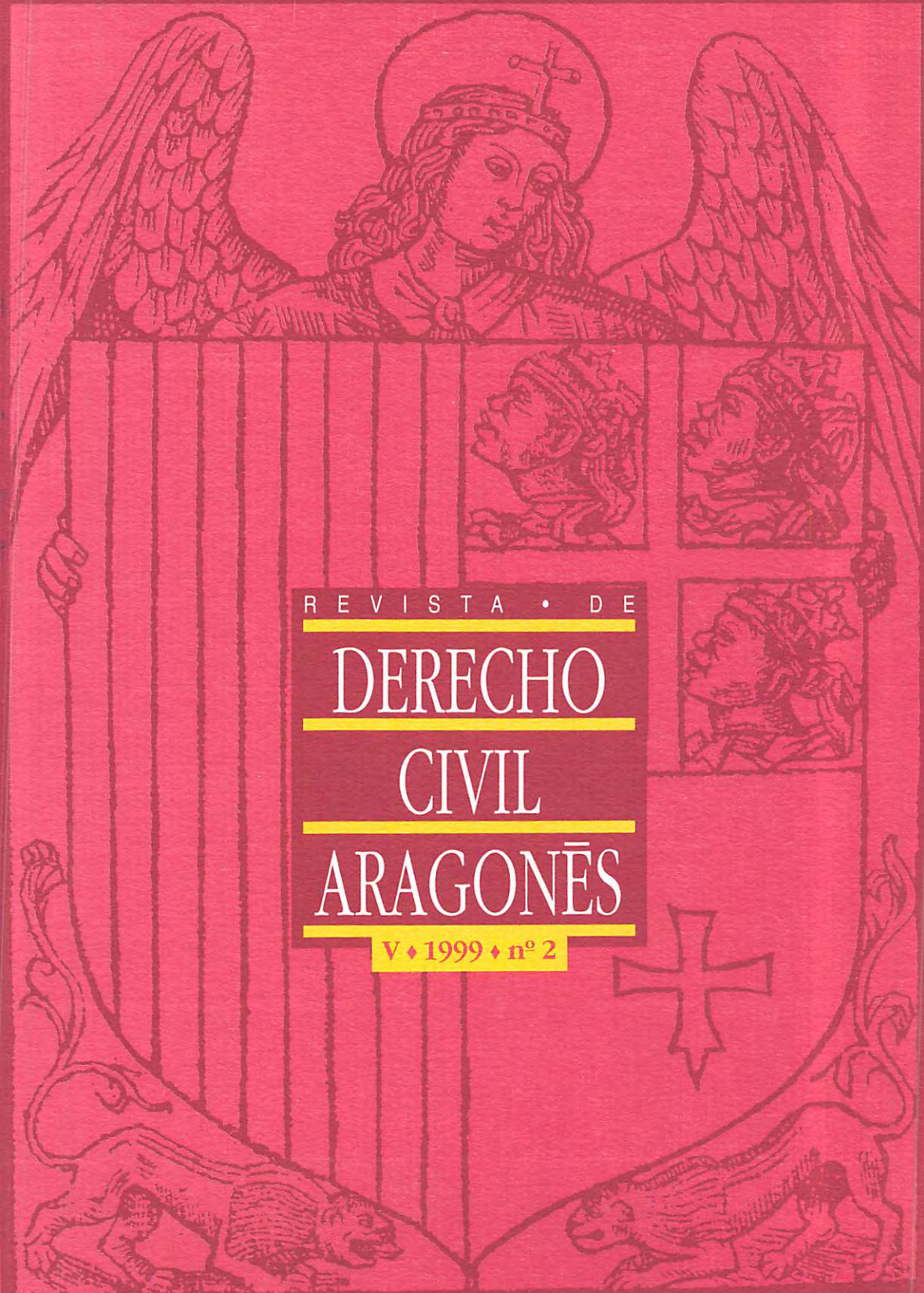




REVISTA • DE

DERECHO
CIVIL
ARAGONÈS

V ♦ 1999 ♦ n° 2

La versión original y completa de esta obra debe consultarse en:
<https://ifc.dpz.es/publicaciones/ebooks/id/2224>



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 PALIÁS
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-ÁTANCE
Asesor del Justicia de Aragón

FERNANDO GARCÍA VICENTE
Justicia de Aragón

MAURICIO MURILLO GARCÍA-ÁTANCE
Magistrado Juzgado de Instrucción
de Zaragoza

SAÚL GAZO ORTIZ DE URBINA
Abogado
Huesca

HONORIO ROMERO HERRERO
Decano del Colegio Notarial
Zaragoza

MANUEL GIMÉNEZ ABAD
Diputado autonómico y Senador

CARMEN MAESTRO ZALDÍVAR
Procuradora
Zaragoza

RAFAEL SANTACRUZ BLANCO
Director General
de Servicios Jurídicos de la DGA

REVISTA DE DERECHO CIVIL ARAGONÉS

AÑO V / NÚM. 2



INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO» (C.S.I.C.)
Excma. Diputación Provincial
Zaragoza, 2000

Publicación número 2.155
de la Institución «Fernando el Católico»
(Excma. Diputación de Zaragoza)
Plaza de España, 2.

50071 ZARAGOZA (España)

Tff.: [34] 976 28 88 78/79 - Fax: [34] 976 28 88 69

ifc@dpz.es

FICHA CATALOGRÁFICA

REVISTA de Derecho Civil Aragonés / Institución «Fernando el Católico». Año V, Nº 1 (1999).— Zaragoza: Institución «Fernando el Católico», 2000.— 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

IMPRESO EN ESPAÑA – UNIÓN EUROPEA

ÍNDICE
RDCA, 1999, V (Nº 2)

ESTUDIOS

PARRA LUCÁN, María Ángeles: «La responsabilidad por daños producidos por animales de caza»	11
BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: «El art. 149.3 CE: La supletoriedad del Código civil como Derecho estatal de los Derechos civiles autonómicos. (En particular el Derecho civil aragonés)»	75
LÓPEZ AZCONA, Aurora y OLIVÁN del CACHO, Javier: «La extinción del usufructo viudal por la celebración de matrimonio canónico en el periodo de vigencia de la Ley de matrimonio civil de 1870 (Comentario a propósito de una consulta resuelta por el abogado alto-aragonés Nicolas de Otto)»	127
ARGUDO PÉRIZ, José Luis: «Los derechos de pastos aragoneses de origen foral. (Competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón, legislación y últimas resoluciones judiciales)»	137
CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «Conflictos interregionales entre los Derechos sucesorios españoles»	169
MAYNAR BONACHO, Cristina: «Estudio comparativo de algunos elementos configuradores de la sustitución legal en el derogado art. 141 de la Compilación del Derecho civil de Aragón y en la nueva Ley de Sucesiones por causa de muerte»	199

NOTAS Y CUESTIONES PRÁCTICAS

GIMÉNEZ VILLAR, Fernando: «Dos modelos de fiducia en testamento mancomunado»	233

Índice

SORIA MONEVA, Ana: «Sugerencias sobre una posible modificación del «pacto al más viviente»	237

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

ZABALO ESCUDERO, Elena: «La aplicación de las normas de conflicto del Derecho Interregional. (A propósito de la sentencia del TSJ de Aragón de 10 de marzo de 1999)»	247
BERNAD MAINAR, Rafael: «Régimen jurídico de luces y vistas en el Derecho civil aragonés: análisis de la Jurisprudencia»	253

MATERIALES

A) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía para la reintroducción del art. 29.....	293
B) Acta de la reunión de foralistas en el Monasterio de Monserrat (1947)	373
C) Carta de D. Federico de Castro a D. Luis Martín-Ballesteros (1944)	379
D) Compilació del Dret civil d'Aragó.....	381

NOTICIAS

Noticias de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil	405
Agrupación de Abogados Jóvenes de Huesca	407
II Premio de Derecho civil aragonés «Jerónimo de Blancas»	408
IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés.....	408
Becas para el Estudio del Ordenamiento Jurídico Aragonés	409
Informe Anual del Justicia de Aragón 1998.....	410
Seminarios de Jurisprudencia	412
Cursos de Derecho Aragonés	413
Premio «Manuel Batalla González» de Estudios Jurídicos	414
Web del Derecho civil aragonés	414
Tesis doctoral	415
Mesa redonda	415
Decreto de nombramiento de vocal de la CADC	416
Decreto de renovación del cargo de secretario de la CADC	416

BIBLIOGRAFÍA

Repertorio de bibliografía	421

JURISPRUDENCIA

A) Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (1999)....	441
B) Resoluciones de Audiencias Provinciales (1998).....	475
C) Índice acumulado de la Jurisprudencia.....	569

ESTUDIOS

LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS PRODUCIDOS POR ANIMALES DE CAZA

M^a ANGELES PARRA LUCÁN

Profesora titular de Derecho civil

Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN: LA JURISPRUDENCIA «ARAGONESA» SOBRE DAÑOS PRODUCIDOS POR LA FAUNA. II.- DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES DE CAZA. 1.- Responsabilidad por animales de caza y ordenación de la caza. 2.- ¿Cuál era la regla de responsabilidad aplicable a los daños producidos por piezas de caza en el momento en que se promulgó la ley aragonesa de caza? III.- LA NORMATIVA AUTONÓMICA ARAGONESA SOBRE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES DE CAZA. IV.- RÉGIMEN JURÍDICO. 1.- Criterios de imputación de la responsabilidad: «piezas de caza» y especies no susceptibles de aprovechamiento cinegético. 2.- Daños ocasionados por especies de la fauna silvestre no susceptibles de aprovechamiento cinegético. 3.- Daños ocasionados por especies de la fauna silvestre susceptibles de aprovechamiento cinegético. A) Daños causados por animales procedentes de terrenos cinegéticos. a) Clasificación de los terrenos y responsabilidad por daños. b) Daños causados por especies cinegéticas procedentes de cotos. e) La «procedencia» de la caza. a') La responsabilidad cuando no es posible precisar la procedencia de la caza. b') Daños causados por especies no cazables en el terreno de donde proceden. c') A modo de conclusiones: la procedencia de la caza y criterios de imputación de la responsabilidad. B) Daños causados por animales procedentes de terrenos no cinegéticos.

I. INTRODUCCIÓN: LA JURISPRUDENCIA «ARAGONESA» SOBRE DAÑOS PRODUCIDOS POR LA FAUNA

En los últimos años es creciente el número de reclamaciones planteadas por los daños causados por animales. Se trata de un dato fácilmente comprobable tanto en los repertorios de jurisprudencia como en los índices de las publicaciones que recogen los dictámenes emitidos por el Consejo de Estado así como por los órganos consultivos de las diferentes Comunidades Autónomas. Cuando el animal tiene un «poseedor», alguien que «se sirve de él», éste es responsable de los daños causados por el animal, con arreglo a lo dispuesto en el art. 1905 CC¹. Cuando se trata de animales de la fauna silves-

¹ El art. 1905 CC no imputa la responsabilidad por los daños causados al dueño, sino al «poseedor de un animal, o el que se sirve de él». Por eso, los tribunales condenan a quien obtiene algún beneficio del animal, aunque no sea su propietario (el titular de la explotación que utiliza a los canes para la vigilancia, STS. 10 julio 1995, R. 5556), pero también al propietario cuando tenga la guarda y custodia del animal (Ss. 26 enero 1972, R. 120, 15 marzo 1982, R. 1379). La referencia legal a quien «se sirve» del animal, permite negar que sea poseedor quien se ocupa del animal como servidor de la posesión ajena (no es poseedor el cuidador del caballo que ocasiona la muerte por una coz, STS. 18 julio 1991, R. 5398, ni tampoco los pastores que se hacen cargo de las reses de varios ganaderos una vez que ya en el pueblo cada res se dirige por instinto a su propio establo, STS. 28 abril 1983, R. 2195). La responsabilidad de todas estas personas, en su caso, podría deducirse del art. 1.902 Cc.

La Ley estatal 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el régimen jurídico de la tenencia de animales potencialmente peligrosos (BOE nº 307, de 24 de diciembre) no afecta a la vigencia del art. 1905 CC. La ley, que trata de minimizar los riesgos creados por estos animales mediante el control y regulación de la tenencia, comercio y adiestramiento de estos animales carece de efectos jurídicos privados, y se limita a establecer infracciones y sanciones administrativas en caso de incumplimiento de las obligaciones previstas. Expresamente, incluso, el art. 13.9 de la Ley establece que: «La responsabilidad de naturaleza administrativa, ..., se entiende sin perjuicio de la exigible en las vías penal y civil». El art. 2.1 de la Ley define a los animales potencialmente peligrosos de la siguiente forma: «todos los que, *perteneciendo a la fauna salvaje, siendo utilizados como animales domésticos o de compañía*, con independencia de su agresividad, pertenecen a especies o razas que tengan capacidad de causar la muerte o lesiones a las personas o a otros animales y daños a las cosas». Se preve también que puedan calificarse como potencialmente peligrosos «los animales *domésticos o de compañía* que reglamentariamente se determinen, en particular, los pertenecientes a la especie canina, incluidos dentro de una tipología racial, que por su carácter agresivo, tamaño o potencia de la mandíbula tengan capacidad de causar la muerte o lesiones a las personas o a otros animales y daños a las cosas».

Con discutible título competencial, pues se trata de una regla de responsabilidad civil (cfr. art. 149.1.8ª CE.), distintas leyes autonómicas de protección de animales establecen, además de la responsabilidad del poseedor, la *responsabilidad subsidiaria del propietario* (en ocasiones, señalando que «conforme a la legislación civil aplicable» o «al Código civil»): así: art. 5º.1 Ley 3/1988, de 28 de marzo, de protección de animales de Cataluña (DOGC nº 967, de 18 de marzo; BOE nº 75, de 28 de marzo); art. 6º.1 Ley 8/1991, de 30 de abril, de protección de animales de Canarias (BOCA nº 62, de 13 de mayo; BOE nº 152, de 26 de junio); art. 7º.1 Ley 3/1992, de 18 de marzo, de protección de animales de Cantabria (BOC nº 63, de 27 de marzo; BOE nº 124, de 23 de mayo); art. 11.1 Ley 1/1992, de protección de animales que viven en el entorno humano, de las Islas Baleares (BOCAIB nº 58, de 14 de mayo; BOE nº 145, de 17 de junio); art. 7º.4 de la Ley 1/1993, de 11 de mayo, de protección de animales domésticos y salvajes en cautividad de Galicia de 1993 (DOG nº 75, de 22 de abril; BOE nº 112, de 11 de mayo); art. 5º.1 de la Ley 7/1994, de 31 de mayo, de protección de animales de Navarra (BON nº 94, de 13 de junio; BOE nº 208, de 31 de agosto); art. 8.1

tre, la complejidad normativa es mayor. De los daños causados por estos últimos me voy a ocupar en adelante.

Existe una abundante jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Huesca —parte de ella, aparece publicada en esta Revista: Ss. 26 mayo, 11 y 30 julio, 10 noviembre 1997², 22, 29 y 30 abril, 8 y 22 septiembre 1998— en la que, de manera reiterada, se sostienen declaraciones de interés relativas a dos órdenes de cuestiones. De una parte, acerca de la determinación de la ley aplicable a los daños causados por animales de caza. De otra, acerca de la interpretación y aplicación de los criterios de imputación de la responsabilidad previstos legalmente.

Por lo que se refiere al primer problema, se reiteran en estas decisiones judiciales las siguientes afirmaciones:

i) que la Ley estatal de caza «derogó cuantas disposiciones se oponían a la misma, de modo que entre ellas hay que incluir el art. 1906 CC, cuyo sistema individualista subjetivo de responsabilidad del propietario de la caza se opone al criterio objetivo de la nueva ley»;

ii) que la «única especialidad» de la Ley aragonesa de caza de 10 de diciembre de 1992 «es declarar la obligación por parte de la Diputación General de Aragón de indemnizar los daños ocasionados en terrenos no cinegéticos o por las especies cinegéticas de los cotos sociales»;

iii) que es aplicable en materia de responsabilidad por los daños causados por animales de caza el art. 33 de la Ley estatal y artículos correspondientes del Reglamento de la Ley de caza que lo desarrolla.

En lo que respecta al segundo problema —quién debe responder y con arreglo a qué criterios— la citada jurisprudencia se ocupa, mayoritariamente, de la determinación de lo que debe entenderse por la «procedencia» del animal con el fin de imputar la responsabilidad al titular del coto. En especial cuando, por la proximidad de los cotos existentes, no se puede determinar la exacta procedencia de la pieza de caza. Pero son otros muchos los supuestos

Ley 4/1994, de 8 de julio, de protección de animales de compañía de Valencia (DOGV nº 2307, de 11 de julio; BOE nº 194, de 15 de agosto); art. 7º.1 Ley 5/1995, de 22 de marzo, de protección de animales de La Rioja (BOR nº 39, de 1 de abril; BOE nº 95, de 21 de abril); art. 4º.3 Ley 5/1997, de 24 de abril, de protección de animales de compañía de Castilla y León (BOCL nº 81, de 30 de abril; BOE nº 156, de 1 de julio).

La Ley 7/1990, de 28 de diciembre, de protección de los animales domésticos de Castilla-La Mancha (BOCM nº 1, de 2 de enero; BOE nº 93, de 18 de abril) no contiene norma de responsabilidad civil por los daños causados por los animales, y en su art. 22 establece que la aplicación de la responsabilidad administrativa que resulte de la aplicación de la ley autonómica lo es sin perjuicio de la posible responsabilidad civil o penal.

El art. 5º. de la Ley 1/1999, de 1 de febrero, de protección de animales domésticos de la Comunidad de Madrid (BOCM nº 39, de 15 de febrero; BOE nº 53, de 2 de marzo), y la Ley 6/1993, de 29 de octubre, de protección de animales del País Vasco (BOPV nº 220, de 15 de noviembre), en cambio, sólo mencionan al poseedor del animal como sujeto responsable.

² Respectivamente, RDCA 9, 12, 13, 16 1998, IV (nº 1 y 2).

en que una especie de la fauna puede causar daños. Así, cuando procede de un terreno no cinegético, o cuando procede de un terreno cinegético de aprovechamiento común, o de una reserva de caza, de un refugio de caza o de un espacio natural protegido, o cuando se trata de especies no cinegéticas. Para algunos de estos supuestos, el art. 72 de la Ley aragonesa de caza y, para otros, el art. 39 del Reglamento de la Ley aragonesa de caza, imputan la responsabilidad a la Diputación General de Aragón. Esto explica la existencia de distintos Dictámenes emitidos por la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón y relativos a la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de daños causados por animales.

Son muchas y variadas las cuestiones que inciden en esta materia. Es sabido que la promulgación de la Ley estatal de caza en 1970 suscitó el problema de la subsistencia de la regla de responsabilidad prevista en el art. 1906 CC para los daños causados por las piezas de caza. En la actualidad debe tenerse en cuenta la existencia de reglas de responsabilidad por daños causados por las especies, cinegéticas y no cinegéticas, en las leyes autonómicas de caza y, entre ellas, por lo que aquí interesa especialmente, la de Aragón. Prescindiendo por el momento del análisis de la constitucionalidad de tales normas, conviene señalar que la solución propuesta en cada una de ellas no es siempre coincidente. En ocasiones, incluso, se comprueba cómo, en la aplicación de normas semejantes, se alcanzan resultados diferentes en función de la interpretación jurisprudencial efectuada por las distintas Audiencias. Tampoco son coherentes estas decisiones jurisprudenciales con los criterios mantenidos por el Consejo de Estado y, por lo que aquí interesa, por la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón. En consecuencia, es difícil precisar con seguridad cuáles son los criterios de imputación de responsabilidad actualmente vigentes en materia de daños causados por especies de la fauna.

Aparece generalizada, tanto en las leyes autonómicas como en las decisiones jurisprudenciales, una tendencia a la socialización de los daños producidos por la caza que se concreta en la imputación de la responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus competencias, establecen qué especies son cinegéticas y en qué condiciones: en el caso de Aragón, a la Diputación General de Aragón.

Parece evidente, en primer lugar, que la imputación a la Administración de la responsabilidad por los daños causados por animales procedentes de cotos que ella misma explota es semejante a la que puede exigirse a cualquier particular, si bien en este caso, y por tratarse de una Administración Pública, ante la jurisdicción contenciosa³. En otro caso, para que sea exigible la responsabi-

³ Los repertorios jurisprudenciales publican sentencias de la jurisdicción civil relativas a reclamaciones de daños por animales de caza contra la Administración. Los particulares acudían indistintamente a la jurisdicción civil o a la contenciosa para obtener la reparación de los daños sufridos. Buen ejemplo de la utilización de las dos jurisdicciones lo constituye el supuesto de hecho recogido en la STSJ La Rioja de 14 mayo 1996 (R. 663): los particulares, propietarios de unas fincas con plantaciones de viñedos, plantearon ante la jurisdicción civil reclamaciones de

lidad patrimonial de la Administración no puede ser bastante la simple competencia en materia de caza, sino que es preciso poder apreciar un nexo causal entre la concreta actuación administrativa (protección de una especie, prohibición de su caza) y la producción del daño por el que se reclama.

Desde este punto de vista podría explicarse la condena a la Administración cuando el daño es causado por una especie no cinegética, por ejemplo. Pero la práctica muestra, sin embargo, cómo, en ocasiones, se imputa la responsabilidad a la Administración no sólo por daños causados por especies no cinegéticas, sino también por especies cinegéticas cuyo lugar de procedencia se desconoce, o por especies que proceden de un coto que carece de titular actual. En todos estos casos, la responsabilidad por daños, no es, a diferencia del supuesto de responsabilidad del titular del aprovechamiento cinegético, la contrapartida del beneficio directo que se obtiene de una actividad que produce un riesgo, como es la caza, sino que se vincula al funcionamiento de un servicio público o, incluso, al establecimiento de un supuesto de responsabilidad especial de la Administración dirigida a socializar los perjuicios ocasionados en determinadas circunstancias por ciertas especies.

De lo hasta aquí expuesto se desprende que el perjudicado por un animal de la fauna debe escoger cuidadosamente contra quién dirige su reclamación. Hasta fechas recientes, la demanda se dirigía por la vía civil contra los titulares de aprovechamientos cinegéticos próximos al lugar de producción del accidente (por ejemplo, jabalí o ciervo que irrumpe en la calzada). Pero también y al mismo tiempo, en el mismo proceso, si al actor no le resultaba sencillo acreditar la exacta procedencia del animal, la demanda iba dirigida también contra la Administración que gestionaba el parque natural o la reserva o el refugio de caza. En la actualidad, la demanda contra todas esas personas sólo podría plantearse ante la jurisdicción contenciosa⁴. La jurisdicción civil tampoco podrá en el futuro condenar a la Administración cuando el animal proceda de un terreno de aprovechamiento común, o cuando no conste la procedencia del animal, o cuando se trate de una especie protegida.

daños ocasionados por la entrada de corzos, en mayo de 1989, procedentes de una reserva de la Comunidad Autónoma; para los daños producidos en junio de 1990, en cambio, interponen recurso contencioso-administrativo, que es resuelto por la citada sentencia.

En la actualidad, sin embargo, y como consecuencia de lo dispuesto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y en la LO 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, debe excluirse la competencia de la jurisdicción civil para declarar la responsabilidad de la Administración. De tal manera que es la jurisdicción contenciosa la única competente tanto cuando se trate de supuestos de responsabilidad administrativa (imputable al funcionamiento de un servicio público) como cuando se trate de una responsabilidad civil (la Administración en cuanto titular de un concreto aprovechamiento cinegético).

⁴ Porque, además, como es sabido, la redacción actual del art. 9º.4 LOPJ, conforme a la LO 6/1998, después de establecer la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las demandas de responsabilidad contra la Administración, añade que: «Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional».

El problema es que la determinación de quién debe responder en cada caso del daño causado por un animal de la fauna, así como la de los criterios de imputación de esa responsabilidad, no resulta sencilla. Hay normas de responsabilidad en la Ley estatal de caza, en la Ley aragonesa de caza, así como en los reglamentos que desarrollan una y otra. Por eso, antes de entrar a analizar cada uno de los supuestos en los que puede producirse un daño conviene hacer alguna reflexión acerca de la posibilidad de que existan reglas autonómicas sobre responsabilidad civil, sobre responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma, así como sobre la legalidad de las normas de responsabilidad civil contenidas en normas reglamentarias cuando no existe una expresa habilitación legal para ello. Sólo de esta forma se podrá tener una mayor seguridad de acierto a la hora de escoger la regla de responsabilidad aplicable a cada uno de los supuestos planteados.

II. DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES DE CAZA

1. RESPONSABILIDAD POR ANIMALES DE CAZA Y ORDENACIÓN DE LA CAZA

Entre las materias sobre las que las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias, el art. 148.1.11 CE menciona la caza. Al amparo de esta competencia, que todas asumieron en sus Estatutos de Autonomía de forma exclusiva, distintas leyes autonómicas regulan el ejercicio de la caza en el territorio de la respectiva Comunidad. Es importante advertir que cada una de estas leyes contiene su propia clasificación cinegética de los terrenos y que en alguna, incluso, el aprovechamiento cinegético se atribuye a la Administración, que puede concederlo a los particulares⁵.

Desde este punto de vista, sería suficiente para concluir que la regulación autonómica de la caza, en el legítimo ejercicio de sus competencias, influiría en la aplicación de las reglas de responsabilidad previstas en la Ley estatal de caza. Porque, en efecto, si el principio que se impone en esta última es el de la imputación de la responsabilidad por los daños derivados de la caza a quien tiene la posibilidad de influir sobre las especies que se encuentran en las fin-

⁵ La STC 14/1998, de 22 de enero (BOE n^o 47, suplemento, de 24 de febrero de 1998), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por un grupo de senadores del Partido Popular contra determinados preceptos de la Ley extremeña de caza contiene a este respecto declaraciones de interés. A juicio del Tribunal Constitucional, y pese a la literalidad de la norma autonómica, no se ha producido en la misma una demanialización de los derechos de caza. De esta forma, y según el Tribunal Constitucional, aunque la Ley emplea el término «concesión», a la hora de calificar el acto de creación de un coto, en realidad se trata más bien de «una autorización administrativa de carácter reglado que se exige para el aprovechamiento cinegético privado de la caza» (FJ 4).

cas, o a quien se beneficia de la actividad de la caza, resulta preciso atender a la ordenación de la actividad cinegética que establece la ley —autonómica— para poder determinar quiénes son esos sujetos a los que debe imputarse la responsabilidad. Pero es que, además, en todas las leyes autonómicas se contienen normas propias sobre la responsabilidad por los daños causados por los animales.

Con carácter general, me parece evidente que la formulación de reglas de responsabilidad por los daños causados por animales de la caza guarda necesariamente una estrecha relación con la ordenación de la actividad de la caza. En el Derecho histórico no hubo reglas de atribución de la responsabilidad por los animales libres de caza. Ya desde el Derecho romano⁶, la variedad de casos que recogen los textos sobre indemnización de los daños causados por animales son reconducibles, me parece, a la idea que en la actualidad quiere expresar el art. 1905 CC cuando imputa la responsabilidad al «poseedor» del animal.

⁶ En Roma, la ley Aquilia se aplicaba a los daños causados a animales, estando obligado el que mató al animal a pagar a su dueño el precio mayor que tuvo en aquel año (*Digesto*, Lib. IX, tit. II, *Cuerpo del Derecho civil romano*, publicado por Krigel, Hermann y Osenbrüggen, traducido al castellano por I. L. GARCÍA DEL CORRAL, primera parte, Barcelona, 1889). Las acciones noxales se establecieron para los daños causados por un esclavo e, incluso, antiguamente, por los hijos de familia (*Instituta*, Lib. IV, tit. VIII). También se estableció una acción noxal para los daños causados por animales (*Digesto*, Lib. IX, tit. I, *De si se dijese que un cuadrúpedo había causado daño*: la acción no era aplicable respecto a las fieras por razón de su natural ferocidad): «Respecto de los animales, que carecen de razón, si verdaderamente hubieren causado un daño por lascivia, o por logoriedad, o por ferocidad, se estableció una acción noxal por la ley de las Doce Tablas; cuyos animales, si fuesen entregados en noxa, sirven al demandado para su liberación, porque así está escrita la ley de las Doce Tablas: como por ejemplo, si un caballo coceador hubiese lesionado a alguien de una cox, o un buey habituado a embestir lo hubiere cornado. Mas esta acción tiene lugar en aquellos que se mueven contra su naturaleza; pues por lo demás cesa, si la ferocidad fuese congénita. Finalmente, si un oso huyó de su dueño y causó daño, no puede ser demandado el que antes fue su dueño, porque dejó de ser su dueño luego que la fiera se escapó. Mas es *pauperies* (estrago) el daño causado sin injusticia del que lo hace; pues no puede decirse que un animal ha hecho una injusticia, porque carece de razón. Esto por lo que respecta a la acción noxal.

Por lo demás, ha de saberse, que en el edicto de los ediles se prohíbe que tengamos perro, berraco, javalí, oso, o león allí por donde comúnmente se hace camino; y si en algo se hubiese contravenido a ésto, y se dijese que se había causado daño a un hombre libre, sea condenado el dueño a tanto cuanto pareciere bueno y equitativo al juez; y en los demás casos, al dueño de cuanto sea el daño causado. Pero además de estas acciones edilicias tendrá también lugar la de *pauperies*, pues concurriendo varias acciones, principalmente penales, a un mismo objeto, nunca la una extingue la otra» (*Instituta*, Lib. IV, Tit. IX, *De si se dijese que un cuadrúpedo había causado daño*).

En el Derecho castellano, y siguiendo esta tradición, las Partidas establecen la responsabilidad «del señor» por daños causados por animales mansos (P. VII, Tit. XV, Lib. XXII, *Cómo es tenuto el señor del caballo o de las otras bestias mansas de pechar el daño que alguna dellas ficiere*), o o del dueño por los daños causados por su ganado (P. VII, Tit. XV, Lib. XXIV, *Cómo el dueño del ganado es tenuto de pechar el daño que ficiere en heredad ajena*). Cuando se trata de daños causados por leones, osos, leopardos, lobos, serpientes, u otras «bestias bravas por natura», sólo se establece la responsabilidad por daños a cargo de quien, teniéndolas en su casa no las tiene guardadas de forma tal que no puedan causar daño a nadie (P. VII, Tit. XV, Lib. XXIII, *Cómo aquel que tiene en su casa un leon, o oso o otra bestia brava, debe pechar el daño que ficiere a otro*).

En la edición facsimilar de la edición de Savall y Penén de los *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón* se recogen varios Fueros de Jaime I (Huesca, 1247) relativos a daños causados por animales (Libro III, *De lege aquilia, Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*)⁷:

Ley Aquilia. «Si alguien encuentra algún caballo, rocín, yegua, mulo, mula, asno o burra haciendo daño en su viña, en campo sembrado o en huerto plantado *el dueño del animal* tiene que darle al dueño de la heredad 12 dineros por cada animal según Fuero; y por ovejas, cabras o cerdos 4 dineros por cada uno».

«Si alguien pasa por un mercado o villa con su animal y no dice «Ayech» u otra palabra semejante y hace algún daño él o su animal, tiene que indemnizar el daño con multa según el perjuicio; pero si dice «Ayech» no haya multa por ello».

«Si un perro pasa el cerrado de alguien y perjudica a los vecinos circundantes, *el señor de ese cerrado* tiene que reparar el daño que hizo el perro porque no se preocupó de que no les sobreviniera ningún daño a los vecinos circundantes a través de su cerrado, pudiendo evitarlo en un principio».

Cuando se dice que un cuadrúpedo ha causado daños. «Si dos caballos u otros animales están atados y uno de ellos se suelta y, una vez suelto, mata (al que quedó) atado, *el dueño del animal homicida* tenga que resarcir por el animal muerto o entregar al homicida, con los testigos necesarios que presente el dueño del animal muerto. Y si el animal atado mata al que se soltó, el dueño del animal muerto tenga que devolver el animal muerto si quiere tener el animal vivo que fue homicida del suyo con los testigos que tenga; sin embargo, no haya castigo alguno si el muerto y el vivo son de un solo dueño. Ahora bien, si alguien tiene un animal malo y dice al huésped: «Mi animal es malo. Cuidad de vos, de vuestros bienes y de vuestra familia», en caso de que el animal mate o haga algún mal no tenga que pagar homicidio, ni perder al animal, ni reparar el daño. Si por parte del huésped se niega que el dueño del animal le haya dicho tales palabras, hay que creer al dueño del animal por juramento sin torna. Sin embargo, si el dueño del animal no hubiera indicado la malicia del animal tendrá que entregar el animal o pagar el homicidio cometido por el animal. Y si hubiera cometido otro perjuicio, tendrá que repararlo o entregar.»

«Cualquiera que azuza con perros a una vaca o a un buey, si el buey o la vaca hacen daño por azar cuando le azuzan, el dueño pierde el buey o la vaca, excepto si se le azuzan con perros por causa de bodas».

«Si gallinas, abejas o palomas causan perjuicio en viñas o huerto de otro y el dueño del lugar tiene testigos sobre ello, pignore esas gallinas o palomas disponiendo redes para ellas y reténgalas *hasta que su dueño repare el daño*. Y, si las

⁷ Edición dirigida por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA y editada por el Justicia de Aragón e Ibercaja, Zaragoza, 1991. La traducción de los Fueros que se recoge en el texto es de Manuel DELGADO ECHEVERRÍA (edición facsimilar de la edición de Savall y Penén de los *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, t. III, p. 96).

abejas causan perjuicio, les preparará un arna o una cántara con miel en el huerto o en la viña y, cuando las abejas se hayan congregado allí, atrápelas con un paño y reténgalas así pignoradas hasta que su dueño repare integralmente el perjuicio».

«Un buey u otro animal golpea a otro animal cualquiera y lo mata: *el dueño del animal que mate*, tenga que entregar al dueño del animal muerto el animal homicida. Y si lo hiciere, el dueño del animal que ha hecho el daño tenga que curarlo y resarcir al dueño del animal herido por el trabajo que hubiera podido hacer el animal herido desde el momento de la herida hasta su curación. Si esto sucede en el monte bastan testigos con más de siete años, que solos den testimonio según el Fuero, o basta el dulero nombrado vecinalmente».

«Cualquiera que tenga un perro que muerda sin avisar, póngale una esquila en el cuello para que quien lo oiga tenga cuidado; de no hacer esto tenga que entregárselo a quien mordió primero para que haga según su voluntad con él».

Ninguno de estos Fueros está relacionado con los daños causados por animales de caza, ni pueden encontrarse entre los Fueros dedicados a la caza una regulación semejante⁸.

M. Dieste y Jiménez⁹ explica que las disposiciones legales dictadas sobre caza después de la unión del Reino a la Corona de Castilla, fueron aplicables en Aragón, y es probable que así sucediera, al igual que con otras disposiciones de la legislación general española que se recibieron como leyes estatales para toda España¹⁰. La primera vez que se establece una norma que regula

⁸ Vid. Fuero 1º y 2º *De venatoribus* (Jaime I, Huesca, 1247), Fuero 3º *De venatoribus* (Juan II, Calatayud, 1461). Fuero único *De venatione leporum* (Pedro II, Zaragoza, 1349), Fuero único *De columbis* (Pedro II, Zaragoza, 1349), Fuero 1º y 2º, *De la prohibicion de las caças* (Carlos I, Zaragoza, 1528); obs. 36 *De general. privil.*

⁹ *Diccionario del Derecho civil aragonés*, Madrid, Imprenta de Manuel Minuesa, 1869, p. 84.

Más matizadamente, M. ISÁBAL Y BADA sugiere que quizás, la promulgación de la legislación general de caza no derogara la disposición del Fuero 1º *De venatoribus*, por tratarse de un supuesto no contemplado en ella (la propiedad de la caza muerta en despoblado por quien la ha perseguido con sus perros).

Una Real Cédula de 3 de febrero de 1804 (Ley XI, Tít. XXX, Lib. VII de la Novísima Recopilación) prohibió cazar en los Reinos de Aragón desde el primero de marzo al primero de agosto de cada año, así como en los días de nieve y en los llamados de fortuna.

Por su parte, el Tribunal Supremo, en un pleito procedente de Navarra, en sentencia de 22 de diciembre de 1894 (*Gac.* 26 marzo 1895, p. 177), afirmó que: «La Ley de caza rige en las provincias aforadas y no puede invocarse con eficacia en su virtud, la costumbre navarra contraria al precepto de aquélla que no reconoce derecho alguno sobre la caza perseguida si no está herida».

¹⁰ J. DELGADO ECHEVERRÍA (*Estudio preliminar* a la edición facsímil de la de Savall y Penén, *Fueros, Observancias y Actos de Corte*, t. III, p. 15), afirma, en particular, que la «abolición de señoríos jurisdiccionales, legislación desvinculadora y desamortizadora no admiten variedades regionales».

De hecho, la regulación de la caza aparece en íntima conexión con muchas de las ideas que surgen de la Revolución francesa, con la abolición de señoríos y el cerramiento de fincas. A modo de ejemplo, merece la pena recordar algunos datos. Así, el D. de 6 de agosto de 1811, sobre

con carácter general la responsabilidad por la caza es en el Código civil de 1889¹¹.

Siguiendo el Derecho tradicional, el Proyecto de Código civil de 1851 no contenía un precepto sobre la responsabilidad por los daños causados por las piezas de caza¹². En el anteproyecto de los Libros III y IV (1885-88) se introduce la disposición que es el precedente del art. 1906 CC¹³.

El art. 1.906 CC 1889 introdujo una regla de responsabilidad que imputaba al «propietario de una heredad de caza» los daños causados por ésta en las fincas

Incorporación de los señoríos jurisdiccionales a la Nación (Alcubilla, *Diccionario de la Administración Española*, T. 8, «Señoríos», 4^a ed., Madrid, 1887) decretó: «Quedan abolidos los privilegios llamados exclusivos, privativos y prohibitivos que tengan el mismo origen de señorío, como son los de la caza, pesca, hornos, molinos, aprovechamientos de aguas, montes y demás, quedando al libre uso de los pueblos con arreglo al derecho común y a las reglas municipales establecidas en cada pueblo; sin que por esto los dueños se vean privados del uso que como particulares pueden hacer de los hornos, molinos y demás fincas de esta especie, ni de los aprovechamientos comunes de aguas, pastos y demás, a que en el mismo concepto puedan tener derecho en razón de vecindad». Esta norma siguió las vicisitudes políticas de la época: por D. 19 julio 1913 se extendió a todos los territorios del Reino, pero unas Reales Cédulas de 15 septiembre 1814 y 15 de agosto de 1823 restableció los señoríos y la Ley de 2 de septiembre de 1837 restableció las leyes de abolición de los señoríos.

Por R.D. de 3 de mayo de 1834 *Se destindan los derechos del propietario y del público sobre la caza y la pesca* (Alcubilla, *Diccionario de la Administración Española*, «Caza y pesca», T. 2, 5^a ed., Madrid, 1892). El art. 1^o establecía que «los dueños particulares de las tierras lo son también de cazar en ellas libremente en cualquier tiempo del año, sin traba ni sujeción a regla alguna». En los mismos términos se reconocía el derecho a cazar en tierras de particulares a quienes el dueño les diera licencia por escrito (art. 2^o). Pero, además, el art. 4^o reconocía el derecho a cazar sin licencia de los dueños, cuando se tratara de «tierras abiertas de propiedad particular que no estén labradas o que estén de rastrojo», si bien con sujeción a las restricciones previstas (prohibición durante determinadas fechas, o con determinadas técnicas, o necesidad de licencia del subdelegado en ciertos casos, ...). Este art. 4^o fue criticado por ser considerado inconciliable con los derechos de propiedad y una Ley de 13 de septiembre de 1837 estableció que el disfrute de la caza en los terrenos cerrados o acotados «corresponde privativamente a sus dueños, y nadie podrá cazar ni pescar en ellos sin su previo permiso, o de quien sus veces hiciere». Por R.O. de 25 de noviembre de 1847 se aclaró la verdadera inteligencia de las palabras «cercados y acotados» contra las pretensiones de los cazadores: «que la propiedad prohíbe la invasión en todo terreno de propiedad particular que esté cerrado o acotado, sin exigir que esté cercado de pared continua».

¹¹ La Ley IV del Lib. VII, Tit. XXXI de la Novísima Recopilación establecía la responsabilidad de los dueños de los palomares por los daños causados por las palomas en eras y siembras, pero puede apreciarse aquí una suerte de control, conectado a la obligación de tener los palomares cerrados. Reglas semejantes contienen los arts. 21 y 22 de las Ordenanzas para la caza de 1834 (Alcubilla, *Diccionario de la Administración española*, T. II, 5^a ed., Madrid, 1892, voz «Caza y pesca»).

¹² El Proyecto de Código civil de 1851 sólo contenía, en su art. 1902, y con arreglo al Derecho romano y a las Partidas, el precedente del actual art. 1905 CC (vid. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, reimpresión de la ed. de 1852, al cuidado del profesor LACRUZ, Zaragoza, 1974, p. 970).

