes descritos en la demanda formaban parte del caudal relictio, como privativos del causante.

La demanda, no niega expresamente el carácter privativo de tales bienes, aún cuando alega en sentido contrario a la misma una situación de confusión de los patrimonios de ambos cónyuges, pero se opone a la invalidez del legado.

La sentencia que puso término a la primera instancia estima parcialmente la demanda y declara la ineficacia de la discutida cláusula testamentaria, con lo que los derechos usufructuarios de la demandada se reducen a la mitad del causal relictio, y, si bien con ciertas matizaciones, que los bienes a que la demanda se contrae forman parte del haber hereditario.

Contra dicha sentencia se alza la demandada mediante el recurso de apelación del que conocemos.

Segundo: Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones planteadas, la pertenencia de los bienes al patrimonio privativo del causante, es de señalar, en primer término que, como ya se dijo, la demandada no hace una oposición frontal a las aseveraciones de los actores en la contestación a la demanda, y que en el mismo sentido se pronuncia en su escrito resumen de pruebas, alegando exclusivamente la existencia de una confusión de patrimonios con base a una escritura de apoderamiento general recíproca otorgada por ambos cónyuges poco después de su matrimonio el día 13 de septiembre de 1985.

Pues bien, tal alegato fue adecuadamente rechazado en la sentencia de primer grado. De la escritura de manifestación, aceptación liquidación de la herencia de la primera esposa de D. José María se desprende que éste disponía en aquel tiempo de un importante patrimonio gestado durante su anterior unión, de cuya administración se ocupaba él personalmente,

según se desprende de la confesión judicial de la demandada. Por el contrario, ningún dato existe en los autos que ratifique la aseveración de Dña Irene de que también ella disponía de un patrimonio que habría sido unido al del causante ni que se dedicara a la explotación de un negocio cuyos rendimientos se unieran a los obtenidos por su marido, por lo que debe concluirse que los bienes existentes al tiempo del fallecimiento del causante son consecuencia de la gestión de aquél patrimonio, aun cuando alguno de ellos figure registralmente a nombre de la demandada, pues ésta al contestar posiciones afirma que parte de los bienes adquiridos por el marido habían sido puestos por éste a su nombre.

Tercero: Es en la validez o invalidez de la cláusula testamentaria impugnada donde la apelante muestra su verdadera discrepancia, tanto con los actores como con la sentencia impugnada.

En dicha cláusula, más arriba transcrita, se establece el legado de usufructo que si no se discute en su viabilidad jurídica, si se cuestiona que el mismo pueda alcanzar a la totalidad de los bienes que forman el caudal hereditario, dado el contenido de los artículos 73, 119 y 125 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón.

En el primero de ellos, cuyo carácter imperativo es punto de común encuentro en doctrina y jurisprudencia (STSJ de Aragón de 11 de julio de 1994, RJA 6911), se dispone que «En el supuesto de matrimonio de persona que tuviera descendencia conocida con anterioridad, el derecho de viudedad a favor del otro cónyuge no podrá extenderse a bienes, porción o cuota de ellos, cuyo valor excede de la mitad del causal hereditario».

En su interpretación los autores acogen dos posiciones; para unos, dicho precepto no impide que el testador pueda otorgar el usufructo universal a su segundo esposo con cargo al tercio de libre disposición, cuando el valor del usufructo que excede de la mitad que por ley le corresponde no supere el de aquel tercio, atendida la edad del usufructuario.

Un segundo criterio excluye tal posibilidad, pues entiende que dicho precepto persigue asegurar a los descendientes anteriores a las segundas nupcias la plena propiedad de la mitad del causal relictio, afirmando que la única forma de obtener

aquel usufructo universal sería la modificación del artículo 125.1 de la Compilación y que el testador pudiera establecer gravámenes sobre la legítima no sólo en beneficio de otros descendientes sino también del cónyuge, punto este sobre el que volveremos más adelante.

Cuarto: La sentencia de primer grado parece partir del primero de los criterios, pues la ratio decidendi de la declaración de ineficacia que contiene no es otra que la «falta de inconcreción que supone el usufructo de la otra mitad respecto a su incardinación cuantitativa en el tercio de libre disposición» (fundamentos jurídicos 10 y 11), de la que deriva la finalidad del testador de eludir la aplicación del precepto comentado.

El argumento no puede ser compartido. Si, como parece, se parte de que puede ordenarse un legado de usufructo de la mitad de los bienes no sujetos a la viudedad legal con cargo al tercio de libre disposición, la carga de probar que aquél no «cabe» en este tercio por ser su valor superior, ha de corresponder a quien pretende la ineficacia de la disposición testamentaria, en tanto que es hecho constitutivo de su pretensión (artículo 1.214 Cc.) y tal prueba ni siquiera ha intentado.

Quinto: No obstante lo anterior, la sentencia ha de ser confirmada.

De las dos interpretaciones mencionadas, esta Sala ha de adherirse a la segunda de ellas, pues parece más acorde tanto con el tenor literal del artículo 73 como con lo preceptuado en el artículo 125 de la Compilación.

Para permitir la primera de las soluciones es preciso atender no al valor de los bienes objeto de usufructo, sino al del usufructo en sí —para cuya determinación, en principio parece oportuno acudir al criterio establecido en el artículo 41.2 del R.D. 828/1995 de 29 de mayo, sobre el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados—, para luego contrastar si dicho valor supera o no el de la tercera parte de la herencia. Sin embargo, del tenor literal del Artículo 73 se desprende que el elemento sobre el que gravita el precepto es el valor de los bienes, pues según el mismo la viudedad «no podrá extenderse a bienes, porción o cuota de

ellos, cuyo valor exceda de la mitad del caudal hereditario», no al del usufructo, de suerte y manera que la mitad de ellos ha de quedar libre.

Por otro lado, del artículo 125, se desprende que la legítima (2/3 de la herencia, conforme al artículo 119) no puede resultar gravada por el testador mediante un legado en beneficio de quien no sea uno de sus descendientes —en este sentido compartimos el criterio del juzgador de primer grado y en contra de lo que parece deducirse de la STSJ de 11 de julio de 1994—, pues el nº 1 así lo exige expresamente y no pueden servir de cobertura para el legado de usufructo litigioso, establecido en favor del segundo cónyuge, ni el art. 125.3, pues el usufructo no puede ser comprendido dentro del concepto de «prohibiciones de enajenar y otras limitaciones establecidas con justa causa», ni el 124.4º, que sí ampara la existencia de derecho de viudedad sobre 1/6 de la legítima en el caso de estos, pero no al legado de usufructo, que es una disposición voluntaria del testador y no una previsión legal de la Compilación, de ahí que como ya apuntábamos más arriba, la doctrina estime necesaria la reforma del artículo 125.1 de la Compilación, para dar entrada a los gravámenes sobre la legítima establecidos en beneficio de los cónyuges a fin de dar satisfacción a la creciente presión social tendente a mantener al superéste con la misma capacidad económica que ostentaba antes del fallecimiento de su cónyuge.

Sexto: Las costas de esta alzada han de ser impuestas a la parte recurrente (artículo 710 L.e.c.).

NÚM. 28

S. APZ de 20 de septiembre de 1996.

723: TESTAMENTO MANCOMUNADO: REVOCACIÓN: *Una supuesta donación mortis causa carece de eficacia revocatoria respecto del testamento mancomunado. Marido y mujer otorgaron testamento en que instituían heredero único a uno de los hijos, «desheredando» (la expresión la utiliza la sentencia) a los demás, mencionados nominalmente. El viudo extrae el saldo de la*

cuenta indistinta con el premuerto y, en el poco tiempo en que le sobrevive, lo ingresa en otra a su nombre y al de todos los hijos: ésta conducta ni constituye donación ni tiene eficacia revocatoria alguna del testamento.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 122 Comp.; art. 620 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. José Esteban Rodríguez Pesquera.

Demandó uno de los hijos no instituidos al nombrado heredero único, exigiendo entrega de la alicuota del saldo de la cuenta. El JPI núm. 11 de Zaragoza (núm. 138/96) desestima la demanda (Sentencia de 18 de abril de 1996), fallo confirmado íntegramente por la Audiencia (rollo de apelación núm. 263/96).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia impugnada, y

Primero: El actor D. José Miguel Gracia Ferruz interpone recurso de apelación contra la sentencia que desestimó la demanda, y pretende su revocación y que, en su lugar, se dicte otra conteniendo la condena de su hermana D^a María Cruz Gracia Ferruz conforme a las pretensiones contenidas en la demanda. Como motivo del recurso, se alega error en la apreciación de la prueba pues de la obrante en autos resulta acreditado, según el apelante, que su difunto padre, Sr. Gracia Minguillón, teniendo la voluntad de revocar un anterior testamento otorgado junto a su esposa, Sra. Ferruz, fallecida antes que el marido, y al objeto de corregir la injusticia que entendía se había cometido en dicho testamento al desheredar, conforme a la específica normativa del Derecho Foral Aragonés —artículo 122 de la Compilación—, a cuatro de sus cinco hijos, hizo una donación que, implícitamente y en relación al dinero en metálico que poseía, revocabla y anulaba aquel testamento.

Segundo: Pero el motivo del recurso debe ser desestimado ya que el Juzgador en primera instancia, tras un minucioso examen de las pruebas aportadas a los autos, llega a la acertada conclusión, que compartimos, de que la referida donación carece de eficacia revocatoria respecto al testamento subsiguiente. Hay que

estudiar, por tanto, cómo se hizo la donación y cuál sea su naturaleza y eficacia con relación a un testamento anterior. Como ya se ha apuntado los padres de los ahora litigantes otorgaron conjuntamente un testamento instituyendo como su única heredera unipersonal a su hija María Cruz, ahora demandada, al tiempo que desheredaban, con nominal mención, a sus cuatro hijos restantes, entre ellos el actor José Miguel; fallecida la madre, el padre procede a extraer el saldo que ambos cónyuges mantenían en una libreta de ahorro, de disposición indistinta, en la sucursal de Sástago de la entidad Ibercaja, e inmediatamente, en la misma sucursal, traspasa el saldo obtenido a una nueva libreta de ahorro que abre y en la que hace figurar, como titulares indistintos, a él mismo y a sus cinco hijos, la instituida heredera testamentaria y los otros cuatro; a los pocos días fallece el padre sin que el saldo inicial de la libreta de ahorro de nueva apertura, haya experimentado aumento alguno, por aportaciones del padre, o de alguno de los hijos que también figuraban como titulares de la misma; por otra parte, el padre no llegó a otorgar testamento revocatorio del que, como se ha dicho, otorgó conjuntamente con su esposa. No hay prueba alguna directa acerca de si el padre de los ahora litigantes tuvo intención de revocar el anterior testamento; lo único que cabe examinar en sí, como pretende el ahora apelante, la apertura de la nueva libreta en la que hace figurar como cotitulares suyos a todos los cinco hijos, constituye una donación con eficacia revocatoria del testamento. Entendemos que no se trata de una donación «intervivos», sino, en todo caso, de una donación «mortis causa», pues habiendo de producir sus efectos a la muerte del donante, queda regulada en el artículo 620 del Código Civil; pero ya decimos que «en todo caso», pues a nuestro entender lo realizado por el padre de los ahora litigantes, apertura de nueva libreta de ahorro en la que figurar como cotitulares a todos sus hijos, carece de los requisitos necesarios para entender producida una donación «mortis causa», pues el precepto legal antes citado dice que «esas donaciones participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas para la sucesión testamentaria»;

lo que ha sido interpretado por el Tribunal Supremo (Sentencia de 24 de febrero de 1986) en el sentido de que «la donación mortis causa requiere para su eficacia que se hubiere adaptado a las reglas establecidas para el otorgamiento de las disposiciones testamentarias, al participar de la naturaleza de los actos de última voluntad».

Tercero: Por ello, lo realizado por el padre de los litigantes, apertura de nueva libreta con traslado a ella del saldo de otra anterior cuya titularidad correspondía a ambos cónyuges testadores, está muy lejos de llenar los requisitos formales exigidos para el otorgamiento de testamento, en ninguna de las clases de los mismos que contempla nuestro ordenamiento jurídico, y consecuentemente, ello no vale como donación «mortis causa» ni tiene eficacia revocatoria alguna del tan mentado testamento que continuaba vigente al fallecimiento del padre de los litigantes. Consecuencia de lo anterior es que la única heredera universal instituida, la demandada María Cruz, obró legalmente cuando, una vez aceptada la herencia, reclamó y obtuvo de la entidad Ibercaja el reembolso de la totalidad del saldo existente en la nueva libreta, por lo que la pretensión del ahora apelante, contenida en su demanda, de que la demandada le entregue la quinta parte de aquel saldo, no puede prosperar mientras no obtenga sentencia declarando nulo el testamento al que nos venimos refiriendo, pero lo cierto es que hasta el momento no ha deducido pretensión de nulidad.

Cuarto: En consecuencia, procede confirmar íntegramente la sentencia impugnada, así como condenar al apelante a pagar las costas de la presente alzada, tal como determina el artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

NÚM. 29

S. APZ de 6 de noviembre de 1996.

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Facultad de abrir huecos: *Si el actor, conforme al art. 144 Comp., puede, tanto en pared propia como medianera, abrir huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas, no desa-*

parece su derecho si coloca en el hueco previamente abierto, incluso si lo hace después de agrandarlo en la medida necesaria, una ventana ya sea de madera, ya de aluminio; lo único que exige el precepto citado es que el hueco carezca de balcones y otros voladizos que caigan sobre el fundo ajeno.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 144 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. José Esteban Rodríguez Pesquera.

Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de La Almunia de Doña Godina se sigue juicio declarativo de cognición promovido por don Ildefonso Gimeno Cubero contra don Andrés García Bagués y doña Valeriana Catalán Gimeno. La Sentencia del Juzgado, de 8 de marzo de 1996, estima la demanda (autos núm. 3.151/95).

La AP de Zaragoza (Sección Quinta) desestima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (rollo de apelación civil 203/1996; sentencia núm. 609).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Los demandados, cónyuges D. Andrés García Bagués y Dña Valeriana Catalán Gimeno, interponen recurso de apelación contra la sentencia que estimó totalmente la demanda que contra ellos interpuso D. Ildefonso Gimeno Cubero; con el recurso pretenden la revocación de la sentencia impugnada y que, en su lugar, se dicte otra desestimatoria de la demanda. Como motivos del recurso se alegan los siguientes: 1º) excepción de inadecuación de procedimiento, ya que conforme a la cuantía litigiosa debió solventarse la demanda por los trámites del juicio verbal y no, como se hizo, por los trámites del juicio de cognición; 2º) ilegalidad de las obras realizadas por el actor en la pared de su finca, ya que carecieron de la preceptiva licencia municipal de obras; y 3º) que las obras realizadas por el actor no quedan amparadas dentro de las relaciones de vecindad que contempla el artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Segundo: El primer motivo del recurso debe ser desestimado. Es cierto que a las obras que realizaba el actor y cuya eje-

cución han tratado de impedir los demandados, le era atribuido un valor de 15.000 pesetas en la solicitud de licencia de obras presentada por el actor, pero ello no implica que el asunto debiera tramitarse como juicio verbal conforme a las reglas del artículo 489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 715 del mismo texto legal; pero aún cuando así hubiera sido no puede prosperar la excepción de inadecuación de procedimiento ya que la misma debe ser contemplada dentro del marco del principio de tutela judicial efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución Española y, por ello, no puede afirmarse que el hecho de que el litigio se haya realmente tratado como juicio de cognición, produjo algún tipo de indefensión para los demandados, pues como ya se ha pronunciado esta Sala en varias ocasiones, el juicio de cognición concede las mismas garantías, incluso mayores garantías que el juicio verbal civil, a efectos de que los demandados puedan defenderse y hacer valer sus derechos en el procedimiento.

Tercero: La misma suerte desestimatoria debe correr el segundo motivo del recurso. Si el actor al iniciar las obras que pretendía efectuar, sustitución, en un hueco abierto en pared propia, de la ventana de madera existente por otra más moderna de aluminio, careció de la preceptiva licencia municipal de obras, solamente la Administración Local estaba legalmente facultada para sancionar el hecho o adoptar las medidas tendentes a evitar o corregir una posible infracción constructiva, pero en modo alguno la falta de licencia municipal autorizaba a los demandados para, colocar, como realmente hicieron, una serie de obstáculos físicos tendentes a evitar que el actor pudiera concluir las obras que inició, obstáculos que acertadamente los manda retirar la sentencia impugnada.

Cuarto: Por último, también debe desestimarse el último motivo del recurso. Las obras iniciadas por el actor no implican, como pretenden los demandados, la constitución ilegal de una servidumbre de luces y vistas, sino que se enmarcan dentro de las relaciones de vecindad y del régimen normal de luces y vistas que, dentro del Derecho Civil Aragonés, regula el artículo 144 de su Compilación. Los demandados han admitido que su finca es colindante con la del actor y que éste, en la edificación existente dentro de su finca y, por tanto en pared propia, ha abierto un simple hueco a la altura de la tercera planta, sosteniendo el actor que no se trata de un simple hueco sino de una ventana que antes era de madera y ahora pretende sustituirla por otra construida en aluminio, lo que no logra al impedir los demandados realizar los trabajos necesarios para encarcelar la nueva ventana y dejar en debidas condiciones la fachada del edificio una vez realizada la obra. Si el actor, conforme el artículo 144 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, puede tanto en pared propia, como en pared medianera, abrir huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas, no desaparece su derecho si coloca en el hueco previamente abierto, incluso si lo hace después de agrandarlo en la medida necesaria, una ventana ya sea de madera, ya de aluminio; lo único que exige el precepto citado es que el hueco carezca de balcones y otros voladizos que caigan sobre el fundo ajeno. Y estas últimas circunstancias no se ha alegado, ni probado, que concurran en el caso que nos ocupa.

Quinto: En consecuencia y previa desestimación del recurso, procede confirmar íntegramente la sentencia impugnada, así como imponer a los apelantes las costas de la presente alzada, conforme al artículo 736 de la Ley Procesal Civil.

ÍNDICE ACUMULADO DE JURISPRUDENCIA

EXPLICACIÓN PREVIA: EL «ÍNDICE DE CLAVES»

El lector habrá observado que tanto en la clasificación de las referencias de bibliografía reciente como en la presentación de cada una de las sentencias y en el índice acumulado de jurisprudencia que sigue a continuación, se ha empleado un mismo sistema de ordenación «numérico-conceptual»; se trata de un sistema que parte de clasificar decimalmente las materias propias del Derecho civil aragonés, siguiendo el orden de exposición de la Compilación, y anteponer al índice resultante unos apartados destinados a clasificar la bibliografía sobre los antecedentes de la Compilación, la historia del Derecho aragonés, los temas comunes a todos los Derechos forales y otros temas generales relacionados con el Derecho civil aragonés. De esta forma un mismo índice sirve para clasificar la bibliografía (histórica, general o sobre el Derecho vigente) y la jurisprudencia.

En la presentación de las sentencias y en el índice acumulado de jurisprudencia la clave numérico-conceptual puede venir especificada con uno o varios conceptos, y cada uno de éstos puede venir precisado con uno o varios subconceptos. En cualquier caso, siempre se facilita una descripción sumaria del contenido de la sentencia.

El citado índice de clasificación, que podemos llamar *índice de claves*, es el siguiente:

A) 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..

Índice Acumulado de Jurisprudencia

- 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

Índice Acumulado de Jurisprudencia

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.

• DERECHO SUPLETORIO

S. APT 23 junio 1995

En armonía con lo que previene el art. 149.1.8º CE y lo que determina con carácter general la regla 3º de dicho precepto constitucional y el núm. 2º del art. 1º Comp. con carácter especial, el Derecho civil común o general únicamente es de necesaria observancia en Aragón de forma supletoria: En defecto de normas escritas, costumbres y principios generales de Derecho en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento (art. 1.º Comp.), aplicables al supuesto de hecho.

22 1997, III (núm. 1º)

• DERECHOS REALES

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 coposseer 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)

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. 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 (núm. 2º)

S. JPI ZARAGOZA N° 13 9 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 presunción prevista en el Código (adquisición por destino del dueño), siempre y cuando se den los requisitos para ello exigidos en el citado art. 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. 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. JPII EJEA 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. 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. APT 23 junio 1995

Usucapión de servidumbres: En Aragón no tiene virtualidad alguna la distinción entre servidumbres continuas y discontinuas, positivas y negativas, especialmente a los efectos de su adquisición y constitución. El art. 539 Cc. que impide adquirir por usucapión las servidumbres continuas y no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes, carece de aplicación en nuestro territorio foral.

22 1997, III (núm. 1º)

S. APH 10 julio de 1995

Como ya quedó dicho en la S. TS. de 12 de julio de 1984 de 1984, la Compilación de Aragón establece en su art. 147, que las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de título ni buena fe, debiendo entenderse —por aplicación como supletorio del Cc., a tenor del art. 1.2 Comp.— que son servidumbres aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan su aprovechamiento, y no aparentes las que no revelan signo alguno de su existencia (arts. 532 Cc.).

17 1997, III (núm. 1º)

S. APT 16 octubre 1995

Habida cuenta de la regulación que contienen los arts. 143 y 144 sobre relaciones de vecindad y 145 a 148 sobre servidumbres, son de aplicación supletoria, de acuerdo con el art. 1.2 Comp., los arts. 564 y ss. del Cc. sobre la servidumbre de paso.

23 1997, III (núm. 1º)

S. APT 23 de noviembre 1995

Al carecer la Compilación de regulación expresa en esta concreta materia, son de aplicación supletoria (art. 1.2 Comp.) el art. 552 (servidumbre natural de aguas pluviales) y los arts. 586 a 588 Cc. que, al regular el desague de los edificios, imponen al propietario la obligación de recoger las aguas pluviales o residuales de modo que no causen perjuicio a las fincas contiguas y, sólo cuando no sea posible darles salida por su propia casa, puede exigir la constitución de una servidumbre de desague previa la indemnización correspondiente.