¹³ Vid. art. 17 (*De las obligaciones que se contraen sin convenio*), en J. F. LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación Española* (4), *Codificación civil (Génesis e Historia del Código)*, vol. 2, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1970, p. 742: «El propietario de una heredad de caza responderá del daño causado por ésta en las fincas vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación, o cuando haya dificultado la acción de los dueños de aquéllas para perseguirla. Nuevo».

vecinas «cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación o cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla». La regla era coherente con las facultades que en ese momento se reconocían al propietario de la finca en relación a la caza.

Estaba entonces vigente la Ley de caza de 1879 (cuya subsistencia resulta de lo dispuesto en el art. 611 CC, en el que se declara que el derecho de caza y pesca se rige por sus leyes especiales)¹⁴. En particular, el art. 9º de la Ley de caza de 1879¹⁵ establecía que, en los terrenos de propiedad particular «sólo podrá cazar el dueño y los que éste autorice por escrito». Por su parte, el art. 15, aclaraba que: «Considerándose cerradas y acotadas todas las dehesas, heredades y demás tierras de cualquiera clase pertenecientes a dominio particular, *nadie puede cazar en las que no estén materialmente amojonadas, cerradas o acotadas, sin permiso escrito de su dueño* mientras no estén levantadas las cosechas. En los terrenos cercados y acotados materialmente o en los amojonados *nadie puede cazar sin permiso del dueño*».

El deber de indemnizar del propietario conforme al art. 1906 CC se ha venido considerando «fundado en la existencia de pasividad o actitud negativa por parte del dueño del predio o en su caso, del titular del derecho de caza, que comporta negligencia e incumplimiento de una carga de vecindad» (STS 14 julio 1982)¹⁶. Como complemento de la acción de indemnización de daños

¹⁴ Sobre la vinculación entre el derecho de caza y la propiedad en la Ley de 1879, *vid.* B. BELLISE PRATS, «Caza», en NEJ, t. III, Seix, 1951, p. 940; G. GARCÍA CANTERO, *Notas sobre la Ley de caza de 4 de abril de 1970*, en «Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario», Valladolid, 1976, p. 492; S. GRAU FERNÁNDEZ, *Derecho de caza*, Madrid, Icona, 1973, p. 44.

No está de más recordar, por otra parte, que con un planteamiento no siempre idéntico, en los textos pueden encontrarse antecedentes de las tensiones entre la propiedad y la libertad de caza. Merece la pena citar aquí el Fuero 1º *De la prohibición de las caças* (Carlos I, Zaragoza, 1528): «Item por quanto por experiencia se ha visto en el presente Reyno las caças venir en gran disminución, a cuya causa los cavalleros, e personas generosas no se pueden emplear en el exercicio dellas: siendo muy necessario para el uso dellos. Por tanto su Magestad de voluntad de la dicha Corte statuece, y ordena, que persona alguna no pueda matar puerco salvage con arcabuz, escopeta ni ballesta, sino que sea en heredad propia de aquel que matare el tal puerco. Y assi mismo ninguno pueda matar venado con escopeta, ni arcabuz: sino en caso que acaeciese matallo en heredad que sea del que le matare».

Para la caza por quienes no sean vecinos de un lugar, la obs. 36 *De general. privil.* disponía que: «los que no son vecinos no pueden cortar leña ni cazar ni disfrutar de otra servidumbre en el término de otra villa *sin la voluntad del señor o de los vecinos de aquella villa*».

¹⁵ Alcubilla, *Diccionario de la Administración española*, T. III, 6ª ed., Madrid, 1915, voz «Caza y pesca».

¹⁶ R. 4235. En este sentido son reiteradas declaraciones jurisprudenciales del siguiente tenor: «La responsabilidad civil derivada de culpa o negligencia fuera de todo vínculo contractual precedente, tiene su origen generador en el art. 1902 CC, desarrollado en normas subsiguientes para supuestos concretos y entre ellos el del art. 1906, que determina la del propietario de una heredad de caza frente a los que lo sean de las fincas vecinas cuando no hayan hecho lo necesario para su multiplicación o cuando hayan dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla» (STS 8 abril 1958, R. 1470; STS 17 mayo 1983, R. 2843).

del art. 1906 CC, la Ley de 30 de marzo de 1954, sobre protección contra los daños causados en fincas, permitió obtener, por la vía administrativa, la imposición de medidas de protección al propietario de las fincas de donde procedía la caza, incluida la obligación de cerrarlas con cercas, alambradas metálicas o de espino artificial, empalizadas, setos vivos o cualquier otra obra o dispositivo que impidiera eficazmente el paso de los animales a los predios próximos¹⁷.

Vigente el Código civil, la Ley de 1879 fue derogada por una nueva Ley de caza de 1902¹⁸, cuyo art. 9º, y en relación al derecho de cazar, establecía:

Este derecho podrá ejercitarse en los terrenos del Estado, de los pueblos, comunidades civiles o fincas de propiedad particular que no estén vedados.

En los que estén visiblemente cerrados o acotados, sólo podrán cazar los dueños o arrendatarios o las personas a quienes aquellos autoricen precisamente por escrito.

Los vedados, para ser tenidos como tales, deberán llenar las condiciones que establecen la ley de acotamientos, como también las disposiciones vigentes sobre tributación, y tener en sus límites a todos aires, en sitios fácilmente legibles, tablillas o piedras con letreros que digan «Vedado de caza». En estos vedados sólo se podrá cazar con permiso escrito del dueño o arrendatario.

Todo propietario podrá vedar legalmente sus fincas; pero será responsable directamente con sus bienes, con arreglo al Código civil, de los daños que la caza que se críe en su propiedad cause en los predios de los propietarios colindantes».

El Reglamento para aplicación de la Ley de caza, aprobado por RD de 3 de julio de 1903¹⁹, pretendió completar la regla de responsabilidad prevista legalmente al disponer en su art. 18: «Será responsable de los daños que la caza existente en los vedados cause a los predios colindantes, el dueño de los terrenos así declarados o el arrendatario de ellos, salvo lo que se hubiere estipulado en la escritura de arrendamiento».

Pero esta regla, que trataba de imputar la responsabilidad a quien tuviera el aprovechamiento, fuera o no su propietario, era de dudosa legalidad, por ser contraria a la ley, y lo cierto es que en la práctica no fue aplicada por la jurisprudencia²⁰.

¹⁷ BOE nº 91, de 1 de abril de 1954. Un estudio de esta disposición en J. CORTÉS NÚÑEZ, *El procedimiento administrativo en los daños de la caza*, en RAP nº 37, 1962, p. 311.

¹⁸ Alcubilla, *Diccionario de la Administración española*, T. III, 6ª ed., Madrid, 1915, voz «Caza y pesca».

¹⁹ Alcubilla, *Diccionario de la Administración española*, T. III, 6ª ed., Madrid, 1915, voz «Caza y pesca».

²⁰ La STS 8 abril 1958 (R. 1470) condena a los propietarios de la heredad demandados argumentando que la modalidad de responsabilidad del propietario prevista en el art. 1906 «adquiere mayor relieve si el aprovechamiento de las especies o la caza está arrendada a tercero, debido a que el arrendador no debe conculcar los derechos del locatario con aquellas restricciones sin vio-

Aunque tanto la Ley de 1902 como su Reglamento parecían limitar la responsabilidad al propietario que hubiera constituido un «vedado de caza» en su finca, la jurisprudencia, sin embargo, entendió que la regla de responsabilidad del propietario conforme al art. 1906 CC era aplicable aunque no se tratara de un «vedado»: la STS 21 febrero 1911 confirmó la sentencia que establecía que, a efectos del art. 1906, no se requiere haber obtenido la correspondiente declaración administrativa de ser «vedado de caza» pero, en cambio, consideraba relevante que «la principal explotación» de la finca fuera la caza²¹.

2. ¿CUÁL ERA LA REGLA DE RESPONSABILIDAD APLICABLE A LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR PIEZAS DE CAZA EN EL MOMENTO EN QUE SE PROMULGÓ LA LEY ARAGONESA DE CAZA?

En algunas decisiones jurisprudenciales aragonesas se dice que el art. 1906 CC fue derogado por la Ley estatal de caza de 1970. Se trata de una afirmación de interés, porque si el art. 1906 fue derogado, el derecho vigente cuando se promulgó la ley aragonesa de caza estaría constituido, en materia de responsabilidad, por el art. 33 de la ley de 1970²².

En 1889, el Código civil estableció en el art. 1.906 la responsabilidad del propietario de la heredad de caza. La Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza, introdujo en el art. 33.1 una regla de responsabilidad conforme al cual, serán responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de los

lar el vínculo arrendaticio». Por el contrario, la interpretación doctrinal del art. 1906 CC de que la responsabilidad debe recaer en quien tenga atribuido en su caso el aprovechamiento cinegético, sea o no su propietario, no es acogida por la jurisprudencia hasta que tal criterio se consagra en Ley de caza de 1970 (*vid. nota 24*).

Más recientemente, y por lo que se refiere al segundo aspecto regulado en el art. 18 del Reglamento de 1903, tiende a negarse la validez de cláusulas de exoneración en los contratos de arrendamiento. Así, la jurisprudencia menor ha negado la oponibilidad a terceros de las cláusulas de exoneración de responsabilidad previstas en los contratos de arrendamiento de cotos de caza, dirigidas a aplicar la responsabilidad directa del propietario según el art. 1906 CC (SAP Ciudad Real 9 abril 1996, Aranzadi Civil 1996, I, 760). Desde otros puntos de vista se limita la validez de tales cláusulas en la SAP Toledo 6 abril 1995 (Aranzadi Civil 1995, I, 723).

²¹ No hay jurisprudencia posterior, sin embargo, que confirme esta interpretación y, en cambio, hay sentencias que condenan, al amparo de la ley de caza de 1970, en supuestos en los que la finca tiene más aprovechamientos que los cinegéticos: STS 6 febrero 1987 (R. 687) se condena al amparo de la ley de caza al titular del aprovechamiento cinegético a indemnizar los daños sufridos por quien tiene concedido como arrendatario el cultivo de la misma finca; la STS 30 abril 1991 (R. 3110) también se refiere a los daños sufridos por quien tiene cedido en virtud de arrendamiento el aprovechamiento agrícola de la misma finca en la que existe un coto de caza: se condena, conforme a la ley de caza, al titular del coto y, subsidiariamente, al propietario de la finca.

²² Sin que el art. 1906 CC hubiera podido recuperar su vigencia tras la promulgación de las leyes autonómicas, contra lo que ha entendido alguna Audiencia (SAP Toledo de 24 de julio de 1996, R. 1529). Debe recordarse que, en todo caso, y supuesta la competencia de las Comunidades Autónomas, las leyes autonómicas de caza no derogan a la ley estatal: sólo desplazan su aplicación en el ámbito de vigencia de la correspondiente norma autonómica. Pero, además, y en todo caso, es claro lo dispuesto en el art. 2º.2 CC.

terrenos acotados «los titulares de aprovechamientos cinegéticos» y, subsidiariamente, «los propietarios de los terrenos».

Hay diferencias importantes de régimen jurídico entre el art. 1906 CC y el art. 33 de la Ley de caza. El art. 1.902 establece una responsabilidad por culpa²³, mientras que la responsabilidad del art. 33 de la Ley de caza, para los daños causados por la caza procedente de terrenos acotados, es objetiva. Tampoco coinciden los sujetos responsables en una y otra disposición²⁴. Sin embargo, la doctrina no es unánime al explicar las relaciones entre ambos preceptos, y la Sala 1^a del Tribunal Supremo no siempre ha mantenido una pos-

²³ Doctrina y jurisprudencia señalan que el art. 1.906 es la aplicación a un caso concreto de la regla general de responsabilidad por culpa contenida en el art. 1.902, si bien se invierte la carga de la prueba. Incluso, la STS 27 mayo 1985 (R. 2815) contrapone las reglas de responsabilidad de la ley de caza al sistema de responsabilidad del art. 1906, «cuyo sistema individualista-subjetivo de la responsabilidad del propietario, se opone al criterio objetivo que implanta la nueva ley, al margen de la acción u omisión directas que comportan la mediación de culpa que es preciso probar».

Debe advertirse, sin embargo, que la afirmación de que el art. 1906 establece una responsabilidad por culpa no cumple en general en las decisiones judiciales otra función que la de explicar el fundamento del precepto, la razón que ha valorado el legislador para imputar responsabilidad al propietario de una heredad de caza. Sin embargo, en ninguna sentencia se extrae ninguna consecuencia práctica de la misma, ni se analizan datos o circunstancias dirigidos a demostrar la diligencia del demandado. Da la impresión, incluso, de que salvo excepciones (STS 21 febrero 1911, donde el demandado alega que el propietario no ponía obstáculos a los vecinos que ponían trampas para cazar conejos en su heredad, pero el tribunal de instancia considera probado lo contrario; o la STS 27 mayo 1985, donde los actores alegan que uno de los demandados —que resulta absuelto por no ser propietario de la finca— había incumplido su promesa reiterada de vallar la finca para evitar los perjuicios que se ocasionaban) ni siquiera se intenta probar la falta de culpa del demandado. Cuando se alega por el demandado infracción del art. 1906, por no haber probado el actor que se incurrió en culpa, favoreciendo la multiplicación de la caza, o prohibiendo al actor que lo hiciera, el TS se limita a señalar, para rechazar el motivo, cuál es el contenido del art. 1906 (STS 8 abril 1958, R. 1470).

²⁴ Por lo que se refiere a los sujetos, el art. 1.906 CC. imputa la responsabilidad al «propietario de una heredad de caza», y así se aplicó este precepto en las Ss. 21 febrero 1911 y 8 abril 1958.

Después de la promulgación de la ley de caza se ha impuesto la interpretación de que la responsabilidad debe recaer en quien tenga atribuido en su caso el aprovechamiento cinegético, sea o no su propietario. Aplicando la ley de caza, se confirma la sentencia que condena de manera principal a los titulares de los aprovechamientos cinegéticos y de manera subsidiaria a los propietarios de las parcelas (STS 7 enero 1978, R. 9); en otras ocasiones, la responsabilidad subsidiaria de los dueños resulta de la interpretación jurisprudencial según la cual la ley de caza completa al 1906 (STS 14 julio 1982, R. 4235); o se condena al titular del aprovechamiento que es, a la vez, propietario de la finca (STS 27 mayo 1985, R. 2816). La STS 6 febrero 1987 (R. 687) condena al titular del aprovechamiento cinegético a abonar los daños causados por jabalíes y venados en finca cultivada, pero no se había demandado al Ayuntamiento que concedió el coto). Aplicando la Ley de caza, la STS 30 abril 1991 (R. 3110), condena con carácter principal al titular del aprovechamiento cinegético y, subsidiariamente, a los propietarios de la finca. En la jurisprudencia menor, la aplicación del art. 1906 completada por la Ley de caza conduce a negar la posibilidad de condenar al propietario cuando no ha sido demandado el titular del aprovechamiento, por ser la responsabilidad de aquél de carácter subsidiario (SAP Ciudad Real 9 abril 1996, Aranzadi Civil 1996, I, 760).

tura uniforme²⁵. Desde este punto de vista llama la atención la uniformidad con que las distintas sentencias de la Audiencia de Huesca reiteran la interpretación, yo creo que correcta, de que el art. 1906 CC está derogado. Sobre este punto, volveré más adelante, al analizar el régimen jurídico aplicable a los daños causados por piezas de caza procedentes de terrenos cinegéticos de aprovechamiento común.

III. LA NORMATIVA AUTONÓMICA ARAGONESA SOBRE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR ANIMALES DE CAZA

Al amparo de su competencia exclusiva en materia de caza (art. 35.1.12^a del Estatuto de Autonomía, 35.1.17^a tras la reforma por LO 5/1996, de 30 de diciembre), la Comunidad Autónoma de Aragón dispone de su ordenación de la caza, aprobada por las Cortes de Aragón mediante Ley 12/1992, de 10 de diciembre²⁶. Bajo el titulillo «Responsabilidad por daños», el art. 72 de la Ley establece reglas de responsabilidad civil. Pero, además, estas normas aparecen completadas en el art. 39 del Decreto 108/1995, de 9 de mayo, de la Diputación General de Aragón, por el que se desarrollan los títulos I, II y VII de la Ley 12/1992, de 10 de diciembre, de caza²⁷.

El art. 72 de la Ley aragonesa de caza establece:

«Serán indemnizados por la Diputación General, previa instrucción del oportuno expediente y valoración de los daños producidos:

²⁵ En efecto, en primer lugar, la STS 14 julio 1982 (R. 4235) afirma que el art. 1906 CC «debe ser completado por el art. 33 de la Ley de caza de 4 abril 1970 y 35 del Reglamento 25 marzo 1971, a tenor de los cuales serán responsables del menoscabo patrimonial originado por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados, los titulares de los aprovechamientos cinegéticos, con responsabilidad subsidiaria de los dueños de los terrenos» (en el mismo sentido, STS 17 mayo 1983 -R. 2843-).

En cambio, la STS 27 mayo 1985 (R. 2815) entiende que: «la disposición final tercera de la Ley 4 abril 1970 que contiene la cláusula derogatoria, establece en su último párrafo que 'quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente ley', entre las que evidentemente, tiene que incluirse la del art. 1906 del Código ... sin que a ello pueda ser obstáculo la remisión del art. 33,2 de la ley especial 'a las prescripciones de la legislación civil ordinaria', específicamente concretada a 'la exacción de estas responsabilidades', es decir, al modo, forma o procedimiento, que es lo que deberá ajustarse a dichas prescripciones, pues el término 'exacción' según el Diccionario de la Real Academia Española, significa la 'acción y efecto de exigir', que no puede confundirse con las causas, razones o fundamentos sustantivos en que se basa la exigencia».

En otras decisiones se da por buena la aplicación de la Ley de caza sin mencionar la existencia del art. 1906 CC: STS 7 enero 1978 (R. 9), STS 6 febrero 1987 (R. 687), STS 30 abril 1991 (R. 3110).

²⁶ BOA n.º 145, de 14 de diciembre.

²⁷ BOA n.º 61, de 24 de mayo.

a) Los daños ocasionados por las especies cinegéticas procedentes de los terrenos no cinegéticos.

b) Los daños ocasionados por especies de la fauna silvestre no susceptibles de aprovechamiento cinegético, cualquiera que sea su procedencia.

c) Los daños ocasionados por las especies cinegéticas de las reservas de caza, refugios de fauna silvestre y los espacios naturales protegidos.

Asimismo serán indemnizados los daños causados por las especies cinegéticas de los cotos sociales.

2. Los titulares de los cotos comerciales y deportivos de caza serán responsables de las indemnizaciones por daños producidos en cultivos por las especies cinegéticas»

Por su parte, el art. 39 del Reglamento dispone:

«De la responsabilidad por daños. 1. Serán indemnizados por la Diputación General de Aragón previa instrucción del oportuno expediente:

a) Los daños ocasionados por especies de la fauna silvestre no susceptibles de aprovechamiento cinegético, cualquiera que sea su procedencia.

b) Los daños causados por las especies cinegéticas procedentes de los terrenos no cinegéticos, de los terrenos cinegéticos de aprovechamiento común, de los cotos sociales, de las reservas de caza, de los refugios de fauna silvestre y de los espacios naturales protegidos.

2. Serán indemnizados por los titulares de los cotos comerciales y deportivos de caza los daños de cualquier tipo, incluidos los producidos en los cultivos, producidos por las especies cinegéticas procedentes de sus respectivos cotos, con independencia de la consideración del coto como de caza mayor o menor.

3. Las indemnizaciones de daños se exigirán conforme a las prescripciones de la normativa que resulte de aplicación. En el supuesto de daños imputables a la Diputación General de Aragón, a efectos de procedimiento se estará a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Común».

Se trata de normas autonómicas sobre responsabilidad civil. Normas de rango legal, en un caso, y de rango reglamentario, en otro. Normas que establecen la responsabilidad civil de los particulares frente a otros particulares y normas que establecen la responsabilidad patrimonial de la Administración. Naturalmente, la responsabilidad de la Administración puede ser, en primer lugar, de naturaleza civil, o de Derecho privado (cuando la titular de un aprovechamiento sea la propia Administración) o, en segundo lugar, de naturaleza administrativa, o de Derecho público, cuando sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos (art. 106.2 CE).

En la práctica, por lo demás, todas las Comunidades que han ejercido su competencia sobre caza, incluidas las que carecen de competencia para legis-

lar sobre Derecho civil, han introducido reglas semejantes de responsabilidad por daños²⁸. Nos encontramos ante una manifestación del llamado «Derecho

²⁸ Me ha parecido de interés proporcionar al lector, y por eso se transcribe a continuación, el texto de las disposiciones autonómicas de responsabilidad, cuya consulta puede no resultar sencilla. Se trata con ello de facilitar la comprensión de la exposición de las distintas soluciones propuestas para cada uno de los posibles supuestos, a las que me refiero en las páginas siguientes de este trabajo. Existen matices que requieren, en cada caso, la comparación de distintas disposiciones. El art. 5º de la Ley 2/1989, de 6 de junio, de caza, de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias (BOPAP 17 de junio, BOE de 3 de julio) establece: «Los derechos y obligaciones establecidos en la presente Ley, en cuanto se relacionan con los terrenos cinegéticos, corresponderán al propietario o a los titulares de otros derechos reales o personales que conlleven el uso o disfrute de los predios y de un aprovechamiento cinegético, de acuerdo con lo dispuesto al efecto en el Código civil y en las disposiciones que regulen la caza». Junto a esa remisión, el art. 38 establece: «Serán indemnizados por la Administración del Principado de Asturias, previa instrucción del oportuno expediente y valoración de los daños producidos: a) Los daños producidos por las especies cinegéticas procedentes de los terrenos cinegéticos de aprovechamiento común y de los cotos regionales de caza que no sean objeto de concesión. b) Los daños ocasionados por especies de la fauna silvestre no susceptibles de aprovechamiento cinegético, cualquiera que sea su procedencia. c) Los daños ocasionados por especies cinegéticas procedentes de reservas regionales de caza, refugios de caza, reservas nacionales de caza, cotos nacionales de caza y cualquier otro terreno cuya administración y gestión corresponda al Principado de Asturias. 2. En los terrenos que tengan un régimen cinegético especial cuyo titular no sea el Principado de Asturias, la indemnización de los daños producidos por las especies cinegéticas será responsabilidad del titular». Existe, además, un reglamento de desarrollo de la Ley, que a su vez regula las indemnizaciones por daños (D. 24/1991, de 7 de febrero, modificado por D. 46/1995, de 30 de marzo: Capítulo VI, «De los daños», arts. 83 a 87, BOPA 7 de marzo 1991 y BOPA 19 abril de 1995).

El art. 74 de la Ley extremeña (DOE de 15 de enero de 1991, BOE de 11 de abril de 1991) establece: «1. Serán indemnizados por la Administración Regional, previa instrucción del oportuno expediente y las valoraciones a que hubiere lugar: a) Los daños ocasionados por especies cinegéticas de los terrenos sometidos a Régimen Cinegético Especial, que no sean objeto de concesión administrativa para su aprovechamiento privado o deportivo. b) Los daños ocasionados por especies de la fauna silvestre no cinegética, cualquiera que sea su procedencia. 2. Los daños ocasionados por especies cinegéticas procedentes de terrenos sometidos a Régimen Cinegético Especial con concesión administrativa para su aprovechamiento privado o deportivo, serán indemnizados por los titulares de los aprovechamientos cinegéticos».

El art. 31 de la Ley Foral 2/1993, de 5 de marzo de 1993, de protección y gestión de la fauna silvestre y sus hábitats (BON nº 34, de 19 de marzo; BOE nº 130, de 1 de junio), modificada por la Ley foral 8/1994, de 21 de junio (BON 1 julio 1994, BOE nº 209, de 1 de septiembre) establece: «1. El Departamento de Ordenación del Territorio y Medio ambiente indemnizará, previa instrucción del oportuno expediente administrativo y las valoraciones a que hubiere lugar, los daños efectivamente ocasionados a terceros o sus bienes: a) Por las especies consideradas amenazadas. b) Por las especies de la fauna silvestre no susceptibles de aprovechamiento cinegético o piscícola que no tengan la consideración de amenazadas cuando el Departamento de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente hubiera denegado expresamente su captura o eliminación conforme al art. 11 de esta Ley foral. En estos casos se indemnizarán los daños efectivamente causados en el período comprendido entre los dos meses anteriores a la solicitud de captura y el final del correspondiente ejercicio presupuestario anual. Asimismo, el Departamento indemnizará los daños causados por las especies a que se refiere esta letra b), en el período comprendido entre los dos meses anteriores a la solicitud de autorización de captura y el día en que se hubiera notificado a la misma al interesado. 2. En ningún caso serán indemnizables los daños considerados como plaga o respecto de los cuales el Departamento de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente hubiera autorizado su captura controlada con anterioridad. 3. Las indemnizaciones de daños causados por la fauna silvestre, que se establecen en este artículo, se pagarán en un plazo no superior a tres meses es de la comunicación de los daños. 4. Los daños causados por la fauna silvestre susceptibles

civil autonómico no foral». Es decir, al amparo de una competencia asumida estatutariamente (la caza), la Comunidad legisla sobre esa materia y, a la vez,

de aprovechamiento cinegético o piscícola se indemnizarán por quienes resulten responsables conforme a la legislación civil». La disp. final 1^a, apartado 1 de la Ley foral 8/1994 derogó el art. 57.5 y el art. 72.c) de la Ley foral 2/1993, que establecían la responsabilidad de los titulares de los aprovechamientos cinegéticos por los daños ocasionados por especies cinegéticas procedentes de los cotos o por el funcionamiento del coto.

El art. 5^o de la Ley 2/1993, de 15 de julio, de caza de Castilla-La Mancha (BOCLM n^o 58, de 4 de agosto; BOE n^o 262, de 2 de noviembre) establece que: «Los derechos y obligaciones establecidos en la presente Ley, en cuanto se relacionan con los terrenos cinegéticos, corresponderán a los titulares de los derechos reales o personales que conlleven el uso o disfrute del aprovechamiento de la caza en los mismos». Por lo que se refiere a los daños, el art. 17 establece que: «Los titulares cinegéticos serán responsables de los daños causados en las explotaciones agrarias por las piezas de caza que procedan de sus acotados. Subsidiariamente serán responsables los propietarios de los terrenos que conforman el coto». La ley no regula otros daños que los daños causados en explotaciones agrarias, ni se ocupa de los daños causados por animales que no procedan de acotados. Con más detalle, el art. 8^o del Reglamento que desarrolla la Ley de caza (Decreto de 9 de diciembre de 1996, BOCLM 20 de diciembre 1996) establece: «Daños causados por las piezas de caza: 1. Los titulares cinegéticos serán responsables de los daños causados en las explotaciones agrarias por las piezas de caza que procedan de sus acotados, pudiéndose determinar esta procedencia mediante el oportuno informe técnico. Subsidiariamente serán responsables los propietarios de los terrenos que conforman dichos acotados. 2. La responsabilidad por daños, sea directa o subsidiaria, en cuanto a los originados por piezas de caza procedentes de terrenos acotados se habrá de exigir conforme a las prescripciones de la legislación civil. 3. Cuando se trate de daños producidos por piezas procedentes de terrenos no constitutivos de cotos de caza incluidos en espacios naturales protegidos, así como cuando las piezas procedan de refugios de fauna o de las reservas de caza definidas en el art. 60, será de aplicación lo prescrito en la ley o disposición especial que autorice su creación y, en su defecto, lo dispuesto en la legislación civil ordinaria. 4. Las sociedades de cazadores serán responsables de los daños producidos por la caza existente en los terrenos adscritos al régimen de caza controlada cuyo disfrute cinegético tenga adjudicado. 5. Respecto a los daños producidos por la caza procedente de terrenos de aprovechamiento cinegético común se estará a lo dispuesto en el Código civil».

De una parte, el art. 49.5 de la Ley 7/1995, de 21 de abril, de la fauna silvestre, caza y pesca fluvial de Murcia (BORM n^o 102, de 4 de mayo, BOE n^o 131, de 2 de junio), modificada por la Ley 11/1995, de 5 de octubre (BORM 6 octubre 1995; BOE 14 diciembre 1995), establece que los daños ocasionados por especies cinegéticas serán indemnizados por los titulares de los aprovechamientos cinegéticos. Por otra parte, el art. 30.1 de la Ley ordena la indemnización a cargo de la Comunidad Autónoma de los daños «ocasionados por especies cinegéticas de los espacios naturales protegidos, de las reservas de caza y de las áreas de protección de la fauna silvestre, de acuerdo con el régimen establecido en los planes de ordenación o conservación correspondientes». El art. 30.3 imputa a la Administración los daños efectivamente ocasionados por especies de la fauna silvestre cuando la propia Administración no haya podido adoptar las medidas de control previstas legalmente para lograr la ausencia de daños o cuando no las haya adoptado por tratarse de una especie amenazada o por concurrir circunstancias especiales que pondrían en peligro la supervivencia de la especie de que se trate.

El art. 12 de la Ley 4/1996, de 12 de julio, de caza, de Castilla y León, sobre «Daños producidos por las piezas de caza» (BOCL n^o 140, de 22 de julio, BOE n^o 210, de 30 de agosto), establece que: «1. La responsabilidad de los daños producidos por la pieza de caza, excepto cuando el daño sea debido a culpa o negligencia del perjudicado o de un tercero corresponderá: a) En los terrenos cinegéticos, a quien ostente la titularidad cinegética de dichos terrenos, independientemente de que las piezas de caza pertenezcan a una especie incluida o no en el correspondiente Plan de aprovechamiento cinegético, salvo lo dispuesto en el artículo 57 de la presente Ley sobre palomares industriales. A tales efectos, tendrá la consideración de titular cinegético de las zonas de caza

disciplina directamente cuestiones que son consideradas Derecho civil. Aquí nos estamos ocupando de las reglas de responsabilidad civil, pero otro tanto podría afirmarse de otros preceptos de la Ley aragonesa de caza, como el art. 38, relativo a la propiedad de las piezas de caza.

De una parte, me parece evidente que para establecer reglas de responsabilidad civil es preciso tener competencia legislativa sobre la materia «Derecho civil». En efecto, la competencia autonómica en materia de caza no permite a las Comunidades Autónomas legislar sobre todas las materias de las que, con anterioridad al desarrollo autonómico, se ocupaba el legislador estatal — entonces único — en relación a la caza. En particular, la competencia específica autonómica en materia de caza no puede desplazar la competencia genéri-

controlada, la Junta o la sociedad de cazadores concesionaria, en su caso. b) En los terrenos vedados, a los propietarios de los mismos cuando la condición de vedado se derive de un acto voluntario de éstos o a la Junta. c) En los refugios de fauna, a la Junta. d) En las zonas de seguridad, a los titulares cinegéticos de los terrenos, a los propietarios de los vedados de carácter voluntario o a la Junta en el resto de los terrenos vedados y en el de los refugios de fauna. 2. La Junta suscribirá un seguro de responsabilidad civil que cubra los riesgos de los daños que produzcan las piezas de caza mayor en los supuestos regulados en el apartado d) del punto anterior. El coste de la prima correspondiente se repercutirá entre los titulares cinegéticos que realicen aprovechamientos de caza mayor de manera proporcional a los mismos».

El art. 23 de la Ley 4/1997, de 25 de junio, de caza de Galicia (DOG nº 133, de 11 de julio; BOE nº 192, de 12 de agosto), en materia de «indemnizaciones por daños» establece: «1. Los titulares de los aprovechamientos cinegéticos en terrenos sujetos a régimen especial responderán de los daños y lesiones ocasionados por especies cinegéticas procedentes de esos terrenos. 2. La Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes, previa instrucción del correspondiente expediente de valoración, indemnizará los daños efectivamente producidos por las especies cinegéticas procedentes de terrenos cinegéticos de aprovechamiento común, de los terrenos cinegéticamente ordenados autonómicos de su administración, de las reservas de caza, de los refugios de fauna y de cualquiera otro terreno cuya administración y gestión corresponda a esta Consejería».

El art. 13 de la Ley 9/1998, de 2 de julio, de caza de La Rioja (BOR nº 80, de 4 de julio, BOE nº 164, de 10 de julio), sobre «daños producidos por las piezas de la caza» establece: «Los titulares de terrenos cinegéticos, los propietarios de terrenos cercados y los propietarios de zonas no cinegéticas voluntarias serán responsables de los daños originados por las piezas de la caza procedentes de los mismos, salvo que el daño causado sea debido a culpa o negligencia del perjudicado o de un tercero. Corresponderá a la Comunidad Autónoma responder de los daños producidos por las piezas de caza procedentes de los vedados no voluntarios y de las zonas no cinegéticas. Cuando no se pueda precisar la procedencia de las piezas de caza respecto a uno de los varios terrenos cinegéticos de los que pudieran proceder, la responsabilidad por los daños originados en ella por las piezas de caza será exigible mancomunadamente a los titulares de todo ellos.»

El art. 32 de la Ley 7/1998, de 6 de julio, de caza de Canarias (BOC de 31 de julio; BOE nº 98, de 31 de julio), sobre responsabilidad por daños establece: «1. Los daños producidos por las especies cinegéticas procedentes de los terrenos sometidos a régimen cinegético especial, serán indemnizados por los titulares de aprovechamientos cinegéticos sobre dichos terrenos. Subsidiariamente serán responsables los propietarios de los terrenos. 2. Las entidades públicas o privadas responsables de la administración y gestión de un terreno cinegético especial, serán responsables de los daños producidos por la caza existente en los citados terrenos sometidos a su jurisdicción. 3. Los daños ocasionados por especies cinegéticas procedentes de terrenos sometidos a régimen cinegético común, serán indemnizados de acuerdo con lo establecido en la legislación civil ordinaria»

ca del Estado sobre la «legislación civil»²⁹. «Legislación civil» que incluye, con seguridad, la responsabilidad civil por daños, esto es, la obligación de un particular de indemnizar a otro particular con arreglo a los criterios de imputación previstos en la ley. Hay que descartar, por tanto, la tesis, seguida en la práctica legislativa autonómica, según la cual las Comunidades, al amparo de la legislación de caza, podrían legislar sobre responsabilidad civil por daños derivados de la caza. En última instancia, la falta de corrección de este planteamiento se comprueba si se repara en las consecuencias que se derivarían del mismo: supuesta la competencia de todas las Comunidades Autónomas para legislar en materia de caza, el Estado estaría privado para legislar sobre responsabilidad civil por daños derivados de la caza (según la doctrina mantenida con claridad por el Tribunal Constitucional en las SS. 118/1996, de 27 de junio, y 67/1997, de 20 de marzo).

Cuestión distinta, y sin duda de difícil e insegura respuesta, es la de si la legislación sobre responsabilidad por daños derivados de la caza puede entenderse como resultado de la competencia para la legislación sobre el Derecho civil foral o especial. Este sería el caso, entonces, de la Comunidad Autónoma de Aragón, aunque es casi seguro que, al introducir normas autonómicas en materia de responsabilidad civil por animales, el legislador aragonés no estaba pensando en la competencia de «conservación, modificación y desarrollo» del propio Derecho civil (art. 149.1.8^a CE).

Como es sabido, son varias las interpretaciones que se han sostenido sobre cómo debe entenderse la expresión «conservación, modificación y desarrollo». Indudablemente que, tratándose de normas de responsabilidad civil por daños ocasionados por animales de caza, de naturaleza indudablemente extracontractual, no nos encontramos ante las «bases de las obligaciones contractuales», cuya regulación, conforme al art. 149.1.8^a CE, está reservada, en todo caso, al Estado. De tal manera que, para quienes sostienen la tesis más amplia, las Comunidades con competencias sobre Derecho civil podrían legislar sobre

²⁹ En este sentido, señalando como ejemplo, precisamente, las leyes autonómicas de caza, Pedro DE PABLO CONTRERAS, *La «Legislación Civil» y la competencia autonómica en materia de asociaciones* (A propósito de la STC 173/1998, de 23 de julio), en *Tribunal Constitucional*, Aranzadi, n^o 4, 1999, p. 20. En este trabajo el autor, partiendo de un análisis de la jurisprudencia constitucional, niega que pueda afirmarse la existencia de un «principio de especialidad», en virtud del cual, las Comunidades Autónomas podrían legislar sobre todos los elementos de una institución, al amparo de una competencia específica, sin detenerse ante cuestiones pertenecientes al ámbito del Derecho civil. Señala DE PABLO que la única sentencia a la que podría imputarse la afirmación (implícita, por lo demás) del «principio de especialidad» es la STC 37/1987, de 26 de marzo, sobre la ley andaluza de reforma agraria, donde el Constitucional afirmó (FJ 8) que no es aceptable que «al socaire de una ordenación uniforme de la propiedad, puedan anularse las competencias legislativas que las Comunidades Autónomas tienen sobre todas aquellas materias en las que entren en juego la propiedad y otros derechos de contenido patrimonial». Pero observa el mismo autor que tal planteamiento se circunscribe por el Tribunal Constitucional al *contenido* del derecho de propiedad: la delimitación autonómica de las facultades del propietario no necesariamente pertenecen al ámbito del Derecho civil si no pueden ser hechas valer por un particular frente a otro particular en un proceso civil.

la materia que nos ocupa, por no estar reservada al Estado³⁰. A un resultado semejante se puede llegar si se entiende que la clave reside en la conexión entre instituciones (SS. del Tribunal Constitucional 88/1993, de 12 de marzo y 156/1993, de 6 de mayo) pues, como advierte Jesús Delgado Echeverría, cualquier normación de Derecho civil está más o menos relacionada, inmediata o mediata con todas las demás³¹. Finalmente, sólo desde la tesis más restrictiva —que identifica «los Derechos civiles, forales o especiales» con las Compilaciones de Derecho civil, y limitan su desarrollo a la estricta adaptación a los cambios sociales de las instituciones reguladas en las mismas— habría que negar la competencia de las Comunidades con Derecho civil propio (¿con la excepción de Navarra, *cfr.* ley 488 del Fuero Nuevo?) para legislar sobre responsabilidad civil por daños derivados de la caza.

Hasta ahora, me parece, el único supuesto en que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre una regla de responsabilidad civil contenida en una ley autonómica es el relativo a la responsabilidad por productos defectuosos que introdujo el Estatuto vasco del consumidor. La STC 71/1982, de 30 de noviembre declaró la inconstitucionalidad del precepto vasco sobre la base de que «la norma es civil, de las atribuidas al legislador común, tal y como previene el art. 149.1.8ª de la Constitución» («la uniformidad en esta materia, a salvo el Derecho civil, foral o especial...»³²). Pero el criterio sostenido en esta sentencia no puede generalizarse. El Tribunal Constitucional no examina en esta sentencia si el País Vasco (como territorio con Derecho foral) puede o no legislar sobre responsabilidad civil, es decir, si puede considerarse como desarrollo de un derecho civil propio. El Tribunal Constitucional da por supuesto que no puede por ser «norma civil». Es cierto que, muy posiblemente, la razón última de esa declaración de inconstitucionalidad se encontrara en la necesidad de mantener la unidad de mercado: la existencia de normas distintas de responsabilidad por productos defectuosos condicionaría el tráfico de mercancías, que la unidad de mercado debe mantener. Pero el Tribunal Constitucional no utilizó expresamente este argumento.

De cualquier forma, aun siendo inseguro que la competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón para legislar sobre Derecho civil le faculte para establecer normas de Derecho privado, con eficacia *inter privatos*, en materia de responsabilidad civil, conviene advertir que las normas contenidas en la Ley aragonesa de caza, sin embargo, deben tenerse por válidas mientras el Tribunal Constitucional no declare su inconstitucionalidad. En efecto, los jueces y tribunales no pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley, puesto que el art. 161 CE atribuye en exclusiva al Tribunal Constitucional la jurisdicción para conocer «del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposi-

³⁰ Un resumen de los argumentos a favor de esta tesis en Jesús DELGADO ECHEVERRÍA/ José Luis LACRUZ, en *Elementos de Derecho civil I, Parte General*, vol. 1º, Madrid, 1998, p. 89.

³¹ *Op. cit.*, p. 91.

³² BOE de 29 de diciembre de 1982, FJ 19.

ciones normativas con rango de ley». En este sentido, y para las leyes aragonesas, el art. 20.2 del Estatuto de Autonomía de Aragón (texto reformado por la LO 5/1996, de 30 de diciembre) expresamente determina que: «Las leyes emanadas de las Cortes de Aragón sólo estarán sujetas al control de su constitucionalidad por el Tribunal Constitucional». En consecuencia, y sin perjuicio de que el órgano judicial pueda plantear ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad (art. 163 CE), deberá aplicar las normas de responsabilidad civil contenidas en la Ley aragonesa.

El problema se complica si se observa que el Reglamento aragonés de caza contiene normas de responsabilidad civil no incluidas en la Ley. ¿Debe el juez aplicarlas?

Cualquier juez debe dejar de aplicar una norma contraria a la ley, por aplicación del principio de jerarquía normativa (art. 9^o.3 CE, art. 1^o.2 CC). En efecto, el juez civil no puede declarar la nulidad —con efectos *erga omnes*— de un reglamento, porque el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con «las disposiciones generales de rango inferior a la Ley» están atribuidas al orden contencioso-administrativo (art. 9^o.4 LOPJ, arts. 1.1, 25 y 123 a 126 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa). Pero, conforme al art. 6^o LOPJ, los jueces y tribunales —incluidos, naturalmente, los del orden civil— «no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley y al principio de jerarquía normativa»³³. En el caso concreto, y siendo la responsabilidad por daños una materia regulada por ley, el campo de acción del reglamento viene delimitado por el necesario respeto a las prescripciones legales. Procederá la inaplicación del Reglamento con mucha más razón si se considera que las normas civiles contenidas en el Reglamento aragonés exceden de la competencia autonómica.

Pero las normas autonómicas (Ley de caza y su reglamento) no sólo establecen reglas de responsabilidad civil de Derecho privado (a cargo de los titulares de los cotos). Establecen también la responsabilidad patrimonial de la Diputación General de Aragón en algunos supuestos. La pregunta que debemos formularnos entonces, y que debe responderse atendiendo al reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, es entonces la siguiente: ¿a quién le corresponde regular la responsabilidad patrimonial de la Administración?

El art. 149.1.18^a CE establece que el Estado tiene competencia exclusiva para establecer el «sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas». Pero el TC, en su sentencia 61/1997, de 20 de marzo³⁴ ha declarado que:

³³ Como recuerda la STS, Sala 1^a, de 18 de marzo de 1996 (R. 2241), la inaplicación por el tribunal de un reglamento debe ir precedida de un juicio de ilegalidad con conclusión fundadamente positiva.

³⁴ BOE de 25 de abril de 1997, FJ 33.

«El artículo 149.1.18º CE no puede excluir que, además de esa normativa común que representa el sistema de responsabilidad para todo el territorio, las Comunidades Autónomas puedan establecer otros supuestos indemnizatorios en concepto de responsabilidad administrativa, siempre que, naturalmente, respeten además normas estatales con las que en todo caso habrán de coexistir y sirvan al desarrollo de una política sectorial determinada. En este sentido, la eventual regulación de numerosos supuestos indemnizatorios en el ámbito de las competencias exclusivas autonómicas constituye una garantía — indemnizatoria — que se superpone a la garantía indemnizatoria general que al Estado compete establecer».

En consecuencia, puede sostenerse que todas las Comunidades Autónomas son competentes, en el desarrollo de su política de caza, para establecer supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Debe recordarse ahora cómo, para la jurisprudencia aragonesa que se mencionaba al principio de este trabajo, la Ley aragonesa de caza tiene como única peculiaridad la de establecer la responsabilidad de la Diputación General de Aragón. Esta interpretación no se corresponde con la literalidad de las normas. Pero, posiblemente sin pretenderlo, tiene una consecuencia de interés: con ella se excluye cualquier duda sobre la constitucionalidad de las reglas autonómicas de responsabilidad. En efecto, mediante una interpretación negativa del precepto, puede llegar a sostenerse que cuando la norma autonómica imputa la responsabilidad civil a los particulares, no trata de fundamentar una regla de responsabilidad civil *inter privados*, sino de precisar que en esos casos no responde la Administración. Pero este argumento requiere una atención más detallada para cada uno de los supuestos, por lo que será objeto de análisis específico en las páginas que siguen.

También el Reglamento autonómico contiene normas de responsabilidad patrimonial de la Administración. El juicio de legalidad de las reglas de responsabilidad contenidas en el Reglamento de caza debe tener presentes no sólo las disposiciones en materia de caza sino también, y además, las que regulan la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (art. 106 CE y art. 139.1 Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común). Pero, además, debe tenerse presente que, de acuerdo con la doctrina de la STC 61/1997 anteriormente transcrita, ni la Ley ni el reglamento autonómicos estarán autorizados para excluir la responsabilidad de la Administración en todo caso.

A continuación, se analiza el régimen jurídico de la responsabilidad por animales de la fauna, distinguiendo para cada uno de los supuestos que pueden plantearse en la práctica la procedencia de la norma que los regulan (estatal o autonómica), su rango (legal o reglamentaria) así como su naturaleza (responsabilidad civil o responsabilidad administrativa).

IV. RÉGIMEN JURÍDICO

1. CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD: «PIEZAS DE CAZA» Y ESPECIES NO SUSCEPTIBLES DE APROVECHAMIENTO CINEGÉTICO

La Ley estatal de caza de 1970, en su art. 33 imputaba la responsabilidad de los daños ocasionados por las «piezas de caza» a los titulares de los aprovechamientos cinegéticos y, subsidiariamente, a los propietarios de los terrenos³⁵. La Ley de 1970 no se ocupaba, en cambio, de los daños causados por animales de la fauna que no tuvieran la consideración de «piezas de caza». La Ley aragonesa de caza no formula, con carácter general, una regla de responsabilidad para los titulares de los aprovechamientos, y la jurisprudencia suele dar por supuesta la aplicación del art. 33 de la Ley estatal de caza. La Ley aragonesa, en cambio, imputa a la Diputación General la responsabilidad por los daños causados por especies de la fauna no susceptibles de aprovechamiento, lo que resulta coherente con la actual política de protección de determinadas especies.

Para que pueda establecerse la obligación de indemnizar los daños causados por las piezas de caza resulta necesario que ésta «proceda» del aprovechamiento cinegético del que se es titular. Desde este punto de vista, la imputación de la responsabilidad requiere atender a la clasificación legal de los terrenos cinegéticos para poder determinar en cada caso quién es titular del aprovechamiento y cuándo se puede considerar legalmente que la pieza de caza procede del mismo.

En consecuencia, en adelante, me propongo hacer referencia, por este orden, y en primer lugar, a la responsabilidad por los daños ocasionados por especies de la fauna silvestre no susceptibles de aprovechamiento cinegético; en segundo lugar, a la responsabilidad por los daños ocasionados por especies de la fauna silvestre susceptibles de aprovechamiento cinegético. Dentro de este último supuesto, es preciso distinguir, a su vez, según que los daños hayan sido causados por animales procedentes de terrenos no cinegéticos o por animales procedentes de terrenos cinegéticos; y, finalmente, dentro de los daños causados por especies cinegéticas y procedentes de terrenos cinegéticos, la responsabilidad se imputa de manera diferente atendiendo a la consideración de los terrenos como de aprovechamiento común, reservas de caza, refugios de fauna silvestre y espacios naturales protegidos o cotos de caza.

³⁵ Responsabilidad subsidiaria que, por cierto, es difícil de justificar cuando el propietario ni se beneficia de la caza ni puede influir en la ordenación de la actividad cinegética en la finca de su propiedad.

2. DAÑOS OCASIONADOS POR ESPECIES DE LA FAUNA SILVESTRE NO SUSCEPTIBLES DE APROVECHAMIENTO CINEGÉTICO

El art. 43 de la Ley aragonesa de caza, con la finalidad de proteger a determinadas especies, prohíbe la caza, captura, tenencia, utilización y comercialización «de aquellas especies de la fauna silvestre que estén incluidas en el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas o en el que establezca la Comunidad Autónoma de Aragón». Por su parte, el art. 72.1. b) de la misma Ley establece que serán indemnizados por la Diputación General «los daños ocasionados por especies de la fauna silvestre *no susceptibles de aprovechamiento cinegético*, cualquiera que sea su procedencia». Reglas semejantes hay en otras Comunidades Autónomas, en las que también se imputa la responsabilidad a la Administración por los daños causados por especies no cazables, cualquiera que sea su procedencia³⁶.

Para delimitar de manera adecuada el supuesto de hecho al que le es aplicable el art. 72.1.b) conviene advertir que debe interpretarse en el sentido de que hace referencia a las especies no cinegéticas en los términos, precisamente, del citado art. 43, esto es, cuando la prohibición de caza se dirige a la protección de la especie. Cuando la prohibición es temporal, en beneficio de la caza (art. 42 de la Ley), parece razonable sostener que la condición de cinegética de la especie se mantiene durante todo el período anual, incluidas las épocas de veda³⁷.

La Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, en su Dictamen 5/1998, de 3 de febrero³⁸, ha declarado que en los supuestos de indemnización exigible a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón por daños ocasionados por especies de la fauna silvestre no susceptibles de aprovechamiento cinegético, cualquiera que sea su procedencia, no estamos en presencia de indemnizaciones derivadas de la responsabilidad patrimonial administrativa (art. 106 CE y arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), porque no existe relación de causalidad que permita imputar los daños a la Administración:

³⁶ *Vid.*, en nota 28, art. 38.1.b) de la Ley 2/1989, de caza, del Principado de Asturias; art. 74.1.b) de la Ley 12/1992, de caza de Extremadura; art. 31.1 de la Ley foral de Navarra 2/1993, modificada por la Ley foral 8/1994; art. 30 de la Ley 7/1995 de Murcia. De forma más restringida, pero en esta línea, el art. 40. 3 de la Ley 16/1994, de 30 de junio, del Parlamento vasco, de conservación de la naturaleza (BOPV nº 142, de 27 de julio) establece que: «Se elaborará un plan de compensaciones por daños causados por la fauna silvestre catalogada *en cosechas agrícolas y entre el ganado*, velando las entidades pertinentes para su cumplimiento».

³⁷ En este sentido, expresamente, SAP Zaragoza 2 junio 1998 (base de datos La Ley-Actualidad), que imputa la responsabilidad al titular del coto de donde procedía el jabalí que irrumpió en la carretera y provocó el accidente de circulación, pese a tratarse de época de veda.

³⁸ Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, *Memoria y Dictámenes 1998*, ed. Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1999, marginal 128, p. 770.

«No siendo los daños que puedan producirse consecuencia directa ni exclusiva de una actuación u omisión administrativa, ni derivando en definitiva de un riesgo específico creado por la Administración, resulta evidente que no cabe su imputación al funcionamiento de un servicio público, lo que permite concluir que no estamos en presencia de supuestos de responsabilidad patrimonial administrativa. Dicho de otro modo, el título jurídico por el que la Administración está aquí obligada a indemnizar no es el de la responsabilidad derivada de una acción u omisión administrativa, sino que sencillamente la obligación indemnizatoria deriva directamente de una específica imposición legal, al margen de que no haya ninguna acción administrativa que haya ocasionado el daño».

Esta doctrina del Dictamen 5/1998 de la Comisión Jurídica Asesora, pese a su formulación general, parece que tiene su origen en la aplicación de un sistema de medidas compensatorias previsto en una norma reglamentaria para los casos de daños causados a la agricultura por determinadas especies³⁹. En el ámbito de este tipo de reclamaciones se ha reiterado con posterioridad la mis-

³⁹ El Decreto 69/1995, de 4 de abril, de la Diputación General de Aragón, por el que se reclasifica el Refugio Nacional de Caza de la Laguna de Gallocanta en el Refugio de Fauna Silvestre de la Laguna de Gallocanta (BOA nº 45, de 19 de abril) establece en su art. 7.º: «Medidas compensatorias. El Departamento de Medio Ambiente establecerá un sistema para evitar, controlar, y en su caso, compensar los daños a la agricultura que puedan producir las especies que figuran en el Anexo».

El Dictamen 5/1998 se emite, según resulta de sus Antecedentes, en respuesta a una consulta formulada por el consejero de Agricultura y Medio Ambiente. Se plantea si las reclamaciones referentes a las reclamaciones por daños ocasionados por las especies preservadas de la Laguna de Gallocanta, que dan lugar a un elevado número de expedientes de escasa cuantía económica, deben o no considerarse como un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración. Se apunta cómo, la respuesta positiva supone un retraso en la tramitación de los expedientes, al ser exigible entonces la tramitación conforme al RD 429/1993, de 26 de marzo (BOE nº 106, de 4 de mayo), por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Por eso, la consecuencia práctica que se pretende alcanzar por la Comisión Jurídica al negar que se trate de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración es, en realidad, la de agilizar la tramitación de las reclamaciones: «Siendo ello así, debe concluirse la inaplicabilidad al caso concreto dictaminado de los procedimientos regulados por el RD 429/1993, sin que resulte un obstáculo la remisión que el art. 39 del Decreto 108/1995, de desarrollo parcial de la Ley de caza, efectúa a efectos del procedimiento 'a lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común' ya que, en definitiva, no se alude en concreto al régimen procedimental especial en materia de responsabilidad patrimonial, por lo que no existe ningún inconveniente jurídico para interpretar dicha remisión en el sentido de entenderla referida a las disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos (Título VI de la Ley 30/1992)».

Se añade, a continuación, que en este caso no es preceptivo el Dictamen de la Comisión Jurídica, por no venir exigido como tal ni en la Ley ni en el Reglamento de caza ni en la Ley 30/1992 a que se remite el art. 39 del D 108/1995. Ciertamente, el art. 56.2.a) de la Ley 1/1995, del Presidente y del Gobierno de Aragón (BOA nº 27, de 6 de marzo) exige el dictamen preceptivo para las reclamaciones de indemnizaciones de daños «cuando el ordenamiento jurídico así lo disponga». No estoy segura, entonces, de que en este caso no deba entenderse que así viene exigido por aplicación de lo dispuesto en los arts. 23 párrafo 2 LOCE («el dictamen será preceptivo

ma doctrina (Dictámenes 8/1998, 11/1998, 12/1998, 18/1998, 19/1998, todos ellos de 3 de febrero⁴⁰). Conviene observar, sin embargo, que esta doctrina también ha sido reiterada en otros Dictámenes relativos a especies no susceptibles de aprovechamiento en aplicación del art. 72 de la Ley de caza (Dictamen 25/1998, de 31 de marzo de 1998, sobre daños en cultivos provocados por tejones⁴¹; Dictamen 26/1998, de 31 de marzo de 1998, sobre daños ocasionados por cigüeñas en un inmueble en el que anidan⁴²).

La Comisión Jurídica Asesora mantiene, en definitiva, que la obligación de la Administración de indemnizar los daños causados por las especies no susceptibles de aprovechamiento no se incluye en la cláusula general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y que el único fundamento de la misma es la voluntad del legislador aragonés de asumir esos daños. En consecuencia, eso significa que, fuera de la previsión legal aragonesa, no podría deducirse tal responsabilidad, por lo que si el legislador aragonés suprimiera la norma, no sería exigible la responsabilidad de la Administración en estos casos.

Es comúnmente admitido que pueden configurarse legalmente obligaciones de indemnizar ciertos daños a cargo de la Administración al margen de lo previsto en el art. 106 CE. Basta recordar aquí, por ejemplo, la Ley 32/1999,

para las Comunidades en los mismos casos previstos en esta Ley para el Estado, cuando hayan asumido las competencias correspondientes») y 22.13 LOCE (el dictamen es preceptivo en las «reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración del Estado»). No sería bastante, entonces, que el art. 13 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas permitiera deducir que, en algunos casos, el informe no es preceptivo (*vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en la obra junto a T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo* II, 5ª ed., Ed. Cívitas, Madrid, 1998, p. 424).

Es cierto que el propio Consejo de Estado, como cita el Dictamen 5/1998 de la Comisión Jurídica, ha negado que sea preceptivo su dictamen en los casos de indemnización de daños producidos por actuaciones terroristas, pero no es menos cierto que esta doctrina del Consejo, basada en principios de economía, ha sido criticada por doctrina muy autorizada (*vid.* L. MARTÍN RETORTILLO, *De la eficiencia y la economía en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración. De las indemnizaciones derivadas de hechos terroristas*), en Revista Vasca de Administración Pública, n.º 19, 1987).

La confusión de los posibles supuestos en que incurre la Comisión Jurídica resulta evidente en el Dictamen 99/1998, de 29 de septiembre (marginal 104) cuando, tras afirmar que el coto del que procedía el animal es de titularidad de la Diputación General de Aragón (muerte de ciclista por irrupción en la calzada de un ciervo), considera aplicable la doctrina del Dictamen 5/1998 en el sentido de que el procedimiento correcto para tramitar este tipo de reclamaciones es el general previsto en la Ley 30/1992. En realidad, y siendo un coto gestionado por la Administración, la responsabilidad de ésta es civil, como la de cualquier otro titular de un aprovechamiento cinegético. Para estos supuestos, el art. 144 de la Ley 30/1990 (tanto en su redacción inicial como en la otorgada por la Ley 4/1999) establece con claridad, me parece, la aplicación del procedimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

⁴⁰ Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, *Memoria y Dictámenes 1998*, marginales 23, 26, 27, 33 y 34, respectivamente.

⁴¹ Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, *Memoria y Dictámenes 1998*, marginal 37.

⁴² Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, *Memoria y Dictámenes 1998*, marginal 38.

de 8 de octubre, de solidaridad con las víctimas del terrorismo, por la que el Estado asume el pago de las indemnizaciones debidas por los autores y demás responsables, sin que ello implique «la asunción por el Estado de responsabilidad subsidiaria alguna» (art. 2.º3 de la Ley). El propio Tribunal Supremo, en distintas ocasiones, ha excluido que las indemnizaciones a las víctimas de ciertos delitos sean un supuesto de responsabilidad patrimonial del Estado derivada del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos⁴³. No es seguro que este sea el caso, me parece, del supuesto de la responsabilidad de la Diputación General por los daños causados por especies no cinegéticas prevista en el art. 72.1.b) de la Ley aragonesa.

Conviene señalar, por lo demás, que la postura de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón es contraria tanto a la opinión doctrinal mayoritaria como a la doctrina del Consejo de Estado.

En efecto, incluso con anterioridad a la promulgación de las leyes autonómicas de caza en las que expresamente se imputa la responsabilidad a la Administración en estos supuestos, la doctrina había venido considerando que esa era la solución que se imponía. Los argumentos utilizados habían venido siendo, fundamentalmente, los siguientes: la Administración Pública debe responder porque las especies protegidas se protegen, precisamente, en interés general⁴⁴; la Administración debe responder porque las especies protegidas están sustraídas a la disposición de los particulares⁴⁵; la Administración debe responder porque estamos en presencia de daños generados como consecuencia de una política del Estado, imputable a las Administraciones Públicas, puesto que la protección de las especies se traduce en la prohibición de cazarlas, de tal manera que el particular que sufre el daño no puede proceder contra esos animales⁴⁶.

Se trataría, entonces, de una carga que el particular dañado no tendría obligación de soportar. En particular, cuando los daños se generan a causa del excesivo número de animales, la doctrina aprecia una clara deficiencia en el funcionamiento de los órganos administrativos encargados de controlar la

⁴³ Entre otras, Ss. 15 noviembre 1985, R. 5587, 18 febrero 1991, R. 1046. Cuestión distinta es que en algún caso concreto, y dadas las circunstancias del caso, pueda estimarse una conducta omisiva de las fuerzas de seguridad, como entendió la STS (cont. adm.) 31 enero 1996 (R. 474) en el caso de la reclamación por las víctimas del atentado terrorista en Hipercor en Barcelona.

⁴⁴ A. SÁNCHEZ GASCÓN, *El derecho de caza en España, Tómo I, De los terrenos y de las piezas de caza*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 262 y 267.

⁴⁵ J. ESTEVE PARDO (*La protección de la fauna: el caso de los llamados animales dañinos*, en *Libro Homenaje al profesor J. L. Villar Palasí*, ed. Cívitas, Madrid, 1989, p. 384, espec. nota 52): «La declaración de especie protegida lo es en beneficio de la comunidad, sin posibilidad de aprovechamiento singular, por lo que carece de sentido —y parece incompatible con el principio de igualdad ante las cargas públicas— el que bienes y derechos de personas singulares soporten en exclusiva el mantenimiento de estas especies».

⁴⁶ I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil extracontractual por daños causados por animales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 283

actuación de especies perniciosas⁴⁷. De esta forma, la propia declaración de especie protegida, de donde deriva la prohibición de cazar o combatir a estas especies, debe considerarse como el «servicio público» de donde deriva la responsabilidad patrimonial de la Administración⁴⁸.

También la doctrina del Consejo de Estado parece haberse inclinado a favor de esta misma solución en las ocasiones en las que se le ha planteado el problema. Pueden citarse a este respecto dos Dictámenes. En primer lugar, el Dictamen nº 43874, de 21 de enero de 1982, consideró que los daños producidos en determinadas fincas eran imputables a la resolución administrativa que, en beneficio de la conservación y protección de las especies cinegéticas, prohibió la caza de todas las especies de caza menor en un término municipal durante una temporada⁴⁹. En segundo lugar, el Dictamen nº 45862, de 1 de diciembre de 1983, señala las dificultades para apreciar el nexo causal entre la acción de unos ánsares en unas fincas propiedad de particulares y la resolución de la administración que, como medida de protección, estableció una veda de caza. El Consejo de Estado entiende, sin embargo que, habiéndose acreditado la presencia de ánsares en la finca «es posible deducir de este hecho, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano (art. 1253 CC; *cf.* art. 386 Lec. de 7 de enero de 2000) que tal presencia y permanencia es consecuencia, justamente, de la contigüidad de la finca con el coto y de la veda excepcional acordada»⁵⁰.

En definitiva, en mi opinión, la actual tendencia jurisprudencial y doctrinal mayoritaria en sede de responsabilidad patrimonial de la Administración permitiría concluir que la declaración de determinadas especies como no cinegéticas es una actuación a la que cabe imputar la producción de los daños ocasionados por tales especies. Si la expresión «funcionamiento de los servicios

⁴⁷ Expresamente en este sentido, art. 30 de la Ley 7/1995 de Murcia.

⁴⁸ J. C. LAGUNA DE PAZ, *Libertad y propiedad en el Derecho de caza*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 156; J. AGUDO GONZÁLEZ, *La responsabilidad patrimonial de la Administración por daños producidos por animales de caza*, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, nº 162, 1998, p. 125.

Así, la responsabilidad de la Administración por los daños causados por especies protegidas ha sido defendida con distintos argumentos desde la teoría general de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, sin necesidad de recurrir a la supuesta demanialización de las especies protegidas. En sentido contrario, R. ORTEGA DOMÍNGUEZ y I. RODRÍGUEZ MUÑOZ, afirman que debe sustituirse el carácter de *res nullius* de la fauna salvaje por el de *res communis*, propiedad común de todos los ciudadanos, de forma que los daños sean indemnizados por la Administración en representación del común de la sociedad (*La responsabilidad objetiva de los daños causados por la fauna silvestre*, en *Tapia*, nº 74, 1994, p. 71).

⁴⁹ Consejo de Estado. *Recopilación de Doctrina Legal* 1982, Boletín Oficial del Estado, Madrid, marginal 225, p. 632: «En efecto, los daños ocasionados a los interesados como consecuencia de esta resolución constituyen una lesión en sentido técnico-jurídico imputable a la Administración; con una clara relación de causa-efecto entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido».

⁵⁰ Consejo de Estado. *Recopilación de Doctrina Legal* 1983, Boletín Oficial del Estado, Madrid, marginal 257, p. 675.

públicos» se entiende pacíficamente por la jurisprudencia como alusiva a todo el hacer y actuar de la Administración, como acto de gestión pública⁵¹, no parece que haya demasiados obstáculos para considerar incluida la política de protección de determinadas especies. Desde otro punto de vista merece la pena recordar cómo, en el mismo plano de la teoría general de la responsabilidad civil las nociones de acción y omisión han experimentado una transformación. En la actualidad, como es comúnmente sabido, no es preciso individualizar una concreta actuación del agente, sino que basta la existencia de una acción u omisión que pueda reconducirse con arreglo a criterios sociales a la esfera de actividad de un sujeto para imputarle al mismo las consecuencias del daño producido.

La Ley estatal de caza de 1970 no contenía regla alguna relativa a los daños ocasionados por especies no cinegéticas porque, a decir verdad, en principio, todos los *animales salvajes* (incluidos los anteriormente domesticados que han perdido su condición de tales) tenían la consideración de «piezas de caza» (art. 4º de la Ley y art. 4º del Reglamento)⁵². Cuando, reglamentariamente, se elaboran listas de especies protegidas, éstas quedan excluidas de la consideración de «piezas de caza», pero el art. 33 de la Ley estatal sólo regula la responsabilidad por los daños ocasionados «por las piezas de caza»⁵³.

El planteamiento actual de protección de determinadas especies es reciente. Incluso, puede afirmarse que ha venido a sustituir a un principio contrario que, durante mucho tiempo, ha estado vigente: el de la destrucción de los animales dañinos⁵⁴. En desarrollo de este principio, que incluía la celebración de

⁵¹ Por todos, T. R. FERNÁNDEZ, en la obra junto a E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Curso de Derecho Administrativo* II, 5ª ed., Ed. Cívitas, Madrid, 1998, p. 368.

⁵² La distinción entre animales domésticos y salvajes, que continúa la tradición de la anterior Ley de caza de 1902, donde sí se definían estos conceptos (arts. 2º a 5º) trataba de ser coherente, sobre todo, me parece, con la doctrina de la ocupación (arts. 610 y ss. CC).

⁵³ Como explica J. ESTEVE PARDO (*La protección*, cit., p. 375), el cauce por el que se formulan pronunciamientos proteccionistas de determinadas especies será el desarrollo reglamentario de la Ley de caza (el art. 23 de la misma señala como objeto de protección especial las especies de interés científico, en vías de extinción, beneficiosas para la agricultura y las afectas por convenios suscritos por el Estado español). Así, la Orden de 22 de junio de 1973, que en su art. 17 declara protegidas determinadas especies; el Decreto 2573/1973, de 5 de octubre, derogado por el Decreto 3181/1980 (ampliado después por el Decreto 1479/1986, de 6 de junio), que prohíben en todo el territorio nacional la caza de una serie de especies.

⁵⁴ El Título IV (arts. 25 a 35) del RD de 3 de mayo de 1834 se ocupaba «De la caza de animales dañinos». En particular, el art. 25 establecía: «Será libre la caza de animales dañinos: a saber, lobos, zorras, garduñas, gatos monteses, tejones y turones en las tierras abiertas de propios, en las baldías y en las rastrojeras no cerradas de propiedad particular, durante todo el año, incluso los días de nieve y los llamados de fortuna». En las tierras cercadas era precisa la licencia de los dueños o arrendatarios (art. 27). Se establecían, además, recompensas para fomentar el exterminio de los animales dañinos a quienes los presentaran muertos (art. 29). Hasta tal punto se consideraban necesarias estas disposiciones que el anotador del Alcubilla, en relación a la Ley de 1879, que no reproducía disposiciones sobre la materia, sostenía que debían entenderse vigentes las del RD de 1834 (cit., p. 408, nota 1). Reglas semejantes recogían los arts. 39 y 40 de la Ley de 16 de mayo de 1902 (Alcubilla, *Diccionario de la Administración española*, T. III, 6ª ed., Madrid, 1915, voz «Caza y pesca»).

batidas⁵⁵, estaba bien presente la vinculación entre la libertad de cazar determinadas especies y la reducción del número de individuos de las mismas y, en consecuencia, la de los daños que pudieran causar⁵⁶, no sólo a la agricultura y

Pero las ordenanzas de caza y pesca de 1834 no hacían sino recoger una regulación anterior. El tít. XXI, lib. VII de la Nov. Recopilación se ocupa «De la extinción de los animales nocivos y langosta». Su Ley I (D. Carlos y doña Juana en Valladolid, 1542) establece la «facultad de los pueblos para ordenar la matanza de lobos, dar premio por cada uno y hacer sobre ello las ordenanzas convenientes», con el fin de que cesen los daños «por causa de los muchos lobos que hay en estos nuestros Reynos».

En otros ordenamientos, fuera del castellano, puede citarse cómo, para evitar los daños causados por los lobos a los ganaderos, la ley XXXIII, tít. VII, lib. V de la *Novísima Recopilación de las Leyes del Reino de Navarra* establecía el pago de seis ducados por cada lobo grande que se matare y dos por cada cría; el dinero se obtenía mediante apeo «de los ganados mayores, y lechales, y ganado menudo, y de cerda, que salen a pacer al campo» (vol. 3º, ed. realizada conforme a la obra de D. J. Elizondo, 1735, Biblioteca de Derecho Foral, Diputación Foral de Navarra, Institución Príncipe de Viana, Pamplona, 1964).

⁵⁵ El art. 35 del RD de 8 de mayo de 1834 prohibió las batidas comunales de los pueblos, ordenando que el exterminio de los animales dañinos quedase al dominio del interés particular de los cazadores. Comentando este precepto, J. DE POSADA DE HERRERA (*Lecciones de Administración*, trasladadas por sus discípulos J. A. de Bascón, F. de P. Madrazo y J. Pérez Calvo, T. II, Madrid, 1845, p. 211) señala que «por fortuna, no está completamente en observancia, y si lo estuviese, los habitantes de los pueblos de montaña, se encontrarían con los lobos a las puertas de sus casas. El interés individual no tiene bastante aliciente con los cuarenta reales para coger un lobo, y es necesario que los pueblos salgan en montería para destruir los animales que les vienen a asaltar hasta las inmediaciones de su propia casa. Antiguamente se disponía que fuese la batida de obligación de los pueblos; después una ley recopilada los libertó de tal obligación, y sin duda, lo que era libertarlos de una carga, se convirtió por error en una prohibición para lo cual no se encuentra siquiera un aparente motivo». Sobre la ley recopilada a que se refiere el autor, *vid.* Nov. Recopilación Lib. VII, tít. XXXI, Ley II (don Carlos, res. de 31 de octubre de 1749 y céd. del Consejo de 3 de febrero de 1795).

El art. 41 de la Ley de caza de 1902 permitió la organización de batidas generales por los alcaldes, previa autorización del gobernador, y con la finalidad de destruir animales dañinos. Entre los fines asignados a las Juntas Provinciales de extinción de animales dañinos destaca, curiosamente, la de «indemnizar en los casos comprobados los daños producidos por las alimañas y a los que alude el artículo 4 de la Orden de 30 de octubre de 1952 a los perjudicados por especies sujetas a protección especial» (art. 2.º) del Decreto de 11 de agosto de 1952, BOE nº 261, de 18 de septiembre).

Después de la Ley de caza de 1970, la Orden de 18 de marzo de 1972 regulaba la organización de batidas de jabalíes para reducir daños en cultivos, incluso en épocas de veda (BOE nº 74, de 27 de marzo).

⁵⁶ La conexión entre la prohibición de cazar especies dañinas y la multiplicación de estos animales se hace evidente en la ley XXVI, tít. VII, Lib. I (Pamplona, 1617, Ley 49) que revoca una provisión de 7 de enero de 1614 que prohibía cazar en los montes comunes: «Lo qual parece que es conveniente se mande revocar, pues conforme a derecho, y conforme al capítulo 8 que comienza *Ningun villano*, título de las cazas, lib. 5 del Fuero, y conforme a la Ley 124 de las Ordenanzas Viejas, y la Ley 6 del año 1558, a donde se perpetuó, qualquiera persona puede y le es lícito cazar osos, lobos y otros animales de este género, y aun los Lugares pueden a los tales cazadores darles algo de sus propios, y rentas, y principalmente la dicha Provision, es contra la virtud, y naturaleza de los Cavalleros, Nobles, y Hijos-Dalgo, a los quales les es permitido cualquier género de caza, y en particular la de los venados, como parece de la Ley 120 de las Ordenanzas viejas en el segundo ítem, que es la Ley I, tít. 7, Lib. 5 de las Leyes el Reino, y como este Reino tiene tan poca distancia, y en la dicha provision se ponen casi todos los montes, y partidas donde se puede hacer semejante caza, no queda en todo él donde poderse cazar, de lo cual (si no se remedia) vendrán

a la ganadería sino, también, a la caza en las zonas en que ésta representaba una fuente de riqueza⁵⁷.

La configuración de la libertad para cazar y destruir a estas especies explica la ausencia de reglas específicas de responsabilidad para los daños causados por los individuos pertenecientes a las mismas. Por eso, al mismo tiempo, el interés en la protección de determinadas especies o la regulación limitada de su caza⁵⁸ ha ido acompañado de la previsión expresa de reglas de indemnización. Si bien, es cierto, en ocasiones mediante la técnica de la subvención o de la ayuda de la Administración dirigida a paliar los efectos dañinos de estas especies, y no mediante la técnica de la responsabilidad civil⁵⁹.

Puede defenderse, sin embargo que, con un alcance más general, la imputación de responsabilidad a la Administración resulta coherente con los principios que inspiran la regulación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. En una apreciación del nexo causal con arreglo a

a resultar muchos daños, porque se aumentarán los lobos, osos, y otros animales de manera, que baxen de las sierras, y se coman el ganado, y las cavalgaduras que toparen, y aun corran riesgo las personas, que considerados estos inconvenientes, se ordenó lo que queda dicho en las Leyes, como consta de su tenor: y ha sucedido, que hallando un pobre labrador, que un oso estaba ahogando una baca suya lo mató, y por eso fue acusado y castigado».

⁵⁷ Así, por ejemplo, y desde este punto de vista, el Decreto de 11 de agosto de 1953 estableció la intervención en las Juntas de Extinción de Animales Dañinos de representantes de los cotos interesados en la extinción de animales dañinos (BOE nº 261, de 18 de septiembre).

⁵⁸ La Orden de 26 de abril de 1971, que reglamenta la caza del oso (BOE nº 106, de 4 de mayo), establecía: «El Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales, previo expediente incoado al efecto, indemnizará los daños que ocasionalmente pueda causar esta especie en todo el territorio nacional y que sean debidamente comprobados».

⁵⁹ Entre otros: Orden de 13 de febrero de 1987 que establece la responsabilidad por los daños causados por el lobo (*canis lupus*) en los terrenos cinegéticos de aprovechamiento común en el territorio de Cantabria (BOC nº 39, de 24 de febrero): la Orden, que se presenta como un complemento de la normativa sobre responsabilidad por daños contenida en la Ley estatal de caza, establece la responsabilidad del Servicio de Montes, Caza y Conservación de la Naturaleza por los daños producidos por el lobo, especie protegida, en la ganadería doméstica en los terrenos de aprovechamiento cinegético común; Resolución de 23 de septiembre de 1987, de la Consejería de Agricultura y Pesca por la que se establecen normas para la solicitud de indemnizaciones por daños producidos por especies cinegéticas o salvajes de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias (BOPA nº 229, de 5 de octubre: establece el procedimiento para obtener las indemnizaciones por daños ocasionados por el oso, en todo el territorio del Principado, por el lobo, en las reservas y cotos de caza gestionados por el Principado así como en las zonas de aprovechamiento libre, y por otras especies cinegéticas en las reservas y cotos gestionados por el Principado; D. 21/1991, de 20 de febrero, por el que se regulan las indemnizaciones por daños ocasionados por el oso (Principado de Asturias) (BOPA de 6 de marzo): tras la inclusión del oso pardo como especie en peligro de extinción en el Catálogo Regional de Especies Amenazadas de la Fauna Vertebrada del Principado de Asturias, y la elaboración de un Plan de Recuperación del Oso Pardo, se regulan las indemnizaciones por los daños ocasionados por dicha especie a la agricultura y a la ganadería; el art. 35.1 del D. 13/1995, de 31 de marzo de Murcia, que aprueba el Plan de Ordenación de los recursos naturales de Sierra Espuña (BORM 11 abril 1995) establece que «la Consejería de medio ambiente compensará los daños a la agricultura y la ganadería producidos por animales silvestres en los terrenos agrícolas del Parque Regional, en particular aquellos debidos al arrui y al jabalí».

criterios sociales, es indudable que la multiplicación de determinadas especies y, en consecuencia, la producción de daños, es consecuencia de la política de protección llevada a cabo. Parece de buen sentido que así sea, puesto que, en última instancia, los criterios que inspiran la adopción de medidas de protección de determinadas especies se basan, precisamente, en razones de interés general. Desde este punto de vista, si el legislador establece normas de protección de determinadas especies y excluye la posibilidad de su caza, nadie debe soportar en su propio patrimonio los daños que puedan originar los animales de tales especies⁶⁰.

De todo lo anterior se colige que la responsabilidad de la Administración por los daños ocasionados por las especies no susceptibles de aprovechamiento cinegético es deducible de la cláusula general. La principal consecuencia que se deriva de esta tesis, que me parece la más segura, es la de afirmar la exigibilidad de tal responsabilidad incluso en aquellas Comunidades Autónomas cuyas leyes no prevean expresamente este supuesto⁶¹. Pero, además, si se

⁶⁰ De acuerdo con la STC 102/1995, de 26 de junio (BOE nº 181, suplemento, de 31 de julio de 1995; BJC 171, 1995) al amparo de su competencia exclusiva en materia de caza, las Comunidades Autónomas son competentes para determinar qué especies son cazables. La Sentencia se ocupa de las interferencias entre la competencia del Estado para la legislación básica en materia de medio ambiente y la competencia exclusiva de las Comunidades recurrentes en materia de caza. En particular, considera básico, y por tanto, competencia del Estado, el precepto que establece la prohibición de cazar determinadas especies como forma de protección de la fauna (art. 26.4 de la Ley estatal 4/1989, de espacios naturales protegidos). También se considera básico el precepto estatal que contiene la prohibición de que la caza afecte a las especies catalogadas (art. 33 de la misma Ley, que encomienda a las Comunidades Autónomas la determinación de los terrenos y fechas hábiles para cada especie y el establecimiento de las normas y requisitos para el contenido y aprobación de los planes cinegéticos de cada zona; hay un voto particular en contra de Rafael de Mendizábal Allende, para quien los arts. 33.1 y 34.c) carecen de cobertura constitucional). Pero, en cambio, se declara inconstitucional el desarrollo reglamentario efectuado por el Estado a través del RD 1095/1989, de 8 de septiembre, que tenía por objeto la regulación de la caza y la pesca, determinando qué se puede cazar o pescar, cómo y cuándo. La prohibición implícita de cazar las especies excluidas del inventario contenido en el reglamento estatal «choca frontalmente con la competencia sobre la caza y la pesca que todas las Comunidades Autónomas tienen atribuida sin excepción alguna y, por tanto, carecen de la relación directa e inmediata con la protección del medio ambiente» (*vid.* FJ 30).

En el caso de Aragón, el art. 6º de la Ley de caza de 10 de diciembre de 1992 («especies no cinegéticas») excluye de la consideración de piezas de caza a las especies o taxones inferiores de los vertebrados silvestres incluidos en los Catálogos Nacional y Regional de Especies Amenazadas. Los arts. 59, 61 y 62 de la misma Ley (redactados conforme a la Ley 10/1994, de 31 de octubre, BOA nº 136, de 14 de noviembre) consideran infracciones distintas actuaciones relacionadas con la tenencia de especies catalogadas, la caza, captura y destrucción del hábitat de especies catalogadas como sensibles o de interés especial, especies protegidas o especies en extinción. Algunos de estos hechos pueden ser sancionables, asimismo, conforme a la Ley 6/1998, de 19 de mayo, de espacios naturales protegidos de Aragón (BOA nº 64, de 3 de junio de 1998).

⁶¹ O en los que sólo se imputa la responsabilidad a la Administración cuando se trata de daños causados por especies amenazadas en terrenos de aprovechamiento cinegético común (*vid.* art. 31 de la Ley 3/1992, de 18 de marzo, de protección de animales, de Cantabria, que declara «obligatoria y prioritaria para la Diputación Regional de Cantabria la compensación de los daños causados por las especies amenazadas en terrenos de aprovechamiento cinegético común»). En idénticos términos, para el Gobierno de La Rioja, art. 26.2 de la Ley 5/1995, de 2 de marzo, de

entiende que los preceptos autonómicos que expresamente imputan esa responsabilidad a la Comunidad Autónoma se limitan a concretar una regla que, con seguridad, puede deducirse de la interpretación de las reglas generales sobre responsabilidad de la Administración, es más que dudoso que la Comunidad Autónoma pueda excluir o limitar su responsabilidad en estos casos. En efecto, de acuerdo con la doctrina citada de la STC 61/1997, de 20 de marzo, las Comunidades Autónomas pueden establecer supuestos indemnizatorios en concepto de responsabilidad administrativa siempre que respeten las normas estatales y sirvan al desarrollo de una política sectorial determinada. Pero no pueden limitar o restringir su propia responsabilidad que, por imperativo constitucional para todas las Administraciones públicas, les es exigible por el funcionamiento de los servicios públicos.

En consecuencia, aunque el legislador aragonés suprimiera esas previsiones o, incluso, en el caso de que el particular quisiera obtener una indemnización superior a la prevista en las normas reglamentarias que contemplan ayudas o subvenciones por daños a la agricultura, me parece evidente que cabría recurrir al instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Con igual razón en los casos de daños causados por especies no cinegéticas que causan daños distintos a los previstos en las normas que contemplan tales ayudas.

3. DAÑOS OCASIONADOS POR ESPECIES DE LA FAUNA SILVESTRE SUSCEPTIBLES DE APROVECHAMIENTO CINEGÉTICO

A) Daños causados por animales procedentes de terrenos cinegéticos

a) Clasificación de los terrenos y responsabilidad por daños

Para determinar en cada caso quién debe soportar los daños causados por una especie susceptible de aprovechamiento cinegético, resulta preciso conocer el lugar de procedencia del animal. Porque, en efecto, atendiendo a la clasificación de los terrenos, el aprovechamiento cinegético puede corresponder a unos u otros sujetos que se benefician de la caza o a los que, según los casos, y en última instancia, puede imputarse el control y la multiplicación de las especies.

Al amparo de su competencia sobre caza, todas las leyes autonómicas clasifican los terrenos a efectos cinegéticos⁶². En Aragón, el art. 9º de la Ley

protección de animales de La Rioja (BOR 1 abril 1995; BOE 21 abril 1995). O por especies protegidas que procedan de reservas nacionales de caza (*vid.* art. 2.2 del Decreto 185/1985, de 20 de junio, de la Generalidad de Cataluña —DOGC de 12 de julio—, en relación a los daños que puedan producirse por las especies cinegéticas o protegidas existentes en la reserva).