27 1997, III (núm. 1º)

S. APT 5 diciembre 1995

Servidumbres en general: por definición la servidumbre es un derecho real en o sobre cosa ajena (art. 530 Cc.) y hace imposible su constitución sobre cosa propia en todo o en parte (STS 12 julio 1984) por cuanto de darse tal coincidencia —titularidad dominical y de la servidumbre— la extinguiría por consolidación (art. 546, 1º Cc.).

29 1997, III (núm. 1º)

S. APH 27 marzo 1996

Servidumbres: diversos artículos del Código civil en materia de servidumbres son aplicables como derecho supletorio en Aragón, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.2 Comp.

6 1997, III (núm. 2º)

S. APZ 15 julio 1996

Aplicación del art. 541 Cc. Sólo son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, a los efectos del art. 541 Cc., los considerados en el art. 145 Comp. Se aplica el art. 144 Comp. aun respecto de huecos abiertos antes de 1967 (Disp. trans. 9º Comp.). Se declara la existencia de servidumbre voluntaria de desague de acuerdo con el art. 541 Cc.

26 1997, III (núm. 2º)

S. APH 25 julio 1996

Aplicación del art. 532 Cc. en cuanto define las servidumbres aparentes y no aparentes. Se aprecia existencia de signo externo de servidumbre (puerta en el corral de la finca de los actores que se abre sobre el terreno de los demandados), por lo que la servidumbre sería aparente (art. 532 Cc.) y, por tanto, podría ad-

quirirse por usucapión de diez años (art. 147 Comp.); pero no se ha probado el transcurso de este plazo de diez años.

9 1997, III (núm. 2º)

S. APH 4 septiembre 1996

Aplicación supletoria del art. 532 Cc. en cuanto define las servidumbres aparentes y no aparentes.

10 1997, III (núm. 2º)

• **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. 12º Comp. y disp. trans. preliminar, 1º y 2º Cc.).

3 1995, I (núm. 1º)

• **FAMILIA Y SUCESIONES**

S. TSJA 25 marzo 1992

Inaplicación de los arts. 1.344, 1.375 y 1.377 Cc.

6 1995, I (núm. 1º)

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 al art. 271.2 del Cc., sin que pueda sustituirse tal autorización judicial por la de la Junta de PARENTES, 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 histórico y vigente, y la aplicación del Derecho supletorio.

52 1996, II (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. 1.394 Cc., que fija la fecha de dicha de disolución de la sociedad conyugal, es de aplicación plena en Aragón. Los arts. 1.396, 1.397 y 1.398 Cc. son aplicables como complemento de las normas de la Compilación (art. 55): por su mayor pormenorización y por la regulación más actual de algunos extremos; incluso como complemento necesario de la remisión del art. 52.2 Comp.

10 1995, I (núm. 1º)

S. APH 27 febrero 1995

De acuerdo con la Compilación, y a falta de regulación específica en la misma del plazo de prescripción extintiva de la acción de los legitimarios preteridos para pedir los que les correspondía en la herencia —que en el art. 33 del Apéndice se establecía en cinco años— regirá el Código civil, art. 1.2 Comp.

11 1997, III (núm. 1º)

S. JPI ZARAGOZA N° 6 12 junio 1995

Aplicación en Aragón de los arts. 95, 1.394, 1.396 y 1.397 Cc.

55 1997, III (núm. 1º)

S. APT 23 junio 1995

En Aragón carece de aplicación la institución de la «patria potestad» del Derecho castellano y hoy general, por cuanto en Aragón «de consuetudine regni non habemus patriam potestatem».

22 1997, III (núm. 1º)

S. APH 13 mayo 1996

A la extinción del consorcio mediante su participación y adjudicación de los bienes, aten-

diendo el carácter subsidiario de las normas del Código civil, son de aplicación las reglas de los arts. 1.058 y ss. de la participación.

7 1997, III (núm. 2º)

S. APH 28 junio 1996

Los hermanos del causante heredan los bienes troncales con preferencia al cónyuge viudo. La reforma del Código civil que antepone al viudo respecto de los hermanos del causante se aplica en Aragón, pero no respecto de los bienes troncales. Sentido de la Disp. final Comp. (1985) y las remisiones al Cc.

8 1997, III (núm. 2º)

• **OBLIGACIONES Y CONTRATOS**

S. TSJA 22 enero 1990

La aplicación de los llamados «gastos legítimos» que señala el art. 1.518 Cc. al retracto de abolorio nunca ha sido cuestionada.

1 1995, I (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. Intransmisiabilidad de la acción del art. 647 Cc. a los herederos del donante o disponente.

4 1995, I (núm. 1º)

S. JPII HUESCA Nº 2 21 febrero 1994

Para fundamentar el principio de irreversibilidad 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)

• **PARTES GENERAL**

S. TSJA 10 abril 1995

Mala fe: no puede deducirse que los esposos firmantes del contrato de opción hayan te-

nido 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 disponientes no supone el ejercicio de un derecho prohibido por el ordenamiento.

7 1996, II (núm. 1º)

S. APZ 8 julio 1996

Mala fe y abuso de Derecho. El derecho concedido por el art. 144 Comp. sólo ampara el levantar verdaderas edificaciones o construcciones que tengan una real utilidad para él, y no ampara el levantamiento de tabiques, o simples paredes, que sin ninguna utilidad para el que los levante, sólo persigan la finalidad, abusiva y contraria al art. 7º Cc., de privar de luces y vistas a quien abrió huecos en pared propia o medianera.

25 1997, III (núm. 2º)

COMPIILACIÓN

• **FIDUCIA**

A. PRES. TSJA 19 noviembre 1997

De acuerdo con el art. 1.1 Comp. el sistema de fuentes aplicables a la fiducia es el siguiente: las disposiciones de la Compilación como normas de Derecho positivo que vinculan al intérprete; integradas, en su caso, por la costumbre (arts. 2 y 107 Comp.); por los principios informadores de la fiducia y, por último, los principios generales inspiradores del ordenamiento jurídico aragonés. Sistema de fuentes que se halla enmarcado dentro del predominante principio normativo del «standum est chartae» (art. 3 Comp.), sin otras limitaciones que las que sanciona la norma que consagra ese tradicional principio (arg. arts. 25.1, 89, 99 y 110 y ss. Comp.).

1 1995, I (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 Gistain, 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»

• *ARRENDAMIENTOS*

S. JPII TERUEL Nº 1 9 febrero 1995

El art. 3º de la Compilación del Derecho Civil Foral de Aragón consagra el tradicional principio «standum est chartae», expresión aragonesa del principio de libertad de pacto que establece el art. 1.255 del Cc. En virtud de este principio, los otorgantes del contrato de arrendamiento pactaron en el mismo cláusula de estabilización (el precio del arrendamiento se revisaría a la baja o al alza cada cinco años, con arreglo al Índice del Coste de la Vida publicado por el INE) desde todo punto de vista ajustada a la legalidad.

43 1997, III (núm. 1º)

• *CLÁUSULA PENAL*

S. JPII TERUEL Nº 1 18 mayo 1995

Con arreglo al principio «standum est chartae», tradicional del Derecho aragonés, hay que estar, en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes expresada en pactos o disposiciones que no resulten de imposible

cumplimiento o sean contrarios a norma imperativa (art. 3 Comp.), lo que en el presente caso no ocurre, ya que la citada cláusula penal resulta legítima y expresamente prevista en la Legislación sustantiva.

54 1997, III (núm. 1º)

• *INTERPRETACIÓN DE «CARTAS»*

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 contraigan el pacto sucesorio anterior.

4 1996, II (núm. 2º)

S. JPII EJEA 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 correspondientes. Lo dispuesto en el pacto sucesorio prevalece ante el art. 109 Comp.

16 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 a la carta según la única carta existente a los fines del litigio.

8 1995, I (núm. 1º)

S. TSJA 13 junio 1995

En materia de fiducia sucesoria la doctrina y la jurisprudencia han venido entendiendo que «estar a la carta» posibilita una interpretación razonablemente rigurosa de las disposiciones que autorizan al cónyuge y a los parientes o a éstos solos para nombrar heredero único de la Casa. No debe olvidarse que el principio standum est chartae está dirigido al Juez a quien le impone la obligación de estar a lo pactado por las partes y, en 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 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 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)

S. JPII TERUEL N° 1 15 noviembre 1995

En el caso de autos la prueba practicada no permite concluir que el contrato suscrito por los demandos se hubiera obtenido con dolo, aun cuando la captación de los mismos tuvo lugar mediante una publicidad engañosa, pero ello no implica que en el momento de otorgarse el contrato los demandados actuaran con plena conciencia y libertad, debiendo prevalecer en tal supuesto el principio «standum est chartae», conforme al que se ha de estar a la carta, salvo que lo pactado resulte de imposible cumplimiento o sea contrario a norma imperativa en Aragón.

62 1997, III (núm. 1º)

• *RENTA PACTADA EN VIVIENDA DE PROTECCIÓN OFICIAL*

S. JPII TERUEL N° 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 1.255 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

• *RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES*

S. APZ 8 abril 1995

La minoría de edad del conductor, Vicente, de 17 años de edad, responsable del accidente de circulación ocurrido, determina la responsabilidad solidaria de su madre (arts. 1.902 y 1.903 Cc.), única titular de la patria potestad, bajo cuya guarda y custodia se halla y

que no ignoraba la conducción del motocultor por su hijo, careciendo de responsabilidad el cónyuge de la madre, que no ostenta sobre el menor autoridad familiar alguna, al no darse la circunstancia prevista en el art. 9.3 Comp. Procede estimar la falta de legitimación pasiva del cónyuge de la madre del menor, que es la única que ostenta autoridad familiar sobre el mismo.

33 1997, III (núm. 1º)

AUTORIDAD FAMILIAR DE OTRAS PERSONAS

- **PRIVACIÓN DE PATRIA POTESTAD**

S. JPII EJEA N° 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)

RELACIONES PERSONALES

- **AUTORIDAD FAMILIAR**

S. APT 23 junio 1995

En Aragón carece de aplicación la institución de la «patria potestad» del Derecho castellano y hoy general, por cuanto en Aragón «de consuetudine regni non habemus patriam potestatem».

22 1997, III (núm. 1º)

- **EJERCICIO DE LA AUTORIDAD FAMILIAR**

S. APT 27 febrero 1995

Es un axioma que en Aragón nunca ha existido la institución de la «patria potestad» del Derecho castellano y hoy general, por cuanto en Aragón «de consuetudine regni non habemus patriam potestatem».

22 1997, III (núm. 1º)

- **EJERCICIO DE LA AUTORIDAD FAMILIAR**

S. APT 27 febrero 1995

Es un axioma que en Aragón nunca ha existido la institución de la «patria potestad» y sí la denominada «autoridad familiar», la cual

ha tenido y tiene, según se deduce de los arts. 9 y ss. Comp., un contenido, alcance y extensión diferentes a la clásica «patria potestad» del Cc. No obstante, ambas regulaciones tienen, en la actualidad, como común denominador el principio del «favor filii», de manera que cualquier medida que se deba adoptar habrá de tener como fundamento y finalidad el bien e interés del menor afectado.

20 1997, III (núm. 1º)

65: RELACIONES PARENTALES Y TITULARES

JUNTA DE PARIENTES

- **DISPOSICIÓN DE INMUEBLES DE PUPILOS 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 veintidós 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 1995

Composición de la Junta de parientes para designar heredero de la Casa según la vo-

luntad del causante expresada en capítulos matrimoniales.

3 1996, II (núm. 1º)

TUTELA

- **DISPOSICIÓN DE INMUEBLES DE PUPILOS 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 Páritentes, 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 necesaria e improcedente. El auto contiene consideraciones de tipo general sobre la regulación aragonesa de la tutela, en Derecho histórico y vigente, y la aplicación del Derecho supletorio.

52 1996, II (núm. 1º)

TUTELA ADMINISTRATIVA

- **PROTECCIÓN DE MENORES**

S. JPII TERUEL Nº 1 27 abril 1995

La denominada «tutela administrativa» implica una actuación de carácter muy amplio encaminada a garantizar el cuidado y educación del menor y a procurarle una for-

mación integral, sin que el ejercicio de la misma determine necesariamente el internamiento, sino que por el contrario, como señalan los arts. 12 y 13 del Decreto 119/1988, de 21 de junio, de la DGA, las actuaciones en el campo de la protección de menores han de perseguir la plena integración del menor en su propio núcleo familiar, quedando supeditado el internamiento a la imposibilidad de resolver la problemática del menor con otras medidas.

51 1997, III (núm. 1º)

66: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL

661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL

DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE

- **VECINDAD COMÚN DE LOS CÓNYUGES**

S. AP LLEIDA 17 enero 1995

Al seguir la mujer la condición civil aragonesa del marido, el matrimonio quedó sujeto al Derecho civil aragonés, por lo que a falta de instrumento público que modificara tal situación, los cónyuges se sometieron al régimen matrimonial aragonés, de comunidad de muebles y adquisiciones. En consecuencia, el derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde al cónyuge superviviente, conforme a los arts. 72 Comp. y 16.2 Cc.

39 1997, III (núm. 1º)

MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL

- **DERECHOS ADQUIRIDOS POR TERCEROS**

A. PRES. TSJA 24 diciembre 1992

Las capitulaciones matrimoniales, otorgadas vigente matrimonio, no perjudican en ningún caso los derechos adquiridos por terceros, que si conservan sus créditos contra el cónyuge deudor, también el cónyuge no deudor responde con los bienes que le hubieren sido adjudicados, porque la responsabilidad real de la masa común no desaparece por el

hecho de que hayan sido adjudicados. Doctrina legal del TS (Ss. 17-11-1987, 28-4-1988 y 25-1-1989) trasladable al régimen matrimonial legal aragonés, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1.1 y 2, 41.5, 42, 43.2, 46.1, 52.1 y 56.2 de la Compilación.

51 1996, II (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)

S. APZ 21 febrero 1996

Una parte de los descubiertos que el esposo de la tercerista tenía contra la Seguridad Social son anteriores al otorgamiento de los capítulos matrimoniales —por los que se sustituye el régimen de comunidad por el de separación de bienes—, consiguientemente y en aplicación del art. 1.317 Cc., el embargo no procede levantarse, al ser una traba consecuente a créditos no afectados por la capitalización. Y, a mayor abundamiento, por el hecho de que los capítulos esgrimidos por la tercerista no le son oponibles a los terceros de buena fe, al no estar inscritos en ningún Registro público.

21 1997, III (núm. 2º)

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

• **INOPONIBILIDAD A TERCEROS**

S. APZ 21 febrero 1996

Una parte de los descubiertos que el esposo de la tercerista tenía contra la Seguridad Social son anteriores al otorgamiento de los capítulos matrimoniales —por los que se sustituye el régimen de comunidad por el de separación de bienes—, consiguientemente y en aplicación del art. 1.317 Cc., el embargo no procede levantarse, al ser una traba consecuente a créditos no afectados por la capitalización. Y, a mayor abundamiento, por el hecho de que los capítulos esgrimidos por la tercerista no le son oponibles a los terceros de buena fe, al no estar inscritos en ningún Registro público.

21 1997, III (núm. 2º)

• **RESCISIÓN**

S. JPII TERUEL N° 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 conyugal tácita aragonesa en cuanto pueda perjudicar a los acreedores.

19 1996, II (núm. 2º)

INSTITUCIONES FAMILIARES CONSUETU-DINARIAS

• **ACOGIMIENTO**

S. APH 22 febrero 1995

El acogimiento se da cuando por una familia sin hijos o por un viudo se recibe en su casa a un matrimonio, uniendo ambos patrimonios para que éstos, en su momento, pasen a los hijos de los acogidos. Este caso no puede ser el de autos, pues las aportaciones del acogido se limitaron a ganados y trabajo, y en forma alguna se demuestra que se pactase la su-

cesión de los bienes reunidos a través de la asociación.

10 1997, III (núm. 1º)

• *COMUNIDAD FAMILIAR*

S. APH 22 febrero 1995

El contrato celebrado verbalmente entre un tío y su sobrino, por el que aquél cede a la sociedad parte de su ganado y su trabajo a cambio de ser cuidado y asistido por la familia de su sobrino, no responde a ninguna especie de comunidad de tipo foral, estimándose que lo convenido entre los litigantes fue una sociedad civil.

10 1997, III (núm. 1º)

S. TSJA 5 julio 1995

Entre las partes contrayentes —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)

A. APH 2 octubre 1996

Incidencias en ejecución de la S. TSJA 5 julio 1995. Formación de inventario, liquidación y partición, previa valoración por un perito, a efectos de atribuir a las partes por mitad los bienes muebles e inmuebles que no fueron ya atribuidos a alguna de ellas por la S. TSJA.

11 1997, III (núm. 2º)

• *DACIÓN PERSONAL*

S. JPII FRAGA 4 mayo 1994

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.

11 1996, II (núm. 2º)

S. APH 22 febrero 1995

La dación personal se produce cuando una persona soltera o viuda sin descendencia se asocia a una familia para mantenerse en ella de por vida, cediendo a la comunidad creada todo su patrimonio, aportando su trabajo en la medida de sus fuerzas, a cambio de recibir las atenciones propias de un miembro de la familia de la que entra a formar parte. En vista de ello, el caso plantado no responde a esta institución, puesto que no se aportó por el demandante todos sus bienes a la figura asociativa pactada.

10 1997, III (núm. 1º)

S. APH 9 marzo 1995

Entre las partes litigantes, y dentro de la libertad de contratación que permite el art. 1.255 Cc., se ha celebrado un contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos.

La S. TS de 1 de julio de 1982 marca las diferencias entre este contrato y la renta vitalicia, señalando que aquél puede tener por objeto diversos tipos de prestaciones, bien en dinero, bien en alimentos, ya sean estos prestados en sentido estricto (*in natura*) ya en sentido amplio (asistencia, cuidados, servicios, etc, además de los alimentos propiamente dichos), modalidad esta última, de la que cabe encontrar ejemplos en el Derecho extranjero, pero también en el Derecho consuetudinario español donde se encuentra la figura análoga llamada «dación personal» y la importante especialidad de Galicia denominada «vitalicio».

13 1997, III (núm. 1º)

S. TSJA 5 julio 1995

El contrato concertado entre las partes, por el que un matrimonio se asocia con el tío de uno de los cónyuges, aportando éste su patrimonio e industria, comprometiéndose los otros a asistirlo y cuidarlo formando una única familia, teniendo lugar el reparto de beneficios entre ellos, no está comprendido en los que enunciativamente señala como instituciones consuetudinarias el art. 33 Comp.

4 1996, II (núm. 1º)

• **JUNTAR DOS CASAS**

S. TSJA 29 septiembre 1992

Consorcio 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. JPII 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 ganancias, 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)

**663: RÉGIMEN MATRIMONIAL
LEGAL**

**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 C.c. y no el del art. 41.1 Comp.

1996, II (núm. 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 (núm. 1º)

S. JPII MONZÓN 15 febrero 1995

Forman parte del activo común los saldos de las cuentas corrientes de los cónyuges y la imposición a plazo fijo existentes en el momento de la disolución, más todos los intereses y rendimientos posteriores de las mismas; el mobiliario de la vivienda es todo común (art. 37.3 Comp.) y debe dividirse por mitad (art. 58 Comp.).

44 1997, III (núm. 1º)

S. APH 10 julio 1995

Aun cuando la edificación o reconstrucción sobre solar privativo de uno de los cónyuges haya de considerarse también como privativa del mismo, en virtud del art. 38.7º Comp., se deben estimar comunes los medios económicos invertidos en la reconstrucción, en primer lugar porque nada consta en contra, así como por lo dispuesto en el art. 40 Comp., que presume comunes todos aquellos bienes cuyo carácter privativo no pueda justificarse.

18 1997, III (núm. 1º)

S. TSJA 29 noviembre 1996

En el patrimonio común estaría integrado el dinero aportado por cualquiera de los cónyuges al matrimonio que no se encontrase en los supuestos que lo convierten en sitio, según el art. 39.6 y de acuerdo con el núm. 4º del art. 37, todos ellos de la Compilación.

3 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 10 abril 1996

Los saldos de cuentas corrientes, así como una plaza de garaje y un local, han de ser considerados como bienes consorciales por haber sido adquiridos constante matrimonio, la misma condición presenta el ajuar doméstico.

22 1997, III (núm. 2º)

• BIENES MUEBLES

S. JPI ZARAGOZA N° 13 10 mayo 1995

La mesa y el espejo heredados por el actor de su madre y que ahora reclama de la esposa eran —según dice la sentencia— «de propiedad privativa del esposo por haberlos adquirido por sucesión (arts. 38.1 Comp. y 1.346.2 Cc.)» (sic).

53 1997, III (núm. 1º)

BIENES PRIVATIVOS

S. APH 13 diciembre 1994

Piso y garaje anejo comprado a precio aplazado por ambos cónyuges en estado de solteros. Naturaleza privativa del bien: Perteneció 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 (núm. 1º)

S. APH 24 abril 1995

El piso objeto de la litis debe considerarse como un bien privativo del marido (actor-apelado), pues dicho bien fue obtenido con el producto de los bienes hereditarios de la abuela del demandante —sin perjuicio de la deuda existente en favor de la comunidad por la parte del precio que quedó aplazado—, pues se ha de distinguir entre el capital privativo empleado en la adquisición del bien —de carácter privativo por subrogación directa e inmediata ex art. 38.5 comp.— y el capital empleado para la cancelación del precio aplazado después de su adquisición.

14 1997, III (núm. 1º)

S. APH 5 octubre 1995

La finca en cuestión es un bien privativo de la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en art. 38.1 Comp., pues los inmuebles o sitios aportados al matrimonio o los adquiridos durante él a título lucrativo son privativos.