⁶² El Capítulo II (arts. 6º a 19) de la Ley 2/1989, de 6 de junio, de caza, de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias realiza una clasificación de los terrenos. Importa destacar que, frente al régimen de la Ley estatal de caza, que distingue entre cotos privados, locales y sociales, la ley asturiana sólo contempla un único tipo de coto, el llamado coto regional, cuya gestión y

12/1992, de 10 de diciembre, clasifica los terrenos de la Comunidad Autónoma, a los efectos de la Ley, en cinegéticos y no cinegéticos. Los terrenos cinegéticos, a su vez, pueden ser de aprovechamiento común o sometidos a un régimen especial. Conforme al art. 11 de la misma Ley se consideran terrenos cinegéticos de aprovechamiento común los no sometidos a régimen especial

administración corresponde al órgano competente en materia de caza, directamente o a través de concesión a sociedades de cazadores (art. 14).

El art. 6º de la Ley 8/1990, de 21 de diciembre, de caza de Extremadura dispone que: «Los derechos y obligaciones establecidos en la presente Ley, en cuanto se relacionan con los terrenos cinegéticos, corresponden a la Administración regional y a cuantas entidades o particulares obtuvieran la concesión administrativa correspondiente para el aprovechamiento cinegético privado». En particular, el art. 19 de la Ley regula la concesión administrativa a los propietarios de terrenos que previamente tengan concertado el arrendamiento o cesión de los mismos con una sociedad local deportiva de cazadores.

Para Navarra, el art. 5º de la Ley Foral 2/1993, de 5 de marzo de 1993, de protección y gestión de la fauna silvestre y sus hábitats declara que: «Los animales silvestres son patrimonio común por lo que no son susceptibles de apropiación física o jurídica, excepto por autorización administrativa en los términos regulados en la presente Ley foral y disposiciones que la desarrollen». Los arts. 65 y ss. de la Ley establecen una clasificación de los terrenos a efectos de la caza.

Los arts. 44 y ss. de la Ley 2/1993, de 15 de julio, de caza de Castilla-La Mancha clasifican los terrenos cinegéticos en terrenos de aprovechamiento común y terrenos de aprovechamiento especial, entre los que se incluyen los cotos de caza, privados o sociales.

El art. 57 de la Ley 7/1995, de 21 de abril, de la fauna silvestre, caza y pesca fluvial de Murcia, prescinde, en cambio, de la clasificación entre terrenos cinegéticos de aprovechamiento común y especial. En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley explica que «desaparecen los terrenos libres como tales, aunque en los terrenos no acotados ni reservados se podrá ejercer con autorización la caza con modalidades sin arma de fuego».

Los arts. 18 y ss. de la Ley 4/1996, de 12 de julio, de caza, de Castilla y León clasifican el territorio de la Comunidad a efectos de la caza. También aquí desaparecen los terrenos cinegéticos de aprovechamiento común o de caza libre: «La principal novedad —afirma la Exposición de Motivos de la Ley— es la desaparición de los terrenos libres, por considerarlos totalmente contrapuestos al principio fundamental de esta Ley de que la caza sólo podrá ejercitarse ordenada y planificada. Dichos terrenos deberán adoptar alguna de las figuras de terreno cinegético de esta Ley, o pasarán a tener la consideración de terrenos vedados, no cinegéticos».

El art. 9º de la Ley 4/1997, de 25 de junio, de caza de Galicia clasifica los terrenos de la Comunidad en cinegéticos y no cinegéticos. Los primeros pueden estar sometidos a un régimen de aprovechamiento especial o a un régimen común, y en este último caso el ejercicio de la caza es libre.

Los arts. 19 y ss. de la Ley 9/1998, de 2 de julio, de caza de La Rioja clasifican los terrenos de la Comunidad en cinegéticos (reservas regionales —cuya titularidad corresponde al Gobierno de La Rioja— y cotos, de titularidad privada —privados, comerciales y deportivos— o pública —municipales o sociales—) y no cinegéticos, en los que se prohíbe la caza con carácter general (vedados de caza, terrenos cercados y zonas no cinegéticas). De esta forma, y tal y como explica la Exposición de Motivos de la Ley, se produce «la desaparición de los terrenos libres por no ajustarse al principio fundamental de que la caza debe realizarse de forma ordenada y planificada».

Los arts. 9º y ss. de la Ley 7/1998, de 6 de julio, de caza de Canarias clasifican los terrenos de la Comunidad en terrenos de aprovechamiento cinegético común (en los que el ejercicio de la caza es libre) y terrenos sometidos a régimen cinegético especial (espacios naturales protegidos y zonas especiales de conservación, zonas de caza controlada, cotos privados, sociales e intensivos de caza, cercados y zonas de seguridad).

«en los que el ejercicio de la caza se ajustará a lo que disponga el Plan Técnico aprobado por el órgano competente, independientemente del carácter público o privado de su propiedad». En estos terrenos, el ejercicio de la caza puede practicarse «sin más limitaciones que las generales fijadas en la presente Ley y en las disposiciones que la desarrollan».

Conforme al art. 12 de la Ley son terrenos cinegéticos sometidos a régimen especial los espacios naturales protegidos, los refugios de fauna silvestre, las reservas de caza y los cotos de caza. En los espacios naturales protegidos el ejercicio de la caza se somete a lo que dispongan sus respectivos Planes de Ordenación de los Recursos Naturales y Planes Rectores de Uso y Gestión (art. 13.2). En los refugios de la fauna silvestre el ejercicio de la caza está prohibido con carácter permanente, si bien puede autorizarse la captura de determinadas especies cuando existan razones de orden técnico y científico que lo aconsejen (art. 14.3). En las reservas de caza el aprovechamiento cinegético está subordinado a la finalidad de promover, conservar, fomentar y proteger determinadas especies y, en cada caso, el ejercicio de la caza debe ajustarse a lo que disponga el Plan técnico aprobado por el órgano competente (art. 15).

En los cotos de caza, que han de ser declarados como tales por el órgano competente, la posibilidad de ejercitar la caza varía según se trate de un coto social (gestionado directamente por la Diputación General de Aragón y cuya finalidad es facilitar el ejercicio de la caza a todos los cazadores con licencia expedida por la Comunidad Autónoma, art. 18 de la Ley), de un coto deportivo (gestionado por los Ayuntamientos, la Federación Aragonesa de Caza o por sociedades de cazadores, art. 19 de la Ley) o de cotos comerciales de caza (orientados al aprovechamiento cinegético de los propietarios o de los titulares de otros derechos reales o personales sobre los terrenos de que se trate, art. 20 de la Ley). El ejercicio de la caza en todos los terrenos está sometido a las determinaciones del Plan Técnico de caza aprobado por el órgano competente (art. 37 de la Ley y 24 del Reglamento). Además, es necesario elaborar un plan anual de aprovechamiento cinegético en el que se detallan las circunstancias específicas de cada temporada cinegética, basándose en censos anuales y concretando las especies susceptibles de ser cazadas, los días hábiles para el ejercicio de la caza, el número de cacerías que pueden realizarse de cada especie, el número máximo de cazadores por jornada de caza y el límite máximo establecido por especies para cazador y día (art. 24.2 del Reglamento).

b) Daños causados por especies cinegéticas procedentes de terrenos de aprovechamiento común

A diferencia de lo que ha sucedido en otras leyes autonómicas de caza al clasificar los terrenos a los efectos cinegéticos (Murcia, Castilla y León, La Rioja)⁶³, la Ley aragonesa ha mantenido la categoría de terreno cinegético de aprovechamiento común, que ya existía en la Ley estatal de 1970.

⁶³ Vid. nota anterior.

Al regular la «responsabilidad por daños», el art. 72 de la Ley aragonesa no se ocupa de la responsabilidad por los daños ocasionados por animales de caza procedentes de los terrenos de aprovechamiento cinegético común. En cambio, el art. 39.1.b) del Reglamento establece que los daños ocasionados por las especies cinegéticas procedentes de los terrenos cinegéticos de aprovechamiento común serán indemnizados por la Diputación General de Aragón. La regla resulta coherente con lo dispuesto en el art. 7º.1 del propio Reglamento, conforme al cual, los derechos y obligaciones establecidos en la Ley de caza y en el Reglamento corresponden a la Administración de la Comunidad Autónoma respecto de los terrenos cinegéticos de aprovechamiento común en todo el territorio de la Comunidad Autónoma. Soluciones semejantes han establecido otras leyes autonómicas de caza, como las de Asturias y Galicia⁶⁴.

En cambio, en otras Comunidades Autónomas, para los daños causados por especies cinegéticas procedentes de terrenos de aprovechamiento común, la normativa autonómica se remite a lo dispuesto en «la legislación civil» o en «el Código civil»⁶⁵. Estos preceptos autonómicos están inspirados en el art. 35.3 del Reglamento de 25 de marzo de 1971, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución de la Ley estatal de caza, que expresamente establece: «Respecto a los daños producidos por la caza procedente de terrenos cinegéticos de aprovechamiento común, se estará a lo dispuesto en el Código civil».

Precisamente, el tenor de esta disposición reglamentaria ha permitido a algún sector doctrinal defender que la Ley de caza de 1970 no derogó el art. 1906 CC sino que, por el contrario, este precepto sigue siendo de aplicación en los terrenos de aprovechamiento común, en los que la caza es libre⁶⁶. Lo que sucede es que la aplicación del art. 1906 CC conduciría a la imputación de la responsabilidad al propietario de un terreno por los daños causados por los animales de caza «cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multi-

⁶⁴ La Ley 2/1989, de 6 de junio, de caza, de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias declara que el ejercicio de la caza en los terrenos de aprovechamiento cinegético común es libre pero, a su vez, establece que «en cuanto al ejercicio de la caza, la gestión y administración de los terrenos de aprovechamiento cinegético común corresponde al órgano competente en la materia» (art. 7º.4). Es por ello perfectamente coherente que el art. 38.1.a) de la misma ley establezca la obligación de la Administración del Principado de Asturias de indemnizar los daños causados por las especies cinegéticas procedentes de los terrenos cinegéticos de aprovechamiento común. Parecidamente, el art. 23.2 la Ley 4/1997, de 25 de junio, de caza de Galicia establece la obligación de indemnizar de la Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes por los daños producidos por especies cinegéticas procedentes de terrenos de aprovechamiento común, cuya gestión está atribuida a la misma Consejería por el art. 9º.3 de la Ley.

⁶⁵ Así, el art. 32.3 de la Ley 7/1998, de 6 de julio, de caza de Canarias establece que «Los daños ocasionados por especies cinegéticas procedentes de terrenos sometidos a régimen cinegético común, serán indemnizados de acuerdo con lo establecido en la legislación civil ordinaria». Por su parte, la Ley 2/1993, de 15 de julio, de caza de Castilla-La Mancha, no regula la responsabilidad por daños causados por especies procedentes de terrenos cinegéticos de aprovechamiento común. Pero el art. 8º del Decreto de 9 de diciembre, para este supuesto, se remite «a lo dispuesto en el Código civil».

⁶⁶ En este sentido, DIEZ PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, p. 630.

plicación o cuando haya dificultado la acción de los dueños de las fincas para perseguirla». Tal consecuencia, en mi opinión, no sólo carece de sentido cuando los terrenos de aprovechamiento común sean propiedad de particulares, privados de toda posibilidad de controlar la multiplicación de la caza⁶⁷, sino que además es incoherente con la normativa autonómica que atribuye la gestión y administración de la caza en los terrenos de aprovechamiento común a la Administración (art. 10.2 del Reglamento de caza de Aragón)⁶⁸.

La declaración de la responsabilidad de la Administración, entonces, podría interpretarse como una manifestación de la cláusula general de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (art. 106 CE y 139 ss. Ley 30/1992). En contra de esta opinión, sin embargo, se ha manifestado la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón en su Dictamen 9/1998, de 3 de febrero⁶⁹, en un supuesto de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de accidente de tráfico al colisionar un vehículo con un jabalí que irrumpió en una carretera nacional procedente de un terreno cinegético libre. En su Dictamen, la Comisión mantiene que «estamos en presencia de una responsabilidad legalmente impuesta si concurre el supuesto de hecho previsto, sin que sea necesaria la presencia de una relación de causalidad entre la actividad administrativa y la lesión producida, razón por la cual debe suprimirse, en todo caso, de la propuesta de resolución la alusión a la exigencia de nexo causal y a la aplicabilidad del artículo 1902 del Código civil, que construye el instituto de la responsabilidad extracontractual precisamente sobre el basamento de la culpa o negligencia, ele-

⁶⁷ En este sentido, con anterioridad a la promulgación de leyes autonómicas de caza se pronunció A. SÁNCHEZ GASCÓN (*El derecho de caza*, p. 262), para quien era el Estado quien debía responder de los daños causados por las especies procedentes de los terrenos libres, por tres razones: «porque el dueño, aunque quiera, la Ley no le permite 'hacer lo necesario para evitar su multiplicación'; esto es algo que compete a la Administración y no al particular; segunda, el ejercicio de la caza lo regula exclusivamente la Administración, de manera que en un terreno libre el propietario no puede ni impedir ni permitir la persecución de las piezas por los perjudicados, en cuanto que es una cuestión ajena a sus facultades; tercero, porque tampoco a los perjudicados les está permitido perseguir las piezas de caza para evitar los daños; y, finalmente, porque al tratarse de terrenos libres, el aprovechamiento de la caza es común y no exclusivamente del dueño del predio, por lo que parece injusto deba ser responsable de los daños causados por las piezas de la caza procedentes de estos terrenos». Posteriormente, comparte su opinión I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil*, p. 201.

⁶⁸ No comparte este criterio la SAP Soria de 22 de mayo de 1996 (Actualidad Civil n^o 18, 1372) en la que se afirma que «en los terrenos libres no se ejerce la tutela y control reseñados para los terrenos acotados», y que «la genérica atribución a la Junta de Castilla y León de competencias en materia de protección, fomento y ordenación de la caza no ha de servir sin más para atribuirle la responsabilidad extracontractual por la vía del artículo 1902 CC, pues ello supondría considerar a la citada Administración, en definitiva, como propietaria o poseedora de todos los animales de caza y hacerla responsable de los daños que los mismos causaren en cualquier lugar y circunstancia, lo cual nos parece ampliar excesivamente dicha responsabilidad sin encontrar para ello una adecuada justificación jurídica en el art. 1902 y tampoco en el art. 1905 del mismo texto legal».

⁶⁹ Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, *Memoria y Dictámenes 1998*, ed. Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1999, marginal 24, p. 363.

mento extravagante cuando se está en presencia de una responsabilidad objetiva determinada *ex lege*».

La argumentación del Dictamen adolece, en mi opinión, de una confusión entre el presupuesto del nexo causal, exigible en todo caso en materia de responsabilidad por daños, y la culpa o negligencia, presupuesto de algunas clases o tipos de responsabilidad. De manera parecida a lo que sucedía en el Dictamen 5/1998, relativo a la responsabilidad de la Administración por especies no cinegéticas, al que me he referido con anterioridad, la Comisión Jurídica Asesora no aprecia la existencia del nexo causal entre la actuación administrativa de la que resulta la consideración de un terreno como de aprovechamiento libre y la producción de daños por los animales procedentes del mismo. Las consecuencias que de ahí se derivarían, de compartir esta doctrina, son semejantes a las que he apuntado en relación a los daños causados por especies no cinegéticas.

Por mi parte, considero, sin embargo, que este planteamiento no es convincente, y que la tendencia actual en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración permite considerar que, en estos casos, nos encontramos ante una manifestación más de la responsabilidad patrimonial que las Comunidades Autónomas no pueden excluir.

c) Daños ocasionados por especies cinegéticas de las reservas de caza, refugios de fauna silvestre y espacios naturales protegidos

El art. 72.1.c) de la Ley 12/1992 establece que serán indemnizados por la Diputación General, previa instrucción del oportuno expediente y valoración de los daños producidos «los daños ocasionados por las especies cinegéticas de las reservas de caza, refugios de fauna silvestre y los espacios naturales protegidos». La misma regla, que es reiterada por el art. 39.1.b) del Reglamento aragonés de caza⁷⁰, coincide con lo dispuesto en otras normas autonómicas⁷¹ e imputa a la Administración la responsabilidad en estos casos con mayor

⁷⁰ El art. 14.16 del Reglamento, además, establece que: «A los efectos del art. 72 de la vigente Ley de caza se considerará la Diputación General de Aragón como titular responsable de los daños producidos por la caza existente en las reservas de caza, sin perjuicio de las facultades de *repercutir* a los terceros responsables». Regla semejante se establece en el art. 16.15 del Reglamento en relación a los cotos sociales. Puesto que, con arreglo a la Ley, la responsabilidad corresponde en estos casos a la Administración cabe preguntarse cuándo la Administración va a poder repetir de un tercero la indemnización. Muy posiblemente el autor del reglamento estaría pensando en los supuestos en que la intervención de un tercero haya podido influir en la producción del daño. Desde este punto de vista, las reglas comentadas deberían interpretarse en el sentido de que la intervención de un tercero no excluye, frente a la víctima, la responsabilidad de la Administración cuando el daño sea causado por una especie cinegética procedente de una reserva (¿salvo que se llegue a interrumpir el nexo causal?), sin perjuicio de la posibilidad de la Administración de repetir frente al responsable (quien provoca una estampida, por ejemplo).

⁷¹ *Vid.* nota 28.

rotundidad de lo que se desprendía de lo previsto en la Ley estatal de caza de 1970⁷².

La Comisión Jurídica del Gobierno de Aragón, en el ya citado Dictamen 5/1998, de 3 de febrero de 1998 declaró —en relación a los supuestos que ahora nos ocupan— que sí existe un nexo causal entre el daño producido y la acción de la Administración. En particular, porque «sólo dicha acción protectora específica y sus concretas modalidades de gestión son susceptibles de encuadrarse bajo la calificación de servicio público, entendido en su más amplia acepción, esto es, como toda actuación, gestión, actividad o tarea propia de la función administrativa, realizada por acción u omisión, comprendiéndose lo que la jurisprudencia ha denominado «todo el giro o tráfico ordinario de la Administración».

Hay que observar, sin embargo, que en Dictámenes posteriores la misma Comisión Jurídica ha mantenido una postura diferente. Pero para analizar este punto, conviene distinguir, en mi opinión, cada uno de los supuestos por separado, atendiendo a quién corresponde en cada caso el aprovechamiento cinegético o, en su defecto, la finalidad que se persigue con la prohibición de la caza.

En los refugios de la fauna silvestre el ejercicio de la caza está prohibido con carácter permanente, si bien puede autorizarse la captura de determinadas especies cuando existan razones de orden técnico y científico que lo aconsejen (art. 14.3 de la Ley aragonesa de caza). En relación a la Ley estatal de caza, puesto que en los refugios está prohibida la caza (art. 11.3 de la Ley 1970) no existen esos «titulares» de los aprovechamientos a que se refiere el art. 33 de la Ley, y la doctrina se ha inclinado por imputar la responsabilidad a la Administración que en cada caso gestione el refugio de que se trate⁷³.

Por su parte, la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, en su Dictamen 27/1998, de 31 de marzo de 1998⁷⁴, en relación a la reclamación de daños causados por especie cinegética (jabalí) procedente de refugio de la fauna silvestre, afirma que el art. 72.1.c) de la Ley aragonesa de caza y el art. 39.1.b) de su Reglamento configuran «una obligación objetiva de indemnización» a la que es aplicable el procedimiento previsto en el RD 429/1993, de 26

⁷² Conforme al art. 33.3 de la Ley de caza de 1970: «De los daños producidos por la caza procedente de Refugios, Reservas Nacionales y Parques Nacionales y de los que ocasione la procedente de terrenos de caza controlada responderán los titulares de los aprovechamientos de caza y subsidiariamente el Servicio de Pesca Continental, Caza y Parques Nacionales» (en la actualidad, la referencia debe entenderse hecha al organismo competente de cada Comunidad Autónoma). Según el art. 35.2 del Reglamento de la Ley estatal de caza: «Cuando se trate de daños producidos por caza procedente refugios, reservas o parques nacionales, será de aplicación lo previsto en la Ley o disposición especial que autorice su creación, y, en su defecto, lo dispuesto en la legislación civil ordinaria».

⁷³ En este sentido, I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, *Responsabilidad civil*, p. 225.

⁷⁴ Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, *Memoria y Dictámenes 1998*, ed. Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1999, marginal 39, p. 421.

de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

En las reservas de caza el aprovechamiento cinegético está subordinado a la finalidad de promover, conservar, fomentar y proteger determinadas especies y, en cada caso, el ejercicio de la caza debe ajustarse a lo que disponga el Plan técnico aprobado por el órgano competente (art. 15 de la Ley aragonesa de caza). En los espacios naturales protegidos el ejercicio de la caza se somete a lo que dispongan sus respectivos Planes de Ordenación de los Recursos Naturales y Planes Rectores de Uso y Gestión (art. 13.2 de la Ley aragonesa de caza; parecidamente, art. 67 de la Ley aragonesa de espacios naturales de 19 de mayo de 1998).

Para los daños ocasionados por especies cinegéticas procedentes de reservas, la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, en el Dictamen 21/1998, de 3 de febrero de 1998⁷⁵, afirma que, con independencia de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración, «es el mismo ordenamiento jurídico, entonces, el que establece un claro supuesto de hecho y sus consecuencias indemnizatorias». Este planteamiento, que se aparta, como ya he apuntado, de lo sostenido con anterioridad en su citado Dictamen 5/1998, es reiterado en los Dictámenes 28/1998, de 31 de marzo, 46/1998, de 12 de mayo y 113/1998, del de diciembre⁷⁶. Con cierta confusión en cuanto a los supuestos de hecho, el citado Dictamen 21/1998, y los demás que le siguen, consideran aplicable la argumentación del Dictamen 9/1998 que, como he explicado más arriba, se refiere a un supuesto diferente, el de daños causados por especie cinegética procedente de terreno cinegético común. En algunos de estos Dictámenes sobre responsabilidad por daños causados por especies cinegéticas procedentes de reserva de caza la Comisión Jurídica se remite, también de forma poco acertada, a la doctrina mantenida en Dictámenes anteriores referentes a daños por animales procedentes de refugio.

Conviene observar, por lo demás, que el fundamento que justifica la imputación de la responsabilidad a la Administración de los daños producidos por las especies que proceden de una reserva no ha sido determinado con precisión

⁷⁵ Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón, *Memoria y Dictámenes 1998*, ed. Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1999, marginal 36, p. 412 (relativo a la reclamación por daños derivados de accidente de tráfico al colisionar con una cierva procedente de la reserva de caza «Montes Universales»).

También hay Dictámenes semejantes por daños a la agricultura ocasionados por especies cinegéticas procedentes de reservas (53/1998, de 12 de mayo, marginal 62, p. 524, 66/1998, de 21 de julio, marginal 75, p. 571, 67/1998, de 21 de julio, marginal 76, p. 574, 68/1998, marginal 77, p. 575, 75/1998, de 21 de julio, marginal 84, p. 595, 76/1998, de 21 de julio, marginal 85, p. 599, 97/1998, de 29 de septiembre, marginal 102, p. 682, 98/1998, de 29 de septiembre, marginal 103, p. 683, 118/1998, de 1 de diciembre, marginal 122, p. 739, 121/1998, de 1 de diciembre, marginal 123, p. 743).

⁷⁶ Marginales nº 40, p. 424, nº 55, p. 487 y nº 115, p. 725 (accidente de tráfico al colisionar con un jabalí o con un ciervo procedentes de la reserva de caza «Montes Universales»).

ni de manera unívoca por la jurisprudencia ni por la doctrina del Consejo de Estado en aplicación de la Ley estatal de caza. De tal manera que no puede sostenerse con seguridad si la responsabilidad de la Administración por las especies procedentes de las reservas debe considerarse como una aplicación de la cláusula general de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (arts. 106 CE y 139 de la Ley 30/1992 lo que es seguro cuando se trate de especies no cinegéticas) o, como me parece más acertado, tratándose de especies cinegéticas, como un supuesto de responsabilidad civil, semejante a la que puede corresponder a cualquier titular de un aprovechamiento cinegético.

Así, en primer lugar, cabe destacar cómo el Consejo de Estado, en su Dictamen n^o 477, de 5 de mayo de 1994⁷⁷, en relación a una reclamación de responsabilidad patrimonial por daños ocasionados en cosechas por animales de la reserva nacional «Serranía de Cuenca»⁷⁸, afirmó que:

«En este caso, en modo alguno se trata de un supuesto en que una acción u omisión de la Administración Pública haya deparado al particular reclamante el perjuicio cuya indemnidad insta. Por el contrario, el artículo 33 de la Ley de Caza configura específicamente el supuesto genérico del art. 1905 del Código civil, conforme al cual la responsabilidad aquiliana del titular de una heredad de caza se extiende a los daños ocasionados en las fincas colindantes en los supuestos en que no se haya impedido suficientemente la multiplicación de la caza por los dueños de la finca colindante para evitar o disminuir el daño.

No se está ante el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, sino ante el propiamente civil de la responsabilidad aquiliana, en una de sus manifestaciones, que atrae la obligación resarcitoria a la Administración Pública en cuanto tenedora o titular (por virtud de la declaración jurídico-administrativa que corresponde a las reservas nacionales de Caza) de la heredad de caza.»

Además de que la regla del art. 33 de la Ley de caza nunca se ha explicado como una aplicación concreta de lo dispuesto en el art. 1905 CC, el Consejo de Estado parece no tener presente que la regulación estatal de las reservas de caza⁷⁹ consideraba como titular de los aprovechamientos de caza, a efectos de lo dispuesto en el art. 33 de la Ley de caza, al ICONA (en la actualidad, el órgano administrativo competente de cada Comunidad Autónoma). La misma confusión entre el criterio de imputación por la tenencia de animales (art. 1905 CC) y por la titularidad de un aprovechamiento cinegético se detecta en otros

⁷⁷ Consejo de Estado. *Recopilación de Doctrina Legal*, 1994, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, marginal 205, p. 851.

⁷⁸ Por cierto que, a daños producidos en fincas destinadas a cultivo de alfalfa por animales procedentes de la misma reserva se refiere la STS. de 3 de abril de 1993 (R. 2679), en la que parece darse por supuesto que se trata de una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración.

⁷⁹ Art. 10 RD 2612/1974, de 9 de agosto (BOE de 17 de septiembre), modificado por RD 891/1979, de 26 de enero de 1979 (BOE de 27 de abril).

Dictámenes posteriores del Consejo de Estado, tanto en relación a daños causados por especies cinegéticas procedentes de reservas⁸⁰ como a daños causados por especies cinegéticas procedentes de parques nacionales⁸¹.

Por el contrario, y con mejor criterio, me parece, el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, en sentencia de 14 de mayo de 1996⁸² considera, en relación a los daños ocasionados por corzos procedentes de una reserva natural pública, que la responsabilidad de la Administración deducida de la aplicación del art. 33 de la Ley estatal de caza y la regulación específica de las reservas de caza, es una manifestación de la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos. Por su parte, la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de julio de 1995⁸³, estima la petición de que, por el concepto de responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios públicos, le fueran indemnizados al reclamante los daños ocasionados en fincas de su propiedad por los animales de la reserva de caza de Cíjara. Pero en el caso, se apreció por el Tribunal la negligencia de la Administración que no había deslindado y vallado convenientemente la reserva. Se suscita entonces la duda de cuál hubiera sido el criterio sostenido de no identificarse una acción culpable.

d) Daños causados por especies cinegéticas procedentes de cotos

Con una redacción defectuosa, el párrafo 2 del art. 72.1.c) de la Ley aragonesa de caza declara que: «Asimismo serán indemnizados los daños causados por las especies cinegéticas de los cotos sociales». Se trata de una norma incompleta, pues falta la determinación del sujeto obligado a indemnizar.

Puesto que los cotos sociales son gestionados directamente por la Diputación General de Aragón (art. 18 de la Ley), y el art. 72.1 imputa, en otros supuestos, la responsabilidad por daños a la Administración, no cabe duda de que es ésta la que, con arreglo a la ley, debe responder de los daños causados por las especies cinegéticas procedentes de los cotos sociales. Esta interpretación ha sido recogida expresamente por el art. 39.1.b) del Reglamento aragonés de caza. Cabe entender que, en estos casos, más que ante una responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por el funcionamiento de los servicios públicos nos encontramos ante un supuesto

⁸⁰ Vid. Dictamen nº 2520/97, de 14 de mayo de 1997 (Consejo de Estado. *Recopilación de Doctrina Legal*, 1997, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1998, marginal 193, p. 982), en relación a la reclamación deducida por los daños sufridos en accidente de circulación por la irrupción en la calzada de un jabalí procedente de la reserva nacional «Sierra de la Culebra».

⁸¹ Vid. Dictamen nº 944/1997, de 24 de abril de 1997 (Consejo de Estado. *Recopilación de Doctrina Legal*, 1997, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1998, marginal 192, p. 978), en relación a la reclamación deducida por daños sufridos en accidente de circulación provocado por corzo procedente de parque nacional. La responsabilidad se considera imputable a la Administración, como titular del aprovechamiento, por aplicación de los arts. 33 de la Ley estatal de caza y 1905 CC.

⁸² R. 663.

⁸³ R. 5517.

de responsabilidad civil de la Administración semejante a la que le corresponde a cualquier titular de un aprovechamiento cinegético.

Para los daños ocasionados por especies cinegéticas procedentes de cotos comerciales y deportivos de caza, el art. 72.2 de la Ley aragonesa establece que: «Los titulares de los cotos comerciales y deportivos de caza serán responsables de las indemnizaciones por daños producidos en cultivos por las especies cinegéticas». De una manera más amplia, y no limitada a la responsabilidad en los cultivos, el art. 39.2 del Reglamento aragonés de caza establece que: «Serán indemnizados por los titulares de los cotos comerciales y deportivos de caza los daños de cualquier tipo, incluidos los producidos en los cultivos, producidos por las especies cinegéticas procedentes de sus respectivos cotos, con independencia de la consideración del coto como de caza mayor o menor».

Si se acepta la interpretación más restrictiva, según la cual la regulación de la responsabilidad civil es competencia del Estado, en los términos del art. 149.1.8^a CE, Aragón no estaría autorizada siquiera para reiterar lo dispuesto en el art. 33 de la Ley de caza, que imputa al titular de los aprovechamientos la responsabilidad por los daños causados por las piezas de caza procedentes de los terrenos acotados. En la medida, sin embargo, en que la Ley aragonesa determina los supuestos en que debe responder la Comunidad Autónoma de Aragón, la constitucionalidad de la Ley podría salvarse mediante una lectura negativa —es cierto que algo forzada— de los preceptos que ahora se comentan. Es decir, interpretando que, en realidad, el art. 72.2 de la Ley o el art. 39 del Reglamento se limitan a señalar que la Diputación General no responde cuando los daños procedan de cotos comerciales o deportivos.

Ahora bien, en mi opinión, esta interpretación no es posible respecto del último inciso del art. 39.2 del Reglamento, en el que se imputa a los titulares de aprovechamientos la responsabilidad por las especies cinegéticas procedentes de sus cotos «con independencia de su consideración como coto de caza mayor o menor». Se trata, indudablemente, de una norma de Derecho civil, muy probablemente de competencia exclusiva del Estado. La norma —como expondré más adelante— amplía la responsabilidad de los titulares de aprovechamientos cinegéticos a supuestos no incluidos en el art. 33 de la Ley estatal de caza, con arreglo al cual es dudoso que pueda imputarse la responsabilidad por daños ocasionados por animales no incluidos en el aprovechamiento del que se es titular.

e) La «procedencia» de la caza

a') La responsabilidad cuando no es posible precisar la procedencia de la caza

En principio, parece indudable que, para imputar al titular del aprovechamiento la responsabilidad por los daños procedentes de la caza es preciso que el animal proceda, precisamente, de su coto. Así lo exige expresamente el art. 33 de la Ley estatal de caza y puede desprenderse del art. 72.1 de la Ley aragonesa de caza que, al imputar la responsabilidad a la Diputación General, tiene en cuenta en alguno de los supuestos el dato de la procedencia. Se trata de la aplicación, para el caso de daños derivados de la caza, de la exigencia de que

quede acreditada la relación de causalidad, que en todo caso se configura como un presupuesto de la responsabilidad civil. Cuando no queda acreditado el nexo causal entre el daño producido y el hecho al que legalmente se imputa la responsabilidad —por lo que aquí interesa, la titularidad del aprovechamiento del que procede el animal—, el demandado, en principio, debería ser absuelto.

La jurisprudencia tiende a facilitar la posición de la víctima considerando acreditada la procedencia cuando el titular del coto demandado tiene autorizada la caza de la especie a que pertenece el animal que ha provocado el daño. En este sentido es reiterada la afirmación de que por «procedencia no debemos entender una mera presencia coyuntural u ocasional de la pieza, sino que hace referencia al hábitat propio de la especie de que se trate en cualquiera de sus fases, y en definitiva, al tipo de explotación cinegética de la zona. Esta actividad peligrosa es la que fundamenta la especial responsabilidad regulada en la Ley de Caza»⁸⁴. De esta forma, se condena sin dificultad al titular del aprovechamiento correspondiente de la especie de que se trate, aun cuando en el mismo instante de provocarse el accidente el animal se encontrara en la cuenca de un río, en una vía pública, o pastando en una zona no cinegética. Puede considerarse entonces, en términos de responsabilidad civil, que no se ha interrumpido el nexo causal, porque es sensato entender que el animal sigue procediendo del aprovechamiento cinegético, que es su hábitat natural. Esta solución, que trata de adaptar la aplicación del criterio de imputación de responsabilidad previsto en la ley a la movilidad de los animales parece aceptable si se mantiene en términos razonables, puesto que, en última instancia, el criterio legal es que debe responder quien se beneficia de la caza, esto es, el titular del aprovechamiento.

Pero en la práctica, el problema ofrece más dificultades, porque es posible que el punto en donde se ha producido el daño tenga en sus proximidades varios aprovechamientos a los que, en los términos jurisprudenciales expuestos, pueda imputarse la responsabilidad. ¿Es preciso, entonces, demandarlos a todos? ¿A quién se condena, si es que se condena a alguien?

El análisis jurisprudencial muestra cómo, en las ocasiones en que no se ha podido identificar de qué coto procedía el animal, los tribunales tienden a condenar al demandado, aunque sólo sea uno de los *posibles* sujetos que, legalmente, estaría llamado a responder⁸⁵. Esta postura jurisprudencial resulta, for-

⁸⁴ SAPH 22 abril 1998; parecidamente, Ss. APH 11 y 30 julio 1997, 10 noviembre 1997; la misma solución se mantiene, incluso, cuando el perito «no ha encontrado signos de asentamiento de camadas y de que los jabalíes aniden efectivamente en otro sitio», SAPH 8 septiembre 1998.

⁸⁵ En el Fundamento de Derecho primero de la SAP Huesca de 22 de abril de 1998, después de señalar que, «en el presente caso, es evidente que el jabalí podía proceder del coto que explota la sociedad de cazadores demandada, al igual que de cualesquiera otros próximos al lugar o de la reserva de caza de La Garcipollera» declara que, frente al perjudicado, procede declarar la responsabilidad de la demandada. Expresamente, se afirma que: «Los parámetros a que se suele aludir para determinar la exacta procedencia del animal, como puede ser la densidad de población,

malmente, de la aplicación de lo dispuesto en el art. 35.1.b) del Reglamento para la ejecución de la Ley de caza de 4 de abril de 1970, que establece: «En los casos en que no resulte posible precisar la procedencia de la caza respecto a uno determinado de los varios acotados que colinden con la finca, la responsabilidad por los daños originados en la misma por las piezas de caza, será exigible solidariamente de todos los titulares de acotados que fueren colindantes y subsidiariamente de los dueños de los terrenos».

La jurisprudencia, no sólo aplica el art. 35.1.b) del Reglamento sino que, en un paso más en el sentido de favorecer al máximo la posición del demandante, entiende que «el término *colindante* a que se refiere el citado precepto

extensión de los cotos, utilidad que reportan y riesgo ponderado que genera cada uno de ellos y demás circunstancias que pudieran valorarse de ser oídos todos los titulares afectados, *son contrarios al sistema de responsabilidad objetiva o por riesgo y solidaria a que hacemos referencia y, en definitiva, al derecho que tiene todo perjudicado de recibir la justa y total indemnización de cualesquiera de los que se benefician con la actividad cinegética*, por lo que sólo pueden tener eficacia dentro de la relación interna de los obligados solidarios, en el ejercicio de un eventual derecho de regreso, como dijimos en nuestras sentencias de 26 de noviembre de 1992 y 11 de julio de 1997. Siguiendo la terminología de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1983, nos encontramos ante unos daños causados por un desconocido —no ha quedado evidenciado con total seguridad de qué coto procedía la pieza—, pero que, pese a ser desconocido, pertenece sin lugar a dudas a un grupo determinado: los titulares a los cotos próximos del siniestro; supuesto de indeterminación del causante del daño en el que sin duda se impone la regla de la solidaridad». Tesis semejante había sostenido la misma Audiencia en S. de 14 de diciembre de 1992 (RGD n° 583, p. 4073) y, en decisiones posteriores, como la citada de 8 septiembre 1998.

Cuando se ha demandado a los titulares de los cotos próximos de donde podía proceder el animal (sociedad de cazadores y Diputación General, por tratarse de una reserva), se ha condenado solidariamente a los dos (SAPH 30 julio 1997).

Un repaso a la llamada jurisprudencia menor en este punto nos muestra un panorama variado. Frente a la doctrina transcrita de la Audiencia de Huesca, la SAP Cuenca de 29 de noviembre de 1986 (La Ley 1987 I, p. 6972) mantiene la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario entre todos los posibles responsables («existiendo al menos dos cotos, uno aquél en que están enclavadas las fincas y el otro próximo a éstas, habiendo en ambas caza susceptible de invadir tales parcelas, los actores debían haber traído a este juicio —como ya se expresó en la antes citada sentencia de 7 de octubre de 1986 de esta AP—, a los titulares o arrendatarios de aquél coto, por no ser el demandante libre de traer a juicio a quien le plazca»).

En otras ocasiones, se absuelve al demandado por entender que el art. 33 de la Ley de caza le impone la carga de la prueba de que el animal causante del daño procede realmente de la finca de la que el demandado tiene el aprovechamiento cinegético o la propiedad (por ejemplo, SAP Soria de 27 de enero de 1998, base de datos jurisprudencia La Ley).

Alguna decisión absuelve a los dos demandados, que incluían a los posibles responsables, los titulares de los cotos existentes en la margen derecha e izquierda de la carretera, rechazando la tesis del demandante de que ambos debían ser condenados solidariamente, por entender que no existe ninguna norma legal que imponga tal solidaridad: SAP de Cáceres de 28 de julio de 1997, base de datos jurisprudencia La Ley).

La Audiencia de Lugo, en varias ocasiones (sentencias de 28 de diciembre de 1998 y de 14 de enero de 1999 —base de datos jurisprudencia La Ley— y de 27 de enero de 1999 —Aranzadi Civil 1999, I, 61—) ha absuelto al titular del coto demandado, por no quedar probado el lugar de donde procedían el corzo o el jabalí que provocaron el accidente, pero, en cambio, ha condenado a la Consejería de Agricultura, Ganadería y Montes de Galicia por su competencia sobre el control de la caza.

debe interpretarse en sentido amplio y equipararlo a proximidad, pues en otro caso quedarían excluidos de responsabilidad los titulares de acotados cercanos al lugar del siniestro, y no sólo colindantes, del que pueda proceder la pieza de caza, lo que en modo alguno es admisible dentro del sistema de responsabilidad objetiva que consagra la Ley de Caza»⁸⁶.

Ahora bien, es cuando menos discutible no sólo la justicia de la solución alcanzada en el Reglamento sino, sobre todo, su legalidad. En efecto, podría defenderse que se trata de una norma reglamentaria, que establece una regla de responsabilidad no prevista en la ley⁸⁷. En ésta, se imputa la responsabilidad al titular del aprovechamiento de donde proceda el animal, mientras que en el art. 35.1.b) del Reglamento parece imputarse la responsabilidad a quienes sean titulares de los aprovechamientos colindantes al lugar de producción del daño, aunque no quede acreditada la procedencia del animal. Esta regla de responsabilidad, que puede ser establecida por el legislador —como, para otro supuesto distinto, consagra el art. 33.5 de la Ley estatal de caza⁸⁸— no podría en cambio introducirse en el Reglamento. Desde este punto de vista, el juez debería inaplicar la norma reglamentaria, y absolver al demandado.

En primer lugar, en los casos de coautoría no existe, con carácter general dudas acerca de la responsabilidad solidaria de todos los posibles causantes del daño. Fuera de los casos de coautoría, tampoco se plantean problemas, al margen de la valoración que pueda hacerse, en los supuestos en que el legislador establece una presunción de causalidad sobre los posibles autores de un daño, equiparándolos a los coautores y estableciendo a su cargo una responsabilidad solidaria⁸⁹. Cuando no haya previsión legislativa que establezca la responsabi-

⁸⁶ Vid. SAPH 22 abril 1998; en sentido parecido, con anterioridad, entre otras, SAPH 14 diciembre 1992.