19 1997, III (núm. 1º)

S. APH 15 marzo 1996

La parte actora no demuestra su condición de dueño del inmueble. La casa, cuya declaración de propiedad se solicita, perteneció a los suegros del actor. Fallecidos éstos, en principio, ha de concluirse que, en virtud de lo dispuesto en el art. 38-1º, la casa pasó a ser un bien privativo de la esposa del actor.

5 1997, III (núm. 2º)

S. APZ 10 abril 1996

No puede considerarse bien común el piso que es adquirido por la esposa en estado de soltera, aun cuando hubieran convivido en él ambos cónyuges «more uxorio» antes del matrimonio.

22 1997, III (núm. 2º)

• ACCESIÓN

S. JPII 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 (núm. 2º)

S. APH 10 julio 1995

En virtud de lo dispuesto en el art. 38.7º Comp. son bienes privativos las adiciones o incrementos de los bienes propios; y en el caso de autos nadie discute que los solares sobre los que se reedificaron las casas en litigio correspondían al causante —que estaba casado—, luego estas edificaciones a él pasaron a pertenecer según lo que establece el art. 353 del Cc., y ello sin perjuicio de que los medios económicos que se emplearan para la reconstrucción deban estimarse comunes.

18 1997, III (núm. 1º)

• ATRIBUCIÓN DE PRIVATIVIDAD EN CONVENIO REGULADOR

A. PRES. TSJA 22 diciembre 1993

La atribución de privatividad a un bien inmueble de la comunidad conyugal puede formalizarse en convenio regulador aprobado por sentencia declarando la separación, ya que se

trata de un pacto válido en Aragón, con arreglo al axioma de la libertad civil, otorgado, con ocasión de la disolución de la comunidad conyugal, en «instrumento público» de conformidad con el art. 52.1 de la Compilación, sin que quepa alegar la necesidad de escritura pública exigida por el art. 29 de la Compilación.

53 1996, II (núm. 1º)

- *INDEMNIZACIONES POR FALLECIMIENTO DE CÓNYUGE*

S. AP BARCELONA 20 abril 1995

La percepción por el viudo de indemnizaciones de importancia por el fallecimiento en acción terrorista de la esposa e hijas, o son indemnizaciones motivadas por seguros del ramo vida, o son la compensación del daño moral que, quien tenía que pagarlas estimó correspondían a los deudos de quienes fallecieron en aquella ocasión. Pero no se trata de capital de la herencia de la hija sobre el que los padres herederos pudieran tener derecho alguno. No es dinero que los fallecidos tuvieran en vida y que legan a sus sucesores sino indemnizaciones que se pagaron al demandante (esposo y padre de las víctimas) precisamente por el hecho de haber muerto y las circunstancias que concurrieron. El caudal de la herencia debe referirse al activo y pasivo propio del causante y existente en el momento de su fallecimiento (art. 659 Cc.).

38 1997, III (núm. 1º)

- *INMUEBLES O SITIOS APORTADOS AL MATRIMONIO*

S. JPI ZARAGOZA N° 6 21 febrero 1995

Del contrato de compraventa de 1984 se deduce que la esposa, antes de contraer matrimonio, adquirió ella sola la vivienda aquí dis�数tida, elevando también como única titular la compraventa a escritura pública y adquiriendo también la posesión en 1986, es decir todavía antes del matrimonio, por lo que no cabe duda alguna que si bien en virtud del art. 1.357.2 Cc. el piso al menos en parte tendría que ser común, sin embargo al tratarse de un matrimonio aragonés se rige la cuestión por el art. 38 Comp., de manera que ha de reputarse el inmueble como privativo de la esposa, sin perjuicio de que al liquidar el consorcio éste sea deudor del marido en la cantidad por éste aportada para pagar el precio aplazado de dicho bien.

46 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 12 abril 1995

Al supuesto de un piso adquirido por el marido antes de contraer matrimonio, y pagado, en un primer momento, con dinero de su pertenencia y alguna aportación de la novia, y después, ya contraido el matrimonio, con dinero de los cónyuges, la Sala aplica el art. 1.354 del Cc., en relación con el 1.357.2, y considera, por tanto, que pertenece «pro indiviso» a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas. Añade seguidamente: «A igual solución debe llegarse con la aplicación de los arts. 37.2 y 38.4 de la Compilación».

34 1997, III (núm. 1º)

S. TSJA 29 noviembre 1996

Tanto el piso como el turismo adquiridos por la esposa antes del matrimonio, aun cuando ya convivía en esas fechas «more uxorio» con su futuro marido, son a los fines liquidatorios del consorcio conyugal bienes privativos del cónyuge aportante por aplicación del art. 38.1º de la Compilación. A tal efecto, basta estimar ese momento de la adquisición y que la «aportación al matrimonio» se efectuó por la esposa «titular documental». Esta aportación es independiente de la validez de los títulos sobre los que reposa el derecho de propiedad del cónyuge aportante ante el matrimonio y frente a terceros, debiendo equipararse como documentación acreditativa bastante la de naturaleza administrativa. No procede hacer declaración de propiedad exclusiva en favor del cónyuge aportante (tampoco de copropiedad de ambos).

3 1997, III (núm. 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 (núm. 1º)

• **SUBROGACIÓN REAL.**

S. JPII 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 (núm. 2º)

CONVIVENCIA «MORE UXORIO»

S. TSJA 29 noviembre 1996

Los arts. 37, 38 y 39 de la Compilación son de aplicación a la comunidad matrimonial, pero no a la situación de mera convivencia de hecho que existió previamente entre las partes.

3 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 10 abril 1996

El piso adquirido por la demandada en estado de soltera se abonó con los beneficios que ella y su cónyuge obtuvieron de la explotación de un negocio de bar. Por ello, aunque no puede existir una comunidad patrimonial conyugal, lo que existe sobre el piso en cuestión, al igual que sobre un vehículo adquirido de igual forma, es una comunidad ordinaria del art. 392 y ss. Cc.

22 1997, III (núm. 2º)

PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD

S. JPI ZARAGOZA Nº 2 18 mayo 1994

Pese a adquirir el bien inmueble constante matrimonio, en la escritura de compra-venta 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 priva-

tivo 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 (núm. 2º)

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 (núm. 1º)

S. APZ 10 abril 1996

Sobre la naturaleza privativa o consorcial de una furgoneta, no procede aplicar la presunción de comunidad, cuando la misma no consta como titularidad, al menos, de alguno de los cónyuges.

22 1997, III (núm. 2º)

**6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL
LEGAL: PASIVO**

S. APZ 11 julio 1994

El demandado apelado vende un inmueble privativo, haciéndose cargo de los gastos de comunidad los compradores, siendo esta deuda a cargo del vendedor. De la reintegración de la misma a los compradores responde el patrimonio privativo del cónyuge deudor.

36 1995, I (núm. 1º)

S. APH 15 diciembre 1994

Activo: naturaleza privativa o común de determinados bienes; carácter común de las mejoras realizadas a costa del caudal común sobre bienes privativos de uno de los cónyuges; los bienes enajenados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro se han de computar en el activo actualizando el importe de la venta.

Pasivo: deuda contraída por uno de los cónyuges antes del matrimonio para adquirir un bien común.

Separación matrimonial: los gastos de educación y crianza de los hijos son a cargo del caudal común, siendo su régimen jurídico el establecido en el art. 90 C.c. y no el del art. 41.1 Comp.

18 1996, II (núm. 1º)

CARGAS DEL MATRIMONIO

S. JPI ZARAGOZA Nº 14 31 enero 1995

Es carga de la comunidad conyugal el importe de los materiales usados en las obras llevadas a cabo en el domicilio conyugal; la suma reclamada por la olla rápida, pagada al contado por el actor cuando el matrimonio ya estaba separado de hecho no ocupando la esposa el domicilio conyugal, no puede catalogarse como una carga del art. 41.º.

41 1997, III (núm. 1º)

S. JPII MONZÓN 15 febrero 1995

Los gastos de la vivienda conyugal son de cargo de la comunidad, con derecho de reintegro en favor del cónyuge que hubiera aportado bienes privativos para su pago; no obstante, hasta la disolución de la comunidad conyugal se presume que tales pagos se han realizado con dinero común (arts. 37.2 y 40 Comp.); los gastos jurídicos y «litis expensas» forman parte del pasivo del patrimonio consorcial (art. 1.318.3 C.c.).

44 1997, III (núm. 1º)

S. JPI ZARAGOZA Nº 13 19 julio 1995

Las deudas reclamadas por el actor (gastos de la comunidad de propietarios y derramas extraordinarias devengadas en relación al arreglo de la fachada del inmueble) encuentran su fundamento en el uso que de dicho inmueble se viene haciendo por ambos esposos, y los gastos que tal utilización comportan se han de encuadrar en el apartado 1º del art. 41 Comp., siendo, en consecuencia, esta deuda una carga de la comunidad matrimonial desde el mismo momento de su generación.

57 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 10 abril 1996

El actor, en relación con el negocio de bar que explotaban ambos cónyuges, reclama un crédito por la pérdida del negocio y otro

por la mitad de los beneficios obtenidos en ese período de tiempo. Aunque los frutos obtenidos por la explotación del negocio sí pertenecían al patrimonio conyugal (art. 37.3º), hay que considerar también la afección de los mismos a las cargas de la comunidad o a las atenciones familiares de una y otra parte (art. 41), más que considerables en el caso de la demandada.

22 1997, III (núm. 2º)

• **DERECHO REAL SOBRE LA VIVIENDA EN PAGO DE AYUDA DOMÉSTICA**

S. JPI ZARAGOZA Nº 14 31 enero 1995

El derecho real creado por los cónyuges a favor del actor (padre viudo del marido), en reconocimiento hacia el mismo por su ayuda, concediéndole, con carácter vitalicio, las facultades de aprovechar, utilizar y disfrutar de la vivienda conyugal, ha resultado limitado por el preferente incompatible derecho de la esposa al uso exclusivo de la vivienda conyugal reconocido en sentencia de separación, pero el actor tiene derecho a percibir una indemnización por la privación del ejercicio de su derecho, a cargo de la sociedad conyugal.

41 1997, III (núm. 1º)

• **GASTOS DE LITIGIO DE UN CÓNYUGE**

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 (núm. 1º)

S. APH 26 julio 1994

Litisexpensas: Carga de la sociedad conyugal.

14 1996, II (núm. 1º)

CARGAS USUFRUCTUARIAS

S. TSJA 29 noviembre 1996

El crédito por mantenimiento del vehículo, aportado como privativo a la comunidad conyugal, es carga de la misma como establece el art. 41.3º Comp.: Lo son «las atenciones

de los bienes privativos propias de un diligente usufructuario».

3 1997, III (núm. 1º)

DEUDAS ANTERIORES AL MATRIMONIO

S. TSJA 29 noviembre 1996

Los créditos que invoca el marido frente a la comunidad conyugal, en cuanto que son deudas anteriores al matrimonio y no fueron invocadas ni reclamadas durante éste, con base y con la limitación que exige el art. 45 Comp., no pueden exigirse cuando esa comunidad está ya disuelta.

3 1997, III (núm. 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 (núm. 1º)

S. APH 10 julio 1995

Los créditos solicitados para la reconstrucción de unas edificaciones sobre solar privativo del marido —sin perjuicio de que dicho bien sea privativo de éste— forman parte del pasivo de la comunidad conyugal como dice el art. 41.5 Comp., sin perjuicio de los reembolsos a que ello deba dar lugar.

18 1997, III (núm. 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 cual 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 (núm. 2º)

DEUDAS DE GESTIÓN

S. APZ 25 abril 1994

Tercería de dominio interpuesta por un cónyuge sobre inmueble perteneciente al con-

sorcio 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 (núm. 1º)

S. TSJA 20 diciembre 1996

Al garantizar personalmente uno de los cónyuges una deuda de la sociedad mercantil de la que es parte, actúa en favor de la explotación regular de sus negocios, al igual que cuando recibe un préstamo por esa misma razón. En consecuencia, y de conformidad con lo establecido en los arts. 42 y 41.5 Comp., quedan obligados por dichas deudas los bienes de la comunidad conyugal. No es de aplicación, por lo tanto, el art. 46 Comp. al encontrarnos ante una deuda común.

4 1997, III (núm. 1º)

• ANTES DE LA REFORMA DE 1985

S. JPI ZARAGOZA N° 3 10 marzo 1995

El art. 42 de la Comp. de 1967 no contemplaba los actos de disposición incluidos en el tráfico habitual de la profesión o negocio, explícitamente acogidos en el nuevo art. 48.

47 1997, III (núm. 1º)

• DERIVADAS DEL EJERCICIO DEL COMERCIO

S. APZ 22 marzo 1995

La Sala acepta la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo y, por ello, considera viable el embargo trabajado sobre los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal por las deudas contraídas por la sociedad limitada con la que está confundida; además señala que, a tal efecto, es indiferente que la tercerista no hubiera participado en la realización de la actividad mercantil que constituyía el objeto social, en tanto que por disposición bien del art. 6 del Ccom., bien del art. 42 Comp., bien del art. 66 de dicha Compilación o, por último del art. 1.401 del Cc., los bienes comunes embargados habrán de responder de las deudas contraídas en el desarrollo de tal actividad, y ello con independencia de que las deudas hubieren sido contraídas antes o después del fallecimiento del esposo.

32 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 14 julio 1995

Entre la sociedad conyugal a quien se atribuye la titularidad formal de los bienes objeto de la traba y la de responsabilidad limitada (SA) demandada existe una total comunidad de intereses económicos, causante de su confusión, por lo que, una vez descubierto el fondo encubierto por la ficción legal (teoría del levantamiento del velo), la pretensión de separar titularidades formales a efectos de impedir el embargo no resulta procedente. Por lo demás, es indiferente que la tercera no hubiera participado en la realización de la actividad mercantil que constitúa el objeto social de la empresa familiar (arts. 6 Ccom., 42 y 66 Comp. o 1.401 Cc.)

36 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 10 abril 1996

La parte demandada en la primera instancia señala como incluidas en el pasivo de la comunidad una serie de facturas por gastos de representación y defensa por litigios mantenidos frente al actor.

En aplicación del art. 1.318 Cc., se ha de tener en cuenta que estos gastos son de cuenta del caudal común cuando el litigante carezca de bienes propios suficientes, lo que no se da en el supuesto de autos, dados los saldos a favor de la demandada y propiedades inmuebles de su exclusiva titularidad.

22 1997, III (núm. 2º)

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 (núm. 1º)

S. APH 24 abril 1995

Sin perjuicio de considerar privativo del marido el bien adquirido por éste a costa del producto de los bienes hereditarios de la herencia de su abuela, existe una deuda en favor de la comunidad por la parte del precio que quedó aplazada, en virtud de lo regulado en los arts. 46 y 47 Comp.

14 1997, III (núm. 1º)

• APLICACIÓN DEL ART. 1.373 Cc.**S. APZ 4 febrero 1995**

En caso de embargo de bienes comunes por deudas posteriores privativas de un cónyuge, el cónyuge no deudor, para salvaguardar el valor que en el patrimonio común le corresponde, tiene la facultad concedida por el art. 1.373 del Cc. de exigir que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal; facultad que es un límite a la responsabilidad de los bienes comunes, para salvaguardar, en interés de la familia, la parte de esos bienes que no corresponden al cónyuge deudor, y que el otro precisa para atender las necesidades familiares, que quedan así protegidas frente a una gestión patrimonial del cónyuge deudor dañosa para los derechos del otro.

31 1997, III (núm. 1º)

• CONTINUACIÓN DEL EMBARGO TRAS LA LIQUIDACIÓN**S. APZ 4 febrero 1995**

Estimada la pretensión del cónyuge no deudor, el embargo realizado proseguirá ejecutándose sobre bienes que respeten el valor que corresponda al cónyuge no deudor en el consorcio liquidado, según el balance que habrá de presentar el cónyuge no deudor para limitar de ese modo el apremio seguido, pues, de no hacerlo así, continuará el apremio sobre los bienes trados para satisfacer los derechos del acreedor.

31 1997, III (núm. 1º)

• DERIVADAS DEL EJERCICIO DEL COMERCIO**S. APZ 4 febrero 1995**

Aunque la deuda privativa de un cónyuge proceda del ejercicio del comercio se aplica el régimen del art. 46 de la Compilación integrado con la facultad aludida del art. 1.373 del Cc., y no, como pretendía el Juzgado, los arts. 6, 7 y 8 del Ccom. que establecen la posibilidad de obligar a los bienes comunes por el ejercicio del comercio de persona casada, en función del consentimiento presunto otorgado a ese ejercicio por el otro cónyuge.

31 1997, III (núm. 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 (núm. 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 indivisa de un inmueble común dada la naturaleza de la sociedad conyugal.

34 1996, II (núm. 1º)

• *ESTIMACIÓN JUDICIAL DE LA PETICIÓN DE DISOLUCIÓN*

S. APZ 4 febrero 1995

La estimación judicial de la exigencia de disolución formulada por el cónyuge no deudor, según la Resolución de la DGRN de 24 septiembre 1987, «va a depender de la voluntad de ese cónyuge, y es desde luego inexcusable cuando la actuación del deudor significa un daño o peligro para los derechos del otro cónyuge (art. 1.373.2 Cc.)»

31 1997, III (núm. 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 tercera.

5 1996, II (núm. 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 (núm. 2º)

S. APH 10 julio 1995

Los créditos solicitados para la reconstrucción de unas edificaciones sobre solar privativo del marido forman parte del pasivo de la comunidad, y al quedar los edificios como propiedad privativa de aquél, el otro cónyuge adquiere un derecho de crédito contra la comunidad de bienes matrimonial equivalente a la mitad del dinero invertido en la reedificación, como enseñan los arts. 55 a 58 Comp.; crédito que pasa en este caso al hijo adoptivo —demandado en este pleito— del cónyuge acreedor al mismo y ya fallecido.

18 1997, III (núm. 1º)

S. JPI ZARAGOZA N° 13 19 julio 1995

La deuda que se reclama al actor es consocial, y no es necesario demandar también a la esposa, sin que ello suponga la imputación tan solo al demandado de la deuda —que es común— porque supone el nacimiento a su favor de un crédito contra la comunidad ganancial que entre los cónyuges corresponde abonar conforme a las normas específicas que para tal caso se recogen en los arts. 1.364 Cc. y 47 Comp.

57 1997, III (núm. 1º)

S. TSJA 29 noviembre 1996

El destinar cantidades que procedían de un negocio de ambos cónyuges aportando a la comunidad, constante matrimonio, por uno de ellos en algo que no supone un gasto de cuenta de la misma, no puede negarse se hizo en detrimento del patrimonio común, de acuerdo con el art. 37.2 Comp. Ese gasto ha de tenerse en cuenta a la hora de la liquidación de la comunidad.

3 1997, III (núm. 1º)

RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES

• DESPUES DE LA DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD LEGAL

A. PRES. TSJA 24 diciembre 1992

Todos los bienes comunes responden siempre, frente a terceros y responden los esposos con tales bienes, directamente frente al acreedor, por las deudas comunes. Y esa responsabilidad se prolonga más allá de la vigencia de la sociedad consensual, 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 (núm. 1º)

S. TS 24 mayo 1995

Presupuesta la validez de los pactos documentados por las partes y del contenido real de los mismos ha de prosperar la petición de la parte actora de que dicho documento se eleve a escritura pública. En consecuencia se desestima lo solicitado de la parte demandada que pretendía la nulidad de tales acuerdos alegando la falta de consentimiento de la esposa de uno de los contratantes, puesto que aun siendo preciso el consentimiento de ambos cónyuges para realizar actos de disposición sobre bienes gananciales, es doctrina jurisprudencial que el consentimiento de la mujer puede ser expreso o tácito, anterior o posterior al negocio y también inferido de las circunstancias concurrentes.

7 1996, II (núm. 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 (núm. 1º)

S. JPI ZARAGOZA Nº 13 19 julio 1995

En aplicación del art. 48 Comp. y 1.385.2 Cc., cualquiera de los cónyuges está legitimado respecto del otro y respecto de tercero para la defensa del común, lo que supone, por contra, la facultad del tercero de accionar contra el cónyuge que frente a él ha aparecido como representante de la comunidad.

57 1997, III (núm. 1º)

• ANTES DE LA REFORMA DE 1985

S. JPI ZARAGOZA Nº 3 10 marzo 1995

En 1979 el esposo vende a sus cuatro hermanos cuatro quintas partes de un inmueble de la comunidad consensual, sin consentimiento de su mujer y a precio muy bajo. El Juez estima que el contrato es nulo de pleno derecho por aplicación del art. 51 de la Comp. (redacción de 1967), en relación con el art. 1.413 del Cc. vigente en 1979.

47 1997, III (núm. 1º)

6633: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: GESTIÓN

ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES COMUNES

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 (núm. 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 (núm. 1º)

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 (núm. 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 (núm. 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 dispuesto. No procede aplicar a este supuesto el art. 42 Comp., pues el cónyuge dispuesto no ha ejercitado «facultades legales».

2 1996, II (núm. 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 (núm. 1º)

GESTIÓN DE LOS BIENES PRIVATIVOS

S. APH 10 julio 1995

Las fincas discutidas son privativas de los demandantes reconvenidos, al haberlas adquirido por herencia (art. 38.1 Comp.), correspondiéndoles a ellos, en consecuencia, la administración y disposición sobre dichos bienes (art. 51 Comp.), por ello la cuestión debatida no puede afectar a las esposas directamente, puesto que si sus maridos pueden vender sus propias fincas sin la intervención de sus cónyuges, con mayor motivo pueden defenderlas en juicio sin la mediación de sus consortes.

18 1997, III (núm. 1º)

S. APH 5 octubre 1995

La finca en cuestión es un bien privativo de la demandada; en consecuencia, a ella le corresponde su administración y disposición (art. 51. Comp.), sin necesitar para ello que en el proceso intervenga su cónyuge, pues aun cuando el proceso pudiera afectar a éste de forma refleja, su interés protegible lo puede ejercitar al hacerse efectivo su derecho de viudedad.

19 1997, III (núm. 1º)

S. APH 4 septiembre 1996

Con la demandada se pretende el reconocimiento de la existencia de una servidumbre de paso sobre una finca del demandado; siendo la finca privativa de éste no es precisa la intervención en el proceso de su cónyuge, aunque exista el derecho expectante de viudedad (Ss. APH 11 enero, 10 julio y 5 octubre 1995); la fiducia pactada por los cónyuges en 1958 no altera la titularidad de los bienes de cada uno de ellos; y tampoco puede apreciarse la excepción de litisconsorcio pasivo necesario por el hecho de que los cónyuges hayan instituido como heredero de ambos a su hijo Miguel Ángel, pues la cosa litigiosa sigue perteneciendo actualmente, con carácter privativo, al demandado.

10 1997, III (núm. 2º)

• **DERECHO EXPECTANTE**

S. APH 29 octubre 1996

El inmueble adquirido a título lucrativo durante el matrimonio tiene la consideración de bien privativo (art. 38 Comp.) y en base a los arts. 51 y 76.1º y 2º Comp. los titulares se hallan facultados para su enajenación, teniendo facultad dispositiva sobre el mismo sin precisar del consentimiento conyugal, aunque quede subsistente el derecho expectante de viudedad foral en favor de los cónyuges de los vendedores al no constar la específica renuncia a tal derecho.

13 1997, III (núm. 2º)

• **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 reintegro-

ción de la misma a los compradores responde el patrimonio privativo del cónyuge deudor.

36 1996, II (núm. 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 (núm. 2º)

S APH 25 mayo 1995

La mitad indivisa de la vivienda familiar correspondiente al marido fue embargada y adjudicada al demandante. Posteriormente la sentencia de separación conyugal atribuye el uso exclusivo de la vivienda familiar a la esposa y los hijos. El adjudicatario de la mitad indivisa pide ahora la nulidad del derecho de uso exclusivo de la esposa. La AP declara que no puede prosperar la petición de nulidad, pero que el «ius possessio» de la esposa sobre toda la vivienda familiar no puede perjudicar al actor porque éste adquirió su mitad indivisa en subasta judicial y los arts. 96.4º, 1.320 Cc. y 51 Comp. no se aplican en los supuesto de ejecución o enajenación forzosa.

16 1997, III (núm. 1º)

**6634: RÉGIMEN MATRIMONIAL
LEGAL: DISOLUCIÓN**

EMBARGO DE BIENES COMUNES POR DEUDAS PRIVATIVAS

• *APLICACIÓN DEL ART. 1.373 Cc.*

S. APZ 4 febrero 1995

El art. 52 de la Compilación contiene una remisión expresa a los arts. 1.392 y 1.393 del Cc., y en este último se contempla la disolución de la sociedad conyugal por el embargo de la parte de un cónyuge por deudas propias del otro, regulada en el art. 1.373, con lo que este precepto es de aplicación en este territorio foral, y contiene un derecho o facultad del cónyuge no deudor, que complementa lo dis-

puesto sobre deudas posteriores (al matrimonio) privativas, en el art. 46 de la Compilación.

31 1997, III (núm. 1º)

MOMENTO

S. JPI ZARAGOZA Nº 6 12 junio 1995

La fecha que, en el caso, debe tenerse en cuenta para determinar la situación económica del consorcio disuelto no puede ser otra que la de la sentencia de separación, tal como se deduce de los arts. 95 y 1.394 Cc., de plena aplicación en Aragón.

55 1997, III (núm. 1º)

Fecha de la disolución

S. JPII MONZÓN 15 febrero 1995

A tenor de lo dispuesto en el art. 52.2 de la Compilación Aragonesa y 1.392.3 del Cc., la comunidad consorcial de muebles y adquisiciones debe entenderse disuelta desde la fecha de la firmeza de la sentencia de separación (arts. 95 y 1.397-b Cc.).

44 1997, III (núm. 1º)

RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES

• *DESPUÉS DE LA DISOLUCIÓN DE LA COMUNIDAD LEGAL*

A. PRES. TSJA 24 diciembre 1992

Todos los bienes comunes responden siempre, frente a terceros y responden los esposos con tales bienes, directamente frente al acreedor, por las deudas comunes. Y esa responsabilidad se prolonga más allá de la vigencia de la sociedad consorcial, al ser una responsabilidad personal y solidaria que, incluso, se extiende a los bienes privativos —«ultra vires»—, en ciertos supuestos (arts. 56.2 Comp. y 1.398.1 Cc.).

51 1995, I (núm. 1º)

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 (núm. 1º)

S. APZ 19 abril 1995

Entre los efectos de la sentencia firme de separación matrimonial está el de la disolución del régimen económico conyugal (art. 95 Cc.) que ya no puede seguir siendo el consorcial aragonés ni ninguno otro de comunidad, y aunque los bienes comunes sigan siendo tales a modo de «comunidad post-matrimonial», al no haberse producido la liquidación del disuelto consorcio foral (en la sentencia de separación matrimonial, la liquidación del consorcio conyugal se dejó para el trámite de ejecución de sentencia).

35 1997, III (núm. 1º)

• USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

S. JPI ZARAGOZA Nº 6 21 febrero 1995

Como en el pleito de separación judicial ambas partes han solicitado el uso del domicilio familiar, no hay otra solución que estudiar en este juicio si se trata de un bien privativo, en cuyo caso podrá usarlo inmediatamente su propietario, o consorcial, pues en este último supuesto, al no haber hijos menores del matrimonio, no se adjudicará el uso a ninguna de las partes para facilitar la liquidación.

46 1997, III (núm. 1º)

6635: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN.

AVENTAJAS

S. JPII MONZÓN 15 febrero 1995

Aunque la causa de disolución es distinta de la muerte de uno de los cónyuges, el juez

no parece descartar la posibilidad de reclamar avenencias. De hecho, ante la reclamación efectuada por la esposa, recuerda que no existe cauce procesal para hacerla valer y la deniega por falta de prueba de la existencia de los bienes reclamados.

44 1997, III (núm. 1º)

• DERECHO DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

S. APZ 19 abril 1995

El art. 57 Comp. regula un derecho del cónyuge supérstite a retirar o dextraer de los bienes comunes las llamadas «avenencias». El nacimiento de este derecho se produce, «ope legis», solamente en el caso de disolución de la sociedad conyugal por consecuencia del fallecimiento del cónyuge, tal como resulta de la dicción literal y del encuadre sistemático del art. 57 Comp., y los antecedentes históricos del precepto llevan a la misma conclusión. En el pleito la disolución del consorcio conyugal se había producido previamente a la muerte del esposo, por sentencia de separación matrimonial, por lo que la demandante carece del derecho de avenencias.

35 1997, III (núm. 1º)

• FINALIDAD

S. APZ 19 abril 1995

El derecho de avenencias no es una merced o atribución legal, basada en una liberalidad, para que el supérstite pueda retirar de la masa común determinados bienes a modo de legítima, sino que la ventaja supone la detracción de aquellos muebles comunes, pero de uso personal o de destino privativo, persiguiendo el fin de que la disolución del consorcio por muerte de un cónyuge no suponga en el viudo una interrupción radical en su forma de vida ordinaria, detrayendo esa parte de bienes necesarios a ese fin, que no tendrá que computar en la parte que en la sucesión le corresponda.

35 1997, III (núm. 1º)

• INAPLICACIÓN DEL ART. 1.321 Cc.

S. APZ 19 abril 1995

La primera cuestión a resolver es la determinación del derecho aplicable pues en la demanda se funda la pretensión de las ropas, enseres y mobiliario que constituyan el ajuar de la vivienda conyugal en los arts. 1.321 Cc. y 57 Comp., preceptos que no pueden ser aplicados

dos conjuntamente pues regulan la misma institución, en un caso para los cónyuges cuyo matrimonio se rija por el Código civil, en cuanto a sus efectos, y, el otro, cuando lo sea por el ordenamiento foral aragonés.

35 1997, III (núm. 1º)

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 (núm. 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 (núm. 1º)

S. JPII MONZÓN 15 febrero 1995

Iniciada la liquidación por los trámites del juicio de testamentaria, ante la falta de conformidad de las partes en el inventario del patrimonio común, la liquidación debe hacerse en el juicio ordinario correspondiente (art. 1.088 Lec.).

44 1997, III (núm. 1º)

A. APZ 4 mayo 1995

Pese a que la materia es dudosa y no existe una jurisprudencia consolidada, a la vista de los arts. 90, 91 y 95 Cc., cabe entender que la liquidación del régimen matrimonial es una consecuencia de la separación, divorcio o nulidad (art. 95 en relación con el 1.396), pudiendo hacerse en trámite de ejecución de sentencia por los Jueces de familia, discutiéndose únicamente si éstos dejan de ser competentes en caso de que se formule oposición, haciéndose contenciosa la liquidación; en tal situación, aunque se estime que las cuestiones contenciosas deben sustanciarse por los trámites del juicio declarativo que corresponda, no se trata de un proceso autónomo del que deba entender otro Juez, sino de un incidente de la ejecución del que debe conocer el mismo Juez

que entiende de ésta, tal como ocurre con las tercerías de dominio y de mejor derecho.

37 1997, III (núm. 1º)

S. APH 28 noviembre 1996

La pretensión de liquidación y división de la sociedad conyugal disuelta por sentencia de separación fue rechazada por haberse seguido un procedimiento inadecuado (el declarativo de menor cuantía); posteriormente se instó la ejecución de la sentencia dictada en el proceso matrimonial y, en pieza separada seguida por el trámite de la testamentaria, se intentó la formación de inventario: por auto se dio por terminada la liquidación reservando a las partes su derecho a acudir al correspondiente declarativo. Interpuesto el nuevo menor cuantía, insiste el recurrente en que se aprecie la excepción de inadecuación del procedimiento que ahora es rechazada por haberse seguido hasta donde fue posible el cauce procesal del art. 55 Comp.

14 1997, III (núm. 2º)

CONVIVENCIA «MORE UXORIO»

S. TSJA 29 noviembre 1996

En la liquidación del consorcio conyugal, tanto si se hace en ejecución de sentencia como en juicio declarativo ordinario, el Juez no debe entrar a resolver las consecuencias económicas de la situación de convivencia de hecho, previa al matrimonio, que existió entre las partes; se trata de un problema ajeno al litigio y que no puede incluirse en el concepto de declaraciones meramente complementarias del tema.

3 1997, III (núm. 1º)

DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE

S. JPII MONZÓN 15 febrero 1995

El juez señala que la vivienda conyugal no puede ser objeto de adjudicación preferente a la esposa por el hecho de que la sentencia de divorcio le atribuyese su uso hasta la liquidación.

44 1997, III (núm. 1º)

DEUDAS ANTERIORES AL MATRIMONIO

S. TSJA 29 noviembre 1996

Los créditos que invoca el marido frente a la comunidad conyugal, en cuanto que son deudas

anteriores al matrimonio y no fueron invocadas ni reclamadas durante éste, con base y con la limitación que exige el art. 45 Comp., no pueden exigirse cuando esa comunidad está ya disuelta.

3 1997, III (núm. 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 tratabo 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 no prejuzga ni puede vincular al Registrador en el ejercicio de su función calificadora.

51 1996, II (núm. 1º)

INVENTARIO

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 (núm. 1º)

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 1996, II (núm. 2º)

S. TSJA 29 noviembre 1996

En el inventario deben incluirse solamente aquellos bienes que se hallen en poder de cualquiera de los cónyuges al tiempo de formalizarlo y que, «real o presuntivamente, sean comunes por consorcio matrimonial, así como aquellos de igual naturaleza que se pruebe existían al cesar la comunidad matrimonial», como resulta de la adecuación del art. 55 Comp. a las situaciones de quiebra del matrimonio, lo que no impide hacer mención de los bienes aportados como privativos si hubiese necesidad de imputación de créditos consorciales frente a los mismos.

3 1997, III (núm. 1º)

- **CONTENIDO**

S. JPI ZARAGOZA N° 6 12 junio 1995

La determinación de los bienes y derechos que forman parte del haber consorcial y también de las obligaciones y deudas del pasivo consorcial en fase de liquidación se hace conforme a los arts. 1.396 y 1.397 del Cc. y siguientes de la Compilación de Aragón (sic).

55 1997, III (núm. 1º)

LEGITIMACIÓN PASIVA

S. JPI ZARAGOZA N° 6 12 junio 1995

Se estima la excepción de falta de legitimación pasiva interpuesta por uno de los hijos demandados conjuntamente con la esposa, porque los actos liquidatorios del consorcio conyugal no afectan a los hijos y el art. 1.402 Cc. sólo permite la intervención de los acreedores.

55 1997, III (núm. 1º)

LIQUIDACIÓN ORDINARIA

- **REINTEGROS Y REEMBOLSOS**

S. JPII MONZÓN 15 febrero 1995

Las aportaciones en metálico al matrimonio hechas por los cónyuges son bienes priva-

tivos, pues constan debidamente en las certificaciones de la Caja Rural (art. 39.6 Comp.), por lo que procede el reintegro de tales cantidades a los cónyuges con carácter previo a la división (art. 56.1 Comp.).

44 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 10 abril 1996

En relación con un terreno y la edificación construida sobre él, que fue adquirida por los hijos de la demandada, lo único que procede es tener en cuenta el valor del terreno y la edificación realizada sobre él, constante, matrimonio y, por lo tanto, reconocer en favor del actor un crédito por la mitad de dicho valor con cargo a la masa, ya que la esposa dispuso indebidamente en provecho de sus hijos de ese caudal común. Por lo tanto, el actor debe ser reintegrado en dicho valor.

22 1997, III (núm. 2º)

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 (núm. 1º)

PRESUNCIÓN DE APROVECHAMIENTO COMÚN

S. JPI ZARAGOZA N° 6 12 junio 1995

Los rendimientos ordinarios y periódicos procedentes del trabajo de los cónyuges se presumen invertidos en el levantamiento de las cargas familiares y de los hijos no comunes que convivan con aquéllos.

55 1997, III (núm. 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 (núm. 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 (núm. 1º)

67: COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA

BIENES COMUNES

S. TS 1 julio 1996

El negocio denominado Viveros JB era un bien consorcial del matrimonio, fallecido el marido, y con base en el segundo testamento mancomunado de ambos cónyuges, y en aplicación de los arts. 60 a 63 y 65 Comp. (cuyos preceptos no nos es dado examinar aquí, por lo que ya se dijo en el fundamento jurídico 4º de esta resolución), el expresado negocio pasó a pertenecer a la comunidad conyugal con-

tinuada existente entre la viuda y los tres hijos del matrimonio.

6 1997, III (núm. 1º)

CARGAS Y DEUDAS COMUNES

- *OBLIGACIONES DEL CÓNYUGE FALLECIDO*

S. JPII EJEA N° 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 (núm. 2º)

CUANDO TIENE LUGAR

S. TS 1 julio 1996

El negocio denominado Viveros JB era un bien consorcial del matrimonio, fallecido el marido, y con base en el segundo testamento mancomunado de ambos cónyuges, y en aplicación de los arts. 60 a 63 y 65 Comp. (cuyos preceptos no nos es dado examinar aquí, por lo que ya se dijo en el fundamento jurídico 4º de esta resolución), el expresado negocio pasó a pertenecer a la comunidad conyugal continuada existente entre la viuda y los tres hijos del matrimonio.

6 1997, III (núm. 1º)

- *CONTINUACIÓN CON LOS DESCENDIENTES*

S. APT 5 diciembre 1995

Disuelta la sociedad conyugal de los padres de los litigantes por muerte del primero de ellos, continuó la misma entre la viuda y sus tres hijos al no haber pedido la liquidación ninguno de los interesados en la comunidad (arts. 52 y ss. y 60 y ss. Comp.).

29 1997, III (núm. 1º)

DISOLUCIÓN Y DIVISIÓN

- *PARTICIÓN EN TESTAMENTO DEL VIUDO*

S. APT 5 diciembre 1995

La viuda y madre de los litigantes otorga testamento en el que les instituye herederos en todos sus bienes y acciones, y, a la vez, efectúa la distribución de todos los bienes del ma-

trimonio (de los suyos propios y de los de su esposo, que permanecían indivisos) entre los tres hijos adjudicando a cada uno de ellos lotes concretos. Esta partición es perfectamente válida, dado los prevenidos por el art. 1.056 Cc. en relación con el 1.2 y los 53, 65 y 67 Comp., y porque los tres hermanos nombrados herederos expresaron, en las escrituras de aceptación de la herencia y de ratificación de la partición, su acuerdo y conformidad con la partición y concretas adjudicaciones.

29 1997, III (núm. 1º)

68: VIUDEDAD

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 (núm. 1º)

LIMITACIONES

S. TSJA 11 julio 1994

El art. 73.1 contiene una restricción legal imperativa que impone que el usufructo viudal no puede exceder de la mitad del valor del caudal hereditario. De la imperatividad de la norma, y de la concurrencia de las circunstancias en ella prevista, se deriva la ineficacia absoluta de la disposición testamentaria (válida) que establece un «usufructo viudal universal».

13 1995, I (núm. 1º)

S. APZ 16 septiembre 1996

Se declara la nulidad de cláusula testamentaria en que el testador «lega a su esposa el usufructo universal de su herencia, con cargo al tercio de libre disposición», tratándose de bínubo con descendencia conocida con anterioridad. El art. 73 Comp. tiene carácter imperativo y persi-

gue asegurar a los descendientes anteriores a las segundas nupcias la plena propiedad de la mitad del caudal relicto, interpretación más acorde con el art. 125 Comp., que no permite gravámenes sobre la legítima a favor del cónyuge.

27 1997, III (núm. 2º)

• **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 vitalicio concurriendo el cónyuge viudo con descendencia del premuerto. Nulidad parcial de una cláusula testamentaria por lesionar la legítima.

30 1996, II (núm. 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 viuditatis» y enraizada en el pueblo aragonés.

13 1995, I (núm. 1º)

PRINCIPIOS

S. TSJA 11 julio 1994

La viudedad es un derecho inalienable, renunciable, reducible en su extensión, e inspirado en el principio del «favor viuditatis».

13 1995, I (núm. 1º)

682: EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD

BIENES AFECTOS

• **COMIENZO DE LA AFECCIÓN**

S. JPI ZARAGOZA N° 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 patri-

monio del demandado y quedado sometida al derecho expectante de viudedad que configura el art. 76.1 de la Compilación.

13 1996, II (núm. 2º)

• **LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO**

S. APH 10 julio 1995

La excepción de litisconsorcio pasivo necesario debe ser rechazada, pues hay que partir de que las fincas disputadas son privativas de los demandantes reconvenidos, correspondiéndoles a ellos la administración y disposición sobre dichos bienes. Por ello la cuestión debatida no puede afectar a las esposas directamente, y aun cuando el resultado del pleito pudiera afectarles de manera refleja, su interés protegible cabría ejercitárolo al hacerse efectivo su derecho de viudedad, es decir, a la muerte de su marido.

18 1997, III (núm. 1º)

S. APH 5 octubre 1995

Cuando los bienes son privativos del cónyuge demandado no es necesario demandar también a su consorte, y ello aun cuando dichos bienes estén afectos al derecho expectante de viudedad, ya que el interés del cónyuge con derecho expectante queda garantizado al hacerse efectivo su derecho de viudedad, es decir a la muerte, en este caso, de su esposa.

19 1997, III (núm. 1º)

S. TSJA 12 febrero 1996

Los recurrentes alegan la falta de litisconsorcio pasivo necesario al no formular los demandados su demanda reconvencional también contra las esposas de los actores-reconvenidos. Ante ello, la Sala señala que, aun recayendo el derecho expectante de las esposas sobre los bienes privativos de los actores, dicho derecho en nada queda afectado aun cuando no sean citadas al juicio, por lo que no procede esta excepción.

1 1997, III (núm. 1º)

ENAJENACIÓN DE BIENES AFECTOS

S. TS 24 mayo 1995

Presupuesta la validez de los pactos documentados por las partes y del contenido real de los mismos ha de prosperar la peti-

ción 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 (núm. 1º)

S. APH 29 octubre 1996

El inmueble adquirido a título lucrativo durante el matrimonio tiene la consideración de bien privativo (art. 38 Comp.) y en base a los arts. 51 y 76.1º y 2º Comp. los titulares se hallan facultados para su enajenación, teniendo facultad dispositiva sobre el mismo sin precisar del consentimiento cónyugal, aunque quede subsistente el derecho expectante de viudedad foral en favor de los cónyuges de los vendedores al no constar la específica renuncia a tal derecho.

13 1997, III (núm. 2º)

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 (núm. 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. 76.2º Comp.). La acción para solicitar tal renuncia subsidiaria, corresponde al cónyuge enajenante y no a un tercero (aunque sea propietario de los bienes), habida cuenta de que lo que el Juez suple no es el consentimiento a la enajenación de bien privativo, sino la renuncia al derecho expectante.

1 1996, II (núm. 1º)

S. TSJA 30 octubre 1996

Para poder recabar del Juez la «extinción» deben concurrir: a) Un elemento personal, que el solicitante «propietario» sea uno de los cónyuges del matrimonio con los bienes que se relacionan, pero nunca un tercero, como es el adquirente; b) Un elemento temporal: Que la petición o pretensión de la «extinción» debe efectuarse y conseguirse, con carácter general, antes de proceder a la enajenación del bien sobre el que recaía el derecho expectante; c) un elemento objetivo, que la norma no es aplicable exclusivamente a los bienes consorciales, supuesto en el que incluso la doctrina duda, pero sí que es evidentemente aplicable a los bienes propios de uno de los cónyuges; d) un elemento causal: Debe concurrir alguno de los elementos que justifique la actuación judicial, y en lo que hace al abuso de derecho éste debe darse frente al otro cónyuge.