⁸⁷ Conviene advertir, sin embargo, que algún sector de la doctrina que se ocupado de esta regla, se limita a celebrar la solución reglamentaria desde el punto de vista de la justicia del caso y de la protección del dañado (así, A. SÁNCHEZ GASCÓN, *El derecho de caza en España*, cit., p. 268; parecidamente, I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, tras señalar que es discutible que una norma reglamentaria establezca una excepción al principio de mancomunidad previsto en el art. 1138 CC, *Responsabilidad civil*, cit., p. 215). Un planteamiento más crítico, pero desde el punto de vista de la carga de la prueba, puede verse en F. PANTALEÓN PRIETO, para quien «se trata de un precepto puramente reglamentario, sin apoyo alguno en la Ley de Caza, y que no puede prevalecer frente a lo dispuesto en el art. 1214 del Código civil» (en CCJC, nº 2, *Comentario a la Sentencia de 8 de febrero de 1983*, p. 417).

⁸⁸ La segunda parte del art. 33.5 de la Ley de caza de 4 de abril de 1970 establece: «En la caza con armas, si no consta el autor del daño causado a las personas, responderán todos los miembros de la partida de caza».

⁸⁹ Conforme al § 830.1 BGB: «Si varias personas, por un acto ilícito cometido en común, han causado un daño, cada uno es responsable del daño. Lo mismo se aplica si no puede descubrirse quién, entre varios partícipes, ha causado el daño mediante su acción» (traducción de E. EIRANOVA ENCINAS, *Código civil alemán comentado*. BGB, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, 1998).

El art. 99, libro 9, del Código civil holandés, establece que: «Cuando el daño puede ser consecuencia de varios hechos, de cada uno de los cuales es responsable una persona diferente, y está demostrado que el daño resulta al menos de uno de esos hechos, la obligación de reparar recae sobre cada una de esas personas, a menos que pruebe que el daño es consecuencia de un hecho del que ella

dad solidaria de los posibles causantes de un daño, la aplicación de los presupuestos generales en materia de responsabilidad extracontractual requiere la prueba del nexo causal y, no siendo ello posible, el demandado debería ser absuelto.

Pero este planteamiento no es el único posible, y el supuesto es susceptible de una aproximación que tenga en cuenta otros datos. En particular, los daños causados por piezas de caza, cuando no pueda determinarse el fondo del que proceden, debe contemplarse desde la óptica del llamado «daño causado por miembro indeterminado (o anónimo) de un grupo». El Derecho español, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, no contiene una previsión general expresa para estos casos, pero se trata de un problema del que se ha ocupado parte de la doctrina⁹⁰. En particular, como consecuencia del análisis de la tendencia jurisprudencial a invertir la carga de la prueba en materia de la relación de causalidad en las hipótesis en que el daño ha sido causado por una de entre varias personas determinadas, pero no consta quién fue el verdadero causante del evento dañoso en cuestión. Desde este punto de vista —debe adelantarse la idea— en determinadas circunstancias, es posible alcanzar una solución semejante a la que resulta de la aplicación del art. 35.1.b) del Reglamento.

Como es sabido, está consolidada la doctrina jurisprudencial que establece que la responsabilidad extracontractual, cuando son varios los intervinientes en la producción del resultado dañoso, y no existen elementos conducentes a diferenciar la concreta responsabilidad de cada uno, es de carácter solidario,

no es responsable». La traducción es mía a partir del texto publicado en *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek Het Vermogensrecht (Zakenrecht, Verbintenissenrecht en Bijzondere Overeenkomsten)*, *New Netherlands Civil Code. Patrimonial Law, Nouveau Code Civil Néerlandais. Le Droit Patrimonial*, traducido por P.P.C. Haanappel - Ejan Mackaay, bajo los auspicios del Ministerio de Justicia de los Países Bajos y el *Quebec Centre of Private and Comparative Law*, Deventer/Boston, 1990.

En otros ordenamientos, doctrina y jurisprudencia tienden desde hace tiempo a relajar la prueba del nexo causal, y en determinadas circunstancias condenan a todos los posibles causantes del daño si no prueban que no fueron causantes del mismo: accidentes en cadena de vehículos, sin que se haya podido probar quién fue el conductor que inicialmente lo provocó, disparos de armas de fuego por una pluralidad de sujetos, sin que la víctima pueda probar quién fue el concreto autor del disparo que le hirió, daños por productos farmacéuticos elaborados de manera idéntica por distintos fabricantes (PROSSER AND KEETON, *On Torts*, 5ª ed., West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1984, p. 271; 1988, *Pocket Part*, p. 47). Para el Derecho francés, *vid.* G. VINEY, *La responsabilité: conditions*, en *Traité de Droit civil*, dir. J. GHESTIN, L.G.D.F., Paris, 1982, pp. 441 y ss.).

⁹⁰ Entre nosotros, el primero que se ocupó con algún detalle de este problema fue R. DE ANGEL YAGÜEZ, en un trabajo en el que estudiaba dos sentencias de Audiencias Territoriales que mantenían distintas posturas respecto de supuestos semejantes: daños causados a niño por otros que, en un caso, disparaban escopetas de aire comprimido —descartada la coautoría, se absuelve a todos los padres— y, en otro, tiraban piedras —se condena solidariamente a todos los padres, por entender que hay una culpa conjunta en una actuación en común— (*Indeterminación del causante de un daño extracontractual. Sentencias de la Audiencia Territorial de Burgos, de 4 de diciembre de 1980 y de Palma de Mallorca, de 24 de enero de 1981*, en RGLJ 1983, pp. 23 y ss.). Con posterioridad, F. PANTALEÓN PRIETO, en CCJC n° 2, *op. cit.* (más tarde, el mismo autor, en *Artículo 1902*, en *Comentario del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1984).

por lo que el perjudicado puede dirigir su acción contra cualquiera de ellos⁹¹. El Tribunal Supremo español mantiene insistentemente que la solidaridad surtida entre los sujetos a quienes pueda alcanzar la responsabilidad derivada de ilícito no determina una situación de litisconsorcio pasivo necesario. Por el contrario, entiende el Supremo que el perjudicado no tiene que demandar a todos los presuntos responsables del daño, siendo facultad suya el dirigirse contra todos o alguno de los partícipes en la producción del daño⁹².

⁹¹ Existe una abundante jurisprudencia que declara la solidaridad cuando hay concurrencia de causas, aunque no sea coautoría, y sin distribuir proporciones en la causación del daño: STS 7 enero 1992, R. 149 (responsabilidad solidaria de los padres del menor y el vendedor del arma), STS 21 noviembre 1995, R. 8896 (empresario y compañía eléctrica, por accidente laboral). Esa jurisprudencia suele vincular la condena solidaria a la imposibilidad de determinar el alcance concreto de cada una de las conductas implicadas (SSTS 26 diciembre 1988, R. 9817, 20 febrero 1989, R. 1215, 12 julio 1995, R. 5962). Conviene señalar, sin embargo, que últimamente hay una tendencia jurisprudencial a señalar cuotas de responsabilidad a los implicados (SSTS 18 diciembre 1995, R. 9147 —condena solidariamente a propietarios y conservador de ascensor, distribuyendo los porcentajes respectivos en un 20% y un 80%—, 25 junio 1996, R. 4853 —condena solidariamente a las demandadas, vendedora y fabricante de cuna defectuosa, distribuyendo en la relación interna la responsabilidad en los porcentajes respectivos del 20% y 80%).

Desde este punto de vista se explican aquellas sentencias en las que se ha entendido que, concretada la participación de responsabilidad de cada uno de los demandados, no procede la solidaridad. En palabras de la STS 19 julio 1996, R. 5802: «Es cierto que esta Sala ha establecido la solidaridad impropia por culpa extracontractual en beneficio del perjudicado, pero también insiste la jurisprudencia en que tal solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por ilícito culposo se produce cuando hay pluralidad de agentes y concurrencia causal única, sin que sea posible individualizarlos respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades (SS., entre otras muchas, de 13 septiembre 1985; 17 febrero y 8 mayo 1986 y 12 mayo 1988); mas como en el caso que nos ocupa no hay concurrencia causal única, sino acciones u omisiones causales concurrentes, y su relevancia en relación al resultado ha podido individualizarse por la Sala de instancia, el motivo ha de recaer» (y se confirma la condena a un 60% de la indemnización —solidariamente al conductor y al propietario del tractor— y a un 40% a la compañía eléctrica con cuyos cables entró en contacto la carga que se incendia).

⁹² Entre otras, SSTS 31 enero 1997 (R. 254), 19 diciembre 1995 (R. 9426). Ahora bien, en algunos supuestos en los que el demandante solicitaba la condena al demandado a reparar el daño sufrido el Tribunal Supremo, apartándose de la doctrina mantenida por él mismo, ha estimado la necesidad de litisconsorcio. La solución material del Tribunal Supremo resulta absolutamente correcta por lo que se refiere al fondo del asunto. No así por lo que se refiere a la argumentación, porque formalmente, la justificación jurídica que da el Supremo a estos casos no es convincente, pues hace referencia de manera incorrecta a aspectos tales como la posible eficacia de la cosa juzgada o el fundamento del litisconsorcio (sobre lo cual, por todos, J. CARRERAS DEL RINCÓN, *La solidaridad de las obligaciones desde una óptica procesal*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1990, especialmente, para la responsabilidad por daños, p. 137 a 139). Lo que sucede en estos casos es que, en realidad, si era posible determinar la persona responsable, y ésta no coincide con la demandada (STS de 26 de junio de 1971, R. 7242); o si se considera posible por el Tribunal probar la causa de los daños (STS de 16 de mayo de 1983, R. 2824); o si se considera posible por el Tribunal la individualización de la causante del daño (STS de 26 de junio de 1989, R. 4785), y entonces se exige la presencia en el proceso de todos los posibles causantes del daño para que puedan esclarecerse las responsabilidades. En realidad, en estas decisiones el Tribunal no considera suficientemente acreditado que el demandado sea el causante del daño, sino que lo es otro sujeto que no está en el proceso. El resultado: el Tribunal Supremo español estima la existencia de litisconsorcio pasivo necesario y, al considerar mal constituida la litis dicta una sentencia absolutoria en la instancia, y no una sentencia absolutoria de fondo. Conviene apuntar que la Lec. de 7 de enero de 2000, para evitar esta situación, permite al demandado integrar la litis, presentando en la audiencia un escrito dirigiendo la demanda contra los sujetos que el demandado considerase que habían de ser sus litisconsortes (art. 420).

Esta doctrina se refiere, por tanto, al daño causado por una pluralidad de partícipes: es decir, daño causado por varios autores. Sin que pueda determinarse la contribución de cada uno de ellos al resultado dañoso, esto es, la parte del daño que a cada uno le es atribuible, pero resultando probada su confluencia a la producción del daño.

Esta hipótesis no es idéntica a la que aquí nos ocupa: el daño causado *por uno solo* de los miembros de un grupo de varias personas, sin que pueda probarse la identidad del verdadero, del auténtico dañante porque todos ellos realizaban la misma actividad: fue una sola bala de un solo cazador de los que participaban en la partida de caza la que hirió a la víctima; fue una única piedra, arrojada por un único niño dentro del grupo que jugaba la que produjo lesiones en un ojo de otro niño; fue un único jabalí, procedente de un solo aprovechamiento cinegético de entre los que circundan la carretera el que irrumpió en la carretera y provocó el accidente... ¿Qué solución es la que ofrece nuestro ordenamiento a estos problemas?

Como he señalado antes, para un caso concreto —para la caza con armas— el art. 33.5 de la Ley de caza imputa la responsabilidad a todos los miembros de la partida si no consta el autor del daño causado a las personas. En mi opinión, la regla del art. 33.5, ante la imposibilidad de probar quién es el autor material del daño, se basa en una presunción de causalidad a cargo de todos los miembros del grupo, es decir, de las personas que forman parte de la partida de caza⁹³. Por eso, no procede la aplicación del precepto cuando queda acreditado quién fue el autor del disparo que causó el daño (STS. de 28 de junio de 1996⁹⁴).

Es cierto que, por aplicación de las reglas generales, debe entenderse que la prueba de la relación de causalidad incumbe a la víctima demandante. Pero son de sobras conocidas tanto la doctrina jurisprudencial que admite una inversión de la carga de la prueba en supuestos en los que a la víctima le puede resultar especialmente difícil acreditar el nexo causal⁹⁵ como la admisión de

⁹³ De hecho, a la misma solución que establece el art. 33 de la Ley de caza llegaba la jurisprudencia francesa hasta que se creó un fondo de garantía para las indemnizaciones de los accidentes de caza provocados por un autor desconocido (G. VINEY, *La responsabilité: conditions*, p. 447).

⁹⁴ Como bien dice la STS de 28 de junio de 1996 (R. 4906) el precepto que atribuye la responsabilidad a los miembros de la partida de caza posee carácter subsidiario, y de esta forma rechaza la tesis de los actores de que bastaba con ser miembro de la partida de caza para responder del daño.

⁹⁵ En particular, es lo que sucede en las SSTS de 23 junio 1993 (R. 5380) y 8 febrero 1995 (R. 1630), sobre explosión de botellas de bebidas gaseosas y la responsabilidad de fabricantes y distribuidores. En el ámbito de la responsabilidad médica ha sido reiterado el pronunciamiento del TS en el sentido de que: «la prueba de la culpa y de la relación causal entre ella y el resultado corresponde al paciente, no estando admitida en estos casos la inversión de la carga de la prueba» (STS 23 septiembre 1996, R. 6720; de forma parecida, entre otras, SSTS 8 abril 1996, R. 2882, 15 octubre 1996, R. 7112, sobre prueba de la ausencia del consentimiento, STS 12 julio 1994, R. 6730). Pero en alguna ocasión, la jurisprudencia ha matizado esta doctrina en función del resultado producido. Así, la STS 2 diciembre 1996 (R. 8938) hace suya la declaración de la Audiencia de que es desplazable la carga de la prueba «hacia la parte que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios

la prueba causal mediante presunciones⁹⁶. Desde este punto de vista, y aun en ausencia de norma legal que expresamente lo establezca, entiendo que no debiera existir inconveniente en admitir la presunción del nexo causal en los casos en que resulte imposible la identificación del autor del daño. Por ello, siempre que el perjudicado pruebe que concurren todos los presupuestos de responsabilidad para imputar la responsabilidad a un miembro ideal del grupo⁹⁷. Será cada uno de ellos quien, para liberarse de la responsabilidad, deba probar que el daño no le es imputable.

Este planteamiento me parece correcto, tanto en el caso de que los miembros del grupo realicen una actividad concertada (participar en una partida de caza, tirar piedras), como si cada uno de ellos pertenece al grupo de sujetos a los que la ley imputa la responsabilidad con base en el riesgo creado por la actividad que ejercen o por el beneficio que obtienen en su actividad (fue un solo jabalí, procedente de una sola finca, de entre las varias con aprovechamiento cinegético, el que irrumpió en la calzada y provocó el accidente). Si el perjudicado prueba que el daño sólo puede proceder de alguno de los miembros de un grupo, no hay razón para que deba soportar un daño que, de haber un sólo sujeto, un único titular de un aprovechamiento cinegético, y no un grupo, no soportaría. Pero, en mi opinión, este planteamiento requiere, necesariamente, que todos los miembros del grupo hayan sido demandados: porque la presunción de la relación de causalidad es, precisamente, respecto de todos los miembros del grupo. La jurisprudencia, sin embargo, no lo ha entendido así.

de prueba». Parecidamente, con posterioridad, las SSTS 1 julio 1997 (R. 5471), amputación de perna por infección tras intervención quirúrgica, 28 julio 1997 (R. 5954), sección de uréter durante la extirpación de un carcinoma de cuello. En materia de accidentes laborales, la STS 22 enero 1996 (R. 248), sobre accidente en una mina «*sin saberse exactamente como se produjo*», declara que correspondía al titular de la explotación la inversión de la carga de la prueba, esto es, que la producción del accidente se hubiera producido por fuerza mayor, caso fortuito o culpa de la víctima Cfr. ahora con el art. 217.6 de la nueva lec.

⁹⁶ La STS 28 febrero 1975 (R. 824), en un supuesto de presumible propagación a un monte del incendio de malezas en una finca del demandado; en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos, la STS 25 marzo 1991 (R. 2443) presume que «algún defecto habría de tener» el cohete que explota en el tubo lanzador causando lesiones a quien lo lanza y declara la responsabilidad del fabricante; en el ámbito de la responsabilidad médica, las SSTS 12 febrero 1990 (R. 677), presume que existió en el acto operatorio algún descuido, porque no tenía por qué incidir en el nervio facial, y no se acredita la existencia de alguna causa externa o reacción orgánica del paciente susceptible de producir el daño y 18 febrero 1997 (R. 1240), sobre contagio vírico por transfusión sanguínea a persona que, sin pertenecer a ninguno de los grupos de riesgo de los portadores del virus, fue tratada, con ocasión de una intervención médica, con un anticoagulante, en un momento en que no se realizaban las oportunas pruebas para detectar el virus (parecidamente, en un caso de transfusión sanguínea, STS 11 febrero 1998, R. 707).

⁹⁷ Desde otro punto de vista, PANTALEÓN admite la aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 33.5 de la Ley de caza a aquellos supuestos de actividades cubiertas por un seguro obligatorio, puesto que esto es lo que sucede para los daños a las personas con las armas de caza (art. 52 de la Ley de caza). A juicio de este autor, la solución «tiene muy buen sentido desde el punto de vista de la justicia material. Como en estos casos quien paga es la aseguradora, es muy sensato alterar en beneficio del dañado la carga de la prueba del nexo causal» (CCJC, n.º 2, *Comentario a la Sentencia de 8 de febrero de 1983*, p. 416).

En algunos de los casos planteados en materia de responsabilidad por daño causado por miembro indeterminado de un grupo la Sala Primera del Tribunal Supremo ha estimado la responsabilidad solidaria de todos los miembros del grupo porque ninguno de ellos pudo acreditar que él no lo causó. Pero se da la circunstancia de que habían sido demandados todos los miembros del grupo (SSTS de 8 de febrero de 1983⁹⁸, de 13 de septiembre de 1985⁹⁹ y de 8 de julio de 1988¹⁰⁰). Se rechaza, en cambio, que proceda la condena solidaria de todos los miembros del grupo cuando queda perfectamente identificado el sujeto responsable (SSTS de 28 de abril de 1983, el propietario de la res vacuna que provocó el accidente¹⁰¹ y de 7 de mayo de 1983, el titular del coto de donde proceden las piezas de caza causantes de los daños¹⁰²).

⁹⁸ En la STS 8 de febrero de 1983 se afirma: «La circunstancia de que no se haya probado cuál de los menores hijos de los recurrentes fue el causante material de la lesión padecida por Eduardo no obsta a la responsabilidad de los demandados, ya que el CC, arts. 1910, 1564, 1783 y 1784 y la ley de caza de 4 de abril de 1970 (art. 33.5) contemplan supuestos en que se declara la responsabilidad de ciertas personas por los daños causados por otras desconocidas pero pertenecientes a grupos determinados (la familia que convive con el responsable, los miembros de la partida de caza, etc.), consecuencia, como pone de relieve la doctrina científica, de matiz objetivista que rechaza por inequitativo exonerar de responsabilidad por esos daños, acudiendo a la fuerza mayor, que dejaría sin indemnización a las víctimas, con lo que, además, *se orillan las dificultades de prueba atribuyendo las responsabilidades al grupo a que pertenece el desconocido autor de la infracción dañosa, y a su vez se fundamenta la solidaridad de los responsables personalizando la responsabilidad en todos y cada uno de los miembros del grupo* a través de sus representantes, en el caso contemplado, los padres de los menores causantes de los daños».

⁹⁹ La STS de 13 de septiembre de 1985 (R. 514) confirma la condena solidaria a los padres de dos menores que disparaban perdigones con una carabina por las lesiones causadas a otro menor, «sin que conste acreditado cuál de aquéllos en concreto lanzó el proyectil causante del daño corporal, si bien ambos tuvieron una coparticipación directa, pues alternativamente uno la cargaba y otro disparaba».

¹⁰⁰ La STS de 8 de julio de 1988 (R. 5681) considera que no vulnera ni el art. 1253 ni el art. 1214 CC (*cf.* ahora arts. 217 y 386 Lcc. de 7 de enero de 2000) la sentencia que condena solidariamente a todos los miembros de una partida de caza por las lesiones causadas a un menor que se encontraba jugando en las proximidades: «la solidaridad, cuando no se demuestre o no se den los suficientes elementos conducentes a diferenciar la concreta responsabilidad de cada uno de los agentes integradores de la pluralidad de sujetos de donde provenga el daño por la actividad común o concurrente a su acaecimiento».

¹⁰¹ «Verra la sentencia recurrida al declarar e imponer una responsabilidad solidaria a los dueños de todas las reses una vez que el rebaño ya desapareció, pues ya era posible diferenciar, tal y como hizo el Juez de Primera Instancia, la res que causó la caída y muerte del causahabiente de los actores, concretada en la perteneciente a don I., y con ello la innecesariedad de aplicar la pragmática doctrina de la solidaridad llamada impropia en los casos de responsabilidad extracontractual por existencia de varios sujetos pasivos con participación y responsabilidad no determinables» (STS. 28 de abril de 1983, R. 2195).

¹⁰² La solidaridad de todos los colindantes presupone que no se puede conocer la procedencia de la caza. Por ello, probados que los daños han sido causados por conejos procedentes de la finca X, que forma parte del coto del que es titular el demandado, «es obvio que en modo alguno puede hacerse recaer sobre cualquier otro titular de aprovechamiento cinegético la responsabilidad de indemnizar unos daños que, por haber sido ocasionados por la caza procedente de la finca del demandado sólo a él incumben» (STS 17 mayo 1983, R. 2843).

Mención especial debe hacerse de la STS de 7 de enero de 1978¹⁰³, relativa a los daños en las plantaciones de almendros de una finca y causados por las piezas de caza procedentes de fincas vecinas. La demanda se dirige contra los titulares de dos de los cotos colindantes —y alguno de los propietarios de las fincas que integran uno de los cotos—. Pero la finca que ha sufrido los daños está enclavada en una zona en la que hay otros cotos. En primera instancia se condena a los titulares de los cotos demandados a indemnizar a la demandante los daños probados, en proporción a las respectivas superficies de los cotos de que son titulares. Apelada la sentencia, la Audiencia condena además a los propietarios de las fincas que integran uno de los cotos a pagar, en forma solidaria entre sí, y de forma subsidiaria respecto del titular del coto, la parte que a éste le corresponda. Se interpone recurso de casación por todos los demandados y, entre otros motivos, se denuncia: i) infracción por inaplicación de los arts. 6º de la Ley de caza y 35.1.b) de su Reglamento, por entender que, tal y como establece este último, la responsabilidad es exigible «solidariamente de todos los titulares de acotados que fueren colindantes y subsidiariamente de los dueños de los terrenos»; ii) infracción de la doctrina legal sobre litisconsorcio pasivo necesario, como consecuencia de no haber sido llamados a juicio todos los titulares de los cotos de los que podían proceder las reses. El Supremo declara no haber lugar al recurso de casación, y el primer considerando de la Sentencia afirma que:

«Regulada la responsabilidad por daños cinegéticos en el Título V de la Ley de Caza de 4 de abril de 1979 y del Reglamento para su ejecución de 25 de marzo de 1971, arts. 33 y 35 respectivamente, que declaran a los titulares de aprovechamientos cinegéticos responsables de los daños originados por las piezas de caza procedentes de terrenos acotados y subsidiariamente a los propietarios de los terrenos, y en el caso en que no resulte posible precisar la procedencia de la caza respecto a uno determinado de los varios acotados que colindan con la finca, la responsabilidad por los daños originados en la misma por las piezas de caza será exigible solidariamente de todos los titulares de acotados que fueren colindantes y subsidiariamente de los dueños de los terrenos, *solidaridad que lleva consigo que el acreedor pueda dirigirse contra cualquiera de ellos (art. 1144 del Código civil), y que como declara con acierto la sentencia recurrida, el hecho de dirigirse contra sólo dos de los propietarios de los terrenos acotados, no implica la falta de litisconsorcio denunciada en el motivo quinto del recurso, cuyos requisitos determina una abundantísima jurisprudencia, pues cada deudor solidario en la relación externa con el acreedor se repula única y exclusivamente obligado por la totalidad, sin perjuicio de que en la relación interna lo sea sólo de su parte*».

La tesis sostenida en esta sentencia puede conducir a resultados injustos, puesto que el perjudicado puede dirigirse contra uno sólo de los titulares de los cotos, y obtener la reparación íntegra del daño cuando no ha quedado probado que el animal procediera de su coto. Desde luego que, dirigida la demanda contra uno sólo de ellos, la sentencia de condena que se obtenga no puede

¹⁰³ R. 9.

tener efecto directo frente a los no demandados: éstos no pueden ser condenados sin ser parte, ni puede ejecutarse la sentencia en su patrimonio (*vid.* ahora, art. 542 Lec. de 7 de enero de 2000).

Puesto que no existe un título previo en el que conste la solidaridad (la previsión reglamentaria, por lo expuesto más arriba, no puede serlo), el problema requiere, desde la teoría de la responsabilidad por daños, otro enfoque. El punto de partida debe ser la prueba de que el daño sólo puede ser imputable a todos los demandados. Aunque no se trate de una acción concertada, entre los miembros del grupo de cotos colindantes existe una conexión, una vinculación: todos realizan la actividad a la que la ley permite imputar la responsabilidad por el riesgo creado. Me parece decisiva la siguiente reflexión: si en lugar de existir varios cotos de caza colindantes con la carretera, existiera uno sólo, la víctima del daño, con arreglo a los criterios legales, sería indemnizada. No hay razón para que no lo sea por el simple hecho de que sean varios los cotos existentes, siempre que no quepa duda de que el animal procede, necesariamente, de alguno de ellos.

Técnicamente, esta solución puede apoyarse en una inversión de la prueba del nexo causal: puede presumirse, en esas circunstancias, que todos los titulares de los cotos deben responder. Ahora bien, puesto que, en realidad, en estos supuestos, no ha quedado acreditada la identidad del dañante, la única razón que puede justificar jurídicamente la condena de todos los posibles responsables (y por tanto, posibles no responsables) es la presunción de que cada uno de ellos puede serlo. Para mantener esta presunción en términos razonables, me parece imprescindible que todos ellos sean llevados al proceso. Sin embargo, insisto, no es éste el planteamiento seguido ni por el TS en su sentencia de 7 de enero de 1978 ni por la jurisprudencia citada de la Audiencia de Huesca¹⁰¹.

En todo caso, por lo demás, la jurisprudencia suele dejar a salvo la posibilidad del único demandado condenado de repetir, lo que corresponda, contra los demás eventuales responsables (así, Ss. APH 14 diciembre 1992, 11 julio 1997, 22 abril 1998). Pero, a su vez, está erizado de dificultades el problema de precisar, cuando haya varios aprovechamientos, contra quién puede repetir, con qué fundamento, y qué puede obtener de cada uno de ellos.

¹⁰¹ Ahora bien, hay una diferencia fundamental entre el hecho dañoso a que se refieren una y otras y que hace que, a mi juicio, en estas últimas el resultado alcanzado sea menos acertado. En efecto, la STS de 7 de enero de 1978 contempla el supuesto de daños en las plantaciones de una finca y causados por las piezas de caza procedentes de fincas vecinas: no por un concreto animal, sino por un número indeterminado de piezas de caza. En tal caso, me parece, plantea menos problema presumir que los animales procedían de todas las fincas y, en consecuencia, siendo todos los titulares de los cotos colindantes potenciales causantes de todo el daño, puede tener buen sentido negar que los titulares demandados puedan liberarse de responsabilidad argumentando que también hay otros que han podido causar el daño. Distinto es el supuesto del accidente de tráfico provocado por un animal que irrumpe en la carretera. Porque entonces se trata de un único animal, y cada uno de los titulares de los cotos es sólo potencialmente responsable.

Sobre este aspecto no conozco jurisprudencia. La citada STS de 7 de enero de 1978 apuntaba que, en la relación interna entre los deudores solidarios (cuando, en realidad, la sentencia que condena al único demandado no es un título que determine la solidaridad de ningún otro sujeto no demandado), podrían tenerse en cuenta datos objetivos, tales como la proporción de la superficie de los respectivos aprovechamientos, o la riqueza cinegética de cada uno de ellos. Este razonamiento guarda semejanza con la doctrina que, para otro supuesto, ha mantenido la jurisprudencia de otros países. En particular, me refiero a la doctrina *market share liability*, adoptada en la jurisprudencia norteamericana por primera vez en el caso *Sindell v. Abbot Labs.*¹⁰⁵, en un caso en que los demandantes no podían identificar al fabricante del concreto medicamento que les provocó el daño por darse la circunstancia de que distintos laboratorios habían elaborado y comercializado el mismo producto. Cada uno de los demandados, que representaban una cuota sustancial del mercado del producto en cuestión, fue condenado a indemnizar a la víctima demandante en proporción a la cuota de mercado que ocupaba en la comercialización del producto¹⁰⁶.

La jurisprudencia relativa a caza que aquí se comenta, incluso, da un paso más. Frente a la víctima, cada uno de los posibles responsables lo es en su integridad, y aunque sólo uno de ellos haya sido demandado¹⁰⁷. Fuera de una previsión legal que así lo establezca, las consecuencias parecen excesivas. En última instancia, se está formulando un principio de responsabilidad por la titularidad de un aprovechamiento de caza, sin que sea preciso probar la procedencia del animal, esto es, la relación de causalidad entre la titularidad y el daño provocado por el animal.

Finalmente, puede ser interesante apuntar que alguna ley autonómica se ha ocupado expresamente del problema, introduciendo un régimen distinto del previsto en el Reglamento estatal. Se trata de lo dispuesto en el último párrafo del art. 13 de la Ley 9/1998, de 2 de julio, de caza de La Rioja, sobre «daños pro-

¹⁰⁵ *Supreme Court of California*, 607 P.2d 924 (1980).

¹⁰⁶ *Vid. PROSSER AND KEETON, loc. cit.*

¹⁰⁷ El Tribunal Supremo holandés, en sentencia de 9 de octubre de 1992 considera aplicable el art. 99, libro 9, del Código civil holandés (*vid. nota 89*) en el caso de que la víctima no pueda identificar al laboratorio que fabricó y comercializó el producto que le causó el daño por tratarse de un tratamiento prolongado con un medicamento elaborado de forma idéntica por distintos fabricantes. Con la importante consecuencia de que no existe litisconsorcio pasivo necesario y, se afirma, basta con que la demanda se dirija contra uno solo de esas personas, que deberá pagar íntegramente la indemnización. El Tribunal, incluso, critica, por insuficiente, la doctrina norteamericana de la *market share liability*.

En cambio, como los laboratorios farmacéuticos no actuaban como un grupo, puesto que cada uno fabricaba y distribuía su producto de forma independiente, no se considera aplicable el art. 166, libro 6, conforme al cual: «Si una persona que forma parte de un grupo causa ilícitamente un daño, y si el riesgo de causar tal daño de esta manera hubiera debido hacer prever a los miembros del grupo la necesidad de adoptar una conducta colectiva determinada, todos ellos *son solidariamente responsables* si dicha conducta les es imputable. Entre ellos contribuyen a la reparación del daño por partes iguales, a no ser que teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la equidad exija un reparto diferente».

ducidos por las piezas de la caza»: «Cuando no se pueda precisar la procedencia de las piezas de caza respecto a uno de los varios terrenos cinegéticos de los que pudieran proceder, la responsabilidad por los daños originados en ella por las piezas de caza será exigible *mancomunadamente* a los titulares de todos ellos».

Se trata de una norma con rango de ley. Pero, como he apuntado más arriba, es más que dudosa la competencia de la Comunidad Autónoma para, al amparo de su competencia sobre ordenación de la caza, establecer reglas de responsabilidad civil con eficacia *inter privados*. Sin embargo, y mientras no sea declarada su inconstitucionalidad por el Tribunal Constitucional, los tribunales deben aplicarla, salvo que planteen una cuestión de inconstitucionalidad.

Por lo demás, el precepto suscita a su vez problemas de interpretación, por más que la mancomunidad pueda considerarse preferible a la solidaridad en estos casos: así, por ejemplo, los titulares de los cotos, ¿deben responder a partes iguales del daño producido, *arg.* 1138 CC, o en proporción a datos tales como la superficie del coto, o la abundancia de la caza...?; o, demandado uno sólo de los titulares, y en relación a posteriores reclamaciones, ¿la determinación de los daños indemnizables vincula a los demás titulares que no han sido parte en ese proceso?

b') Daños causados por especies no cazables en el terreno de donde proceden.

En alguna de las sentencias de la Audiencia de Huesca que se han ido mencionando a lo largo de este trabajo, se hace referencia, como ya he advertido, a la pertenencia del animal que causa el daño al tipo de explotación cinegética de la zona como fundamento de la imputación de la responsabilidad al titular de un aprovechamiento cinegético (así, SAPH 22 abril 1998). En el caso concreto decidido por la sentencia no se trataba de daños causados por especie no cazable en el coto de donde procede, pero cabe deducir que, en tal caso, el titular del aprovechamiento debería ser absuelto, puesto que falla el presupuesto que justifica su responsabilidad. En última instancia, porque la *ratio legis* de la responsabilidad del titular del aprovechamiento es el beneficio que obtiene con la actividad de la caza sobre las piezas de caza del propio coto.

El problema que se plantea, por tanto, es el de determinar quién debe soportar los daños provocados por especies cinegéticas, pero no cazables en el terreno de donde proceden. Así, por ejemplo, cuando el coto es de caza menor, pero el animal que provoca el daño es de caza mayor. Se trata de una cuestión controvertida, sobre la que la doctrina y la jurisprudencia no mantienen una postura uniforme.

La SAPH 7 febrero 1994¹⁰⁸ entendió que no se daba el requisito de la «procedencia» del jabalí que irrumpe en la calzada en las inmediaciones de un coto destinado a la caza menor, «aunque los jabalíes, incidentalmente o de paso,

¹⁰⁸ Aranzadi Civil 1994, I, 225.

estuvieran al producirse el accidente o inmediatamente antes en el acotado del demandado». Hay otras decisiones jurisprudenciales de distintas Audiencias que, en el mismo sentido, entienden que al titular de un aprovechamiento sólo le es imputable la responsabilidad por las piezas de caza del mismo, es decir, por las piezas susceptibles de aprovechamiento venatorio en ese coto. La procedencia del animal, entonces, es entendida como pertenencia al coto, sin que baste una mera presencia, entendida como coyuntural, accidental o de mero paso, lo que sucede, según esta jurisprudencia, cuando el animal no es objeto de la actividad cinegética del coto¹⁰⁹.

Partiendo de la irresponsabilidad del titular del coto en estos casos, y con la aspiración de dotar a la víctima de la máxima protección, se ha defendido la responsabilidad de la Administración Pública, a quien compete la adopción de medidas de control de estos animales, por los daños causados por el funcionamiento, normal o anormal, de un servicio público¹¹⁰.

No puede desconocerse, sin embargo, la existencia de una tendencia jurisprudencial y legislativa contraria a lo hasta aquí expuesto. Así, y de forma expresa, el art. 12.1.a) de la Ley 4/1996, de 12 de julio, de caza, de Castilla y León, a quien ostente la titularidad cinegética de un terreno cinegético le imputa la responsabilidad por los daños producidos por las piezas de caza, *perteneczan o no a una especie incluida en el correspondiente plan de aprovechamiento cinegético*.

En aplicación de esta norma, se entiende que es bastante para que quede establecida la obligación de indemnizar que el animal causante del accidente

¹⁰⁹ Entre otras, SAP Burgos 29 abril 1993, Aranzadi Civil 1993, 555; SAP Pontevedra 21 julio 1994, Aranzadi Civil 1994, 1189; SAP Navarra 6 septiembre 1994, Aranzadi Civil 1994, 1395; SAP Valladolid 15 noviembre 1994, Aranzadi Civil 1994, 2035; SAP Navarra 6 febrero 1997, Revista Jurídica de Navarra, 24, 1997, 463; SAP Palencia 12 febrero 1998, bases de datos La Ley-Actualidad; SAP Orense 30 marzo 1999, Aranzadi Civil 1999, 852.

¹¹⁰ En la doctrina, *vid.* I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, p. 221.

En la jurisprudencia menor, en este sentido, SAP Soria 22 marzo 1994 (Actualidad Civil 1994, 4, 1801). La SAP Lugo 16 enero 1998 (base de datos La Ley-Actualidad) afirma que, «en tales supuestos, en la propia Administración quien, en el ejercicio de la representación legítima de la comunidad social determina y limita el uso que se puede hacer de las especies animales al objeto de con ello poder regular y garantizar tanto su reproducción —y consiguiente número de ejemplares— como su supervivencia; y esa potestad y control que la Comunidad Autónoma tiene sobre los actos del hombre que pueden afectar a tales especies, tiene como contrapartida la asunción de responsabilidad por los daños que esos animales protegidos puedan producir a terceras personas». En el caso, se absuelve al titular del coto y se condena a la Administración. En la misma línea se sitúa la SAP Soria 9 diciembre 1997 (bases de datos La Ley-Actualidad), sobre responsabilidad de la Administración en caso de daño provocado por un animal que procede de un coto que, en el momento del accidente carecía de titular. Si bien en el caso no fue demandado el propietario del terreno, la sentencia descarta que deba entrar en juego la responsabilidad subsidiaria del propietario. La responsabilidad de la Administración, en este caso, por la decisión de no renovar o adjudicar los aprovechamientos cinegéticos, se basa en los arts. 1902 y 1905 CC.

Algunas Audiencias niegan, en cambio, que deba responder la Administración en estos supuestos (Ss. AP Pontevedra 21 julio 1994, Aranzadi Civil 1994, 1190; la SAP Toledo 24 julio 1996, Aranzadi Civil 1994, 1529, afirma, para excluir la responsabilidad de la Administración, que su función de proteger, conservar, fomentar y aprovechar ordenadamente los recursos cinegéticos atribuida legalmente no puede asimilarse al control y vigilancia de los animales).

sea cazable: SAP Salamanca 11 junio 1998, SAP Palencia 28 junio 1999¹¹¹, SAP Soria 2 marzo 1999¹¹², SAP Segovia 28 mayo 1999¹¹³. La misma solución había adoptado con anterioridad la AP León en sentencias de 13 mayo y 2 julio 1997¹¹⁴, en supuestos ocurridos antes de la entrada en vigor de la ley autonómica y, entonces, por aplicación del art. 33 de la Ley de caza. También por aplicación de este precepto, la SAP Zaragoza 25 enero 1999¹¹⁵ consideró que la titular de un coto de caza menor debía responder de los daños ocasionados por unos jabalíes que irrumpieron en la calzada. Aplicando la ley autonómica de caza de Castilla y León, la SAP Soria 9 febrero 1998¹¹⁶ considera que la responsabilidad no es imputable a la Administración —en el caso, la única demandada— cuando se trata de daños causados por un ciervo que procedía de un coto de caza menor. En esta sentencia se rechaza expresamente que la actuación administrativa de aprobación del aprovechamiento sea causa que justifique la responsabilidad patrimonial de la Administración.

En el caso de Aragón debe destacarse que, si bien el art. 72 de la Ley de caza no se ocupa expresamente de este problema, sí lo hace el art. 39 del Reglamento de la ley, cuyo apartado 2 establece: *«Serán indemnizados por los titulares de los cotos comerciales y deportivos de caza los daños de cualquier tipo, incluidos los producidos en los cultivos, producidos por las especies cinegéticas procedentes de sus respectivos cotos, con independencia de la consideración del coto como de caza mayor o menor»*.

Muy posiblemente, sin embargo, la previsión del reglamento es ilegal. Si se admite que, por aplicación de las reglas aplicables en el ámbito de la responsabilidad civil por los daños ocasionados por las piezas de caza, el titular de un aprovechamiento sólo responde cuando se trate de un animal que pueda ser realmente objeto de caza en ese terreno, el reglamento no puede ampliar su responsabilidad a supuestos no previstos en la ley o deducibles de ella. Pero es que, además, el reglamento aragonés innova sobre una materia regulada en una ley estatal y sobre la que, muy posiblemente, la Comunidad Autónoma carece de competencia. En conclusión, los jueces deberían inaplicar esta regla reglamentaria.

Por otra parte, si se entiende, como parece que hay buenos argumentos¹¹⁷, que la responsabilidad de la Administración en estos supuestos es reconduci-

¹¹¹ Base de datos La Ley-Actualidad.

¹¹² Aranzadi Civil 1999, 719.

¹¹³ Aranzadi Civil 1999, 1420.

¹¹⁴ Base de datos La Ley-Actualidad.

¹¹⁵ Base de datos La Ley-Actualidad.

¹¹⁶ Base de datos La Ley-Actualidad.