2 1997, III (núm. 1º)

• ABUSO DE DERECHO

S. TSJA 30 octubre 1996

El abuso de derecho, a que hace referencia la parte recurrente, está fuera del ámbito del art. 76 de la Comp., pues el abuso de derecho afecta y puede existir por parte del cónyuge que no está dispuesto a renunciar a su derecho expectante de viudedad frente al cónyuge a quien tal negativa le supone una imposibilidad o grave dificultad en la enajenación de un bien.

2 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 7 febrero 1996

La legitimación activa para ejercitar el derecho reconocido en el art. 76 únicamente la posee el cónyuge titular del bien privativo, cuya transmisión se ve dificultada por la negativa abusiva a la renuncia del derecho expectante de su consorte. Pero esta regulación no deroga ni elimina el derecho de todo interesado a acudir al amparo del art. 7 Cc. La actitud obstativa de los vendedores a entregar los bienes libres de cargas, amparándose en el derecho expectante, casi tres años después de la firma del contrato, constituye un ejercicio antisocial del mismo, por lo que no puede verse amparada tal conducta por los tribunales, que han de impedir el ejercicio anormal de la misma.

20 1997, III (núm. 2º)

FUENTES

S. APH 10 julio 1995

Tal y como dispone el art. 75 Comp., el derecho de viudedad contemplado en el art. 72 Comp. se rige, en orden de prelación, por el pacto, la costumbre, las disposiciones del Tit. VI del lib. I, y por las del Código civil. A falta de pacto y de costumbre que puedan modificar las normas contenidas en dicho Título, y por lo que respecta al abono de mejoras y expensas hechas por el viudo usufructuario, se ha de aplicar el Código civil, según dispone el art. 84.2 Comp.

18 1997, III (núm. 1º)

NATURALEZA

S. APZ 7 febrero 1996

El derecho expectante de viudedad es un derecho personalísimo, de carácter familiar, que no impide la enajenación del bien, aunque su falta de renuncia afecta al bien transmitido con un gravamen real y de eficacia repersecutoria.

20 1997, III (núm. 2º)

RENUNCIA

S. APZ 7 marzo 1994

La renuncia al derecho expectante de viudedad no implica la renuncia al derecho de viudedad foral; límites al usufructo viudal concurriendo el cónyuge viudo con descendencia del premuerto. Nulidad parcial de una cláusula testamentaria por lesionar la legítima.

30 1996, II (núm. 1º)

S. APZ 7 febrero 1996

En los bienes consorciales no se exige la renuncia expresa al derecho expectante, precisamente porque la ley exige el consentimiento de ambos para que la enajenación sea válida (art. 48), y estando ambos consortes, aunque nada se diga al respecto, «se presume» que la enajenación o su consentimiento equivale a la renuncia de aquél derecho. En el caso de los bienes privativos no se regula la presunción de la renuncia, pues el derecho expectante podría ser obviado, al no requerirse en la enajenación la presencia del cónyuge no titular de aquel derecho (art. 51).

20 1997, III (núm. 2º)

• ANALOGÍA

S. APZ 7 febrero 1996

En lo que hace a la regulación de la renuncia al derecho expectante, según los bienes sean consorciales o privativos, no deben ir más allá de las diferencias de su teleología. Las razones de identidad entre la venta de bienes comunes con presunción de renuncia y la venta del bien privativo que constituye el domicilio familiar, encuentra una analogía superior en grado a la del art. 4 Cc. Existe una identidad de tratamiento, regulado específicamente en el art. 51.

20 1997, III (núm. 2º)

• *NO ES PRECISA EN LA DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO**A. PRES. TSJA 22 octubre 1992*

No es precisa la renuncia al expectante decho 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 contradicción situación de una concurrencia de derechos expectantes de viudedad sobre las antiguas cuotas indivisas y sobre los bienes adjudicados.

48 1996, II (núm. 1º)

SOBRE BIENES LITIGIOSOS

S. APH 4 septiembre 1996

Con la demanda se pretende el reconocimiento de la existencia de una servidumbre de paso sobre una finca del demandado; siendo la finca privativa de éste no es precisa la intervención en el proceso de su cónyuge, aunque exista el derecho expectante de viudedad (Ss. APH 11 enero, 10 julio y 5 octubre 1995).

10 1997, III (núm. 2º)

• *LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO**S. JPII BOLTAÑA 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 (núm. 2º)

683: EL USUFRUCTO VIDUAL

DERECHO TRANSITORIO

S. TSJA 12 febrero 1996

De conformidad con lo dispuesto en la DT. 4^a Comp., no se rigen por este Cuerpo legal los usufructos viduales causados con anterioridad a su entrada en vigor, y como quiera que el usufructo referido en el pleito comenzó el 18 de noviembre de 1945, es evidente que todo lo concerniente a la liquidación de la comunidad conyugal debe regirse por las disposiciones del Apéndice.

1 1997, III (núm. 1º)

DERECHOS Y OBLIGACIONES

S. TSJA 12 febrero 1996

El recurrido, en cuanto heredero de la usufructuaria, tiene derecho a retirar las mejoras que sean susceptibles de ello, sin perjuicio de los inmuebles, de conformidad con lo dispuesto en el art. 72.3 del Apéndice, sin que pueda reclamar reintegro alguno por tales mejoras, tanto útiles como de recreo. En cuanto a los gastos de conservación, seguros y reparaciones, tanto ordinarias como extraordinarias, son de su cargo, al disponerlo así el art. 72.1 del Apéndice de 1925.

1 1997, III (núm. 1º)

EXTINCIÓN

• ANALOGÍA

S. JPI ZARAGOZA N° 14 14 enero 1994

Las causas de extinción del usufructo vital (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 (núm. 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 vital. Se desestima el recurso.

8 1996, II (núm. 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 (núm. 1º)

S. AP BARCELONA 23 marzo 1994

La renuncia al usufructo de viudedad (modo de extinción previsto en el núm. 1º del art. 86 Comp.) sólo alcanza sentido si abarca la totalidad del derecho y cuando se produce sobre un bien determinado.

2 1997, III (núm. 2º)

• VIDA MARITAL ESTABLE

S. JPI ZARAGOZA N° 13 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 (núm. 2º)

S. AP LLEIDA 17 enero 1995

Ha quedado suficientemente acreditada la concurrencia de la causa de extinción del usufructo vital prevista en el art. 86.2 Comp., consistente en llevar el cónyuge viudo vida marital estable, lo que equivale a mantener una relación paraconyugal duradera con una misma persona. No es preciso sin embargo que concuerren para ello los requisitos que expone el ape-

lante (respeto y ayuda mutua, actuación en interés de la familia, convivencia, fidelidad y socorro mutuo), pues los mismos están tomados de la regulación del matrimonio en el Código civil.

39 1997, III (núm. 1º)

S. AP BARCELONA 20 abril 1995

No habiendo prueba satisfactoria de las afirmaciones de los reconviniéntes de que el viudo demandante ha convivido de forma estable con tercera persona, lo que provocaría la extinción de la viudedad foral conforme a lo establecido en el art. 86.2 Comp., no cabe declarar extinguido el derecho de viudedad del demandante.

38 1997, III (núm. 1º)

POSESIÓN DE LOS PROPIETARIOS

S. TSJA 12 febrero 1996

Al caso de autos sería de aplicación el art. 74 del Apéndice foral, pero en este caso hemos de tener en cuenta que la norma se refiere a los sucesores que obran diligentemente cuando se extingue el usufructo de viudedad, pero no cuando, en casos como el presente, dichos sucesores guardan silencio absoluto sobre la posesión de las heredades y consienten que continúe en su explotación y que realice determinadas obras el heredero de la usufructuaria.

1 1997, III (núm. 1º)

7: DERECHO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

71: EN GENERAL, MODOS DE DELACIÓN. NORMAS COMUNES

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 (núm. 2º)

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 (núm. 2º)

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 (núm. 2º)

SEGURO DE VIDA

- *HEREDEROS LEGÍTIMOS*

S. APH 13 febrero 1995

El capital asegurado mediante una póliza de seguro de vida no forma parte del patrimonio del causante ni del caudal hereditario del mismo, de manera que cuando dicho causante señalara como beneficiarios de su seguro de vida a sus herederos legítimos, entiende esta Sala que por tales hay que considerar a los herederos forzados a tenor de lo dispuesto en los arts. 128 Comp. y 931 a 934 Cc.; o sea a los hijos del causante, incluido entonces al hijo extramatrimonial del causante reconocido con anterioridad al otorgamiento de la póliza de seguro. En vista de ello, no se estima aceptable la interpretación de los demandados de que herederos legítimos serán los que resulten de la aplicación de la fiducia ordenada por el causante en capítulos matrimoniales.

8 1997, III (núm. 1º)

712: MODOS DE DELACIÓN

S. APH 13 febrero 1995

En Aragón la sucesión puede deferirse por testamento, por pacto y por la ley. En vista de ello, no puede admitirse lo mantenido por la parte demandante al alegar que le corresponde de la quinta parte de los bienes de su padre, pues ello supondría que éste ha muerto intestado, lo que resulta incierto pues reguló su sucesión por capítulos matrimoniales, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el art. 127 Comp.

8 1997, III (núm. 1º)

714: BENEFICIO LEGAL DE INVENTARIO

S. JPI ZARAGOZA Nº 13 19 enero 1995

La sentencia omite toda referencia al sistema aragonés de aceptación de herencia (art. 138 Comp.) y, con base en el art. 1.2 de la Compilación, aplica el sistema del Código civil distinguiendo entre la aceptación pura y simple de responsabilidad personal ilimitada y la aceptación a beneficio de inventario que exige ciertos trámites para conseguir la limitación de responsabilidad del heredero a los bienes de la herencia.

40 1997, III (núm. 1º)

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 (núm. 1º)

716: COLACIÓN

S. TS 16 febrero 1996

El dinero donado en vida por el padre fiduciario en virtud de testamento mancomu-

nado, y con el que adquirió el hijo donatario una finca, no ha de computarse en la herencia del padre.

5 1997, III (núm. 1º)

LEGÍTIMAS

• INOFICIOSIDAD DE DONACIONES

S. JPI ZARAGOZA Nº 2 25 noviembre 1995

No procede declarar inoficiosa la donación que la causante hizo en vida a la demandada, pues aunque nos mantengamos en el ámbito de las legítimas, y el art. 140 Comp. no reduce al mismo su aplicación, la contradicción que puede resultar entre el respeto a las normas de inoficiosidad y el carácter voluntario de la colación, debe resolverse en favor de este último, en tanto en cuanto la legítima material tiene un carácter colectivo (art. 119 Comp.). La donación en modo alguno es inoficiosa en los términos del art. 636 Cc., pues el causante no dio y la demandada no recibió más de lo que podían dar o recibir por testamento.

63 1997, III (núm. 1º)

ORDENADA EN DOCUMENTO PÚBLICO

S. JPII JACA Nº 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 (núm. 2º)

718: CONSORCIO FORAL

S. APH 13 mayo 1996

Momento del nacimiento del consorcio foral; prohibición de disponer «mortis causa»; extinción por la partición de los bienes: apli-

cación como derecho supletorio de las reglas de los arts. 1.058 y ss. del Cc.

7 1997, III (núm. 2º)

EFFECTOS

- *PROHIBICIÓN DE DISPONER MORTIS CAUSA*

S. JPII MONZÓN 17 octubre 1995

Dada la subsistencia del consorcio foral en toda su magnitud, no queda facultado ningún heredero para transmitir a otras personas, excepto sus descendientes, parte alguna de los bienes adquiridos e indivisos. Por lo que, consecuentemente, no pudo ninguno de los hermanos disponer por testamento de bienes indivisos de procedencia paterna en favor personas que no son sus descendientes, por contradecir tal acto de disposición la norma imperativa contenida en el art. 142.2 Comp. Por lo tanto, han de considerarse nulos los actos de disposición efectuados.

60 1997, III (núm. 1º)

PARTICIÓN

S. APT 2 diciembre 1995

Es válido y eficaz el documento privado en el que los consortes acuerdan la distribución hereditaria de los bienes del consorcio, sustituyendo la adjudicación de bienes a la actora por una cantidad en metálico, con la que ésta se considera pagada. No se requiere documento público. Un pacto de este tipo no supone la renuncia de la actora a la herencia de sus padres (y causantes), si no todo lo contrario: Presupone su voluntad de aceptar la parte indivisa que le corresponde en el patrimonio relicito de sus progenitores.

28 1997, III (núm. 1º)

72: SUCESIÓN TESTAMENTARIA

721: SUCESIÓN TESTAMENTARIA EN GENERAL

NULLIDAD DE TESTAMENTO

- *COACCIÓN*

S. APZ 2 marzo 1994

Se admite el recurso de apelación contra la sentencia de instancia por la que se decla-

raba la nulidad de testamento abierto por vicios de la voluntad (coacción sobre el causante). Prueba insuficiente; se afirma la validez del testamento por la que se declara heredera de la causante a una sola de las hijas; habiendo sido la otra nombrada en el testamento.

29 1996, II (núm. 1º)

723: TESTAMENTO MANCOMUNADO

INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE CÓNYUGES

- *PACTO AL MÁS VIVIENTE*

S. JPI ZARAGOZA N° 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 (núm. 2º)

S. APT 30 octubre 1995

La existencia de un testamento mancomunado con institución recíproca de herederos impidió a los actores heredar abintestato a su tío en el momento de su fallecimiento. Fallecida la esposa heredera, siguen manteniendo la condición de herederos abintestato de aquél. Por ello, los bienes del tío heredados por la esposa sobreviviente, al haber fallecido ésta sin disponer de ellos por cualquier título, deben revertir a los actores (art. 108.3 Comp.).

24 1997, III (núm. 1º)

A. APH 2 diciembre 1996

Con la denominación de pacto al más viviente regula la Compilación la recíproca institución hereditaria entre cónyuges formulada por medio de cualquiera de los instrumentos sucesorios válidos en Derecho aragonés, y el art. 95, siempre que no exista pacto en contrario, establece que la institución testamentaria mutua entre cónyuges equivale al pacto al más viviente.

15 1997, III (núm. 2º)

REVOCACIÓN

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 (núm. 1º)

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 (núm. 1º)

S. TS. 1 julio 1996

La revocación de un testamento anterior por otro posterior deja sin efecto el reconocimiento de cualquier derecho que el testador hubiera hecho en el testamento revocado, a no ser que se pruebe, por otros medios, la realidad y certeza de dicho derecho, lo que no se prueba en el caso de autos.

6 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 20 septiembre 1996

Una supuesta donación «mortis causa» carece de eficacia revocatoria respecto del testamento mancomunado. Marido y mujer otorgaron testamento en que instituían heredero único a uno de los hijos, «desheredado» (la expresión la utiliza la sentencia) a los demás, mencionados nominalmente. El viudo extrae el saldo de la cuenta indistinta con el premuerto y, en EL poco tiempo en que le sobrevive, lo ingresa en otra a su nombre y al de todos los hijos: Esta conducta ni constituye donación ni tiene eficacia revocatoria alguna del testamento.

28 1997, III (núm. 2º)

73: SUCESIÓN PACCIONADA

FORMA

S. APH 5 marzo 1996

El acto de conciliación carece de la consideración de escritura pública que es el requisito «ad solemnitatem» para la validez del pacto sucesorio. Como excepción al criterio espiritualista o de libertad de forma en la contratación civil en Aragón, el art. 99.1 Comp. ordena categóricamente que los pactos sucesorios, para que sean válidos, se documenten en escritura pública; la misma exigencia impone el art. 25.2 Comp. para la sucesión paccionada en capítulos matrimoniales; la exposición de motivos da a entender que no se concibe la existencia de sucesión contractual más que en el marco de la escritura pública. En definitiva, el pacto sucesorio es un contrato solemne en el que la ausencia de la forma legal acarrea la nulidad del pacto.

4 1997, III (núm. 2º)

HEREDAMIENTO DE CASA ARAGONESA

S. TSJA 9 noviembre 1991

Carta fundacional de la casa completada con pacto de institución de heredero contenido en escritura de compraventa y documento privado. Irrevocabilidad unilateral del pacto de institución. Derecho de los hijos no instituidos a permanecer y poseer o coposeer los bienes de la casa: Posesión continuada durante más de año y día, de manera pacífica y no interrumpida eficazmente; posesión que no puede ser destruida por el juego de las presunciones legales (arts. 448, 449 y 464 Cc.).

4 1995, I (núm. 1º)

S. JPII EJEA N° 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 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 cantí-

dad 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 está obligada al cumplimiento de las obligaciones.

16 1996, II (núm. 2º)

HIJOS NO HEREDEROS

- *LA DOTE PACTADA PREVALECE SOBRE LA DEL ART. 109*

S. JPII EJEA N° 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 (núm. 2º)

MODIFICACIÓN

S. JPII HUESCA N° 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 intervenientes según era regla consuetudinaria. Derecho de transmisión (art. 105 Comp) y sustitución vulgar.

4 1996, II (núm. 2º)

OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS EN FAVOR DEL HERMANO DEL HEREDERO

- *CONDICIONADA AL TRABAJO EN Y PARA LA CASA*

S. JPII EJEA N° 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 obliga-

ción en sentido propio, sino una condición para poder exigir el mantenimiento en la casa. Se trata de alimentos «in natura» y como correspetivo 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.

16 1996, II (núm. 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 (núm. 1º)

- *BIENES CONSORCIALES QUE QUEDAREN*

S. JPI ZARAGOZA N° 2 10 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 (núm. 2º)

- *FACULTAD DE DISPOSICIÓN DEL SOBREVIVIENTE*

S. JPI ZARAGOZA N° 2 18 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 (núm. 2º)

• *FRUTOS Y RENTAS DE LOS BIENES QUE QUEDAREN*

S. JPI ZARAGOZA N° 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)

• *REVERSIÓN*

S. APT 30 octubre 1995

La existencia de un testamento mancomunado con institución recíproca de herederos impidió a los actores heredar abintestato a su tío en el momento de su fallecimiento. Fallecida la esposa heredera, siguen manteniendo la condición de herederos abintestato de aquél. Por ello, los bienes del tío heredados por la esposa sobreviviente, al haber fallecido ésta sin disponer de ellos por cualquier título, deben revertir a los actores (art. 108.3 Comp.). Pero los actores no reciben estos bienes por herencia de la esposa de su tío, sino que son llamados a heredar de su tío, muchos años después de su fallecimiento.

24 1997, III (núm. 1º)

S. APT 30 octubre 1995

La reversión del art. 108.3 Comp., a diferencia del fideicomiso de residuo que tiene siempre origen voluntario, es legal, y, además, en el pacto al más viviente el único llamado a la sucesión del cónyuge que primeramente fallece es el otro cónyuge, mientras que el fideicomisario es heredero desde el mismo momento de la apertura de la sucesión. Otras veces se ha hablado de que se trata de una sustitución preventiva de residuo (utilizando la terminología de la Comp. C), de manera que se trataría de una sucesión que se abre en un momento posterior a la muerte del causante.

24 1997, III (núm. 1º)

A. APH 2 diciembre 1996

En el régimen sucesorio del cónyuge sobreviviente distingue el art. 108.3 Comp. dos clases de bienes, los pertenecientes al cónyuge pre-

muerto y los restantes bienes hereditarios, siendo tan sólo respecto de los primeros que subsitan al fallecimiento del cónyuge supérstite a los que se aplicará el principio de la troncalidad, llamando en la sucesión de los mismos a los herederos del cónyuge primeramente fallecido, de tal modo que siempre que existan bienes procedentes del premuerto y herederos del mismo, es a éstos a quienes habrá de reservarse los bienes troncales. La delación en favor de estos llamados tiene lugar en el momento en que se produce el fallecimiento del cónyuge sobreviviente, por lo que necesariamente es en la declaración hereditaria de éste donde se deberá hacer la oportuna reserva en favor de los reseñados.

15 1997, III (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. Intransmisiabilidad 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)

74: FIDUCIA SUCESORIA

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 testamen-

to 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)

EJERCICIO FRAUDULENTO

S. AP BARCELONA 23 marzo 1994

La sentencia aprecia fraude de ley en el cumplimiento parcial de la fiducia por el viudo usufructuario que, a la par, renuncia al usufructo sobre el bien adjudicado, pues se hace para permitir así, por tratarse de una vivienda, el ejercicio de la acción de desahucio por necesidad (art. 62,1º LAU) contra el inquilino, y ello, pese a que la herencia es titular de tres locales más en el mismo inmueble, arrendados con posterioridad y con distinto tipo de contrato al del actor y con locatarios con menores cargas familiares.

2 1997, III (núm. 2º)

EXTINCIÓN

• *NUEVAS NUPCIAS DEL FIDUCIARIO VIUDO*

S. JPII HUESCA N° 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 extingüía 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 N° 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 vitalicio. 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)

IRREVOCABILIDAD DEL PACTO DE FIDUCIA

A. PRES. TSJA 19 noviembre 1997

La declaración de voluntad del causante manifestada en el pacto de fiducia dispuesto en las capitulaciones matrimoniales ordenando la sucesión de la casa, parece evidente que, en todo caso, salvo imposibilidad de cumplimiento sobrevenida (art. 3 Comp.), habrá de respetarse y acatarse en tanto en cuanto que ha devenido irrevocable (arts. 99.1 y 103.1 Comp.). El cónyuge viudo, fiduciario, debe ser el primero en acatar y en esforzarse por cumplir y que se cumpla el pacto sucesorio, mientras viva y pueda hacerlo, promoviendo la acción de los otros dos fiduciarios a su sustitución, si hubiere lugar.

1 1997, III (núm. 2º)

NATURALEZA Y FINALIDAD

S. AP BARCELONA 23 marzo 1994

La fiducia aragonesa es una figura peculiar, sin posibilidades de equipararse al fideicomiso del Código civil o a cualquier otro, máxime si tenemos en cuenta el origen consuetudinario de la institución; se parece más al fideicomiso romano que a la sustitución fideicomisaria del Cc., pues en ésta el fiduciario es heredero y disfruta, como tal, de la herencia, mientras que en aquél el fiduciario aparece como un simple mandatario o ejecutor testamentario. La fiducia aragonesa tiene entre sus finalidades posibilitar que el nombramiento de heredero recaiga en la persona más idónea para llevar la casa y fortalecer la posición del cónyuge supérstite frente a los hijos.

2 1997, III (núm. 2º)

A. PRES. TSJA 19 noviembre 1997

La fiducia sucesoria desde sus orígenes se asienta en la confianza y viene a representar una forma de poder «mortis causa» otorgado al fiduciario o fiduciarios para que aquél o éstos cumplan fielmente la voluntad sucesoria del fiduciante; manifestación de voluntad dirigida a la conservación del patrimonio de la

Casa y a la más acertada elección del heredero único, continuador de la misma; manifestación que, aunque en ella no se exprese, encierra en sí misma un principio profundamente arraigado en el Derecho aragonés, cual es el del repudio de la sucesión forzosa que significaría la desmembración y fraccionamiento de la Casa.

1 1997, II (núm. 2º)

SISTEMA DE FUENTES

A. PRES. TSJA 19 noviembre 1997

De acuerdo con el art. 1.1 Comp. el sistema de fuentes aplicables a la fiducia es el siguiente: las disposiciones de la Compilación como normas de Derecho positivo que vinculan al intérprete; integradas, en su caso, por la costumbre (arts. 2 y 107 Comp.); por los principios informadores de la fiducia y, por último, los principios generales inspiradores del ordenamiento jurídico aragonés. Sistema de fuentes que se halla enmarcado dentro del predominante principio normativo del «*standum est chartae*» (art. 3 Comp.), sin otras limitaciones que las que sanciona la norma que consagra ese tradicional principio (arg. arts. 25.1, 89, 99 y 110 y ss. Comp.).

1 1997, III (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 la situación de pendencia hasta que los fiduciarios cumplan el encargo en la forma adecuada. En el término «hijos», una vez fallecidos, cabe incluir a los «nietos»

8 1995, I (núm. 1º)

S. TSJA 21 mayo 1993

El testamento en el que se establece la fiducia sucesoria, aunque no se haya hecho uso de la facultad fiduciaria, sirve para acreditar la condición de herederos en sentido amplio y, por ello, la legitimación procesal, de los llamados con expectativa de suceder. Cualquiera de ellos puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a la comunidad de «llamados».

11 1995, I (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)

RENUNCIA AL CARGO

A. PRES. TSJA 19 noviembre 1997

La fiducia sucesoria, salvo para el cónyuge viudo, es un cargo voluntario y, en cuanto tal, renunciable; así lo ha considerado la doctrina aragonesa, lo han admitido los Tribunales (Ss. ATZ 15-5-1953 y 7-12-1967; TS 20-3-1969) y ha sido recogido en los arts. 116 y 20.4 de la Compilación. La renuncia de los fiduciarios es una de las causas legales de vacancia y sustitución de aquéllos (arts. 116 y 20.4 Comp.), por lo que la renuncia no puede invocarse como causa que «impida» el cumplimiento de la fiducia, dado que subsiste la posibilidad de nombramiento de otros «dos parientes más cercanos» que, con la viuda fiduciaria, puedan dar cumplimiento a la fiducia en la forma y términos dispuestos por el otorgante del encargo.

1 1997, III (núm. 2º)

SUBSISTENCIA

A. PRES. TSJA 19 noviembre 1997

La fiducia es un encargo personalísimo —no delegable— y voluntario (arts. 116 y 20.4 Comp.), por lo que el cónyuge viudo, mientras viva y no haya incurrido en alguna causa

de inhabilitación es insustituible, calidad que también puede predicarse de los fiduciarios designados «nominatim» (arg. art. 115.1 Comp.), en cambio, cuando el otorgante designa a los «dos parientes más cercanos» parece que, en principio, no elimina ni se opone a que éstos puedan ser sustituidos por otros «más cercanos», cuando aquéllos por muerte o incapacidad o por renuncia expresa o tácita no estén en disposición de cumplir la fiducia ordenada.

1 1997, III (núm. 2º)

A. PRES. TSJA 19 noviembre 1997

Por costumbre admitida por la doctrina y los Tribunales (Ss. ATZ 18-5-1953 y 7-12-1967), hoy sancionada en la Ley (arts. 116 y 20.4 Comp.), determinados cargos fiduciarios son renunciables y substituibles; de suerte que la renuncia sucesiva de los más próximos parientes no transforma la fiducia colectiva, en ningún caso, en fiducia individual o personal del cónyuge, sino que, en tal supuesto, habría de entenderse analógicamente que existe «disidencia» o empate por inasistencia de los parientes convocados, y habría que ir a la solución prevista en el art. 117-2º y 3º, en relación con los arts. 20.4 y 21.2, a falta de disposición expresa del fiduciante o de costumbre.

1 1997, III (núm. 2º)

75: LEGÍTIMAS

IMPUTACIÓN A LA LEGÍTIMA

S. JPII TERUEL N° 1 14 junio 1995

Si bien el art. 120.1 Comp. exige que los descendientes sin mediación de persona capaz de heredar, y que no hayan sido favorecidos en vida del causante o en su sucesión, han de ser nombrados en el testamento que los excluya, el propio art. 126 Comp., aclarando el precepto anterior, señala que no se ha de considerar preterido al legítimario que a costa del causante haya recibido carrera profesional o artística o recibiera de él liberalidades no usuales; último supuesto que concurre en el caso enjuiciado.

56 1997, III (núm. 1º)

LEGÍTIMA FORMAL

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, (núm. 1º)

S. JPII TERUEL N° 1 14 junio 1995

Si bien el art. 120.1 Comp. exige que los descendientes sin mediación de persona capaz de heredar, y que no hayan sido favorecidos en vida del causante o en su sucesión, han de ser nombrados en el testamento que los excluya, el propio art. 126 Comp., aclarando el precepto anterior, señala que no se ha de considerar preterido al legítimario que a costa del causante haya recibido carrera profesional o artística o recibiera de él liberalidades no usuales; último supuesto que concurre en el caso enjuiciado.

56 1995, I (núm. 1º)

• INEXISTENCIA DE PRETERICIÓN

S. JPII DAROCA 15 marzo 1995

Del art. 120 Comp., que comienza diciendo que «aquellos descendientes, sin mediación de persona capaz para heredar», se desprende que no pueden ejercitarse la acción de preterición, aunque no hayan sido mencionados en el testamento en que la abuela excluyó a la madre, los nietos hijos de un hijo superstite que sea capaz para heredar, conclusión a la que asimismo conduce el art. 814.3 del Cc., aplicable supletoriamente según el art. 1.2 Comp.

48 1997, III (núm. 1º)

LEGÍTIMA MATERIAL COLECTIVA

• INOFICIOSIDAD DE DONACIONES

S. JPI ZARAGOZA N° 2 25 noviembre 1995

No procede declarar inoficiosa la donación que la causante hizo en vida a la demandada,

pues aunque nos mantengamos en el ámbito de las legítimas, y el art. 140 Comp. no reduce al mismo su aplicación, la contradicción que puede resultar entre el respeto a las normas de inoficiosidad y el carácter voluntario de la colación, debe resolverse en favor de este último, en tanto en cuanto la legítima material tiene un carácter colectivo (art. 119 Comp.). La donación en modo alguno es inoficiosa en los términos del art. 636 Cc., pues el causante no dio y la demandada no recibió más de lo que podían dar o recibir por testamento.

63 1997, III (núm. 1º)

LESIÓN DE LA LEGÍTIMA

- *USUFRUCTO VIDUAL*

S. APZ 7 marzo 1994

La renuncia al derecho expectante de viudedad no implica la renuncia al derecho de viudedad foral; límites al usufructo vidual concurrendo el cónyuge viudo con descendencia del premuerto. Nulidad parcial de una cláusula testamentaria por lesionar la legítima.

30 1996, II (núm. 1º)

S. APZ 16 septiembre 1996

Se declara la nulidad de cláusula testamentaria en que el testador «lega a su esposa el usufructo universal de su herencia, con cargo al tercio de libre disposición», tratándose de bínubo con descendencia conocida con anterioridad. El art. 73 Comp. tiene carácter imperativo y persigue asegurar a los descendientes anteriores a las segundas nupcias la plena propiedad de la mitad del caudal relicto, interpretación más acorde con el art. 125 Comp., que no permite gravámenes sobre la legítima a favor del cónyuge.

27 1997, III (núm. 2º)

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)

S. APH 13 febrero 1995

El causante reguló legítimamente su sucesión a través de los pactos contenidos en capítulos matrimoniales (en ellos nombraba a su cónyuge como fiduciaria, a los efectos de que ordenase la sucesión de ambos capitulantes, pero sólo entre los descendientes comunes a ambos) que fueron otorgados en fecha posterior al nacimiento de un hijo extramatrimonial y reconocido por éste, de manera que a tenor de la norma a la que quedaba sujeta la fiducia —ordenar la sucesión sólo entre los descendientes comunes— el causante conscientemente dejó fuera de su sucesión al actor, que realmente resultó preterido de acuerdo con lo dispuesto en el art. 123 Comp.

8 1997, III (núm. 1º)

- *PLAZO*

S. APH 27 febrero 1995

En relación al plazo de prescripción extintiva para que los legitimarios preteridos puedan pedir lo que les corresponda en la herencia, la doctrina no se muestra pacífica, señalando un sector de la misma que la acción de preterición es rescisoria, y otro que el plazo de la misma es el establecido en el art. 1.964 Cc. En cualquier caso, y dado el tiempo que ha transcurrido desde el fallecimiento de la causante —1968— ha pasado con creces el plazo de prescripción de la acción.

11 1997, III (núm. 1º)

76: SUCESIÓN INTESTADA

DECLARACIÓN DE HEREDEROS

S. AP BARCELONA 20 abril 1995

La declaración de herederos habitualmente no conlleva especial litigiosidad, por lo que encuentra su cauce más adecuado en las normas procesales de la jurisdicción voluntaria. Pero nada impide, contra lo que dice el Juzgado, que tal declaración pueda efectuarse a través de un proceso declarativo cuando tal cuestión está sometida a controversia o cuando, como aquí ocurre, se efectúan determinadas

pretensiones materiales de una y otra parte, cuya legitimación presupone la declaración que se solicita. En consecuencia procede declarar herederos legales de la difunta esposa del demandante a sus padres ahora apelantes.

38 1997, III (núm. 1º)

PROCEDENCIA

S. APH 13 febrero 1995

En Aragón la sucesión puede deferirse por testamento, por pacto y por la ley. En vista de ello, no puede admitirse lo mantenido por la parte demandante al alegar que le corresponde de la quinta parte de los bienes de su padre, pues ello supondría que éste ha muerto intestado, lo que resulta incierto pues reguló su sucesión por capítulos matrimoniales, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el art. 127 Comp.

8 1997, III (núm. 1º)

SUCESIÓN TRONCAL.

S. APH 28 junio 1996

Los hermanos del causante heredan los bienes troncales con preferencia al cónyuge viudo. La reforma del Código civil que antepone al viudo respecto de los hermanos del causante se aplica en Aragón, pero no respecto de los bienes troncales.

8 1997, III (núm. 2º)

• SUSTITUCIÓN LEGAL

S. APZ 29 mayo 1996

Concurre a la herencia con sobrinos de la causante un sobrino-nieto (que heredaría de acuerdo con el art. 132 Comp., pero no según el 925 Cc.) que no ha sido demandado. Algunos bienes son troncales. Falta de litisconsorcio pasivo necesario. Nulidad de actuaciones.

23 1997, III (núm. 2º)

8: DERECHO DE BIENES

81: DERECHO DE BIENES EN GENERAL

S. JPII LA ALMUNIA 15 abril 1995

La Compilación del Derecho civil de Aragón dedica el Libro III al Derecho de Bienes

integrado hoy por materias de carácter residual frente al amplio contenido que tuviera en los Fueros y Observancias.

50 1997, III (núm. 1º)

PROPIEDAD

• FACULTADES DEMANIALES

S. JPI ZARAGOZA N° 13 17 febrero 1995

Las limitaciones legales al uso y disposición de la propiedad son excepciones al vigente principio general de facultad del dueño para emplear la cosa que le pertenece en la forma que le resulte más conveniente. Por ello, dejando a salvo las limitaciones legales o pactadas en favor de terceros, deben ser respetadas las facultades demaniales siempre que no impliquen abuso o sólo intención de dañar con su ejercicio.

45 1997, III (núm. 1º)

• LÍMITES A LA FACULTAD DE CONSTRUIR

S. JPI ZARAGOZA N° 13 17 febrero 1995

Las limitaciones principales al derecho del propietario de edificar en suelo propio son, en lo que al ámbito civil se refiere, las derivadas, a falta de pacto, de las servidumbres o del respeto a las relaciones de vecindad que tanto la legislación común como la foral aragonesa reconocen en determinados supuestos. Siendo irrelevante para el propietario que ha construido más alto que su vecino que las normas urbanísticas obliguen ahora a éste a elevar la chimenea si quiere seguir disfrutando de la calefacción.

45 1997, III (núm. 1º)

83: LUCES Y VISTAS

RÉGIMEN NORMAL

• ACTOS MERAMENTE TOLERADOS

S. JPII LA ALMUNIA 5 octubre 1994

El disfrute de unas ventanas y vistas sobre el solar vecino, más o menos duradero, consti-

tuye 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)

S. APZ 15 julio 1996

Sólo son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, a los efectos del art. 541 Cc., los considerados en el art. 145 Comp. Se aplica el art. 144 Comp. aun respecto de huecos abiertos antes de 1967 (Disp. trans. 9º Comp.). Se declara la existencia de servidumbre voluntaria de desague de acuerdo con el art. 541 Cc.

26 1997, III (núm. 2º)

S. APT 8 octubre 1996

En relación a la falta de reja y red en una ventana a la que le es aplicable el régimen normal de luces y vistas, debe ponerse en relación el liberal régimen aragonés de luces y vistas con derecho constitucional a la intimidad, y añade que se trata de un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación en quien lo soporta, por lo que en cualquier momento puede hacer cesar la situación, todo ello, según dispone el artículo 144.3º de la Compilación Foral.

19 1997, III (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)

S. APH 12 enero 1995

La ventana al carecer de voladizos o de otros signos aparentes de servidumbre, sería un hueco meramente tolerado en aras a las buenas relaciones de vecindad. Además, el voladizo de la terraza no puede considerarse como signo de servidumbre de la ventana, porque para que se diese este signo, los voladizos

o balcones deberían afectar directamente a los huecos abiertos.

7 1997, III (núm. 1º)

S. JPII LA ALMUNIA 15 abril 1995

Las marquesinas o viseras de madera colgadas en la parte superior de las ventanas a modo de elementos de protección de agua de lluvia y, sobre todo, de la luz y, por tanto, del calor, los antepechos de la ventana o vierteaguas, no pueden considerarse elementos constructivos volados que permitan sostener la existencia de signos aparentes de servidumbre.

50 1997, III (núm. 1º)

S. JPII DAROCA 3 octubre 1995

Según el art. 145 Comp., la existencia de voladizos en pared propia o medianera que caiga sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas. En el caso de autos, existe un tejadillo que sirve de cubierta al edificio, pero no puede considerarse que el mismo constituya un signo aparente de servidumbre.

59 1997, III (núm. 1º)

S. APT 9 enero 1996

No constituye voladizo, a los efectos del art. 145 Comp., la existencia de una reja que cubriendo una ventana sobresale sobre el fundo colindante. «Los voladizos, jurídicamente, suponen una especie de "plus" con relación al mero hueco, un ejercicio más intenso del derecho de servidumbre y, en fin, una posibilidad que otorga mayor amplitud y comodidad para el uso de las vistas sobre el predio ajeno; y, por tanto, una mayor incomodidad para el dueño de éste».

17 1997, III (núm. 2º)

S. APH 25 enero 1996

La mera existencia de ventanas, que no tienen voladizos, invadiendo el predio contiguo no supone acto de posesión sobre la finca vecina, pues el actor en su propia finca puede tener o no ventanas, dado que la apertura de éstas, tanto en pared como medianera, desde siempre ha sido tolerada por la ley de Aragón, como una facultad derivada del estatuto normal de su propio dominio, sin que de su existencia se derive una servidumbre de luces y vistas.

3 1997, III (núm. 2º)

S. APT 8 mayo 1996

La parte demandada señala la existencia de una servidumbre de luces y vistas a su favor por considerar que el alero de su tejado, que sobrevela sobre la propiedad del fundo vecino, es un signo aparente de la existencia de una servidumbre de esta clase. Pero la prueba evidente de que no existe tal servidumbre es el hecho de que las ventanas que hay abiertas en la pared de colindancia carecen de cualquier balcón o voladizo. La ausencia de voladizos evidencian una relación normal de vecindad y no una servidumbre.

18 1997, III (núm. 2º)

• *AZOTEAS Y TERRAZAS*

S. APT 14 diciembre 1995

Es ya antigua, y reiterada, la doctrina jurisprudencial que considera las azoteas y barandillas en las terrazas como equivalentes a grandes balcones, y, por tanto, incursas en la prohibición que se contiene en el art. 582 del Cc; sin merma, desde luego, del derecho a construir dichas terrazas, siempre que desde ellas, y haciendo un uso normal de lo construido, no se puedan tener vistas directas sobre el predio del vecino. Doctrina aplicable en Aragón ya que el art. 144.2 Comp. permite solamente los huecos carentes de balcones y otros voladizos que, por otro lado, deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre (o bien protección semejante o equivalente).

30 1997, III (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. JPI ZARAGOZA N° 148 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. 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. JPII EJEA N° 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 tabla del rafe y tejas al elevar el tabique discutido.

12 1996, II (núm. 2º)

S. JPII TERUEL N° 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 tiene 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)

S. APZ (SECC. 5º) 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. JPII LA ALMUNIA 4 febrero 1995

La jurisprudencia proclama que el derecho del propietario del fundo vecino no tiene otro requisito que el de que la obra realizada sea precisamente una construcción necesaria y conforme a los intereses que ostenta como propietario y no un acto de mala fe o el deseo de obstruir sin otro fin. Ello es reflejo de la mo-

derna teoría del abuso del derecho (arts. 7 Cc. y 11 LOPJ) que tiene su antecedente en la prohibición de los actos de emulación. Pero, quien alega que el propietario ha ejecutado un acto sin interés propio y con el único deseo de perjudicar a un tercero ha de probar cumplidamente la carencia de tal beneficio o interés en el agente, porque la buena fe se presume.

42 1997, III (núm. 1º)

S. JPII LA ALMUNIA 15 abril 1995

La inexistencia de elementos constructivos volados y la presencia de restos de red metálica y clavos avala la tesis de que lejos de una auténtica servidumbre estamos ante un ejemplo de relaciones de vecindad —apertura de huecos provistos de red de alambre— al amparo del art. 144 Comp. Por ello, los demandados al construir sobre su fundo han actuado al amparo de lo dispuesto en art. 144.3 Comp.

50 1997, III (núm. 1º)

S. JPII HUESCA N° 2 13 septiembre 1995

La facultad concedida legalmente en el art. 144 Comp. no supone la adquisición de derecho alguno que permita actuar contra el propietario del fundo vecino que edifica o construye sin sujeción a distancia alguna. Por lo tanto, esta facultad que se le concede al propietario de pared o titular medianero de apertura de luces no es susceptible de protección frente al propietario que edifica, ni siquiera posesoria, al ser simplemente un acto tolerado.

58 1997, III (núm. 1º)

S. JPII DAROCA 3 octubre 1995

Las ventanas que con la pared discutida son privadas de luz son meros huecos de tolerancia, que se enmarcan dentro de las relaciones de vecindad conforme al art. 144 Comp., y que permite al propietario del fundo vecino edificar o construir sin sujetarse a distancia alguna.

59 1997, III (núm. 1º)

S. APT 8 mayo 1996

Una prueba más de que en el caso de autos no existe una servidumbre de luces y vistas, la constituye el hecho de que el actor construyó sobre el terreno de su propiedad, que hasta ese momento era un corral, una edificación

que tapó las ventanas del vecino, lo que demuestra que no hubiera podido construir de haber existido una servidumbre de luces y vistas, al no dejar la distancia señalada por el Cc.

18 1997, III (núm. 2º)

S. APZ 8 julio 1996

El derecho concedido por el art. 144 Comp. sólo ampara el levantar verdaderas edificaciones o construcciones que tengan una real utilidad para él, y no ampara el levantamiento de tabiques, o simples paredes, que sin ninguna utilidad para el que los levante, sólo persigan la finalidad, abusiva y contraria al art. 7º Cc. de privar de luces y vistas a quien abrió huecos en pared propia o medianera.

25 1997, III (núm. 2º)

• **FACULTAD DE ABRIR HUECOS**

S. JPI ZARAGOZA N° 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)

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. APZ 6 noviembre 1996

Si el actor, conforme al art. 144 Comp., puede, tanto en pared propia como medianera, abrir huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas, no desaparece

su derecho si coloca en el hueco previamente abierto, incluso si lo hace después de agrandarlo en la medida necesaria, una ventana ya sea de madera, ya de aluminio; lo único que exige el precepto citado es que el hueco carezca de balcones y otros voladizos que caigan sobre el fondo ajeno.

29 1997, III (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 fondo vecino alegando disminución en cuanto a vistas.

3 1996, II (núm. 2º)

• *REJA Y RED*

S. JPI ZARAGOZA Nº 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)

S. APZ 20 abril 1994

Apertura de huecos para recibir luces y vistas desde el otro fondo: meras relaciones de vecindad. La falta de reja y red en los mismos no es 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.

13 1996, II (núm. 1º)

S. APH 12 enero 1995

La falta de reja y red, a la que se refiere el art. 144.2 Comp., no es un signo aparente de servidumbre, según reza el art. 145 de la Compilación.