¹¹⁷ De forma bien argumentada, esta es la postura del Consejo Consultivo de La Rioja en su Dictamen 19/98 de 29 de septiembre de 1998 (ponente don Pedro DE PABLO CONTRERAS): «Los daños causados por esa concreta especie cuya caza se declare prohibida deben ser imputables a la Administración como autora de la medida protectora de conservación de dicha especie, si fuera

ble a la cláusula general de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento de los servicios públicos, la Comunidad Autónoma no está facultada para excluir, ni siquiera por ley autonómica, esa responsabilidad.

c') A modo de conclusiones: la procedencia de la caza y criterios de imputación de la responsabilidad

Aun cuando imputan la responsabilidad a sujetos distintos, tanto la regla de responsabilidad prevista en el art. 1906 CC como las contenidas en las Leyes de caza (estatal o autonómicas) se adaptan, sobre todo, a los daños que la caza produce en las fincas colindantes, fundamentalmente a la agricultura. La literalidad del art. 1906 CC así lo evidenciaba («El propietario de una heredad de caza responderá del daño causado por ésta en las fincas vecinas, cuando no haya hecho lo necesario para impedir su multiplicación o cuando haya dificultado la acción de los dueños de dichas fincas para perseguirla»). La responsabilidad al propietario de la heredad de caza se imputaba, precisamente, en la medida en que, conforme a la legislación de caza entonces vigente, estaba en sus manos controlar la multiplicación de los animales. La imputación de la responsabilidad a quien se beneficia de la caza (al titular del aprovechamiento y, subsidiariamente, al propietario) contenida en las leyes de caza resulta una regla más coherente con la ordenación de la caza y es, al mismo tiempo, manifestación del principio, comúnmente admitido, *ubi emolumentum, ibi onus*.

Pero el mantenimiento de estos criterios de imputación de la responsabilidad produce algunas disfunciones cuando el daño no lo produce la riqueza cinegética de una zona (los conejos, los ciervos, los jabalíes que destrozan unas plantaciones o unas cosechas), sino un concreto animal. Esto es lo que sucede, señaladamente, cuando se trata de irrupción de animales de caza en las carreteras.

La dificultad de adaptar el criterio legal de imputación de la responsabilidad parece evidente cuando el animal que provoca el accidente no pertenece

una prohibición definitiva y absoluta. Cuestión distinta sería si fuese una medida provisional para permitir un aumento de piezas que posibilitara, dentro de los planes de aprovechamiento cinegético aprobados, la reanudación del ejercicio de la caza, en cuyo caso debieran responder de los daños causados por esas especies, los beneficiarios de esa medida, esto es, los titulares del aprovechamiento. En el caso concreto que es objeto de este dictamen, se trata, precisamente, de daños causados por un animal (jabalí) cuya caza no resultaba posible, de acuerdo con las medidas adoptadas por la propia Administración, en el terreno acotado del que, dado el lugar donde se produjo la colisión con el vehículo del reclamante, cabe inferir razonablemente que aquél procedía». Más adelante se afirma: «En estas condiciones, y por aplicación de lo dispuesto en los arts. 106.2 de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, debe responder la Comunidad Autónoma de los daños producidos, puesto que —de acuerdo con lo ya argumentado— éstos son imputables al funcionamiento normal o anormal de un servicio público a su cargo, al ser tales daños consecuencia de una específica medida administrativa que impide la caza del jabalí en el coto LO-10152, el que, sin duda alguna, procedía inmediatamente la pieza que causó el accidente; concurriendo, de otro lado, los demás requisitos exigidos por la ley, y por la doctrina y jurisprudencia que la interpreta y aplica, para que se reconozca la responsabilidad patrimonial de la Administración».

al tipo de aprovechamiento que tiene atribuido el coto. La disparidad de soluciones ofrecidas en la práctica por los distintos tribunales —e, incluso, por alguna Ley autonómica— para este supuesto no deja de producir desconcierto. Pero la insatisfacción del sistema legal resulta patente en los casos en que no es posible determinar el lugar de procedencia del animal. Aun cuando no existe unanimidad jurisprudencial en este punto, parece que nuestros tribunales —y así lo hace de manera uniforme la Audiencia de Huesca— no tienen inconveniente en declarar responsables solidarios a todos los *posibles* responsables (y, por tanto, *posibles* no responsables). E, incluso, a condenar al único demandado, aunque haya varios titulares de aprovechamientos de donde pudo proceder el animal.

En definitiva, quizás, lo que sucede es que son insatisfactorios los propios criterios legales de imputación de responsabilidad por daños causados por animales de la caza, y que su aplicación no resulta totalmente coherente ni con las reglas generales de responsabilidad por daños ni con la ordenación de la caza. Dada la movilidad de los animales, la pieza de caza irrumpe en un punto determinado de la carretera, pero podía haberlo hecho igualmente en un punto anterior o en un punto posterior, correspondiente a un aprovechamiento cinegético perteneciente a otro titular. La aplicación de la normativa conduce, necesariamente, a la imputación de la responsabilidad al titular del coto correspondiente al punto en que aparece. Pero en última instancia, esta solución no parece coherente con la propia interpretación jurisprudencial de lo que debe entenderse por «procedencia».

Debe admitirse, como de forma razonable hace alguna jurisprudencia, que la procedencia debe vincularse al tipo de aprovechamiento cinegético. Se trataría de una manifestación de la regla de la responsabilidad por riesgo, que impone a quien obtiene un beneficio, la carga de los daños que se deriven para terceros. Pero entonces quizás no sea del todo razonable entender que el animal «procede» del coto del que sale en el instante inmediatamente anterior a la producción del accidente. La interpretación jurisprudencial de la «procedencia» en los casos en que no consta con certeza el lugar de origen del animal, llevada a sus últimas consecuencias, muestra que las soluciones prácticas que establecen los tribunales no siempre son acertadas.

La actividad cinegética, fuente de riqueza en muchas zonas, y actividad deportiva y lúdica para algunos, provoca un riesgo para los terceros, y parece sensato sostener que los concretos perjudicados no tienen que soportar los daños que se les ocasionen. Las reglas de responsabilidad previstas conducen a soluciones aceptables cuando los daños se causan a las fincas vecinas por la multiplicación de la caza. Pero esas reglas generales de responsabilidad plantean algunos problemas cuando se tratan de aplicar a los daños provocados por un solo animal de caza. Si el animal irrumpe en la carretera en un punto determinado en el que existe un aprovechamiento cinegético de la especie a que pertenezca, la tendencia jurisprudencial es la de imputar la responsabilidad al titular de ese aprovechamiento. Pero el mismo animal podía haber aparecido igualmente un kilómetro antes o un kilómetro después, en un punto

en el que, o bien hay un titular distinto del coto (en el que, ciertamente, a éste corresponderá la posibilidad del aprovechamiento cinegético), o bien es una zona de aprovechamiento común. ¿Parece lógico que la determinación del sujeto que debe responder en cada caso sea diferente en función de un factor que es ajeno al comportamiento del titular del aprovechamiento? Sobre todo si se tienen en cuenta otros factores, como el de que, conforme a la legislación de carreteras, la colocación de instalaciones así como de cerramientos no es libre sino que, por el contrario, está sometida a restricciones administrativas¹¹⁸.

Todas estas consideraciones parecen estar detrás de lo dispuesto en el art. 12.2 de la Ley 4/1996, de 12 de julio, de caza, de Castilla y León, que establece, para los daños producidos por las piezas de caza en las zonas de seguridad, en los vedados y en los refugios de fauna: «La Junta suscribirá un seguro de responsabilidad civil que cubra los riesgos de los daños que produzcan las piezas de caza mayor en los supuestos regulados en el apartado d) del punto anterior. El coste de la prima correspondiente se repercutirá entre los titulares cinegéticos que realicen aprovechamientos de caza mayor de manera proporcional a los mismos».

No se trata de un seguro de daños, por el que se asegure el riesgo de que los objetos asegurados (los posibles vehículos) que puedan sufrir un accidente. Se trata de un seguro de responsabilidad civil: aunque la Administración actúa como tomadora del seguro, se está asegurando el riesgo de que los asegurados, los titulares de los cotos, sean responsables, con arreglo al sistema legal. Previamente, la misma ley ha imputado la responsabilidad a los titulares de los aprovechamientos.

Probablemente se ha pensado, con razón, que sería más difícil en la práctica que todos los titulares de cotos concertaran un seguro. Sin embargo, no se perfila con claridad el ámbito de este seguro: ¿en qué casos entra en juego el seguro?, ¿también cuando haya quedado acreditado el lugar de procedencia del animal?, ¿puede la compañía aseguradora repetir contra el titular del aprovechamiento de donde proceda el animal en algún caso? En la línea de lo expuesto con anterioridad, en mi opinión el precepto legal debe interpretarse en el sentido de que el seguro debe cubrir los daños siempre que el daño se

¹¹⁸ Vid. arts. 19.2 y 22 (sobre cerramientos en precario) de la Ley 6/1993, de 5 de abril, de carreteras de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA nº 42, de 16 de abril) y art. 25 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de carreteras (BOE nº 182, de 30 de julio) y art. 87.2 del Reglamento de carreteras (RD 1812/1994, de 2 de septiembre).

Las leyes de caza tienden a prohibir el ejercicio de la caza en los terrenos cercados y vallados que impidan el acceso de animales ajenos o eviten la salida de los presentes en el cercado (el art. 27 de la Ley aragonesa de caza prohíbe el ejercicio de la caza en los terrenos cercados y vallados salvo en supuestos autorizados por el órgano competente en la materia). Sin embargo, el art. 30 del Reglamento aragonés interpreta que no tienen consideración de terrenos cercados y vallados a estos efectos aquellos terrenos cercados y vallados que constituyan un coto de caza. De esta forma, se configura un régimen semejante al previsto en el art. 19 de la Ley estatal de caza de 1970.

produzca en alguna de las circunstancias previstas legalmente (zona de seguridad, por lo que aquí interesa), sin que la compañía de seguros pueda repetir en ningún caso la indemnización pagada a la víctima. De esta forma, la declaración legal de la imputación de responsabilidad a los titulares de aprovechamientos se convierte en un simple presupuesto para la concertación del seguro de responsabilidad civil, puesto que la responsabilidad civil se transforma en la obligación de contribuir al pago de la prima.

B) Daños causados por animales procedentes de terrenos no cinegéticos

Es comúnmente admitida la tendencia a imputar la responsabilidad por los daños ocasionados por piezas de caza a los titulares de los aprovechamientos cinegéticos, en la medida en que se benefician de la caza. En los terrenos no cinegéticos, por definición, la caza está prohibida. No existe un titular del aprovechamiento ni el propietario del terreno está autorizado por el hecho de serlo para controlar la caza. ¿Significa ello que nadie debe responder de los daños ocasionados por las piezas de caza procedentes de terrenos no cinegéticos? No parece que esta solución sea coherente con el resto del sistema. Parece más razonable, por el contrario, atender a las razones que explican la prohibición de la caza en cada uno de los terrenos no cinegéticos o, incluso, valorar el lugar de procedencia de la especie cinegética¹¹⁹.

Sin hacer ningún tipo de distinciones, en cambio, el art. 72.1.a) de la Ley de caza establece de manera rotunda la responsabilidad de la Diputación General de Aragón por «los daños ocasionados por las especies cinegéticas procedentes de los terrenos no cinegéticos»¹²⁰. En algunos terrenos no cinegéticos, la caza está permanentemente prohibida (así, art. 25.1 para las zonas de seguridad). En otros (terrenos cercados y vallados) el ejercicio de la caza está prohibido, salvo en supuestos especiales autorizados por el órgano competente en la materia y siempre que exista un Plan técnico del cercado (art. 27.3).

En la práctica, hasta el momento, los problemas se han planteado en relación a los daños causados en vías de uso público, que son consideradas zonas

¹¹⁹ Así, el art. 12.1.b de la Ley 4/1996, de 12 de julio, de caza, de Castilla y León imputa la responsabilidad al propietario de los terrenos vedados voluntarios (los propietarios, en los términos previstos en el art. 21.4 de la Ley pueden solicitar la constitución de un coto), «o a la Junta» (habrá que entender que a ésta cuando se trate de vedados no voluntarios). En las zonas de seguridad se imputa la responsabilidad a los titulares cinegéticos de los terrenos. El art. 13 de la Ley 9/1998, de 2 de julio, de caza de La Rioja, sobre «daños producidos por las piezas de la caza» establece la responsabilidad de los propietarios de los terrenos cercados y de zonas no cinegéticas voluntarias. Si son vedados no voluntarios, la responsabilidad corresponde a la Comunidad Autónoma: en esta ley, para que un terreno sea vedado debe ser declarado como tal por la Administración, cuando se persiga alguna de las finalidades previstas legalmente.

¹²⁰ Según el art. 24 de la Ley, son terrenos no cinegéticos: «a) Las zonas de seguridad. b) Los enclaves. c) Los cercados y vallados que carezcan de la oportuna autorización para el ejercicio de la caza. d) Los terrenos carentes de Plan técnico. e) Cualquier otro que reglamentariamente se considere, en función de la protección de las personas y sus bienes o de la fauna y la flora silvestres».

de seguridad¹²¹. En particular, cuando el animal irrumpe en la calzada provocando un accidente de tráfico. La interpretación jurisprudencial del concepto de la *procedencia* de la pieza de caza ha llevado en estos casos a la imputación de la responsabilidad a los titulares de los aprovechamientos cinegéticos próximos.

Así sucede en la SAPH 11 julio 1997: aun cuando en el caso concreto no se había demandado a la Administración, se rechaza el argumento del demandado titular del un coto próximo a la carretera de que el animal procedía de un terreno no cinegético, como son las vías y caminos de uso público; tampoco se admite la excusa del demandado que pretende exonerarse de responsabilidad argumentando que el daño se ha producido en terreno no cinegético, en suelo urbano, al producirse el accidente a cuarenta metros de la señal indicadora del casco urbano de Villanúa en la SAPH 30 julio 1997. Ni la de la «procedencia» del animal que irrumpe en la carretera de la ribera del río Cinca, que también debe considerarse legalmente zona de seguridad (SPH 8 septiembre 1998). La SAP Teruel 12 marzo 1999¹²², que exonera de responsabilidad a la Diputación General de Aragón, de manera rotunda afirma que, de entenderse que proceden de una zona de seguridad los animales de caza que irrumpen en la calzada, se llegaría al absurdo de tener que imputar a aquélla todos los daños derivados de accidentes provocados por animales de caza, puesto que conforme a los arts. 24 y 25 de la Ley autonómica de caza, todas las carreteras y sus zonas de seguridad son terrenos no cinegéticos.

Conviene advertir, por otra parte, que en relación a los daños causados por animales que irrumpen en la calzada, las demandas se han dirigido en ocasiones contra la Administración competente de la vía o contra el concesionario de la autopista. Así, existen numerosas y discrepantes decisiones de la juris-

¹²¹ Existe también abundante jurisprudencia sobre esta materia al amparo del art. 1905 CC. Es uniforme la doctrina que concede al amparo del art. 1905 CC las indemnizaciones de daños sufridos por accidentes de circulación provocados por la irrupción en la calzada de reses vacunas o caballerías (SSTS 23 noviembre 1976, R. 5052; 28 enero 1986, R. 336; 27 febrero 1996, R. 1266). Cuando el daño es causado por un vehículo a otro a causa de la colisión con un caballo desbocado el hecho se califica de fuerza mayor, que exonera de responsabilidad al conductor del vehículo que provoca el accidente (STS 8 febrero 1992, R. 1198).

En cambio, expresamente se ha reiterado que no es fuerza mayor exoneratoria de la responsabilidad de la Administración, en su caso, la irrupción de un jabalí en la carretera, por ser, en la zona en que se produjeron los hechos, un supuesto previsible aunque, eso sí, inevitable, o sea, «caso fortuito» (Consejo Consultivo de La Rioja en su Dictamen 19/98 de 29 de septiembre de 1998). También considera que la irrupción de un jabalí en la carretera no es fuerza mayor el Dictamen de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón 9/1998, si bien con una cierta confusión en cuanto al concepto de lo que es fuerza mayor: «No hay ningún supuesto de fuerza mayor existente sino que, por el contrario, la irrupción del jabalí se ha desarrollado dentro de los parámetros de lo que sería actividad normal de dicho animal en función de unas necesidades de desplazamiento no causadas por una voluntad irresistible, imprevisible, ajena al orden natural de la vida de esta especie». Parecidamente en otros Dictámenes de la misma Comisión (21/1998, 28/1998, 99/1998, 113/1998).

¹²² Base de datos La Ley-Actualidad.

prudencia menor sobre daños producidos por irrupción de animales en autopista de peaje al amparo del art. 1905 CC ¹²³.

En relación a la irrupción de especies cinegéticas en vías públicas de titularidad pública, es uniforme la doctrina del Consejo de Estado que excluye la responsabilidad patrimonial de la Administración por la simple titularidad de la vía. Sin perjuicio de que tal responsabilidad pueda deducirse, en su caso, con arreglo a otro criterio de imputación: el de la procedencia de la especie cinegética de una reserva de caza o de un parque nacional, conforme a lo previsto entonces en la ley de caza. En palabras del Consejo de Estado:

«Conforme viene siendo doctrina constante y reiterada de este Cuerpo Consultivo, la presencia incontrolada de animales en la calzada de las carreteras constituye un factor ajeno a las exigencias de seguridad viarias, y no puede reputarse como una anomalía en la prestación del servicio público, sino como un supuesto que enerva la relación de causalidad exigible para generar la responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que su acceso a la carretera puede resultar inevitable, atendiendo a las diferentes formas en que pueden acceder a la calzada (dictámenes núms. 1453/93, de 3 de febrero de 1993; 1867/94, de 3 de noviembre de 1994; 1360/95, de 22 de junio de 1995; 1809/1995, de 27 de julio de 1995; 1869/95, de 5 de octubre de 1995; 2672/95, de 30 de noviembre de 1995; 2587/96, de 18 de julio de 1996; y 2907/96, de 19 de septiembre de 1996)»¹²⁴.

¹²³ Alguna decisión minoritaria aplica el art. 1905 CC al dueño y cuidador del rebaño de cabras que irrumpe en la autopista, absolviendo a la entidad concesionaria de la misma (SAP Sevilla 4 abril 1994 -Aranzadi Civil 1994, I, 669-). Lo frecuente es que la demanda se interponga sólo contra la empresa concesionaria, pero mientras algunas sentencias entienden que la presencia del animal es imprevisible y no supone infracción del deber de cuidado de la autopista (SAP Navarra 13 junio 1996 —Aranzadi Civil 1996, II, 1068—), otras condenan a la empresa por considerar que la aparición del animal es un supuesto previsible que da lugar a la culpa contractual (SAP Alicante 3 octubre 1994 —Aranzadi Civil 1994, III, 1774—), extracontractual (SAP Valencia 16 febrero 1996 —Actualidad Civil 1996, 2, 660—) o a la concurrencia de ambos tipos de responsabilidad (SAP Tarragona 15 julio 1996 —Aranzadi Civil 1996, II, 1285—). La STS 5 mayo 1998 (R. 3070) confirma la sentencia de la Audiencia que condenó a la concesionaria de la autopista, por culpa contractual, por accidente provocado por irrupción de perro, al apreciar la negligencia del concesionario al no evitar la intromisión de elementos extraños en la autopista.

¹²⁴ Dictámenes nº 944/97, de 24 de abril de 1997 y nº 2520/97, de 14 de mayo de 1997 (Consejo de Estado. *Recopilación de Doctrina Legal*. 1997, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1998, marginal 192, p. 978 y marginal 193, p. 981.

EL ART. 149.3 CE: LA SUPLETORIEDAD DEL CÓDIGO CIVIL COMO DERECHO ESTATAL RESPECTO DE LOS DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS. (EN PARTICULAR EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS)*

DRA. MARÍA DEL CARMEN BAYOD LÓPEZ

Profesora Titular de Derecho civil

SUMARIO: I.- PLANTEAMIENTO GENERAL.- II.- DERECHO SUPLETORIO. CONCEPTO, FINALIDAD Y ORIGEN. 1.- **Concepto.** 2.- **Finalidad.** 3. **Heterointegración.** 4.- **Origen.** III.- EL CÓDIGO CIVIL COMO DERECHO SUPLETORIO DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS HASTA 1978. 1.- Origen: Los Decretos de Nueva planta. 2.- La Codificación del Derecho civil español: la supletoriedad y la unidad del Derecho civil español. A.- *Planteamiento.* B.- *El Código civil como Derecho común.* C.- *Los Derechos forales como Derechos excepcionales.* D.- *La supletoriedad del Código civil respecto de los Derechos forales.* a) La postura aragonesa y el art. 13 Cc. b) Finalidad y valor de la supletoriedad del Código. E.- *El Apéndice de 1925.* 3.- **La Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967 y la reforma del Título Preliminar del Código civil en 1974.** A.- *Derecho excepcional-Derecho especial.* B.- *La Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967. Principios de jerarquía y posterioridad.* C.- *La reforma del Título preliminar del Código civil. El art. 13 Cc. La supletoriedad del Código.* a) Sanción de la coexistencia de Derechos civiles en España. b) Valor de la supletoriedad del Código civil: supletoriedad de normas. IV.- **El art. 149.3 CE: El CODIGO CIVIL COMO DERECHO SUPLETORIO ESTATAL.** 1.- **Planteamiento.** A.- *El principio de competencia.* B.- *El ordenamiento estatal y los ordenamiento autonómicos.* 2.- **La supletoriedad del Derecho del Estado: art. 149.3 CE.** A.- *Relación entre ordenamientos. Preferencia del Derecho civil aragonés. Valor y función de la cláusula de preferencia en el ámbito civil.* B.- *Finalidad de la supletoriedad: Completud del ordenamiento autonómico y garantía del principio de competencia.* a) La completud del ordenamiento autonómico. b) Garantía del principio de competencia. C. *Características de la supletoriedad del Código civil como Derecho del Estado.* V.- **LA APLICACIÓN DEL CODIGO CIVIL EN ARAGÓN.** 1.- *Aplicación directa del Código civil.* 2.- *La aplicación del código civil. Ambito de aplicación, requisito y límites.* A.- *Ambito de aplicación.* B.- *Requisitos y límites para la aplicación del Código civil como Derecho supletorio.* a) Las lagunas en el ordenamiento jurídico aragonés. b) Requisitos generales para la aplicación del Código civil en Aragón: el «test de la supletoriedad».

* Este trabajo forma parte de otro más extenso (aplicación del código civil como Derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés) que fue publicado por el Justicia de Aragón en las Actas de los Octavos Encuentros de Foro Aragonés.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El art. 1 de la Compilación aragonesa, tras determinar en su párrafo 1.º las fuentes del Derecho civil aragonés, establece:

«En defecto de tales normas regirán el Código civil y las demás disposiciones constitutivas del Derecho general español»**.

En consecuencia, dicho precepto señala que a falta de norma aragonesa —integrada con la costumbre y los principios en que tradicionalmente se inspira el ordenamiento jurídico aragonés— se aplicará el Código civil que, por lo tanto, rige en Aragón como *Derecho supletorio*, después de la preferente aplicación del Derecho civil aragonés.

Ahora bien, esta relación de supletoriedad del Código civil respecto del Derecho civil aragonés se establece en la Compilación en el año 1967, cuando la misma era una ley ordinaria perteneciente al ordenamiento español y promulgada por las únicas Cortes españolas entonces posibles. Supletoriedad que venía caracterizada por la concepción del Código como Derecho común, general y completo.

Sin embargo, hoy la supletoriedad del Código civil —en cuanto que es una norma perteneciente al ordenamiento estatal— la afirma la Constitución española y el Estatuto de autonomía aragonés.

En efecto, el art. 149.3 CE dispone:

«El Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del Derecho de las Comunidades autónomas.»

A su vez, el art. 41.2 EA ar. preceptúa:

«En defecto de Derecho propio será supletorio el Derecho del Estado».

Evidentemente, y a lo que creo, la función y fundamento de la cláusula de la supletoriedad, no pueden ser las mismas entonces que ahora.

Obsérvese que en 1967 la supletoriedad del Código civil respecto de la Compilación aragonesa la afirmaba la propia Compilación, que era una ley estatal, posterior y de igual rango que el Código civil, que vino a establecer el sistema de relaciones entre Código y Compilación hasta entonces regulado en los art. 12 y 13 del Cc., y posteriormente en el art. 13 Cc., que confirma la situación dibujada por la Compilación aragonesa.

La supletoriedad del Código civil respecto de la Compilación aragonesa era una supletoriedad entre *normas civiles*, establecida por el único legislador posible, y en la que norma supletoria —el Código— representaba el Derecho común civil español: Derecho general y perfecto que ineludiblemente venía llamado a llenar los huecos que, por definición, debía presentar el Derecho civil especial: el Derecho aragonés.

** La ley 1/1999, de 24 de febrero de sucesiones por causa de muerte da nueva redacción al Título Preliminar de la compilación; si bien ello no afecta a lo aquí expuesto.

Hoy la supletoriedad del Código civil respecto al Derecho civil aragonés viene afirmada por las únicas normas competentes para ello: Constitución y Estatuto, en cuanto normas que integran el bloque de la constitucionalidad.

De lo que se deduce, teniendo en cuenta la descentralización política prevista en la Constitución española —Tit. VIII en relación con el art. 2 CE— y el reparto de competencias en materia civil que establece el art. 149.1.8.º CE, que la supletoriedad del Código civil respecto de la Compilación aragonesa no es ya una supletoriedad entre normas, sino entre ordenamientos civiles emanados de distinto legislador: El ordenamiento civil del estado y el ordenamiento civil autonómico.

En consecuencia, la supletoriedad que ahora le pueda corresponder al Código civil no es por ser Derecho común, sino por ser Derecho estatal, y es, sobre todo, una supletoriedad contingente y transitoria, pues o bien el Código civil es directamente aplicable en Aragón en razón de las competencias exclusivas que, en materia civil, corresponden al legislador estatal; o bien su aplicación es como Derecho supletorio, y si lo es en este concepto, lo es precisamente dentro del ámbito de competencias del legislador autonómico, y en razón de no haber ejercitado éste dicha competencia¹.

Evidentemente, cuando el legislador autonómico ejercite dicha competencia, el Código civil no quedará derogado, pero sí desplazado e inaplicable en tal concepto, sin perjuicio, desde luego, de la indefinida vocación del Código civil a ser Derecho supletorio del Derecho civil aragonés.

Pues bien, destacando el carácter anfibológico que presenta el concepto de Derecho supletorio, conviene ahora que, con carácter previo, determinemos qué es en abstracto el Derecho supletorio; a qué objetivos responde la técnica de la supletoriedad entre diversos conjuntos normativos; cómo ha sido la supletoriedad del Código civil respecto del Derecho civil aragonés en su historia y, sobre todo, qué valor tiene hoy para Derecho civil aragonés la cláusula de la supletoriedad prevista en el art. 149.3 CE.

Por último analizaremos cuándo debe aplicarse el Código civil como Derecho supletorio en Aragón, tratando de establecer unas reglas y principios: el «test de la supletoriedad».

¹ Estas afirmaciones serán argumentadas lo largo del desarrollo del texto. También se tendrá en cuenta otra posible aplicación del Código civil en Aragón, que no responde a ser Derecho supletorio ni derecho directamente aplicable, sino ser Derecho aragonés en razón de remisión estática (Disposición final de la Compilación)

II. DERECHO SUPLETORIO. CONCEPTO, FINALIDAD Y ORIGEN

1. CONCEPTO

Definir de forma genérica o abstracta qué sea la supletoriedad no es tarea fácil, o en el mejor de los casos, no es demasiado útil el establecer un concepto de la misma, sino que, a lo que creo, lo verdaderamente importante es señalar qué valor y función tiene la supletoriedad en el contexto jurídico al que la referimos.

De cualquier manera el objeto básico de la supletoriedad responde a la definición que de la misma, en su primera acepción, proporciona el diccionario de la Real Academia española: «Cumplir o integrar lo que falta en una cosa o remediar la carencia de ella».

En cuanto al significado del grupo nominal Derecho supletorio se pueden formular distintos conceptos y con diverso alcance:

Por un lado, Derecho supletorio sería equivalente a Derecho dispositivo. Así se manifiesta en nuestro país en la primera mitad de siglo XX. Las enciclopedias jurídicas españolas utilizan como primera acepción de Derecho supletorio «el conjunto de normas dispositivas que se encuentran en los cuerpos legales y que tienen aplicación a falta de convenio entre las partes»².

En consecuencia, dichas normas se aplican cuando las partes no han dispuesto otra cosa. Se señalaba como ejemplo el párrafo 2.º del art. 1.315 del Código civil, expresivo de que «a falta de contrato sobre los bienes, se entenderá el matrimonio contraído bajo la sociedad de gananciales».

Por otro lado, se habla también de Derecho supletorio cuando se relacionan diversos conjuntos normativos, o sea, «cuando aquél Derecho, el supletorio, cumple con la función de cubrir lagunas o deficiencias de otro, entendiendo ambos como conjunto de normas diferenciadas que regulan una o varias materias determinadas»³. Así, por ejemplo, la relación de Derecho supletorio que presenta el Código civil respecto del Código de comercio: arts. 2 y 50 Ccom.; haciendo, en consecuencia, referencia al reenvío de una norma a otra (supletoriedad entre normas).

² Vid, MORENO, Fausto, voz. «Derecho supletorio» en *Enciclopedia Jurídica*, T.VII, dirigida por Carlos E. Mascareñas, ed. Francisco seix, Barcelona, 1955, pp. 19 y ss. y BERNALDO DE QUIRÓS, C., voz. «Derecho supletorio», en *Enciclopedia Jurídica*, T.XI, dirigida por Luis Mouton y Ocampo y otros, ed. Francisco Seix, Barcelona, 1910, pp. 309 y ss.

Por lo demás, la acepción de Derecho supletorio como equivalente de Derecho dispositivo sigue estando patente en buena parte de las leyes vigentes en el ordenamiento español. Así, por ejemplo, los arts. 36 y 117 Comp. aragonesa; art. 4.3 LAU; 106 LAR

³ MORENO, voz. «Derecho supletorio», p.19 (op. cit. n.2); en el mismo sentido BERNALDO QUIRÓS, voz «Derecho supletorio», pp. 309-310, (op. cit., n.2)

Dentro de esta acepción, y como supuesto especialmente relevante en el Derecho español, nos encontramos con la supletoriedad que tiene lugar entre el *Derecho civil común* y los Derechos forales.

En concreto, FAUSTO MORENO escribía lo siguiente:

«El Derecho supletorio reviste importancia especial en el ordenamiento jurídico patrio dada la subsistencia de las legislaciones forales, de contenido mucho más limitado que el llamado *Derecho común*,⁴ sean cuales fueren las razones de ello y de su insuficiente desarrollo, que se plantea con fuerza en las regiones afectadas por el problema del Derecho supletorio»⁵.

2. FINALIDAD

En estas acepciones de Derecho supletorio se puede encontrar un denominador común: la aplicación del Derecho supletorio en defecto de una disposición previa, bien sea en defecto de manifestación de voluntad de los particulares bien sea a falta de disposición normativa. La finalidad de la supletoriedad es integrar una norma convencional o una norma — o conjunto de ellas— legal.

Evidentemente, la acepción que aquí nos interesa es la segunda, la supletoriedad que se produce entre diversos conjuntos normativos, y que responde a una técnica de integración de lagunas legales.

En efecto, tal y como señala ENCARNA ROCA el concepto de Derecho supletorio ha sido relacionado desde siempre con el problema de la falta de previsión jurídica y, por consiguiente con la integración⁶.

3. HETEROINTEGRACIÓN DE NORMAS

Para ser más exactos, el recurso al Derecho supletorio en la integración de lagunas responde a la llamada heterointegración de normas. Ésta, siguiendo a DÍEZ PICAZO y GULLÓN, tiene lugar cuando un sistema jurídico recurre a otro sistema diferente para llevar a cabo la labor de complemento. Es un sistema

⁴ El subrayado es mío.

⁵ Cfr. p. 19, (op. cit. en nota 2). Conviene señalar que este tipo de supletoriedad es propio del Derecho español, pues curiosamente las Enciclopedias extranjeras no contienen una voz homóloga a la de Derecho supletorio. Por lo demás, mientras en la primera acepción de Derecho supletorio aparecen citas de autores extranjeros hablando del Derecho dispositivo, no hay ninguna cita de autores foráneos cuando se trata de esta peculiar acepción de supletoriedad vigente en nuestro Derecho. Decididamente, y como veremos, la supletoriedad entre diversos conjuntos normativos es patrimonio indiscutible del Derecho español.

⁶ ROCA y TRIAS, Encarna, *El antiguo art. 12 Cc. y la historia del Derecho supletorio*, en «Centenario del Código civil», T.II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p.1.778

propio de sistemas jurídicos poco desarrollados, que presuponen otro mejor y más perfecto al que recurrir⁷.

4. ORIGEN

DÍEZ PICAZO y GULLÓN, seguidamente, señalan que el sistema de los llamados Derechos supletorios se utilizó hasta el tiempo de la codificación y en este tiempo, el Derecho romano, en su función de Derecho común y de razón escrita, suplía las deficiencias de los Derechos particulares⁸.

En efecto, el origen próximo⁹ de la supletoriedad entre ordenamientos se remonta a la recepción en la Edad Media del Derecho romano, al que se consideró como razón escrita, y que vino a suplir las deficiencias de los Derechos estatutarios europeos o de algunos forales españoles (no el aragonés).

La aplicación de los Derechos supletorios como medio de integración de lagunas evoluciona desde los siglos XIII y XIV hasta el siglo XVIII, y es afirmación común en la doctrina que el declive de la misma se produce con la codificación del Derecho civil.

En efecto, la razón histórica de la supletoriedad se remonta al binomio Derecho común-Derecho particular.

Así, y siguiendo a PUIG BRUTAU, que califica la noción de Derecho común como categoría histórica y por ello variable¹⁰, podemos afirmar que el Derecho

⁷ DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 1996, p. 122.

⁸ DÍEZ PICAZO y GULLÓN, *Instituciones* ..., p. 122, (op. cit. n.7)

⁹ El recurso a otros ordenamientos como técnica de integración de lagunas se encuentra ya previsto en la filosofía griega (Heráclito, Pitágoras, Platón, Aristóteles) y en el propio Derecho romano (Cicerón, Ulpiano y Paulo), si bien el ordenamiento de referencia fue la *naturalis ratio* o Derecho natural (cfr. ROMEO LAGUNAS, Manuel José, *Las lagunas de la ley y la analogía jurídica*, en RGLJ, T.228, Madrid, 1970, p.215). La relación entre conjuntos normativos denominada Derecho supletorio la reconduce la doctrina civil española a los métodos de integración de lagunas, en concreto al sistema de heterointegración, en la ya clásica distinción (autointegración-heterointegración) formulada por CARNELUTTI. Si bien es de advertir, que cuando CARNELUTTI se refirió a la heterointegración entre ordenamientos la relacionaba con el Derecho emanado de diversos Estados; esto es, con el Derecho internacional privado a través de las técnicas de remisión y reenvío, negando, precisamente, que en dichas técnicas hubiera verdadera heterointegración, por cuanto la penetración de la norma de un ordenamiento en otro no es norma sino hecho. La heterointegración la relacionó dicho autor con el recurso a diversas fuentes del Derecho, a un siendo éstas del mismo ordenamiento. Hoy esta técnica —el recurso a la costumbre y principios generales del derecho, así como el uso de la analogía— se califica de autointegración, frente al sistema de heterointegración que impone la búsqueda de la solución del caso en otro ordenamiento. (Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Teoría General del Derecho*, Madrid, 1941, pp. 116, 125 y 129 y ss, vid. también, en este sentido, BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, *La integración del Derecho autonómico y la aplicación supletoria del Derecho estatal*, en RAP, n.º 124, enero-abril, Madrid, 1991, pp. 109 y ss).

¹⁰ Aunque antiguo, es francamente interesante el trabajo de PUIG BRUTAU, (voz. «Derecho común», *Enciclopedia jurídica*, T.I, dirigida por Carlos E. Mascareñas, ed., Francisco Seix, Barcelona, 1950, pp. 357-379), que analiza el concepto de Derecho común por relación a otras categorías y como una noción eminentemente histórica que varía según el momento de referencia.

romano, tras su recepción en Europa, alcanza el valor de Derecho común por ser un Derecho universal: general y de gran categoría técnica. En razón de estas cualidades, el Derecho romano alcanza el valor de *ius comune* al imponerse en toda Europa y ser *directamente aplicable* en los tribunales, frente a la formación de pequeños Derechos territoriales o estatuarios que se califican de particulares, porque su aplicación es subsidiaria a la del *ius comune* y su vigencia limitada a un determinado territorio.

A medida que cambia la concepción política de las ciudades y aparece el poder regio es necesario que el Derecho no sea el reflejado en el Digesto, y que Derecho común —en cuanto directamente aplicable— no sea el Derecho romano, sino el emanado de la autoridad del monarca.

En consecuencia, los Derechos estatuarios —territoriales— dejan de ser Derecho particular para convertirse en el Derecho común de cada pueblo, y el *ius comune* pasa a ser, en cuanto Derecho más perfecto y razón escrita, el Derecho subsidiario —supletorio— que se aplicará para cubrir las lagunas de los Derechos reales¹¹.

En este punto, a lo que creo, es conveniente observar que el Derecho al que se reclama para suplir las lagunas del propio presenta históricamente dos connotaciones importantes: en primer lugar, se recurre a un Derecho que no tiene capacidad de evolución, mientras que el Derecho que lo reclama es un Derecho vivo, con posibilidad de renovación. En segundo lugar, sólo se recurre al Derecho supletorio cuando no es posible colmar la laguna a través del sistema de fuentes del propio Derecho. Ambas notas —inmodificabilidad del Derecho supletorio y evolución del propio— suponen un control por parte del Derecho suplido en lo que hace a la aplicación del Derecho supletorio.

Esta es la supletoriedad a la que puede responder el Derecho continental europeo, con más o menos diferencias según los diversos Estados, y llega a su fin en el siglo XIX con la Codificación del Derecho civil.

La creación de códigos modernos y el propio concepto de codificación, lleva a la consideración de que el Derecho codificado es perfecto y no tiene lagunas, surgiendo a partir de este momento la teoría de la completud del ordenamiento jurídico¹².

A partir de este momento no tiene razón de ser la técnica del Derecho supletorio: El código es la *ratio scripta* y perfecta, el Derecho civil codificado es

¹¹ Vid. PUIG BRUTAU, voz. «Derecho común», pp.357-359; 363-366 (op. cit. n.10).

¹² En relación con el concepto de completud del ordenamiento jurídico y su origen vid., entre otros SEGURA ORTEGA, Manuel, *El problema de las lagunas del Derecho*, en «Anuario de Filosofía del Derecho», T.VI, 1989, pp. 286 y ss.; ROMEO LAGUNAS, *Las lagunas ...*, p.199 y ss (p. cit. n. 9).; CARNELUTTI, *Teoría ...*, p. 86 y ss, (op. cit. n.9); BALAGUER CALLEJÓN, *La integración ...*, p.104 y ss, (op. cit. n.9); ITURRALDE SESMA, Victoria, *Lenguaje legal y sistema jurídico*, ed. Tecnos, Madrid, 1989, ZITTELMAN, *Las lagunas del Derecho*, RGLJ, T. 140-141, Madrid, 1922.

el *ius comune* del Estado, y, por lo tanto Derecho directamente aplicable y con exclusiva capacidad de autointegración.

Sin embargo, el método de los Derechos supletorios siguió vivo en España a lo largo del siglo XIX a pesar de la codificación civil, y es lo cierto que la ley de bases del Código civil, en fórmula debida a la pluma de SILVELA, contenía un art. 5 que dispuso:

«Las provincias y territorios en que subsiste el Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan solo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales.»

Precepto de la ley de bases que se convertiría en art. 12 Cc. de 1889. Pero la supletoriedad en España no sólo sobrevivió a la codificación sino que la misma, y con carácter general, sigue hoy afirmada en el art. 149.3 CE., que acoge el sistema de la supletoriedad como método declarado de integración.

En consecuencia, y como se señalaba al principio, lo relevante, a lo creo, es constatar el significado de la supletoriedad del Código civil respecto del Derecho civil aragonés a lo largo de este siglo, y en especial su valor en el texto constitucional.

III. EL CÓDIGO CIVIL COMO DERECHO SUPLETORIO DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS HASTA 1978

I. ORIGEN: LOS DECRETOS DE NUEVA PLANTA

El Derecho civil aragonés, a diferencia de otros Derechos civiles españoles, se consideró a sí mismo como el Derecho común de los aragoneses¹³, que emanaba del monarca y de las Cortes, no necesitando el recurso a otros ordenamientos, y en especial la aplicación del Derecho romano para integrar sus deficiencias.

El Proemio de los Fueros de 1247 señala que cuando una determinada materia no encuentre regulación en los fueros se recurrirá al sentido natural o a la equidad¹⁴.

¹³ Miguel del MOLINO, comentando la aplicación de la *exceptio non numerata pecunia* señala: «Unde ex quod venditor renunciavit dictae exceptioni non refert, utrum confessus fuisset recepisse pretium vel non. Non obstat, quod dictum est de correctione iuris communis: quia in Aragonia fori habentur pro iure communi. Unde in hoc Regno numquam est recurrendum ad ius commun, nisi ubi forus deficit». cfr. MOLINO, *Repertorium fororum et observantiarum Regni Aragonum*, 1585, fol. 127 y 156.

¹⁴ El planteamiento histórico aragonés no tiene parangón con los sistemas de heterointegración utilizados por el resto de los Derechos civiles españoles, que recurrían a otros ordenamientos

Han de pasar varios siglos para que el Derecho civil aragonés necesite recurrir a cuerpos foráneos para integrar los defectos del fuero.