7 1997, III (núm. 1º)

S. APH 8 marzo 1995

Cuando los huecos abiertos tanto en pared propia como medianera se encuentren a menos distancia de la establecida en el art. 582 Cc. —como sucede en el caso de autos— deberán protegerse con reja de hierro y red de alambre o protección semejante. Si quien abre dichos huecos no los protege, podrá el dueño del predio vecino obligarle a que se lleve a cabo tal protección.

12 1997, III (núm. 1º)

S. APH 17 mayo 1995

La posibilidad de abrir huecos sobre fondo ajeno es un derecho que pueden utilizar los vecinos, añadiéndose que, dentro de las distancias marcadas en el art. 582 Cc., dichos huecos carezcan de balcones u otros voladizos; si bien a petición del dueño del predio ajeno puede exigirse que los huecos simples vayan provistos de reja de hierro remetida en pared y de red de alambre, exigencia que puede formularse en cualquier momento, puesto que la existencia de tales huecos no supone ningún signo de servidumbre.

15 1997, III (núm. 1º)

S. APT 8 mayo 1996

Las ventanas de la parte demandada, abiertas en la pared de colindancia, carecen de balcones o voladizos y, sin embargo, están provistas de reja remetida en pared y red de alambre, signo evidente, de acuerdo con art. 144, de que la existencia de las ventanas obedecen al régimen normal de luces y vistas contemplado en la Compilación, y no a la existencia de una servidumbre de esta clase.

18 1997, III (núm. 2º)

S. APT 8 octubre 1996

Es claro que a pesar de que hayan transcurrido casi veinte años desde la apertura de la ventana en cuestión y que no se haya probado el inicio de edificación alguna por parte de los actores, ni siquiera la intención de hacerla, de-

be estar provista de reja de hierro remetida en pared y red de alambre, debiendo confirmarse la sentencia recurrida en todas sus partes.

19 1997, III (núm. 2º)

SERVIDUMBRE

- *APLICACIÓN DEL ART. 541 Cc.*

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)

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 según lo que por éstos se entiende en la Compilación.

35 1996, II (núm. 1º)

S. APZ 15 julio 1996

Sólo son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas, a los efectos del art. 541 Cc., los considerados en el art. 145 Comp. Se aplica el art. 144 Comp. aun respecto de huecos abiertos antes de 1967 (Disp. trans. 9º Comp.). Se declara la existencia de servidumbre voluntaria de desagüe de acuerdo con el art. 541 Cc.

26 1997, III (núm. 2º)

- *EXTINCIÓN*

S. JPII HUESCA N° 2 13 septiembre 1995

La propia naturaleza de la servidumbre hace necesario su ejercicio, y cuando tal ejer-

cicio no se produce o es imposible su existencia pierde virtualidad. En consecuencia, si existió en su día este derecho de servidumbre, como parecen acreditar los restos del balcón existentes, tal derecho se extinguirá por su no uso, y la configuración actual del referido impide que sobre él se pueda ejercitar una actuación posesoria susceptible de protección.

58 1997, III (núm. 1º)

- *INTERDICTO DE OBRA NUEVA*

S. JPII 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. Clasificación 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)

- *SIGLOS APARENTES*

S. JPI ZARAGOZA N° 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)

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 fondo 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. 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 red y hierro y red. Clasificación de la servidumbre en positiva o negativa: para ser positiva el voladizo ha de recaer en fondo ajeno; la simple apertura de huecos habrá de estimarse como negativa.

26 1996, II (núm. 1º)

S. APZ (SECC. 2º) 27 diciembre 1994

Servidumbres: Los voladizos que recaen sobre fondo 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. APH 8 marzo 1995

El dueño del predio vecino sobre el que se han abierto huecos, sea en pared propia o medianera, a menor distancia de la establecida en el art. 582 Cc. podrá imponer al que los haya abierto la obligación de eliminar los balcones o voladizos de tales huecos, pues en otro

caso la existencia de estos detalles constructivos podrían representar un signo de servidumbre de luces y vistas, a tenor de lo contenido en el art. 145 Comp.

12 1997, III (núm. 1º)

S. APH 17 mayo 1995

La existencia de huecos sobre fondo ajeno, siempre que carezcan de balcones u otros voladizos —dentro de las distancias que marca el art. 582 del Cc.—, no supone ningún signo de servidumbre.

15 1997, III (núm. 1º)

S. JPII HUESCA Nº 2 13 septiembre 1995

La existencia de balcones o voladizos que recaigan sobre fondo ajeno son un signo aparente de servidumbre de luces y vistas, a tenor de lo preceptuado en el art. 145 Comp. En consecuencia, de existir éste, y de haber sido adquirida la servidumbre por cualquier medio, no podría edificarse sin sujetarse a las distancias expuestas en el art. 583 Cc. Por lo demás, no son signos aparentes de servidumbre la falta de protección reseñada en el art. 144 Comp., ni los voladizos sobre fondo propio.

58 1997, III (núm. 1º)

S. JPII DAROCA 3 octubre 1995

Según el art. 145 Comp., la existencia de voladizos en pared propia o medianera que caiga sobre fondo ajeno son signos aparentes de servidumbre de luces y vistas. Ahora bien, por voladizo se ha de entender —según S. APZ de 12 de enero de 1993— aquello que no impide las vistas ni asomarse al exterior, por lo tanto, permite al observador asomar el torso sobre el mismo.

59 1997, III (núm. 1º)

S. APT 8 mayo 1996

Los voladizos o balcones son signos aparentes de la existencia de esta clase de servidumbres y debe entenderse que estos voladizos los han de tener las ventanas o los huecos abiertos en la pared para facilitar la entrada de la luz y de las vistas, pero no es signo aparente cualquier otro voladizo, como lo es en este caso el alero del tejado, que nada tiene que ver con la función de facilitar luces y vistas a las ventanas.

18 1997, III (núm. 2º)

• *USUCAPIÓN*

S. JPII EJEA 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)

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. 2º) 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. APH 12 enero 1995

Los voladizos o balcones, para ser signo aparente de servidumbre, deben afectar directamente a los huecos abiertos, por lo tanto, únicamente se podrá apreciar respecto del balcón de la segunda planta, que ha venido a sustituir a la antigua terraza que ya estaba dotada, desde 1967, del repetido voladizo, causando el consiguiente efecto adquisitivo por usucapión; pero tal efecto no puede extenderse al balcón de la tercera planta de la nueva construcción.

7 1997, III (núm. 1º)

S. APH 17 mayo 1995

En el caso de autos se demuestra que los demandados han construido balconadas que inciden directamente sobre el corral del demandante, sin que se pueda alegar la adquisición de una servidumbre por usucapión ex art. 147 Comp., al no remontarse la época en que se construyeron dichos balcones a más de cinco años, por lo que la parte de estos balcones que recae sobre la finca del demandante deberá ser retirada por los demandados.

15 1997, III (núm. 1º)

84: SERVIDUMBRES

ALERIA FORAL

• *DEFINICIÓN Y CARÁCTERES*

S. JPII 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 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.

5 1996, II (núm. 2º)

S. APH 12 diciembre 1996

Constituye el objeto de la alera foral el derecho que ostentan los vecinos de un pueblo a llevar a pacer su ganado, por regla general, en las tierras yermas comunales del pueblo inmediato, aunque asimismo se admite sobre propiedades particulares, siempre que sean de secano y una vez que se hayan levantado las

cosechas. El elemento característico de esta servidumbre es que el derecho de pastoreo se ejerce sobre las tierras limítrofes del término municipal contiguo.

16 1997, III (núm. 2º)

• **NATURALEZA JURÍDICA**

S. JPII CALATAYUD Nº 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)

S. APH 12 diciembre 1996

Doctrinalmente ha sido configurada como una servidumbre predial, discontinua, aparente o no y de carácter positivo.

16 1997, III (núm. 2º)

• **ORIGEN Y REGULACIÓN**

S. JPII CALATAYUD Nº 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)

S. APH 12 diciembre 1996

En Aragón existe como una modalidad de la servidumbre de pastos la alera foral, institución que aparece regulada ya en el Fuero Viejo de Jaca y que a través de las Observancias ha llegado a la actualidad, haciendo mención de ella los arts. 16 y 146 del Apéndice y Compilación foral respectivamente.

16 1997, III (núm. 2º)

DE DESAGÜE

• **APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL**

S. APT 23 noviembre 1995

Al carecer la Compilación de regulación expresa en esta concreta materia, son de aplicación supletoria (art. 1.2 Comp.) el art. 552 (servidumbre natural de aguas pluviales) y los arts. 586 a 588 Cc. que, al regular el desagüe de los edificios, imponen al propietario la obligación de recoger las aguas pluviales o residuales de modo que no causen perjuicio a las fincas contiguas y, sólo cuando no sea posible darles salida por su propia casa, puede exigir la constitución de una servidumbre de desagüe previa la indemnización correspondiente.

27 1997, III (núm. 1º)

• **EXTINCIÓN**

S. JPII TERUEL Nº 1 8 noviembre 1995

Sentado el nacimiento de la servidumbre, será necesario analizar si efectivamente ésta quedó extinguida por el desuso, de acuerdo con el art. 546.2 Cc. en relación con el art. 147 Comp. Sobre este punto, no queda acreditada en la prueba la extinción de la servidumbre por dicha causa, por consiguiente se ha de mantener por vigente.

61 1997, III (núm. 1º)

• **USUCAPIÓN**

S. JPII TERUEL Nº 1 8 noviembre 1995

Al permanecer abierto entre ambos edificios un caño o tubería para recibir las aguas que provenían de la finca propiedad del actor durante más de 10 años es posible adquirir dicha servidumbre por usucapión ex art. 147 Comp.

61 1997, III (núm. 1º)

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 EJEA N° 2 9 mayo 1994

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 (nºm. 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 (nºm. 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.

22 1996, II (nºm. 2º)

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 (nºm. 1º)

DE PASO

• **ADQUISICIÓN**

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 (nºm. 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 (nºm. 1º)

S. APT 4 noviembre 1995

La sentencia parece incurrir en una contradicción interna pues, en relación a una servidumbre de paso que califica como continua (sic) y aparente, dice, por un lado, que sólo podrá adquirirse mediante título (art. 539 Cc.), salvo que se trate de un gravamen de esa índole anterior al propio Código, en cuyo caso sería susceptible de adquisición por prescripción inmemorial (disp. trans. 1º Cc.); pero, por otro lado, la considera susceptible de usucapión ex art. 147 Comp.

25 1997, III (nºm. 1º)

S. APZ 5 junio 1996

Se estima la demanda, negatoria de servidumbre de paso. Se habría extinguido por no uso (art. 546-2º Cc.). A mayor abundamiento, siendo servidumbre discontinua sólo mediante título podría haberse adquirido (art. 539 Cc.), «ya que la usucapión de los arts. 147 y 148 Comp. exige diez años de uso, lo que no se produce».

24 1997, III (nºm. 2º)

• **APLICACIÓN DE LOS ARTS. 564 Y SS. CC.**

S. APT 6 octubre 1995

Habida cuenta de la regulación que contienen los arts. 143 y 144 sobre relaciones de vecindad y 145 a 148 sobre servidumbres, son de aplicación supletoria, de acuerdo con el art. 1.2 Comp., los arts. 564 y ss. del Cc. sobre la servidumbre de paso.

23 1997, III (nºm. 1º)

• **EXTINCIÓN**

S. APH 10 julio 1995

La servidumbre de paso no puede considerarse extinguida aun cuando el predio do-

minante tenga otras salidas a camino público, pues en el caso no se está tratando de la constitución ex novo de una servidumbre de paso forzoso, no siendo de aplicación al caso el art. 568 Cc. Y por ello, porque a las servidumbres voluntarias no les son de aplicación, en general, los preceptos específicos de las servidumbres legales y, por lo tanto, si la vereda no consta que naciera por imposición legal de los arts. 564 y ss. Cc. no debe entenderse extinguida por el juego del art. 568 Cc.

17 1997, III (núm. 1º)

S. APH 27 marzo 1996

El modo de extinguirse la servidumbre contemplado en el art. 568 Cc., finca enclavada que cesa en esa situación por abrirse un camino público o reunirse con otra que no lo tenga, no es de aplicación a la servidumbre ganada por usucapión, como es la del presente caso.

6 1997, III (núm. 2º)

S. APZ 5 junio 1996

Se estima la demanda, negatoria de servidumbre de paso. Se habría extinguido por no uso (art. 546-2º Cc.). A mayor abundamiento, siendo servidumbre discontinua sólo mediante título podría haberse adquirido (art. 539 Cc.) «ya que la usucapión de los arts. 147 y 148 Comp. exige diez años de uso, lo que no se produce».

24 1997, III (núm. 2º)

• **USUCAPIÓN**

S. JPII CASPE 2 marzo 1994

Se declara la existencia, por usucapión, de servidumbre de paso aparente discontinua.

6 1996, II (núm. 2º)

S. JPII TERUEL N° 1 14 marzo 1994

No se considera probada la posesión necesaria para la usucapión.

8 1996, II (núm. 2º)

S. APH 25 abril 1994

Servidumbre de paso: Usucapión de servidumbres aparentes: es aparente la servidumbre de paso cuando se ejerce por camino o carril.

10 1996, II (núm. 1º)

S. APZ 23 julio 1994

Servidumbre de paso: posibilidad de adquisición por prescripción de esta servidumbre: necesidad de probar el tiempo para su adquisición; no basta como signo aparente de servidumbre la apertura de puertas al fundo colindante cuando el paso está obstaculizado por vallas.

38 1996, II (núm. 1º)

S. APT 7 septiembre 1994

Servidumbre de paso: la adquisición por usucapión de las mismas dista mucho del Derecho común. Usucapión: no se aplican para su adquisición los requisitos de la posesión inmemorial del 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 usucapión 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: Usucapión: no procede por no haberse cumplido el plazo exigido por la ley.

36 1996, II (núm. 1º)

S. APH 20 febrero 1995

La servidumbre de paso puede o no ser aparente, según los casos. Debe resaltarse que la apariencia, según signos exteriores, se refiere a aquellos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto del otro, por ello puede afirmarse que es aparente la servidumbre de paso cuando se ejerce por camino o carril, como sucede en este caso, en el que la servidumbre controvertida no puede ser enten-

dida ni contemplada con independencia de la acequia a la que sirve, por cuyo cajero se viene pasando desde siempre, por lo que en el peor de los casos para la demanda la servidumbre se habría adquirido por prescripción.

9 1997, III (núm. 1º)

S. APT 15 junio 1995

La servidumbre de paso con camino permanente es aparente y, por ello, puede adquirirse por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe (art. 147 Comp.). En Aragón no existe la distinción a estos efectos entre servidumbres continuas y discontinuas.

21 1997, III (núm. 1º)

S. APT 10 julio 1995

La servidumbre de paso puede o no ser aparente, y es aparente cuando se ejerce por camino o carril como sucede en este caso, en el que la servidumbre controvertida se ha venido ejercitando por el camino que culmina en el puente construido hace más de cincuenta años, por donde se viene pasando a la finca de los demandados. Por esta razón, la servidumbre debe considerarse adquirida por prescripción, sin que pueda oponerse el hecho de que el predio sirviente fuera adquirido por el actor libre de cargas y sin que hubiera anotación de la servidumbre en el Registro, pues cuando el adquirente puede conocer la existencia de la servidumbre por sus signos aparentes no puede ampararse en la falta de inscripción.

17 1997, III (núm. 1º)

S. APT 27 marzo 1996

La servidumbre de paso puede ser o no aparente. En el caso de autos es aparente al ejercitarse por camino o carril, por lo que procede su adquisición por usucapión. Y no se opone a esta adquisición el hecho de que la finca del demandado tenga salida a camino público.

6 1997, III (núm. 2º)

S. APT 25 julio 1996

Se aprecia existencia de signo externo de servidumbre (puerta en el corral de la finca de los actores que se abre sobre el terreno de los demandados), por lo que la servidumbre

sería aparente (art. 532 Cc.) y, por tanto, podría adquirirse por usucapión de diez años (art. 147 Comp.); pero no se ha probado el transcurso de este plazo de diez años.

9 1997, III (núm. 2º)

S. APT 4 septiembre 1996

La servidumbre de paso puede ser aparente o no; es aparente la servidumbre de paso cuando se ejerce por camino o carril; no habiéndose probado que concurra el requisito de la apariencia no es posible su adquisición por la usucapión regulada en el art. 147 de la Compilación.

10 1997, III (núm. 2º)

• **USUCAPIÓN DE LAS SERVIDUMBRES NO APARENTES**

S. APT 23 junio 1995

La servidumbre de paso sobre predios rústicos sin constitución de un camino permanente (paso perfectamente delimitado y signos evidentes del mismo) es calificada, por lo general, por doctrina y jurisprudencia como no aparente y discontinua; por lo que, en armonía con lo dispuesto en el art. 148 Comp., para poderla adquirir por usucapión es inexcusable la justificación de un justo título de adquisición en la posesión y la buena fe.

22 1997, III (núm. 1º)

DE PASTOS

S. APT 12 diciembre 1996

Para negar la existencia de servidumbre de pastos la sentencia descarta sucesivamente la posible existencia de una alera foral, de una mancomunidad de pastos, o de una servidumbre de pastos fundada en la posesión inmemorial.

16 1997, III (núm. 2º)

DE SALIDA DE HUMOS

S. JPII TERUEL N° 1 16 junio 1994

Triunfa acción negatoria de servidumbre, pues la alegada de salida de humos no fue adquirida por usucapión ni por disposición del enajenante.

15 1996, II (núm. 2º)

DE VERTIENTE DE TEJADO**S. APH 8 marzo 1995**

El alero del edificio de la demandada sobrevuela sobre la finca del actor, de manera que tal y como está construida la cubierta parte del agua de la lluvia y de la nieve que recibe acaba cayendo sobre el fundo del actor-apelado, de lo que resulta que el demandado está incumpliendo con la obligación prevista en el art. 586 Cc.

12 1997, III (núm. 1º)**• DERECHO SUPLETORIO****S. APT 8 mayo 1996**

A este tipo de servidumbre es aplicable el art. 543 Cc.

18 1997, III (núm. 2º)**• EXTINCIÓN****S. APT 8 mayo 1996**

En la actualidad al demoler el tejado para elevar la parte del granero de la casa, las vigas sobresalen en mayor medida y recaen sobre el fundo vecino agravando la servidumbre existente: dificulta la posibilidad de que el propietario del fundo sirviente eleve su construcción y, además, el agua cae con mayor fuerza sobre el fundo sirviente. Por ello debe considerarse extinguida la servidumbre, al ser también la solución menos gravosa para la parte demandada: le sería más costoso demoler la construcción que ha realizado.

18 1997, III (núm. 2º)**• SIGNOS APARENTES****S. APT 8 mayo 1996**

En el presente caso ha de considerarse que existía una servidumbre de vertiente de tejado, que contaba con un signo apparente como es que las tejas sobresalían 10 cm, que volaban sobre la propiedad del actor.

18 1997, III (núm. 2º)**• USUCAPIÓN****S. JPII EJEA N° 2 9 mayo 1994**

El alero del tejado que sobrevuela la finca contigua y que vierte en ella las aguas pluviales constituye signo apparente 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.

12 1996, II (núm. 2º)**S. APT 22 noviembre 1995**

La actora, en armonía con lo que establecen los arts. 147 y 148 Comp. y aunque no se hubiera tratado de una servidumbre aparente —que lo era y lo es—, ha adquirido una servidumbre de vertiente de aguas pluviales por usucapión, por cuanto la pared medianil en su origen y el vertido de las aguas sobre ella, se inició por acuerdo o convenio entre los propietarios de la época de su construcción y, por ello, en virtud de un justo título.

26 1997, III (núm. 1º)**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 tenerse 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)**EN GENERAL****• APPLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL****S. APT 5 diciembre 1995**

Por definición la servidumbre es un derecho real en o sobre cosa ajena (art. 530 Cc.) y hace imposible su constitución sobre cosa propia en todo o en parte (STS 12 julio 1984) por cuanto de darse tal coincidencia —titularidad dominical y de la servidumbre— la extinguiría por consolidación (art. 546, 1º Cc.).

29 1997, III (núm. 1º)**MANCOMUNIDADES DE PASTOS****S. APH 12 diciembre 1996**

El Apéndice en el art. 16 y la actual Compilación en su art. 146 reconocen la existen-

cia, junto a la alera foral, de la mancomunidad de pastos. Con respecto a esta figura estima la doctrina y la STS de 19-2-54 que constituirá una servidumbre cuando el derecho en que la misma consista se dé sobre fincas o propiedades ajenas y que por el contrario existirá una comunidad de pastos cuando las fincas objeto del aprovechamiento sean propiedad de las mismas personas que se beneficien de éste.

16 1997, III (nºm. 2º)

POSESIÓN INMEMORIAL.

• *ALERIA 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 inmemorial no interrumpida.

5 1996, II (nºm. 2º)

• *SERVIDUMBRE DE PASTOS*

S. APH 12 diciembre 1996

Tanto en la actual Compilación como en el Apéndice la servidumbre de pastos no viene impuesta «ex lege» sino que es de carácter voluntario de tal modo que, al ser alegado por los demandados que la misma se viene disfrutando por posesión inmemorial, se requiere para acreditar su vigencia que se justifique esa posesión anterior al Apéndice de 1925, al tratarse de un derecho nacido bajo el imperio de los fueros y Observancias precedentes. Se exige una cumplida prueba para que, de modo indubitable, conste tan extraordinario medio de adquisición de la servidumbre.

16 1997, III (nºm. 2º)

USUCAPIÓN

S. JPII CASPE 2 marzo 1994

La Compilación de 1967, modificando, en la materia relativa a la adquisición de las servi-

dumbres 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 (nºm. 2º)

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 fondo sirviente. No hay prescripción adquisitiva por no haber transcurrido el plazo exigido por la ley.

23 1996, II (nºm. 1º)

S. TSJA 27 diciembre 1994

Los arts. 147 y 148 Comp., que regulan los requisitos para usucapir las servidumbres y la correlativa extinción de ese derecho real, son directa y preferentemente aplicables respecto de la regulación de esta materia en el Código civil.