La relación entre el Código civil, en esta época representado por las leyes castellanas a las que aquél sustituyó, no tiene lugar hasta el siglo XVIII, cuando Aragón pierde la autonomía política y con ello los órganos más representativos: las Cortes, el Justicia y la Diputación del Reino.

En efecto, los llamados Decretos de Nueva planta de Felipe V¹⁵ terminan en 1707 con la posibilidad de innovación (modificación y desarrollo) del Derecho civil aragonés, imponiéndose la aplicación en bloque del Derecho castellano. Aunque en 1711 se restablecen los Fueros de Aragón «para lo que fuera entre particular y particular», el Derecho civil aragonés había perdido sus fuentes normativas y su capacidad de evolución, sólo le quedaba una posibilidad: la conservación.

Esta situación evidencia las dificultades que desde entonces presentará el Derecho aragonés, que pierde su capacidad de autointegración, para responder a los nuevos problemas, de ahí que ya en el siglo XVIII se afirme, sin lugar a dudas, que en lo que no prevea el fuero se aplicará el Derecho de Castilla¹⁶.

considerados más perfectos que el propio. Posiblemente, esta diferencia de partida explique también la distinta posición que desde el siglo XIX ha mantenido el Derecho civil aragonés en relación con el Código civil.

En efecto, en Cataluña, aunque han habido diversas fórmulas que señalaron dónde acudir en defecto de ley aplicable, fue en la Constitución de 1599 en la que se fijó de forma definitiva tanto el sistema de fuentes del Derecho civil catalán como el establecimiento de los Derechos supletorios, señaladamente el canónico y el romano. Igualmente, Navarra, acoge en 1576 como Derecho supletorio al *ius comune*, representado por el Derecho romano. Baleares, hasta 1439 (privilegio de Gaeta) tuvo como Derecho supletorio al Derecho catalán. A partir de ese momento el Derecho supletorio fue el *ius comune*: el Derecho romano. Vizcaya presenta una particularidad: desde 1379 se incorpora a la Corona de Castilla, y aunque no derogó su propios fueros, acoge definitivamente en 1452 como Derecho supletorio al Derecho castellano.

Ahora bien, como hemos advertido en el epígrafe anterior, el Derecho supletorio responde a un sistema de heterointegración de lagunas que busca la completud del ordenamiento jurídico: sólo a falta de regulación de un supuesto concreto en el propio Derecho, y agotado el sistema de fuentes, procede la aplicación del Derecho supletorio.

Una detallada exposición de esta materia puede consultarse en ROCA y TRIAS, Encarna, *El Código civil y los Derechos nacionales. En especial el Derecho catalán*, en RJC, III, 1977, pp. 7-59; *El Código civil como supletorio de los Derechos nacionales españoles*, en ADC, 1978, pp. 227-286 y *El antiguo art. 12 del Código civil y la historia del Derecho supletorio*, en «Centenario del Código civil», T.II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1677-1806.

¹⁵ Sobre la derogación de los Fueros de Aragón y su restablecimiento vid. MORALES ARRIZABALAGA, Jesús, *La derogación de los Fueros de Aragón (1707-1711)*, ed. Instituto de estudios Altoaragoneses, Huesca, 1988.

¹⁶ Así lo afirmaba FRANCO DE VILLALBA, *Fororum atque observantiorum aragonia codex*, Zaragoza, 1743, p. 361, opinión que, en general, fue secundada por la doctrina aragonesa y española. En general sobre la aceptación del Derecho castellano como Derecho supletorio vid. DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Comentario al art. 1 de la Compilación aragonesa*, en «Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón», T.I, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo, ed. DGA, Zaragoza,

La asunción por parte de Aragón del Derecho castellano como Derecho supletorio, cuando antes no había tenido un sistema de heterointegración a través de textos legales pertenecientes a otro ordenamiento, determinará una diferente postura frente a la codificación civil española, así como también una diferente visión de la supletoriedad.

El origen remoto de lo que pueda significar la Codificación civil en España y las relaciones entre el Código civil y los Derechos forales tiene su punto de partida en el siglo XVIII, tras la instauración de un Estado uniformista impuesto por Felipe V, cuya pretensión fue imponer en todos los territorios el Derecho de Castilla¹⁷.

Como señala ENCARNA ROCA, a partir de este momento se rompe la coherencia interna que presentaban hasta entonces los Derechos territoriales Españoles, y ello trae consigo la aplicación a las regiones con un ordenamiento civil propio de leyes completamente incompatibles con su propio sistema jurídico¹⁸.

En efecto, obsérvese que a partir de este momento los Derechos territoriales han perdido ya sus órganos de producción del Derecho, la nota de inmodificabilidad les corresponde ahora a ellos, mientras que el ordenamiento supletorio tiene capacidad de renovación, y por ello una fuerza expansiva capaz de modificar el contenido de los Derechos forales.

La supletoriedad no va a responder ahora a un sistema de heterointegración ordenado en función de los principios del Derecho suplido, sino a una aplicación *cuasi* directa del Derecho supletorio, cuyo objetivo será la unidad del Derecho civil español.

2. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL: LA SUPLETORIEDAD Y LA UNIDAD DEL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

A) Planteamiento.— Las Constituciones decimonónicas tuvieron como objeto la unidad legislativa española, y desde luego la unificación del Derecho civil: un único Código para toda la monarquía.

Con todo, es lo cierto, que ya desde la Constitución de 1812 latía el problema de la subsistencia en España de los Derechos forales, pues esa unidad sería como declaraba el art. 258 de dicho texto constitucional «sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes¹⁹».

pp. 105 y ss. Por su parte la ATZ manifestó en diversas sentencias dicho parecer. Vid., entre otras, las SS 17 de junio de 1857 y 2 de noviembre de 1861.

¹⁷ PUIG FERRIOL, *El Denominado problema foral desde la perspectiva de un centenario*, en «Centenario del Código civil», T.II, ed. Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1619 y ss.

¹⁸ ROCA Y TRIAS, *El Código civil como ...*, p.258 (op. cit. n. 14)

¹⁹ El Derecho civil fue objeto de mención en todas las Constituciones españolas del siglo XIX, y con excepción de las Constituciones de 1837 y 1845, que propugnaban una absoluta unidad legislativa en materia de Derecho civil, el resto de ellas, incluida la de 1812 en su art. 258, propugna-

Ello significó, tras el fracaso del proyecto de García Goyena, que la promulgación del Código civil sólo se conseguiría pasando necesariamente por la subsistencia de los Derechos forales.

Asumida por el poder central la necesaria conservación de los Derechos civiles territoriales españoles, es necesario establecer un sistema de relación entre el Derecho civil codificado y los derechos forales subsistentes, así como el papel y valor de cada uno de estos Derechos civiles en el ordenamiento español.

Las relaciones entre uno y otros Derechos se articulan a través de dos principios: el principio de jerarquía y el de supletoriedad. Principios que parten de la premisa de considerar al Código civil como Derecho común frente a los Derechos forales que se presentan a lo largo de más de medio siglo como Derechos excepcionales.

Todo ello tiene su reflejo en los arts. 5, 6 y 7 de la ley de bases del Código civil de 1888, de los que derivan los arts. 12 y 13 (este último para para Aragón) del Código civil, y que sancionan con carácter legislativo provisional la subsistencia de los ordenamientos legislativos denominados forales, pero sin posibilidad de renovarse, pues hasta la promulgación de la Constitución de 1978 no se abandona el ideal de un Estado centralista y uniformista²⁰, finalidad a la que sirvió la cláusula de supletoriedad.

B) El Código civil como Derecho común. Para explicar la supletoriedad del Código civil respecto del resto de los Derechos forales durante más de medio siglo es necesario partir de la premisa del valor que durante dicho tiempo se le atribuyó al Código civil, y este no fue otro que la consideración del mismo como Derecho común²¹.

Como señala ENCARNA ROCA la aplicación del Código civil como Derecho supletorio aparecía ligada con su consideración de Derecho común, ésta fue la idea y punto de partida de los codificadores, el Código civil constituía el nuevo *ius commune*, y esta era la razón de su supletoriedad²².

Por su parte, DE CASTRO señalaba como característica del Código civil, además de su valor de Derecho común, que «la peculiaridad del Código civil como Derecho supletorio de los Derechos forales está en que es —además— Derecho más moderno y por tanto más adecuado a la sociedad contemporánea»²³.

ban una unidad legislativa con matizaciones. Vid. PUIG FERRIOL, *El denominado ...*, p. 1620 y ss (op. cit. n.17) y ROCA Y TRIAS, Encarna, *El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978*, en RJC, 1979, pp. 7-36

²⁰ Vid. en este sentido PUIG FERRIOL, *El denominado problema ...*, p. 1622, (op. cit. n.17).

²¹ En relación al valor del Código como Derecho común vid. UREÑA, Rafael, voz «Derecho foral», en *Enciclopedia Jurídica*, T. XI, dirigida por Luis Mouton y Ocampo y otros, ed. Francisco Seix, Barcelona, 1910, pp. 137-156.

²² ROCA Y TRIAS, Encarna, *El antiguo ...*, pp. 1805-1806 (op. cit. n. 14)

²³ DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España* (reedición), ed. Civitas, Madrid, 1994, p. 259.

C) *Los Derechos forales como Derechos excepcionales*. Como señala PUIG BRUTAU²⁴ la categoría de *ius commune* sólo puede determinarse por relación a otro concepto, y si el Código civil representa el Derecho común es como contrapartida de su necesaria relación con los Derechos forales que representan un Derecho excepcional.

En efecto, el tratamiento de los Derechos forales como excepción a la unidad que representa el Código civil fue el punto de partida adoptado por la ley de bases de 1888, que permitiría la subsistencia del Derecho foral, *tan sólo por ahora*, y hasta la consecución de un Código civil único para toda España.

El objetivo de la unidad civil española de momento quedaba postergado, pero no abandonado —en el peor de los casos, se alcanzaría a través de formulación de Apéndices realizados por y para los territorios forales, en los que se incluirían selectivamente instituciones que conviniera conservar—²⁵, y oficial y legalmente se declara la excepcionalidad el Derecho foral frente a la universalidad del Código²⁶.

Esta era la concepción legal del ordenamiento civil español consagrada en los arts. 5 y 6 de la ley de bases, y positivamente impuesta en el art. 12 Cc.

Esta concepción del ordenamiento civil español tiene su reflejo en la doctrina civil no foralista y en la jurisprudencia de la época.

DE CASTRO, seguido por la mayor parte de la doctrina dada su autoridad, definía el Derecho foral como «el conjunto de privilegios locales y heterogéneos que como Derecho excepcional, no derogado, se conservan en determinados territorios que tuvieron fueros o costumbres especiales»²⁷.

²⁴ PUIG BRUTAU, voz «Derecho común» ..., p. 257 (op. cit. n. 17).

²⁵ Fiel reflejo de que no se abandona en ningún momento la unidad del Derecho civil en España son las palabras que de GALO PONTE en la presentación del Apéndice Aragonés de 1925, en las que expresa la siguiente idea: «El Código civil había aproximado la legislación común a las forales en algunos puntos importantes. Hoy es Aragón quien aproxima su legislación foral a la común. La distancia es menor. Si los otros territorios de legislación foral siguen el ejemplo de Aragón y paralelamente se efectúa la revisión del Código civil, de obligación vencida hace un cuarto de siglo, más se reducirán aún las diferencias. Por tal camino puede llegarse suavemente a la unidad de la legislación nacional. No será esta obra que podamos ver consumada los que ahora vivimos, pero nos honrará haber contribuido a ella» Cfr. en *Apéndice al Código civil de Aragón*, publicado en «Cien años de legislación foral aragonesa, 1884-1883», ed. Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, 1983, p. 159.

²⁶ No es este el lugar de recordar el proceso codificador, pero una vez admitida la premisa de subsistencia, al menos provisional («por ahora») de los Derechos forales, sí conviene recordar, a estos efectos, el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, por el que la Comisión de Códigos se ve ampliada con un representante más por cada uno de los territorios forales con ordenamiento civil propio, con el objeto de que redacten «una memoria acerca de los principios e instituciones del derecho foral que por su vital importancia sea, a su juicio, indispensable introducir como *excepción* para las respectivas provincias en el Código civil», (art. 4). Espíritu, que se ve representado en el art. 6 de la ley de bases de 1888: «instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen».

²⁷ DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, p. 245-246 (op. cit. n.23)

A su vez, la jurisprudencia caracterizó a los Derechos forales con las siguientes notas:

1. Derecho *particular*: su aplicación requería la prueba de la cualidad jurídica que determina su aplicación.
2. Derecho *excepcional*: El Derecho foral es de interpretación restrictiva, y no puede aplicarse la analogía para ampliar sus preceptos en contra del Derecho común.
3. Derecho *privilegiado*: Lo que supone que los actos realizados en contra de las reglas del Derecho foral no son nulos, por haber entendido la jurisprudencia que los aforados pueden elegir entre la aplicación del Derecho foral y el común, siempre que no se cause perjuicio a terceros.
4. Respecto del Derecho foral no rige plenamente la regla *iura novit curia*: es necesaria su alegación así como la prueba y contenido de su vigencia²⁸.

D) La supletoriedad del Código civil respecto a los Derechos forales.

a) *La postura aragonesa y el art. 13 Cc.* El Código civil en los arts. 12 y 13 estableció cuáles eran las relaciones entre el Código, *ius comune*, y el resto de Derechos subsistentes en España.

El art. 12, derivado directamente del art. 5 de la ley de bases de 1888, indicaba:

«Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias para todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del Título 4.º, del libro primero.- En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste el Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como Derecho supletorio en defecto del que lo sea por cada una de aquéllas en sus leyes especiales»²⁹.

Por su parte, el art. 13 Cc., homólogo al art. 7 de la ley de bases de 1888, establecía las relaciones entre el Código y el Derecho Aragonés:

«No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, este Código empezará a regir en Aragón y en las Islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se oponga a aquéllas de sus disposiciones forales o consuetudinarias que actualmente estén vigentes»³⁰.

²⁸ Cfr., con las correspondientes sentencias del TS que declaran tales caracteres del Derecho foral en DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, p.246-247 (op. cit. n.23).

²⁹ Sobre la historia de este precepto, origen y valor pueden consultarse los trabajos de ROCA Y TRIAS siguientes: *El Código civil como supletorio de los Derechos nacionales españoles*, en ADC, 1978, pp. 227-286; *El antiguo art. 12 del Código civil y la historia del Derecho supletorio*, en «Centenario del Código civil», T.II, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1677-1806.

³⁰ Sobre el origen de este precepto vid, por lo que respecta a Aragón, DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario al art. 1 Comp. aragonesa*, ... pp 106 y ss. (op. cit. n. 16) y *El origen del primitivo art. 13 del Código civil y el Derecho aragonés*, en «Centenario del Código civil», T.I, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 657-661; por lo que respecta a Baleares, MASOT MIQUEL, Miguel,

De la lectura de estos preceptos se deduce que el planteamiento de Aragón respecto a la codificación y a las relaciones entre Código y Derecho civil aragonés presenta diferencias con el resto de los territorios forales —a excepción de Baleares— en lo que hace a la aplicación del Código, pues en éstos relaciones venían determinadas por el art. 12 Cc.

La razón de ello es la actitud que mantuvieron los juristas aragoneses frente a la codificación.

En Aragón, como señala DELGADO ECHEVERRÍA³¹, no hubo oposición a la codificación; muy al contrario, el Código era también un logro aragonés que debía regir armónicamente ensamblado con las normas aragonesas que, a su vez, requerían un proceso de codificación. Además, los juristas aragoneses, a diferencia del resto de los territorios forales —con la excepción de Baleares— no rechazaron la aplicación supletoria del Código civil³², pues el Derecho de Castilla, ahora representado por el Código, se había admitido como supletorio desde el siglo XVIII.

Las relaciones entre el Código y el Derecho aragonés, venían determinadas por el art. 13 Cc., cuya interpretación, en palabras de RIPOLLÉS, fue la siguiente:

«una excepción al total contenido del Código, de manera que ninguna de las prescripciones de todos los restantes artículos de dicho cuerpo legal son aplicables en Aragón si se oponen al Derecho foral y consuetudinario vigente. Es decir, ni los artículos del Título preliminar ni, por tanto, el art. 12, rigen en Aragón si en algo contrarían las disposiciones vigentes de nuestro Derecho»³³.

La sorpresa, como señala su vez DELGADO ECHEVERRÍA³⁴, fue que los Tribunales (TS y ATZ) incluían a Aragón también en el régimen del art. 12 Cc., o sea, que se aplicaba directamente en Aragón el Título preliminar del Código civil y, por tanto, el sistema de fuentes establecido en el art. 6 de dicho

El Código civil y su aplicación al Derecho balear, en «Centenario del Código civil», T.I, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1299-1332

³¹ DELGADO ECHEVERRÍA, *El origen del primitivo art. 13 ...*, p.657 (op.cit.n.30).

³² Una vez admitida la subsistencia de los Derechos forales como medio de codificar el Derecho civil, representado exclusivamente por el Derecho de Castilla, el caballo de batalla hasta la promulgación del Código fue, precisamente, el establecimiento de cuál debía ser el Derecho supletorio de los subsistentes Derechos forales. En 1881, en el proyecto de ley de bases de ALONSO MARTINEZ, (base 17), se admite la subsistencia de los Derechos forales, a condición de que se aceptase como único supletorio el Código civil, y en consecuencia se derogasen los cuerpos romano y canónico, que regían como supletorios en Cataluña, y sólo el romano, en Navarra y Baleares. A este planteamiento se negaron los Diputados catalanes, que no admitían la derogación de sus cuerpos supletorios. Por fin se llegó a una fórmula de compromiso propiciada por SÁNCHEZ en el proyecto de 1885, que fue exactamente la que pasó al art. 5 de la Ley de bases del Código civil, y se tradujo, posteriormente, en el texto del art. 12 del Código. (Sobre el problema de la supletoriedad vid. ROCA Y TRIAS, *op. cit* en n. 14)

³³ RIPOLLÉS, «Apéndice especial» al Tomo I en *Jurisprudencia civil de Aragón*, 1897, pp. 288 a 293 cit. por DELGADO ECHEVERRÍA, *El origen del art. 13 C.c.*, p. 659. (op. cit. n. 30).

³⁴ DELGADO ECHEVERRÍA, *El origen del art. 13 C.c.*, p. 659. (op. cit. n. 30).

Cuerpo legal, con lo que se impedía la posibilidad de que en Aragón rigiera la costumbre contra ley, y en general la posibilidad de mantener un sistema propio de fuentes, que facilitase la autointegración del Derecho civil propio.

Así, y aun siendo en Aragón el Código civil el único Derecho supletorio aplicable, las relaciones del Código con el Derecho aragonés, y el valor y significado de la supletoriedad, fue la misma que en el resto de los territorios forales.

c) *Finalidad y valor de la supletoriedad del Código*. Escribía RIPOLLÉS, con respecto a las relaciones entre Código y Derecho aragonés lo siguiente:

«durante la doble elaboración de la ley de bases y la detenida revisión del Código no fuimos nunca en Aragón obstáculo para la fijación del Derecho supletorio, que fue por el contrario, la preocupación constante de las demás provincias de Fuero y de los iniciadores y confeccionadores del Código»³⁵.

Evidentemente, la supletoriedad del Código civil no suponía una preocupación para Aragón, si la misma se entendía tal y como se deducía del art. 13 Cc., y tal y como Ripollés y otros juristas aragoneses defendieron para Aragón. Ello hubiera supuesto la posibilidad de controlar la aplicación del Código civil como Derecho supletorio en Aragón, que sólo podía aplicarse si no se contradecían los principios que informan al Derecho aragonés (método señalado de integración), pero no fue esa la misión que la supletoriedad tenía en el Código civil.

La transcripción que hacemos del texto de RIPOLLÉS no es por demostrar cuál fue la postura aragonesa ante la supletoriedad —que ya la hemos explicado— sino para demostrar la importancia que la misma tuvo para los *iniciadores y confeccionadores del Código*, que de alguna manera explica la oposición del resto de las foralidades a admitir al Código civil como supletorio, preocupación que expresa la finalidad y alcance de la supletoriedad consagrada en el Código civil.

La supletoriedad del Código civil, aunque reclamado como último supletorio para Navarra y Cataluña ³⁶: «en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales»³⁷, y como único supletorio en el resto de los terri-

³⁵ RIPOLLÉS, «Apéndice especial» al Tomo I en *Jurisprudencia civil de Aragón*, 1897, pp. 288 a 293 cit. por DELGADO ECHEVERRÍA, *El origen del art. 13 C.c.*, p. 659. (op. cit. n. 30).

³⁶ Conviene recordar que en Aragón y Baleares se acepta el Código como único supletorio, y que en Vascongadas, aún rigiéndose su relación con el Código civil a través del art. 12, resulta ser éste el único supletorio, pues desde el siglo XV se venían aplicando como supletorias las leyes de Castilla, que resultan derogadas por el Código civil, incluso como Derecho supletorio, tal y como dispuso la base 27 de la ley de bases de 1888 y dispone el art. 1976 del Cc. (En relación con el art. 1976 Cc. vid el comentario al mismo de DELGADO ECHEVERRÍA, en *Comentarios al Código civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 2176-2180).

³⁷ Durante la elaboración del Código civil español los representantes catalanes en el Congreso fueron los que de forma enérgica se opusieron a la supletoriedad única del Código civil. Si aceptaron la supletoriedad del Código, fue posponiéndolo al último lugar, y con la pretensión de conseguir que el Código no se aplicará, pues si previamente había otros Derechos supletorios a los que recurrir para integrar las lagunas del Derecho propio, por imposición de la lógica, no habría lugar

torios forales, fue en todos los casos una estrategia por parte de los codificadores para conseguir la unidad del Derecho civil español³⁸.

En efecto, como señala PUIG FERRIOL en la mente de los autores de la codificación civil española, la diversidad legislativa terminaría por erradicarse sin grandes traumas, puesto que los derechos forales subsistían sin posibilidad de renovación, y, por tanto, los sucesivos cambios sociales y familiares harían cada vez más patente su anacronismo y su falta de adaptación a los nuevos tiempos, lo cual llevaría a la progresiva vigencia del Código civil en todo el territorio nacional³⁹.

La supletoriedad del Código civil nació con una finalidad declarada: la unidad y uniformidad del Derecho civil español, y ello se constata por un lado, por el valor de *ius commune* que representa el Código civil frente a la *excepcionalidad* representada por los Derechos forales; y, por otro, por la imposición de la supletoriedad del Código, que no sólo significó subsidiariedad, sino aplicación directa, puesto que en función de las características que se atribuyen a los Derechos forales, no es posible una previa autointegración de sus normas: el único recurso es la aplicación automática del Código civil⁴⁰.

a la aplicación del Código en dichos territorios, a excepción de las normas que, primero el art. 5 de la ley de bases de 1888 y posteriormente el art. 12 Cc, se declararon de aplicación general y directa. Pero la supletoriedad del Código civil resultaba, a la postre, la única supletoriedad puesto que los Derechos supletorios declarados subsistentes —romano y canónico— más que como cuerpos supletorios fueron considerados como parte integrante y perteneciente al ordenamiento catalán o navarro, de manera que de cualquier manera se imponía la aplicación del Código civil casi como único supletorio. En concreto, DE CASTRO señalaba a este respecto lo siguiente: «En los casos de superposición de Derechos supletorios, los Derechos supletorios primeros tienen valor privilegiado en relación con los últimos, pero quedan reducidos a la categoría (...) de reglas complementarias, mientras que sólo el último de todos puede tener el valor de *Derecho común*». (cfr. op. cit. nota al pie 1 de la p. 259, cit. en n. 22). Vid. también ROCA Y TRIAS, *El Código civil como supletorio de los Derechos nacionales españoles*, en ADC, 1978, pp. 227-286.

³⁸ En este sentido, ROCA Y TRIAS, que señala como «el Derecho supletorio se utilizaba por vía indirecta para conseguir la unificación del Derecho civil español», cfr. *El Código civil como supletorio...*, p. 259 (op. cit. n.27).

³⁹ PUIG FERRIOL, *El Denominado problema foral...*, p.1618 (op. cit. n.17). Esta fue, por lo demás, la manifestación que de forma expresa hiciera en el Congreso ALONSO MARTINEZ en la legislatura de 1887-88, cuando manifestaba que «Tengo la opinión de que publicado el Código civil, aunque por de pronto no haya de regir la mayor parte de sus artículos en las regiones forales, cuando vean un Código sencillo, especie de cartilla de los derechos y deberes que tienen los ciudadanos españoles, así respecto de la familia como de la propiedad y de la contratación, por la fuerza de las cosas se irá imponiendo a las regiones forales». (Cfr. Sesión del Senado de 14 de abril de 1888. «Diario de Sesiones» núm. 86, p. 1741 cit. por ROCA Y TRIAS, *El Código civil...*, p. 269, op. cit. n. 37).

⁴⁰ La doctrina de la época señalaba «que el valor de Derecho supletorio del Código respecto de los Derechos forales se manifiesta en los siguientes aspectos: a) Completa y da sentido a todas las disposiciones forales. Los Derechos forales no tuvieron nunca otro significado que el de «Derecho municipal», reglas fragmentarias y necesitadas del Derecho común; b) La fuerza expansiva que el Código civil tiene como heredero del Derecho común (art. 1976 C.c.), le hace llenar todos los huecos y lagunas que presenten las disposiciones particulares de los territorios de fuero. El mecanismo de aplicación, aunque lógicamente automático, requiere tener en cuenta no sólo el hecho de la laguna y el articulado del Código, sino también el elegir la disposición del Código que mejor compagine con el derecho foral, excluyendo la que contradiga alguna norma vigente del

En efecto, como señalara DE CASTRO y afirmara la jurisprudencia, el Código civil se aplicaba en los territorios forales por no existir disposición particular clara —obsérvese que no solo y exclusivamente porque haya laguna— o bien por tratarse de una institución o figura nueva, introducida por el Código civil o simplemente desconocida para el Derecho foral aplicable⁴¹ —lo que supone una clara desfiguración del Derecho foral, al introducir en el mismo instituciones extrañas, pues observese que la falta de regulación no impone, necesariamente, la existencia de una laguna que integrar—.

Ello demuestra que la técnica de la supletoriedad no respondió a su objetivo natural, la integración de lagunas, sino que su finalidad fue la uniformidad del Derecho civil español. A pesar de la dicción de los arts. 12 y 13, el Código civil, en cuanto Derecho común, era directamente aplicable en todo España, a excepción de aquellas pequeñas particularidades que se regían por los Derechos forales.

E) El Apéndice de 1925. Como hemos señalado Aragón, respecto del resto de los territorio forales, manifestó una clara y diferente posición con respecto a la Codificación, lo que se refleja también en el hecho de que fue el único territorio foral que cumplió los designios del art. 6 de la ley de bases y se promulgó para Aragón —desde luego como ley del Estado— un Apéndice de las instituciones que había que conservar.

Pero además, el Apéndice contenía algo insólito, una disposición derogatoria, por la que se declaraba derogado el Cuerpo de Fueros y Observancias del Reino de Aragón⁴².

derecho foral (*única concesión, al parecer, que se hacía al Derecho foral*); c) Constituye la última base del Derecho civil español, en el doble sentido de excluir toda institución jurídica, desconocida en los derechos forales y extraña al régimen jurídico del Código, y en el que los tribunales tendrán que acudir a su preceptos al no encontrar disposición foral aplicable (*lo que supone, a mi juicio, una vulneración del Derecho civil propio y fomenta una aplicación directa del Código, pues la falta de regulación de una institución no implica la existencia de una laguna*); d) El art. 6 del Código ordena acudir a los principios generales del Derecho, al no poder hablarse, dado su carácter particular y excepcional, de principios generales forales, se ha de acudir a los principios generales del Derecho común; de éstos, unos han encontrado su formulación o su reflejo en el articulado del Código, y otros, los más, permanecen sin escribir; a ellos corresponde la difícil tarea de dar un sentido de justicia y de adecuación actual a las antiguas reglas conservadas en los fueros. (cfr. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, p.259-260 (op. cit. n.23).

⁴¹ DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, p.259-260 (op. cit. n.23). Así, por ejemplo, se aplica el Código civil en materia de prescripción de censos, y no es seguro que no hubiera particularidades en Aragón; igualmente en materia de prodigalidad, cuando la misma no era causa de incapacitación en Aragón. (vid. en relación a la prodigalidad y las distorsiones que provocó la aplicación del Código civil, BAYOD LÓPEZ, Carmen, *Sujetos de las capitulaciones matrimoniales aragonesas*, ed. Institución «Fernando el Católico», DPZ, Zaragoza, 1995, p. 213 a 225). Todo ello provocará, como señala ROCA Y TRIAS importantes inadecuaciones entre el Código civil y los Derechos forales (cfr. *El Código civil como supletorio...*, p. 259 —op. cit. n. 37)—)

⁴² Como señala DELGADO ECHEVERRÍA, Aragón participó plenamente del ideal codificador, por ello en ningún momento se pensó en la subsistencia de los antiguos Fueros, ni tan siquiera como elemento integrador o Derecho supletorio del nuevo Derecho civil aragonés codificado. (DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario al art. 1 Comp. aragonesa ...*, pp. 106-131 (op. cit. n. 16) y *El origen del primitivo art. 13...*, pp. 659 —op. cit. n.30).

El Derecho aragonés quedaba reducido al contenido del Apéndice que, desprovisto de un sistema de fuentes, se presentaba a sí mismo como un Derecho excepcional frente al Código civil y necesitado, en todo caso de integración a través de aquél.

En efecto, art. 1.º del Apéndice declaraba:

«Según esta preceptuado por los art. 12 y 13 del Código civil, las disposiciones forales del presente Apéndice regirán en Aragón, no obstante lo establecido en aquella ley común acerca de los respectivos casos y asuntos».

Evidentemente, la dicción de este precepto encajaba perfectamente con la más antigua tradición y relación entre *ius comune-ius municipal*, puesto que el *ius comune* es de aplicación general y directa en el territorio aragonés, salvo en aquellas pequeñas excepciones que representa el contenido del Derecho excepcional —el Apéndice—, que incluso llamará al Derecho común para integrar sus lagunas.

3. LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN DE 1967 Y LA REFORMA DEL TÍTULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL DE 1974

A) *Derecho excepcional-Derecho especial*. Como señala PUIG FERRIOL⁴³, en los años 40 surge una limitada reafirmación del pluralismo civil español, que se inicia con el Congreso Nacional de Derecho civil de 1946⁴⁴, que supuso estructurar la subsistencia de los distintos Derechos forales españoles, no a base del desacreditado sistema de apéndices al Código civil, y que había tenido una manifestación señaladamente negativa tras la publicación del Apéndice del Derecho civil de Aragón, sino mediante un sistema de compilaciones en las que se recogieran las instituciones forales que había que conservar.

Esta limitada manifestación de la pluralidad legislativa española —de vital importancia, pues será la premisa de la que parte la Constitución española de 1978 para afirmar la vigente pluralidad legislativa española en materia de Derecho civil— se debe en buena parte a la posición y significado de las Compilaciones frente al Código civil⁴⁵.

Así, mientras el significado originario de la técnica de los Apéndices partía de la premisa de que los ordenamientos jurídicos forales venían a ser un Derecho excepcional, que se apartaba de los esquemas normales o generales

Por el contrario, el resto de los Derechos forales, ni en la época de las Compilaciones, derogaron su Derecho histórico, sino que las Compilaciones reflejan y continúan con ese Derecho histórico que en ningún caso se deroga. Así, por ejemplo la DF1ª de la Compilación Balear decía y la DF 1ª de Cataluña.

⁴³ PUIG FERRIOL., *El denominado problema foral* ..., p.1624 y ss. (op. cit. n. 17).

⁴⁴ Sobre el Congreso nacional de Derecho civil de 1946 vid. DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario al art. 1 Comp.* ..., pp. 132 y ss así como la bibliografía que cita. (op. cit. n. 16).

⁴⁵ En este sentido PUIG FERRIOL., *El denominado problema foral* ..., p.1624 y ss. (op. cit. n. 17).

que había recogido el Código civil; las Compilaciones, por el contrario, tienden a configurarse como un Derecho no excepcional, sino especial frente al Código, que regulan determinadas materias de una forma diferente a como se hizo en el Código, pero con unas soluciones tan normales como las codificadas.

De manera que la regulación jurídica contenida en las Compilaciones será *común y directamente aplicable* en el territorio en que estén vigentes, desplazando al Código a una suerte de aplicación subsidiaria: sólo en defecto de norma compilada.

Con todo, no hay que olvidar que el sistema de las compilaciones no nació como un cambio sustancial a la mentalidad de la época, que seguía teniendo como objetivo cierto la unificación del Derecho civil español, lo que fácilmente se justifica si tenemos en cuenta, por un lado, el preámbulo del Decreto de 23 de mayo de 1947 (con el que se inicia legalmente la técnica compiladora, sobre las conclusiones del Congreso de Zaragoza de 1946) en el que se afirma como meta la publicación de un Código civil para toda España:

«cuya primera etapa ha de ser la compilación de las instituciones forales, lo que dará lugar a la comunicación de los distintos derechos hispánicos, en busca de aquéllos principios comunes en los que se asentó el espíritu cristiano y nacional de nuestra unidad, nuestra libertad y nuestra grandeza.»

Por otro lado, las distintas compilaciones forales, que se aprueban como leyes del Estado, tienen por objeto la conservación y «sistematización adecuada de las instituciones históricas, teniendo en cuenta su vigencia y aplicabilidad en relación con las necesidades y exigencias del momento presente»⁴⁶, objetivo que elimina cualquier posibilidad de renovación del propio Derecho.

De cualquier manera, culminado el proceso compilador (1959-1973), las compilaciones van a significar el ocaso del ciclo histórico iniciado en 1888: los Derechos forales, a partir de este momento no son unos Derechos provisionales que subsisten por ahora, sino la premisa previa de la que hay que partir para estructurar el ordenamiento civil en España.

La técnica de la supletoriedad no puede ser ya una estrategia de unificación del Derecho civil, sino simplemente un mecanismo de heterointegración, que responderá a diversos objetivos en función de la posibilidad de desarrollo del propio Derecho civil foral.

B) La Compilación del Derecho civil de Aragón de 1967⁴⁷. Principios de jerarquía y posterioridad. La Compilación de 1967 fue promulgada como una ley ordinaria por las «Cortes españolas» el 8 de abril de 1967. Como tal ley ordinaria podía ser derogada, expresa o tácitamente, por otras leyes posteriores y de igual rango, pero también ella podía derogar a leyes anteriores del mismo rango, lo que

⁴⁶ Art. 3 del Decreto de 23 de mayo de 1947.

⁴⁷ Todo lo dicho en este punto es un extracto del estudio y planteamientos que en relación a esta materia efectúa mi maestro, cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario al art. 1 Compilación* ..., p.148-149 (op. cit. n. 16).

tuvo especial importancia respecto del Código civil, incluido el Título preliminar y los arts. 12 y 13 del mismo.

Los arts. 12 y 13 del Código civil venían señalando las relaciones entre dicho cuerpo legal y el resto de los Derechos forales, pero a partir de la promulgación de la Compilación del Derecho civil de Aragón —ley posterior y de igual rango—, el sistema de relaciones entre el Derecho aragonés y el Código venía gobernado por el art. 1 de la Compilación, que regulaba el sistema de fuentes del Derecho civil de Aragón y la posición que ocupaba el Código civil en Aragón.

Así, el art. 1 Comp. dispuso:

«Constituyen el Derecho civil de Aragón, como expresión de su régimen especial, las disposiciones de esta Compilación integradas con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico.- En defecto de tales normas, regirán el Código civil y las demás disposiciones constitutivas del Derecho general español.»

En consecuencia, a partir de este momento era evidente que los viejos artículos 12 y 13 del Código civil habían dejado de reflejar con corrección el sistema de relaciones entre éste y los Derechos forales.

En particular, y por lo que respecta a Aragón, el contenido de la Compilación no era una excepción: conjunto de normas sin unidad interna llamado a regular «casos» y «asuntos» aislados; sino, muy al contrario, representaba un sistema de Derecho civil con fuentes propias y unos principios generales capaces de autointegrar las normas aragonesas.

Ello convertía a la Compilación en un cuerpo de Derecho común, en cuanto norma directamente aplicable y con capacidad de autointegración, que relegaba al Código a la calidad de Derecho subsidiario: sólo en defecto de norma aragonesa.

C) La reforma del Título preliminar del Código civil. El art. 13 Cc. La supletoriedad del Código.

a) Sanción de la coexistencia de Derechos civiles en España. Aun cuando la reforma del Título preliminar del Código civil en 1974 no tuvo como objeto la regulación de las relaciones entre los diversos Derechos civiles coexistentes en España, se incluyó un artículo que, bajo la rúbrica de «Ambito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional», sirvió para levantar acta de la situación ya alcanzada a raíz de las Compilaciones forales.

Como dice DELGADO ECHEVERRÍA, el art. 13 del Código entonces redactado, más que un precepto para el futuro, era una constatación de la realidad que había llegado a ser por otros medios⁴⁸.

⁴⁸ DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario al art. 1 Comp.* ..., p.149 (op. cit. n. 16). En relación con el art. 13 Cc. vigente, vid. DELGADO ECHEVERRÍA y BAYOD LÓPEZ, «Comentario al art. 13 del Código civil», en *Comentario al Código civil*, I, Título Preliminar, ed. Bosch, Barcelona, 2000, pp. 367-386.

Textualmente, el art. 13 Cc. nació con la siguiente redacción:

«Las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinen los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del título IV del libro primero, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrá aplicación general y directa en toda España.- En lo demás, y con pleno respeto a los Derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código civil como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales.»

Como señalará HERRERO DE MIÑÓN⁴⁹, la dicción del art. 13 del Código civil en 1974 induce a pensar que el legislador estatal reconoce, no ya la existencia de una diversidad material de sistemas civiles, sino la constatación de una pluralidad de ordenamientos: en España a partir de este momento no hay un sólo ordenamiento civil, sino varios, y el art. 13 del Código sólo dice cuál es el ámbito de vigencia de uno de ellos, el del Código civil.

Evidentemente, el panorama que ofrecen los Derechos forales en el nuevo Título preliminar del Código civil es muy diferente al que presentaban en el derogado art. 12, pues si entonces representaban un problema no resuelto, son ahora una premisa inalterable de la que hay que partir.

Esta diferencia fundamental —el pleno respeto a los Derechos forales— puede significar el distinto sentido que tienen ahora las relaciones entre el Código civil y las legislaciones forales⁵⁰.

b) *Valor de la supletoriedad Código civil: supletoriedad de normas.* Aun cuando para algunos autores la regla de la supletoriedad prevista en el art. 13 del Código civil venía a representar todavía una técnica de unificación del Derecho civil español en base al valor de *ius commune* del Código⁵¹, a lo que creo, a partir de este momento no es esa la función que cumple la supletoriedad en el art. 13 del Código, sin perjuicio de que en la mente del legislador el Código sea «exponente todavía de los principales rasgos caracterizadores del Derecho común», tal y como afirmara la E.M. del Decreto de de 31 de mayo de 1974.

El art. 13 del Código civil contiene dos párrafos que determinan, no ya la relación entre el Código y los Derechos forales —pues esta relación vendrá determinada por las propias Compilaciones— sino cuál es su ámbito de aplicación en función, precisamente, de la pluralidad de Derechos civiles.

En efecto, por un lado, el párrafo 1.º señala que hay una serie de normas en el Código civil cuyo ámbito de aplicación es todo el territorio nacional. Señaladamente, algunas de las que integran el Título preliminar, y no todas

⁴⁹ HERRERO DE MIÑÓN, Manuel, *Marginales al nuevo título preliminar del Código civil*, en REDA, 1974, p. 388.

⁵⁰ En este sentido, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *Ámbito de aplicación del Código civil*, RDP, 1977, p.316.

⁵¹ En este sentido ROCA Y TRIAS, *El Código civil como supletorio ...*, p. 286 (op. cit. n. 14 y 37).

ellas, puesto que habrá que conjugar dicha aplicación general y directa con el contenido de las propias Compilaciones⁵².

Por otro lado, el Código civil (a tenor del párrafo 2.º del art. 13 Cc.) se aplicará en el resto del territorio nacional como Derecho supletorio.

Pero obsérvese que la supletoriedad que presenta ahora el Código no es unificadora —aplicación automática ante aparente laguna por falta de claridad o institución desconocida en el Derecho foral— sino que se encuentra doblemente condicionada.

En primer lugar, el Código regirá como Derecho supletorio de los Derechos forales o especiales *con el pleno respeto* a estos, lo que tendrá que significar que su aplicación como norma supletoria no ha de contradecir los principios que inspiran el Derecho foral.

Esto haría decir a FIGA Y FAURA, seguido por buena parte de la doctrina, que los preceptos del Código civil aplicados a los territorios forales son preceptos reversibles, por cuanto aplicados a los diversos territorios forales adquieren valor que determinen sus principios, y en función de ellos han de ser interpretados dichos preceptos del Código al ser aplicados en el territorio foral⁵³.