14 1995, I (nºm. 1º)

S. JPII TERUEL Nº 1 27 abril 1995

La prueba de la existencia de servidumbre ha de consistir en la justificación bien del título en virtud del cual aquella ha quedado constituida, bien en la justificación de que se ha poseído la misma durante el tiempo necesario para adquirirla por prescripción, que en el caso del Derecho civil foral de Aragón es de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título en el caso de las servidumbres no aparentes y sin necesidad de este último requisito en el caso de las servidumbres aparentes.

52 1997, III (nºm. 1º)

S. APT 23 junio 1995

En Aragón todas las servidumbres, aparentes o no, pueden adquirirse por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni de buena fe las primeras y con esta exigencia las segundas (arts. 147 y 148 Comp.); siendo aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vis-

ta por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas (art. 532 Cc.).

22 1997, III (núm. 1º)

S. APH 4 septiembre 1996

La apariencia, según signos externos, se refiere a aquellos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro.

10 1997, III (núm. 2º)

• *INAPLICACIÓN DEL ART. 539 CC.*

S. APT 23 junio 1995

En Aragón no tiene virtualidad alguna la distinción que hace el Cc. entre servidumbres continuas y discontinuas, positivas y negativas, especialmente a los efectos de su adquisición y constitución. El art. 539 Cc. que impide adquirir por usucapión las servidumbres continuas y no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes, carece de aplicación en nuestro territorio foral.

22 1997, III (núm. 1º)

9: DERECHO DE OBLIGACIONES

91: DERECHO DE OBLIGACIONES EN GENERAL

DONACIÓN

• FORMA

S. TSJA 18 diciembre 1990

Donación de hacienda agrícola en documento privado: inexistencia del negocio por la necesidad de forma pública para la validez de la donación de inmuebles, según la tradición jurídica aragonesa.

2 1995, I (núm. 1º)

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA

S. TSJA 4 noviembre 1992

Fuentes históricas; presupuestos y finalidad; legitimación activa; prueba de la tronca-

lidad; ejercicio conjunto; interpretación restrictiva; moderación equitativa del ejercicio del retracto por los Tribunales.

9 1995, I (núm. 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 aun 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 (núm. 1º)

S. APH 17 octubre 1996

La sentencia examina si los requisitos objetivos, subjetivos y formales exigidos por los arts. 149 y 150 Comp. para que pueda prosperar el derecho de abolorio se dan en el caso y declara que se ha acreditado debidamente que los bienes sobre los que se ejerce tienen el carácter de troncales de abolorio; que la retrayente se halla incluida entre los parentes colaterales hasta el cuarto grado por la línea de procedencia de los bienes; que la acción ha sido ejercitada dentro del plazo legal; y que se ha consignado debidamente el precio conocido.

12 1997, III (núm. 2º)

• ELEMENTO OBJETIVO

S. JPII CALATAYUD N° 1 14 noviembre 1994

Aunque dentro del concepto «inmuebles» usado por el art. 1498 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 (núm. 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 (núm. 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 ejerce el derecho de tanteo, en cuyo caso el sujeto pasivo será el propietario de los bienes que los quiere enajenar, y si se ejerce 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 (núm. 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 (núm. 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 (núm. 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 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).

23 1996, II (núm. 2º)

S. JPII HUESCA Nº 2 28 marzo 1995

El art. 149 Comp. contiene los requisitos para que pueda reclamarse válidamente el derecho de retracto, requisitos que concurren en el supuesto de autos. Pero la finalidad y justificación de este derecho de retracto —mantener la integridad del patrimonio familiar— no se da al haber ejercitado el retrayente un retracto parcial. Para evitar cualquier desviación del primitivo fin justificativo del precepto, el párrafo 2º del art. 149, establece que los Tribunales pueden moderar equitativamente el ejercicio de este derecho. Por ello, la facultad moderadora ha de primar sobre la existencia formal de los requisitos del derecho de abolorio.

49 1997, III (núm. 1º)

• *FINALIDAD*

S. APH 17 octubre 1996

La facultad moderadora tiene como única finalidad evitar que el derecho de abolorio sirva a otros fines que no sean impedir 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 (S. ATZ 13-2-75). Aunque la retrayente curse sus estudios en Zaragoza, existen vínculos afectivos con la localidad y su familia que justifican esa voluntad de conservar la finca de autos dentro de la familia.

12 1997, III (núm. 2º)

FORMA: REQUISITOS DE LA DEMANDA**S. TSJA 22 enero 1990**

Improcedencia del retracto parcial; infracción de las normas sobre consignación o afianzamiento del precio y resarcimiento de gastos legítimos. Voto particular: inexistencia de retracto parcial y cumplimiento de los requisitos de la demanda de retracto.

1 1995, I (núm. 1º)**S. JPII CALATAYUD N° 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 11-5-59 y 22-12-77).

23 1996, II (núm. 2º)**• CONSIGNACIÓN DEL PRECIO CONOCIDO****S. APH 17 octubre 1996**

Los requisitos para el ejercicio de la acción de retracto no los establece el art. 1.518 del Cc., que regula el derecho de retracto como derecho material que permite la adquisición de la propiedad de los bienes retraídos, sino el art. 1.618 de la Lec. que tan sólo exige la consignación del precio conocido y no de los gastos y pagos legítimos que refiere el art. 1.518 Cc., pues éstos cabe abonarlos con posterioridad, una vez determinados, bastando hacer constancia en la demanda de su compromiso a satisfacerlos. En principio, el precio a consignar será el fijado en la escritura pública de compraventa, a menos que se acredite que el retrayente conocía el precio efectivo. La posterior fijación judicial del precio encubierto no modifica lo dicho («perpetuatio jurisdictionis»).

12 1997, III (núm. 2º)**FUNDAMENTO****S. JPII CALATAYUD N° 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 (núm. 2º)**PLAZO DE EJERCICIO****• A FALTA DE NOTIFICACIÓN FEHACIENTE****S. APH 17 octubre 1996**

El cómputo a partir de la inscripción registral tan sólo juega cuando no consta que el conocimiento de la enajenación date de anterior fecha, pero para que actúe esta última se requiere acreditar: a) Que el retrayente tuvo conocimiento de esa venta con anterioridad a su inscripción registral, y b) Que tal conocimiento fuese completo, respecto de todas las condiciones y circunstancias en que la venta se efectuó para que, con suficientes elementos de juicio, pueda el interesado decidir si le conviene o no a su derecho el ejercicio de la acción que le asiste.

12 1997, III (núm. 2º)**10: DERECHO TRANSITORIO****DERECHO DE SUCESIONES EN GENERAL****S. APH 27 febrero 1995**

Las cuestiones de Derecho intertemporal planteadas en este caso se han de resolver aplicando la Compilación aragonesa de 1967, texto que estaba vigente en el momento de fallecer la causante, sin que sea aplicable al caso el Apéndice, aun cuando fuera la ley vigente en el momento de otorgarse la escritura de institución de heredero y señalamiento de legítimas, como así se deduce de la aplicación de la DT. 12^a Comp. 67, que remite a las DDTT. Cc., entre las que cabe aplicar la DT. 12^a Cc.

11 1997, III (núm. 1º)**LUCES Y VISTAS****S. APZ 15 julio 1996**

Se aplica el art. 144 Comp. aun respecto de huecos abiertos antes de 1967 (Disp. trans. 9^a Comp.).

26 1997, III (núm. 2º)

RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: GESTIÓN**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 (núm. 1º)**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 (núm. 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 (núm. 1º)**RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN****• BIENES COMUNES Y PRIVATIVOS****S. TSJA 12 febrero 1996**

La DT 1ª Comp. determina que las normas sobre bienes comunes y privativos del régimen matrimonial legal (arts. 37, 38 y 39) sólo se aplicarán en los matrimonios que se contraigan a partir de la entrada en vigor de la Compilación. Por lo tanto, no procede aplicar al supuesto a autos los preceptos de la Compilación referentes al régimen económico matrimonial legal.

1 1997, III (núm. 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 vi gente la Compilación.

3 1995, I (núm. 1º)**USUFRUCTO VIDUAL****S. TSJA 12 febrero 1996**

De conformidad con lo dispuesto en la DT 4ª Comp., no se rigen por este Cuerpo legal los usufructos viduales causados con anterioridad a su entrada en vigor. Por lo tanto, no procede tampoco la aplicación del art. 84.1 Comp., sino que se han de aplicar los arts. 72 y 76 del Apéndice.

1 1997, III (núm. 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)**A. PRES. TSJA 19 noviembre 1997**

El pacto de establecimiento de fiducia sucesoria es de frecuente práctica en las Comarcas del Alto Aragón, incorporado corrientemente a los capítulos matrimoniales, en

íntima conexión con la finalidad de conservación y prolongación en el tiempo de la Casa, institución consuetudinaria hondamente arraigada en esas Comarcas.

1 1997, III (núm. 2º)

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)

S. TS 1 julio 1996

Al tratar el asunto de autos de materia en la que es de aplicación un Derecho foral, la Fiscalía emitió informe señalando la competencia del TSJ de Aragón conforme al art. 1.730 Lec. La Sala 1ª del TS, ante dicho informe, acordó oír a las partes. La recurrente alegó infracción de la Constitución, por un lado, y por otro que las normas infringidas eran de Derecho común; los recurridos, por su parte, no hicieron alegación alguna. En consecuencia, el TS se declaró competente para conocer de este asunto, pero puntualizando expresamente en dicho auto que «ello supone, lógicamente, que la parte recurrente ha asumido un riesgo de prescindir por completo de las normas de Derecho foral aplicadas en la sentencia recurrida».

6 1997, III (núm. 1º)

A. PRES. TSJA 19 noviembre 1997

La competencia del Presidente del TSJ para la resolución definitiva de los recursos gubernativos sobre calificación de documentos referentes al Derecho civil aragonés, que deban tener acceso al Registro de la Propiedad, ha de entenderse suprimida del vigente Estatuto de Autonomía, puesto que las leyes posteriores derogan las anteriores, salvo reserva que no existe. La supresión de esa competencia recogida en el «suprimido» art. 29 del EAA devuelve esta clase de medios de impugnación al sistema ordinario.

1 1997, III (núm. 2º)

DERECHO INTERREGIONAL.

• EFECTOS SOBRE LA SUCESIÓN

S. JPI ZARAGOZA N° 2 25 noviembre 1995

La causante era de vecindad civil común al tiempo de otorgar testamento —en él nombró herederos a partes iguales a sus tres hijos—, bajo el que falleció. Ahora bien, la vecindad civil que se atribuya a la causante al tiempo de su fallecimiento no incide sobre la eficacia de la disposición testamentaria: Ésta es tan compatible con el régimen sucesorio y de las legítimas del Código civil como de la compilación, pero tal hecho tiene una trascendental importancia en orden a la determinación del haber hereditario, pues el art. 140 Comp. establece que «la colación de liberalidades no procede por ministerio de la ley, mas puede ordenarse en testamento u otro documento público». En el caso de autos, la causante falleció habiendo adquirido, por residencia, la vecindad civil aragonesa (art. 14.2 Cc).

63 1997, III (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 RRC, que el cómputo de dicho plazo ha de acontecer durante la mayoría de edad. El TS considera oportuno conceder a la tesis del recurrente una superior consistencia que a la defendida por el Tribunal «a quo», porque la norma del art. 225.2 RRC está en pugna con la prevenida por el Cc. Pero, no obstante, el TS ratifica la falta de prueba del transcurso de los diez años exigido para la adquisición de la vecindad catalana.

6 1996, II (núm. 1º)

• *DE LOS CÓNYUGES*

S. AP LLEIDA 17 enero 1995

El esposo era de vecindad civil aragonesa al tiempo de contraer matrimonio, por razón de nacimiento y posterior residencia en Aragón hasta dicho momento, lo que determinó que la esposa siguiera la condición del marido, conforme al art. 14 Cc. en la redacción vigente en la fecha de celebración del matrimonio: 2 de octubre de 1958.

39 1997, III (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 la 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.

Las citas de sentencias háganse siguiendo el modelo del «Índice acumulado de jurisprudencia» que se publica en cada número de la revista.

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.

Los trabajos publicados en la RDCA en soporte papel podrán publicarse también en CD-rom, en Internet o por cualquier otro medio informático, así como incluirse en bases de datos. Eventualmente podrán aceptarse trabajos para su publicación únicamente en la edición informática.

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

PRESENTACIÓN	7
ESTUDIOS	
MEDRANO SÁNCHEZ, Juan Ignacio: «La responsabilidad del patrimonio común por deudas [aparentemente] privativas de uno de los cónyuges. 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»	63
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 la fe pública registral»	109
COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA	
LÓPEZ AZCONA, Aurora: «Tribunal Superior de Justicia de Aragón y derecho de abolorio: 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	147
NOTICIAS	173
BIBLIOGRAFÍA	185
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 Vélezoso	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	231

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 abolorio.....	23
CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «Efectos de la renuncia hereditaria en Aragón»	33
NOTAS Y CUESTIONES PRÁCTICAS	
ORIA ALMUDÍ, Joaquín: «El tratamiento de la fiducia sucesoria aragonesa en el impuesto de sucesiones»	73
COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA	
SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Derecho de viudedad del cónyuge del bínubo con descendencia de anteriores nupcias. El art. 73 de la Comp. y la S. TSJA de 11 de julio de 1994»	85
BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: «La renovación de los pactos sucesorios por incumplimiento de cargas. (A propósito de la S. TSJA de 9 de noviembre de 1991)».....	111
MATERIALES.....	
NOTICIAS.....	137
BIBLIOGRAFÍA.....	209
A) Recensiones:	
• BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: <i>Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas</i> . Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1995, 353 págs., por M ^a Teresa Alonso Pérez.....	219
• MONASTERIO ASPIRÍ, Itziar: <i>Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno</i> . Colección de Textos Forales, vol. IV. Diputación Foral de Vizcaya-Universidad de Deusto, Bilbao, 1994, 668 págs., por José Antonio Serrano García.....	227
B) Repertorio de bibliografía	232
JURISPRUDENCIA.....	
	245

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

ÍNDICE

RDCA, 1996, II (Nº 2)
345 páginas. 2.500 pesetas

ESTUDIOS

GIMÉNEZ MARTÍN, Ricardo: «Intervención del Notario en la evolución del Derecho Aragonés»	9
--	---

LÓPEZ 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	175
------------------	-----

NOTICIAS	213
----------------	-----

BIBLIOGRAFÍA	217
--------------------	-----

A) Recensiones:

* VICARIO DE LA PEÑA, Nicolás: <i>Derecho consuetudinario de Vizcaya. Observaciones al proyecto de Apéndice del Código civil para Vizcaya y Álava.</i> (Comentario a las observaciones del Sr. Vicario y cuidado de la edición por Itziar Monasterio Aspíri), en «Colección de Textos Forales», vol. V. Diputación Foral de Vizcaya- Universidad de Deusto, Bilbao, 1995, 554 págs., por Carmen Bayod López.	219
--	-----

* COMISIÓN 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	247
----------------------	-----

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

ÍNDICE

RDCA, 1997, III (Nº 1)
485 páginas. 2.500 pesetas

ESTUDIOS

MOREU BALLONCA, José Luis: «Aportación a la doctrina sobre la legítima aragonesa en contemplación de su futura reforma legal»	9
SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, Carmen: «Posible explicación a la antinomia existente entre las Observancias 1. ^a y 5. ^a <i>De consortibus ejusdem rei</i> ».....	65
BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, Elena: «La correspondencia del testamento mancomunado. Estado de la cuestión».....	85
OLIVÁN DEL CACHO, Javier: «El Derecho aragonés para D. Juan Moneva y Puyol. (Apostillas a su libro <i>Introducción al Derecho Hispánico en el cincuentenario del Congreso Nacional de Derecho Civil</i>)»	107

NOTAS Y CUESTIONES PRÁCTICAS

BATALLA CARILLA, José Luis: «El derecho expectante de viudedad y la disposición de bienes inmuebles por los cónyuges. Desde las Observancias hasta hoy»	125
ROMERO HERRERO, Honorio: «Reflexiones sobre el nacimiento del consorcio foral aragonés por adquisición hereditaria»	135

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

LÓPEZ AZCONA, Aurora: «Breve noticia de la última Jurisprudencia sobre derecho de abollo»	143
SÁNCHEZ UNGRÍA, M. ^a José: «Comentario a la Sentencia de 29 de noviembre de 1996 de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón».....	157

MATERIALES.....

NOTICIAS.....	189
---------------	-----

BIBLIOGRAFÍA

A) Recensiones:

* ACHÓN BRUÑÉN, M. ^a José: <i>La defensa del cónyuge aragonés en los procesos de ejecución por deudas del otro cónyuge</i> . Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 1996, 124 págs., por José Antonio Serrano García.....	197
* MARTÍN OSANTE, Luis Carlos: <i>El régimen económico matrimonial en el Derecho vizcaíno. La comunicación foral de bienes</i> . Gobierno Vasco — Marcial Pons, Madrid, 1996, 839 págs., por José Antonio Serrano García	202

B) Repertorio de bibliografía.	231
--------------------------------------	-----

JURISPRUDENCIA	225
----------------------	-----

REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Director: Fernando López Ramón

Secretario: Luis Pomed Sánchez

Sumario del número 11 (diciembre 1997)

ESTUDIOS

- A. EMBID: *El marco legal, español y comunitario, de la financiación de las obras hidráulicas.*
J. M. BAÑO: *Las potestades normativas de las Universidades.*
A. GARCÍA INDA: *La construcción administrativa del voluntariado: un modelo explicativo.*
L. MÍNGUEZ: *El reparto de competencias en materia de comercio interior en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista.*
O. HERRAIZ: *Reflexiones sobre la evolución de la Política Agrícola Comunitaria.*

DEBATES

- L. MARTÍN-RETORTILLO: *Reflexiones de urgencia sobre el «Informe Nolan».*
J. L. MOREU: *Sobre la conveniente reforma de la Ley de Aguas. Observaciones al borrador de Proyecto de Ley de mayo de 1997.*
J. RODRÍGUEZ-ARANDA: *La modernización administrativa como instrumento de la consolidación del poder regional.*
R. BARBERÁN: *La Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón en 1996.*
J. OLIVÁN DEL CACHO: *Los límites de la integración de los servicios territoriales ministeriales en las Delegaciones del Gobierno.*
J. BLASCO Y A. GORRÍA: *Aragón ante la próxima reforma de los fondos estructurales de la Unión Europea.*
J. M. CANALES: *Nuevo entorno y perspectivas de las políticas públicas locales.*
F. RODRIGO Y J. VALLÉS: *Estructura presupuestaria y situación financiera de los municipios aragoneses en la década de los noventa.*

ESPECIAL JORNADAS SOBRE RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS FUNCIONARIOS

- F. ZUBIRI: *Las penas de inhabilitación y suspensión.*
M. GARCÍA ARÍN: *La prevaricación administrativa y otros comportamientos injustos en el Código Penal de 1995.*
J. L. HEDO: *Los delitos de abandono de destino, omisión del deber de perseguir delitos, desobediencia y denegación de auxilio.*
F. J. CANTERO: *Los delitos de infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos.*
J. M. RIVERA: *Los delitos de cohecho, tráfico de influencias, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y abusos en el ejercicio de la función.*
N. J. DE LA MATA: *Los delitos de malversación.*
J. L. GONZÁLEZ CUSSAC: *Los delitos relacionados con la emisión de informes y la tramitación de expedientes.*
F. MUÑOZ CONDE: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal.*
Mesa redonda sobre el régimen jurídico penal de los funcionarios.

CRÓNICAS, BIBLIOGRAFÍA

Precio de la suscripción anual	3.500 ptas + IVA
Número suelto	2.000 ptas + IVA

SUSCRIPCIONES:

Revista Aragonesa de Administración Pública
Instituto Aragonés de Administración Pública
Diputación General de Aragón
Paseo María Agustín, 36, 50004 Zaragoza

derecho privado y constitución

Director: RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO
Secretario: JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ

Núm. 11 (Año 1997)

Número monográfico sobre los colegios profesionales

ESTUDIOS

MARIANO BAENA DEL ALCÁZAR

La nueva regulación de los Colegios Profesionales.
La reestructuración por la vía de la defensa de la competencia.

JOSÉ MARÍA BANO LEÓN

Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre Colegios Profesionales.

JOSÉ RAMÓN GARCÍA VICENTE, JOSÉ ANTONIO MARTÍN PÉREZ Y MARÍA JOSÉ VÁQUERO

La determinación de los honorarios profesionales (En particular, el arbitrio de parte).

JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO

Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios profesionales en la Unión Europea.

JESÚS OLAVARRIA IGLESIAS

Antecedentes y elaboración del artículo 36 en las Cortes Constituyentes de 1978.

JAVIER VICIANO PASTOR Y JESÚS OLAVARRIA IGLESIAS

Profesiones y libertad de competencia (defensa de la competencia, competencia desleal, sociedades, publicidad y honorarios).

COMENTARIOS Y NOTAS

SOFÍA DE SALAS MURILLO

Consideraciones generales en torno a las disposiciones generales de la nueva Ley catalana de Asociaciones (Ley 7/1997, de 18 de junio, de Asociaciones).

CRISTINA IZQUIERDO SANS

El carácter no ejecutivo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la STS, 1^a de 20 de noviembre de 1996).

M^a TERESA MARTÍN LÓPEZ

El principio de igualdad, los hijos extramatrimoniales y el delito de impago de pensiones (Comentario a la STC 74/1997, de 21 de abril).

PRECIOS DE SUSCRIPCIÓN ANUAL

España	2.000 ptas
Extranjero	3.000 ptas
Número suelto: España.....	2.000 ptas
Número suelto: Extranjero.....	3.000 ptas

Suscripciones y números sueltos

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Fuencarral, 45, 6^o - 28004 MADRID



INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO»



EXCMA. DIPUTACIÓN DE ZARAGOZA