Lo que quiere decir, siguiendo a FIGA Y FAURA, que la aplicación del Código civil como Derecho supletorio en el ámbito de los territorios forales se ha de referir a los supuestos en que la regulación de la materia en el Código civil responda coherentemente a los mismos principios que inspiran la regulación del texto compilado, y no se habrá de aplicar cuando estemos ante una institución

⁵² A estos efectos hay que tener en cuenta el art. 2 la E.M. del Decreto de 31 de mayo de 1974, por el que se aprueba el nuevo Título preliminar del Código civil en el que se señala que «El presente texto articulado del nuevo Título preliminar no altera lo regulado en las compilaciones de los derechos forales o especiales», lo que positivamente se refleja en el comienzo del párrafo 2º del art. 13: «Con pleno respeto a los derechos forales o especiales.»

De lo anterior se deduce que hay que interpretar el texto del art. 13.1 Cc. con el contenido de las compilaciones. Así, y por lo que respecta a Aragón, no fue de aplicación general y directa la regulación de las fuentes que contiene el Código civil, esta regulación será la que corresponda al Derecho civil codificado, y en su caso representará el orden de prelación de fuentes del Derecho español, pero no así a las fuentes del Derecho civil aragonés que quedan determinadas por la Compilación. En consecuencia, del art. 1 del Código civil, tan solo resultarán aplicables los nº 6 y 7.

Además, y en razón precisamente de la regulación de sus propias fuentes por parte de la Compilación aragonesa, tampoco serán aplicables los arts. 3 y 4 del Código civil, pues es la Compilación, (arts. 1, 2 y 3) dónde se establecen sus propias normas de interpretación.

Sí resultarán normas de aplicación general y directa, los arts. 6 y 7 Cc., en cuanto que determinan la eficacia general de las normas jurídicas. Igualmente las normas referentes a la celebración y disolución no vincular del matrimonio. (Vid. en el mismo sentido, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *Ámbito de aplicación...*, p. 320 y ss. —op. cit. n. 50—)

⁵³ FIGA Y FAURA, *La Compilación en sus conexiones con el Código civil* en «Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña», Barcelona, 1961 cit. por DELGADO ECHEVERRÍA, en *Fuentes del Derecho civil catalán en particular, la compilación y la legislación común.*, en «Llibre del II Congrés Jurídic Català», 1971, ed. FCJC, 1972, 165-166.

desconocida en el Derecho foral, o la norma a aplicar contradiga los principios del Derecho foral⁵⁴.

En segundo lugar, el art. 13.2 Cc. señala que el Código regirá como Derecho supletorio de los Derechos forales *en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales*.

Planteamiento del Código que resulta curioso si se tiene en cuenta que al tiempo de publicarse el art. 13 Cc. el proceso compilador ya había concluido y era conocido por el legislador —entonces único— que todas las Compilaciones acogían como único supletorio al Código civil.

En consecuencia, ¿qué pudo significar esta supletoriedad de segundo grado que establece el Código civil?

Si relacionamos el planteamiento del Código —supletoriedad de segundo grado— con el Derecho civil de Aragón, significa, a lo que creo, la consagración de la subsidiariedad del Código civil frente al Derecho foral, y en consecuencia la declaración de Derecho común en sus propios territorios de los Derechos forales⁵⁵.

En efecto, la Compilación aragonesa prevé un sistema propio de fuentes, de manera que es posible la autointegración de las lagunas que se puedan producir.

Por ello, en lo regulado por la Compilación teóricamente no tendría cabida el Código civil, pues el sistema de fuentes desplaza al Código civil hasta negarle la entrada.

Ahora bien, en cuanto que la Compilación no presenta un sistema completo de Derecho civil —ni podría llegar a serlo al no tener posibilidades de modificación y desarrollo—, el Código vendrá llamado a colmar dichas lagunas, en cuanto Derecho civil más extenso, pero no de mayor valor que el contenido en las compilaciones.

⁵⁴ FIGA Y FAURA, *El nuevo título preliminar del Código civil y el Derecho catalán*, en «Documentación jurídica», 1974, pp. 1.404-1405, cit. por LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *Ámbito de aplicación...*, p. 328 (op. cit. n.50).

⁵⁵ Esta apreciación fue común en la doctrina y no solo por parte de los foralistas. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, a este respecto, señalaba lo siguiente: «La coexistencia del Derecho civil codificado y del Derecho civil propio de las regiones forales aparece configurada de forma distinta desde la promulgación del Título preliminar, (...) las compilaciones forales se han elaborado con la pretensión de constituir sistema jurídicos conformados por principios propios. Estos cuerpos legales son especiales en relación al Código civil porque tiene un campo de aplicación limitado, pero sus preceptos en su respectivo ámbito de aplicación tienen el valor de Derecho común. (...).

El significado de Derecho común de las legislaciones forales se manifiesta principalmente en el orden de prelación de sus fuentes y en una serie de principios generales que conforman el propio sistema jurídico. cfr. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique, *Aplicación del Código civil como Derecho supletorio de otras leyes*, en RDP, 1976, pp. 605 y ss. Vid allí bibliografía citada, pues la opinión no era aislada en la doctrina..

Como señala LALAGUNA DOMINGUEZ la supletoriedad del Código no es por ser Derecho común sino por ser Derecho civil de carácter general⁵⁶.

Todo ello viene a significar el papel subsidiario al que queda relegado el Código civil, la supletoriedad sólo juega como una cláusula de heterointegración de lagunas, que sólo se aplica cuando no hay posibilidad de que el Derecho civil foral quede autointegrado a través de su propio sistema de fuentes.

Ello llevó a afirmar a LALAGUNA DOMÍNGUEZ que:

«Una importancia especial comporta respecto de los Derechos forales la materia de prelación de fuentes. En esta materia las relaciones con el Código civil se manifiesta de forma hirviente en las compilaciones de Aragón y Navarra, en las que prácticamente queda arruinada la posibilidad de que se aplique el Código civil como Derecho supletorio, salvo cuando sea objeto de remisión expresa en un texto compilado o cuando se trata de una materia no regulada por la propia Compilación⁵⁷.»

Estos criterios fueron, a su vez, recogidos por la jurisprudencia en diversas sentencias (STS 28 de junio de 1968 y 26 de febrero de 1971): la aplicación del Código civil debe hacerse en función del Derecho que se complementa, y sólo en defecto de norma foral directamente aplicable.

En consecuencia, podemos afirmar que la supletoriedad del Código civil, desde la promulgación de las Compilaciones forales y la reforma del Título preliminar del Código en 1974, responde a un método de heterointegración de normas, pertenecientes todas ellas a un mismo ordenamiento y promulgadas en unas mismas Cortes.

La supletoriedad del Código respecto de los Derechos forales —aunque se encuentre doblemente condicionada en su aplicación— es necesaria y permanente, pues escapa al control del Derecho foral, que no podrá reducir el ámbito de aplicación de aquél.

En efecto, el Código contiene un Derecho civil completo y con capacidad de evolución, mientras que las Compilaciones representan la última manifestación de conservación del Derecho civil territorial, que necesariamente tiene que recurrir a la aplicación del Código en todas aquellas materias civiles no reguladas en las Compilaciones.

Así, en la medida en que aumente y se modifique la legislación del Código civil, se amplía el campo de aplicación de la supletoriedad, que no puede evitar ni limitar el Derecho foral, al no poder desarrollarse.

Ciertamente, y en buena técnica, una nueva regulación del Código civil no puede crear verdaderas lagunas en el Derecho foral, pero la premisa de que sólo haya un único legislador aboca a esta consecuencia.

⁵⁶ LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique, *Aplicación del Código civil...*, p. 612 (op. cit. n. 50).

⁵⁷ LALAGUNA DOMINGUEZ, Enrique, *Ámbito de aplicación...*, p. 327 (op. cit. n.50).

Obsérvese, además, que en estos casos, aunque técnicamente diremos que el Código civil actúa como Derecho supletorio del Derecho foral, la aplicación del Código en esas materias supone una aplicación directa del mismo⁵⁸, pues no hay laguna verdadera que cubrir, de ahí que el Código todavía fuera exponente de los principales rasgos caracterizadores del Derecho común.

De cualquier manera, si así eran las cosas antes de la Constitución española de 1978, ésta ha de ser la premisa de la que hay que partir para interpretar la supletoriedad constitucional.

IV. EL ART. 149.3 CE: EL CÓDIGO CIVIL COMO DERECHO SUPLETORIO ESTATAL

1. PLANTEAMIENTO

Siguiendo a PUIG FERRIOL⁵⁹ podemos afirmar que la Constitución española de 1978 supone —como mínimo— un nuevo planteamiento de la pluralidad legislativa española en materia de Derecho civil.

El nuevo planteamiento tiene como punto de partida la superación del Estado centralista y uniformista, que se instauró en nuestro país a raíz de los Decretos de Nueva Planta, y que supone la apertura a otro modelo de Estado en el que se reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la nación española (art. 2 CE).

Este explícito reconocimiento y garantía del derecho a la autonomía ha de determinar forzosamente un nuevo enfoque del tradicional dilema de unidad-pluralidad legislativa en materia de Derecho civil.

Si hasta 1978 el objetivo de los legisladores españoles era la consecución de un Código único para toda la monarquía, a partir de ahora tal idea deviene señaladamente inconstitucional, pues la premisa de la que parte la Constitución española es, precisamente, la contraria: el repudio de la antigua aspiración de un Código único para todo el territorio nacional y, correlativamente, el abandono de la vieja distinción entre Derecho común y Derecho especial⁶⁰.

⁵⁸ En este sentido LORENTE SANZ., José, *La modificación del Título preliminar del Código civil*, en BREICAZ, núm. 55, p.48.

⁵⁹ PUIG FERRIOL, *El denominado problema foral* ..., p.1627 y ss (op. cit. n. 17).

⁶⁰ Vid. en este sentido, ROCA Y TRIAS, Encarna, *L'estructura de l'ordenament civil espanyol*, RJC, I 1983, pp. 128-129; PUIG FERRIOL, *El denominado problema foral* ..., p.1628 (op. cit. n. 17); SALVADOR CODERCH, Pablo, *El Derecho civil de Cataluña. Comentario al nuevo art. 1 de la Compilación catalana*, en RJC, IV, 1984, p. 50; DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario al art. 1 Comp. aragonesa* ..., p. 150 y ss. (op. cit. 16).

La Constitución española consagra definitivamente la coexistencia en pie de igualdad de los Derechos civiles territoriales españoles, y ello es consecuencia del nuevo modelo de Estado instaurado por el texto constitucional.

A) *El principio de competencia.* La configuración del Estado español siguiendo el modelo autonómico impone tanto para el Estado⁶¹ como para las CC.AA. el establecimiento del principio de competencia, de manera que cada uno de estos Entes podrá legislar en el marco de las competencias que vienen determinadas por la Constitución y, respecto de las CCAA, por el EEAA, en que hayan sido asumidas las mismas. Sólo en el marco de dichas competencias cada uno de estos Entes podrá dictar Derecho válido⁶².

En lo que hace al Derecho civil, y como señala DELGADO ECHEVERRÍA⁶³, el Código civil ha dejado de ser el centro del sistema. El art. 13 Cc., si bien todavía vigente, ya no puede determinar las relaciones entre el Código civil y el resto de Derechos civiles, es ahora la Constitución la que establece estas relaciones.

La constitución del estado español de las autonomías representan no sólo una descentralización administrativa, sino fundamentalmente política, lo que en materia de Derecho civil cobra extraordinaria importancia toda vez que las comunidades autónomas que en el momento de la entrada en vigor de la Constitución tenían un Derecho civil foral o especial, tras la vigencia del texto constitucional no sólo van a poder conservarlo, sino también modificarlo y desarrollarlo, tal y como establece el art. 149.1.8.º CE⁶⁴.

Por lo tanto, en este nuevo modelo de Estado, la potestad legislativa ya no es monopolio del «Estado», sino que, en lo que aquí nos interesa, el Derecho

⁶¹ En adelante entenderemos por Estado el conjunto de instituciones generales o centrales y sus órganos periféricos por contraposición a las comunidades autónomas y otros entes territoriales autónomos, siguiendo la acepción anfibológica que del término Estado hace la Constitución, según STC de 28 d julio de 1981, FJ 5º.

⁶² Vid. en este sentido, las Sentencias del TC 118/96 de 27 de junio y 61/97 de 20 de marzo.

⁶³ DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario al art. 1 Comp. Aragonesa ...*, pp.189-191. (op.cit. n. 16), en el mismo sentido, PUIG FERRIOL, *El denominado problema ...*, p. 1628 (op. cit. n. 17); ROCA Y TRIAS, *L'estructura ...*, p.160 (op. cit. n. 60); SALVADOR CODERCH, *El Derecho civil de Cataluña...*, p.11 (op. cit. n 60); VILLAVIGENCIO ARÉVALO, *La materia civil desde el punto de vista competencial*, en RJC, I, 1983, pp.192-913. Mantiene una opinión contraria LALAGUNA DOMINGUEZ, *Comentario al art. 13 C.c.*, en «Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales», T.I, vol. 2, ed. Edersa, Madrid, 1994, pp. 154 y ss.

⁶⁴ No es este el lugar de señalar las diversas interpretaciones que a lo largo de dos décadas se han formulado de este precepto, fundamentalmente en atención a la potestad autonómica en materia de modificación y desarrollo. En este punto es relevante la STC de 88/93 de 12 de marzo. El comentario a esta sentencia y cuál sea el valor del art. 149.1.8º CE esta magistralmente analizado por DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Doctrina del Tribunal constitucional sobre la competencia legislativa en materia de Derecho civil*, en RAAP, nº 4, 1994, pp. 361-404. Vid. también ZABALO ESCUDERO, Elena, *La reforma del Derecho civil aragonés: El marco constitucional*, en «Actas de los Sextos encuentros de Foro aragonés», ed. Justicia de Aragón, Zaragoza, 1996, pp. 39-51; los dos números de la Revista «DERECHO PRIVADO Y CONSTITUCIÓN» (1993-1994); JURIS Quaderns de política jurídica núm. 1, 1994 (Ponencias de DELGADO ECHEVERRÍA, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R y BADOSA COLI.).

civil español es una potestad que comparte con las Comunidades autónomas que tengan un Derecho civil propio.

En consecuencia, y siguiendo a ENCARNA ROCA⁶⁵, podemos afirmar que la Constitución española configura el ordenamiento civil español como un conjunto formado por distintos subordenamientos: el formado por la legislación civil del Estado y el formado por la legislación civil de las Comunidades Autónomas con competencia en esta materia.

B) El ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos. Obsérvese que la anterior afirmación es de trascendental importancia para la configuración del nuevo orden civil y sus relaciones, pues con anterioridad a 1978, las Compilaciones forales —en cuanto expresión de la pluralidad civil— eran *sistemas jurídicos* más o menos cohesionados internamente, que pertenecían a un único ordenamiento, de ahí que afirmáramos que la relación entre Compilaciones y Código civil era una relación entre normas. Situación que podía ser modificada en cualquier momento por el legislador, entonces único, que podía derogar las Compilaciones: La relación que media entre el Código y las Compilaciones respondía a los principios de jerarquía y de posterioridad.

A partir de la Constitución española esas Compilaciones dejan de ser leyes estatales, para pertenecer a otro ordenamiento: el ordenamiento autonómico, y, en consecuencia, el legislador estatal carece de cualquier competencia para modificarlas o derogarlas: la relación que ahora media entre Código y Compilación se basa en el principio de competencia (art. 149.1.8º en relación con los arts. 149.3 y 2 CE).

Por lo que respecta a Aragón, desde 1982 se asume en el EA la competencia exclusiva en materia de conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés (art. 35), y por ley 3/85 de 21 mayo se incorpora la Compilación aragonesa al ordenamiento autonómico aragonés. La Compilación ha dejado de ser una norma estatal para ser una norma autonómica. El legislador estatal carece de competencias sobre ella⁶⁶.

⁶⁵ ROCA TRIAS, Encarna, *L'estructura de ...*, pp. 128-149 (op. cit. n.60)

⁶⁶ Tal y como señala la S. TC 61/97 de 20 de marzo, «Si, como hemos señalado, la cláusula de la supletoriedad no es una fuente atributiva, en positivo, de competencias estatales, ni aun con carácter supletorio, tampoco puede serlo en negativo; es decir, tampoco puede ser un título que le permita al Estado derogar el que era su propio derecho, en este caso sobre urbanismo, pero que ya ha dejado de serlo o, más exactamente, que ya no se encuentra a su disposición, ya sea para alterarlo (aun con eficacia supletoria) o para derogarlo. De otro modo, si el legislador estatal suprimiese, mediante su derogación, el derecho sobre una materia cuya competencia ya no es suya, sino de las comunidades autónomas, vendría a quebrantar una de las finalidades básicas de la supletoriedad, cual es la de que, con la constitución de los órganos de poder de las comunidades autónomas, y su correspondiente asunción de competencias normativas, no se origine un vacío parcial del ordenamiento, permitiendo y prescribiendo, con este propósito, la aplicación supletoria, potencialmente indefinida, del ordenamiento estatal». (FJ 12 d.).

Como señala DELGADO ECHEVERRÍA⁶⁷, antes de 1978 el Derecho civil aragonés era «aragonés» por su origen histórico y por aplicarse sólo en Aragón y a los aragoneses. Ahora el Derecho civil aragonés lo es por formar parte del ordenamiento autonómico aragonés y por emanar de su propio órgano legislativo: Las Cortes aragonesas.

2. LA SUPLETORIEDAD DEL DERECHO ESTATAL: EL ART. 149.3 CE

El art. 149. 3 de la Constitución española dispone:

«Las materias no atribuidas expresamente al Estado por la Constitución podrán corresponder a las Comunidades autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. Las competencias sobre las materias que no hayan asumido los Estatutos de Autonomía corresponderán al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre el de las comunidades autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El Derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades autónomas.»

En esta norma se contiene lo que la doctrina de forma unánime ha venido en calificar como cláusula de cierre y garantía de situaciones atípicas tanto en el sistema de distribución de competencias como en el sistema de relación entre ordenamientos⁶⁸.

La función que desempeña la supletoriedad en el texto constitucional es doble, si bien responde a una misma finalidad: la completud del ordenamiento jurídico español⁶⁹ y la garantía del principio de competencia.

En efecto, por un lado, la supletoriedad establece un sistema de relaciones entre el Derecho del Estado y los Derechos autonómicos; por otro, responde a una función que le es propia, la integración de lagunas legales: evitar el *horror vacui* que pudiera producirse al pasar de un Estado centralista a un Estado autonomista⁷⁰.

⁶⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario al art. 1 Comp. aragonesa* ..., p. 151 y ss. (op. cit. n.16).

⁶⁸ Vid, en este sentido BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como Derecho supletorio del propio de las Comunidades autónomas*, en REDA, 55, 1987, pp. 383 y ss; TORRES MUÑO, Ignacio, *La doctrina del Tribunal constitucional sobre la cláusula de la supletoriedad. Una defensa matizada.*, en «Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense», n.22, 1997, pp. 178; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Una reflexión sobre la supletoriedad del Derecho del Estado respecto de las comunidades autónomas*, RDA, 95, 1997, p. 408; CARBONELL PORRAS, *La supletoriedad del Derecho estatal en la reciente jurisprudencia constitucional*. RAP, 143, 1997, p. 195.

⁶⁹ En este sentido, BALAGUER CALLEJÓN, *La integración del Derecho autonómico y la aplicación supletoria del Derecho estatal*, RAP, 124, 1991, pp. 112 y ss; TORRES MUÑO, Ignacio, *La doctrina del Tribunal constitucional* ..., pp. 170 (op. cit. n.68).

⁷⁰ Quizás esta es la razón de que en el Derecho comparado no exista una cláusula semejante que establezca la supletoriedad del Derecho estatal, pues el punto de partida no era la existencia previa de un Estado único y uniforme sino que, por el contrario, se parte de la existencia de varios Entes soberanos que se asocian o federan.

Esta última función configura a la supletoriedad del Derecho estatal con un carácter meramente residual, que cumple, además, una misión especial: garantizar el principio de competencia.

En efecto, obsérvese que las relaciones se establecen ahora entre dos subordenamientos (el estatal y los autonómicos) que presentan la misma fuerza expansiva, cada uno de ellos en el ámbito de sus competencias, al poder ser objeto de modificación y desarrollo, no por un único legislador, que puede hacer prevalecer un Derecho sobre el otro, sino por dos legisladores distintos que se encuentran sometidos a la Constitución.

La supletoriedad establecida en el texto constitucional no es una competencia más que corresponde al legislador del Estado⁷¹, pudiendo éste, en consecuencia, establecer su ámbito de aplicación, sino que es una técnica de integración de lagunas⁷², capaz de ser controlada por el legislador autonómico.

⁷¹ En este sentido es ya constante la jurisprudencia del TC, si bien son destacables las sentencias 118/96 y 61/97; en las que se declara lo siguiente: «el hecho de que el legislador estatal disponga de la aplicabilidad de sus normas a las Comunidades autónomas sólo es constitucionalmente legítimo allí donde se halle habilitado por un título competencial específico, que le permite disponer de tal cosa; pero donde carece de él no puede atribuírselo en base a la supletoriedad, pues, ..., la determinación sobre si ha de producirse o no la aplicación supletoria del Derecho estatal no le corresponde a él». (FJ 8º STC 118/96, y en el mismo sentido el FJ 12. de la S. 61/97).

⁷² LASAGABASTER considera que el principio de supletoriedad no responde a una técnica de heterointegración cuya finalidad sea precisamente el colmar las lagunas que pueda presentar el ordenamiento autonómico. Si esa finalidad es válida para el Derecho privado, no puede ser válida para el Derecho público, que sometido al imperio de la ley, no puede utilizar los medios de autointegración propios del ordenamiento privado y señaladamente el recurso a la analogía. En Derecho público no es fácil distinguir cuando hay una laguna y cuando estamos en un supuesto de «anomia». Para ilustrar este planteamiento, el autor propone un ejemplo del siguiente tenor: una norma estatal establece la imposición de sanciones a los administrados por el incumplimiento de determinados mandatos legales; la Comunidad autónoma, en el ejercicio de su potestad sancionadora no disciplina dichas sanciones administrativas, ¿qué sucede entonces?, ¿se aplica como supletorio el Derecho estatal? La solución a la que llega el autor es negativa, no se aplica el Derecho estatal como Derecho supletorio, añadiendo además que su aplicación por tal concepto vulneraría el principio de autonomía consagrado en el art. 2 CE.

En concreto señala: «Cuando un Tribunal conoce de una sanción administrativa impuesta a un ciudadano por una autoridad autonómica en materia de su competencia, su labor consiste en comprobar si el ilícito administrativo está regulado en la norma autonómica. Si no lo está, no hay posible sanción. El Tribunal no puede actuar como lo haría en Derecho privado, acudiendo a la normativa estatal para aplicar la sanción prevista en la misma. En otras palabras, el Tribunal no es libre para aplicar la norma autonómica, la estatal o para decidir que el sancionado no lo puede ser. El Tribunal solamente tendría dos opciones, las dos últimas. O el ilícito administrativo está previsto en la ley autonómica, o, en caso contrario, declara la inocencia del sancionado. No cabe integrar el ilícito administrativo con una norma estatal». En razón de ello, considera el autor que la supletoriedad no responde en el Derecho público a un sistema de integración de lagunas, en consecuencia, no cabe entender la supletoriedad estatal como tradicionalmente ha sido entendida en Derecho privado. (Cfr. *Los principios de supletoriedad y preferencia del Derecho estatal respecto al Derecho autonómico*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 82-88).

A lo que creo, el autor se equivoca en su concepción de la supletoriedad en el Derecho privado. La supletoriedad del Derecho estatal configurada en la Constitución, y tal y como la interpreta el TC, responde a los cánones clásicos de la supletoriedad entre ordenamientos del Derecho privado.

A) *Relación entre ordenamientos. Preferencia del Derecho civil aragonés. Valor y función de la cláusula de preferencia en el ámbito civil.* La Constitución española rompe con los principios de jerarquía y posterioridad que antes se imponían como medio de relación entre el Código civil y los Derechos forales. La relación que ahora establece el texto constitucional se basa en el principio de competencia, y por tanto en la igualdad entre todos los ordenamientos civiles españoles.

Como consecuencia de la distribución de competencias en el texto constitucional, la materia civil va corresponder tanto al legislador estatal como al legislador aragonés (art. 149.1.8.º CE), de manera que ahora las relaciones entre uno y otro Derecho se articulan en función de la preferente aplicación de un Derecho sobre el otro, al tener la Comunidad autónoma con Derecho civil propio la competencia exclusiva en materia de conservación, modificación y desarrollo del mismo, ello significa que el Derecho civil aragonés es de preferente aplicación al Código civil dentro del ámbito competencial propio, tal y como impone el art. 149.3 CE y reitera el art. 41 del Estatuto.

Obsérvese que la solución a la que llega el autor en su ejemplo es la correcta, y lo es, precisamente en cuanto que la supletoriedad estatal está al servicio de la integración del ordenamiento autonómico. ¿Por qué en un caso así no se aplica el Derecho estatal como supletorio? No se aplica sencillamente porque no hay laguna. Los vacíos normativos no se consideran necesariamente en teoría general del Derecho como lagunas, sino como una falta de regulación voluntaria del legislador.

La solución del caso no depende de que le supuesto sea de Derecho público o privado, sino del concepto de laguna, y de la diferencia que media entre lagunas verdaderas y axiológicas, así como entre lagunas involuntarias y voluntarias. En los dos últimos casos de la clasificación estamos ante falsas lagunas, de ahí que no haya nada que integrar, y por ello que tampoco quepa el recurso al Derecho estatal.

El TC, en la sentencia 36/1981 de 12 de noviembre plantea un caso similar al propuesto por Lasagabaster, llegando el TC a la conclusión de que no es aplicable el Derecho estatal como supletorio al no haber una laguna en el ordenamiento autonómico. Se trataba también de un caso de anomia, calificado por el Alto Tribunal como falta de regulación voluntaria por parte del legislador competente y, en consecuencia, de ausencia de laguna, razón por la cual no es posible la aplicación supletoria del Derecho estatal.

En concreto afirma el TC en el FJ 5º: «Otro tanto cabe decir de la referencia a la supletoriedad genérica del Derecho estatal a que se refiere el art. 149, número 3 (final), de la Constitución. En materia de inmunidad *no hay laguna que deba ser llenada*. Por el contrario, el legislador elaboró la versión definitiva del Estatuto del País Vasco excluyó claramente del mismo la prerrogativa de "inmunidad total", así como "el suplicatorio" y, con ello, toda similitud entre lo contenido en el art. 26 del Proyecto de Estatuto y el art. 71, número 2 de la Constitución, relativo a los miembros de las Cortes Generales».

A pesar de lo que cree Lasagabaster, a la misma solución se llega en Derecho privado. Por ejemplo, en Baleares no existe una norma semejante a la prevista en el art. 1.320 del Cc. ¿Se aplica esta norma de forma supletoria? Evidentemente no. El legislador autonómico ha regulado una suerte de régimen económico matrimonial primario en los art. 3 y 4 de la Comp., y no ha previsto ninguna norma que exija, para la venta o gravamen de la vivienda familiar, el consentimiento del cónyuge no propietario. En este caso no hay ninguna laguna que colmar: un legislador en el ámbito de sus competencias simplemente ha decidió no dispensar un trato especial para la vivienda familiar. La circunstancia de que otro legislador, el estatal en este caso, sí lo haya previsto, no supone una laguna en el ordenamiento autonómico. Esta es la solución a la que llega TSJ de Baleares en la S. de 7 de septiembre de 1998.

Obsérvese que la preferente aplicación del Derecho civil aragonés que antes proponía una ley ordinaria: la Compilación y el Código civil (arts. 1 y 13 respectivamente), ahora lo afirman las normas que integran el bloque de la constitucionalidad: art. 149.3 (primera parte) y art. 41. 1 Estatuto de autonomía aragonés.

El Código no mantiene una relación de preferencia frente al Derecho civil aragonés, sino que es éste es el que se impone dentro del ámbito de su competencia a la aplicación del Código civil que, en dicho ámbito material, queda relegado indefinidamente a su aplicación en Aragón como Derecho supletorio.

Ahora bien, siguiendo a SALVADOR CODERCH⁷³ hemos de advertir que la relación de preferencia supone un mero desplazamiento del ordenamiento que se posterga, pero no implica su derogación —para eso no es competente el legislador autonómico—, el Derecho supletorio seguirá siendo un Derecho vigente con vocación de aplicación en tal concepto, sólo que ahora su aplicación como Derecho supletorio está en manos del legislador autonómico, que puede anteponer una legislación sustantiva preferente que evite la aplicación del Código civil.

En la medida en que el ordenamiento autonómico alcance su completud en el ámbito de sus competencias, no será necesario recurrir al Derecho supletorio, pues su objetivo es colmar las lagunas que tenga el Derecho autonómico en el ámbito propio de sus competencias.

Pero todavía, y a lo que creo, la preferencia del Derecho civil autonómico deducida del texto constitucional significa mucho más, pues convierte al Derecho civil propio en el Derecho directamente aplicable en la Comunidad autónoma de referencia, con desplazamiento de cualquier otro que no quede debidamente justificado.

La doctrina⁷⁴ califica la previsión del art. 149.3 como norma de conflicto —y no de distribución de competencias—, que señala el Derecho aplicable —el estatal— en los supuestos de concurrencia normativa por parte de los entes estatal y el autonómico.

En estos casos (normativa básica y de desarrollo, concurrencia normativa sobre un mismo objeto) el Derecho estatal prevalece, en principio, sobre el autonómico.

En el ámbito civil la preferencia corresponde al Derecho autonómico, al presentarse la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil pro-

⁷³ SALVADOR CODERCH, *La compilación ...*, p. 42 y ss (op. cit. n. 60).

⁷⁴ LASAGABASTER, *Los principios de supletoriedad y preferencia ...*, pp. 95 y ss y 162 y ss. (op. cit. n.72); GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo I*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 334 y ss.

pio como una competencia exclusiva del ordenamiento autonómico, que excluye la competencia estatal.

En esta materia (conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio) no puede existir colisión entre la norma autonómica y la estatal, por la sencilla razón de que el Estado carece de competencias.

En efecto, obsérvese que entonces preferencia significa Derecho directamente aplicable, y en consecuencia Derecho común en el territorio objeto de aplicación, mientras que el Código en el ámbito de competencias exclusivas de la Comunidad autónoma no es directamente aplicable, sino que su papel es subsidiario: sólo en defecto del Derecho preferente.

Si partimos de la premisa de equiparar preferencia con aplicación directa ello supone, a lo que creo, una presunción de aplicación del Derecho civil autonómico, siempre y cuando no se deduzca de los hechos que es posible la aplicación de otro Derecho civil.

La aplicación de un determinado Derecho civil puede depender de la vecindad civil de los sujetos, así lo establece el art. 14 Cc., en cuanto norma directamente aplicable en toda España (art. 149.1.8.º CE.).

En consecuencia, el Derecho civil aragonés sólo se aplicará —y ello en cualquier parte del territorio nacional— a los sujetos que ostenten dicha vecindad civil (art. 9 EA en relación con el art. 14 Cc. y 149.1.8.º CE.).

Ahora bien, ¿cuál será el Derecho aplicable en la CCAA de Aragón si de los hechos a enjuiciar no se deduce o no se alega una vecindad civil distinta a la aragonesa?

A lo que creo, es aquí donde juega el principio de preferencia del Derecho autonómico.

En estos casos, se ha de aplicar el Derecho civil propio de la comunidad autónoma; puesto que esa preferencia se traduce en la consideración del Derecho propio como Derecho común de los ciudadanos que al menos mantengan el domicilio en la comunidad autónoma aragonesa, y no se alegue o no se deduzca de los hechos otra vecindad.

La competencia territorial del juzgador por razón del domicilio de los litigantes hace presumir, a falta de otra consideración, el sometimiento al Derecho civil aragonés.

Ello se deduce del juego de los arts. 35. 4 y art. 41 EA en relación con el arts. 9.10 Cc. en relación con el art. 16.1 del mismo cuerpo legal⁷⁵.

La preferencia del Derecho autonómico aragonés en el ámbito de sus competencias permite todavía extraer una consecuencia más.

⁷⁵ Este último argumento (la relación del art. 9.10 y 16.1 Cc.) me lo sugirió mi maestro al hilo de mis explicaciones sobre la cláusula de preferencia, lo que no significa que él tenga que estar necesariamente de acuerdo con mi planteamiento.

El Derecho civil aragonés es el Derecho común de Aragón, en cuanto que es un Derecho directamente aplicable.

Por tanto, y en cuanto Derecho civil, cabe definirlo como el Derecho privado general de Aragón.

Ello significa, a lo que creo, que cuando la legislación del Estado, aplicable en la CCAA aragonesa por razón de su competencia, como las normas autonómicas, hagan referencia al Derecho civil, en cuanto Derecho privado general, las normas aragonesas civiles serán directamente aplicables para completar dicha legislación.

Obsérvese que en estos casos no es sólo que el Derecho civil aragonés sea Derecho supletorio de la legislación del Estado o de la norma autonómica, sino que es el Derecho directamente aplicable para determinar el contenido de ciertas categorías jurídicas.

Por ejemplo, pensemos que una norma administrativa, bien sea de competencia estatal bien sea de competencia autonómica, se refiere a la mayoría de edad para poder llevar a cabo una actuación en el ámbito de la administración estatal o autonómica, y el sujeto actuante es de vecindad civil aragonesa.

En este caso, la mayor edad vendrá determinada por las reglas de la Compilación aragonesa y no por las reglas del Código civil.

La aplicación de la Compilación como norma que determina la capacidad no se aplica sólo porque es Derecho supletorio, sino que puede actuar como Derecho supletorio por ser Derecho común, de preferente aplicación en el ámbito de sus competencias (art. 149.3 primera parte CE y 35.4 EA ar.).

La preferente aplicación del Derecho civil aragonés determina, en su caso, su aplicación como Derecho supletorio general para integrar la normativa estatal o autonómica, por ser este Derecho civil en Aragón el Derecho privado general.

Estas son, a lo que creo, las consecuencias que caben derivar de la preferencia del Derecho autonómico en el ámbito del Derecho civil.

B) Finalidad de la supletoriedad: Completud del ordenamiento autonómico y garantía del principio de competencia. La finalidad a la que sirve la cláusula de supletoriedad en el texto constitucional va a modificar, como veremos, el ámbito de aplicación del Código civil como Derecho supletorio del Derecho civil autonómico.

a) La completud del ordenamiento autonómico. La supletoriedad del Derecho estatal nace con una finalidad predeterminada: evitar la falta de previsión normativa que pudiera producirse en el ordenamiento autonómico como consecuencia de la descentralización política, en virtud del reparto de competencias legislativas.

Como reiteradamente ha señalado el TC con la cláusula de la supletoriedad:

«se trata de que, pese a su necesaria e imprevisible evolución, la plenitud del ordenamiento no padezca ni a causa de una falta de asunción de competencias (y ase fin se orientan las que con carácter residual se atribuyen al Estado) ni a causa de las lagunas que inicialmente pudiera provocar su falta de ejercicio» (FJ 4.º STC 118/96).

Por consiguiente, el Derecho del Estado creado en el ámbito de la competencia estatal es el llamado a suplir las deficiencias que pueda presentar el ordenamiento autonómico, pero obsérvese, que únicamente mientras el ordenamiento autonómico sea incompleto, lo que significa la posibilidad de completud del ordenamiento autonómico, premisa de la que parte el texto constitucional.

En consecuencia, la supletoriedad del Derecho del Estado tiene un marcado carácter residual y transitorio⁷⁶ en el sentido de que el recurso a la misma queda en manos del legislador autonómico, que siempre podrá evitarla legislando.

Ahora bien, ¿por qué ha de ser el Derecho estatal el llamado como ordenamiento supletorio? y, en concreto, ¿cuál es la finalidad a la que sirve la supletoriedad?

⁷⁶ Vid. En este sentido, LASAGABASTER, *Los principios de supletoriedad y preferencia* ..., pp. 80 y 161 (op. cit. n.72); BALZA y DE PABLO, *El Derecho estatal como Derecho supletorio* ..., p. 383 y ss op. cit. n.68; SSTC 118/96 y 61/97; En contra, casi toda la doctrina administrativista y constitucional, vid. como obras más recientes: TORRES MURO Ignacio, *La doctrina del Tribunal constitucional* ..., pp. 177 y ss, op. cit. n. 68; BARNÉS, Javier, *Una reflexión sobre la cláusula d la supletoriedad del art. 149.3 a propósito de la STC 118/96*, en REEDA, 93, p.90; BALAGUER CALLEJÓN, *La integración del Derecho autonómico* ..., p. 115 op. cit. n. 9 y 69; CARBONELL PORRAS, *La supletoriedad del Derecho estatal* ..., p. 194, op. cit. n. 68; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Una reflexión sobre la supletoriedad* ..., p. 410 y ss. op. cit. n.68.; CARRERAS SERRA, Francesc, *El principi constitucional de supletorietat de l'ordenament estatal*, en RJC, 4, 1998, p.105 y ss.; GÓMEZ PUENTE, Marcos, *Supletoriedad del Derecho estatal e inactividad del legislador autonómico*, en REDA, nº98, 1998, pp. 211 y ss.

En estas obras, todos los autores manifiestan con diversos argumentos que la supletoriedad del Derecho del Estado no es transitoria, sino permanente, pues no se agota por la asunción y el ejercicio de competencias por parte de la Comunidad autónoma. A esta conclusión suelen llegar casi todos ellos (a excepción de TORRES MURO) porque parten de la premisa de la competencia universal del Estado para regular cualquier materia, incluso, cuando no tenga una competencia directa, emanando normas de Derecho supletorio.

A lo que creo, la supletoriedad del Derecho del Estado tiene un carácter permanente, pero no porque tenga una competencia universal sobre cualquier materia, sino porque no puede derogar su propio Derecho, cuando ha perdido la competencia sobre él. Este derecho, ya inmodificable, seguirá teniendo vocación de Derecho supletorio, y como tal se aplicará en los ordenamientos autonómicos que teniendo competencia exclusiva para legislar sobre determinada materia, no hayan dictado todavía una norma material que ponga en práctica tal competencia. Cuando la dicte, el Derecho estatal, ya estático, seguirá teniendo tal vocación, pero evidentemente, menos posibilidades de ser aplicado, pues en estos casos el control del Derecho supletorio por parte del legislador autonómico es total, puesto que el conocimiento del Derecho supletorio es perpetuo y puede dictarse una normativa que impida totalmente la aplicación del mismo.

Como veremos, no pasa lo mismo en materia civil. La supletoriedad del Derecho estatal en esta materia, en virtud del reparto de competencias, se presenta como dinámica, y es necesario un mayor rigor por parte del legislador autonómico, que sólo puede controlar la supletoriedad del Derecho estatal anteponiendo una normativa preferente que reduzca la aplicación del Derecho del Estado, pero está fuera de su competencia y de su conocimiento el contenido material posible y futuro del Derecho supletorio.

El que el Derecho del Estado sea llamado como Derecho supletorio del resto de los ordenamientos autonómicos, no se debe como algunos afirman a que el Derecho del Estado sea una suerte de *ius commune*⁷⁷.

Si así fuera, lo que garantizaría la supletoriedad del Derecho estatal sería la uniformidad jurídica de todo el ordenamiento —función a la que respondía la supletoriedad del Código civil en 1888⁷⁸—, objetivo que ahora prohíbe el principio de autonomía y pluralidad legislativa consagrado en el art. 2 CE y en el art. 139 CE, tal y como lo interpreta el TC⁷⁹.

Pero además, ello significaría también la atribución de una competencia universal, y sobre todas las materias, en favor del legislador estatal, lo que prohíbe el principio de competencia⁸⁰.

La consecuencia de que Derecho estatal sea el supletorio del resto de los Derechos autonómicos no parte de la premisa de que los ordenamientos autonómicos sean necesariamente incompletos, sino de la finalidad de que lleguen a ser completos en el ámbito de sus competencias, y mientras lo consiguen, el ordenamiento estatal integra el sistema.

Como señala TORRES MURO, el valor principal al que sirve la cláusula de supletoriedad es a evitar el *horror vacui*; la necesidad de que el ordenamiento español tenga una respuesta para los problemas que se planten en todo el territorio del Estado, de modo que el aplicador del Derecho cuente en todo caso con una norma, estatal o autonómica, con la que resolver un asunto determinado, y ello siempre que la laguna no haya sido querida por el legislador autonómico⁸¹.

Si el Derecho estatal es el supletorio del resto de los Derechos autonómicos no es porque éste sea el Derecho común o más completo o porque el legislador estatal tenga una atribución universal de competencias, sino porque a través de la supletoriedad del Derecho estatal —y no de ningún otro Derecho supletorio— se asegura la aplicación del principio de unidad del ordenamiento español en el que deben ser integrados los ordenamientos autonómicos (art. 2 CE.).

⁷⁷ En este sentido MUÑOZ MACHADO, *Derecho público de las Comunidades autónomas*, I, Civitas, Madrid, 1982, p. 410.; GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, Civitas, Madrid, 1997, pp. 343 y ss.

⁷⁸ Como señala SALVADOR CODERCH, la compilación no es una vuelta al sistema del Código civil previsto en el art. 6 de la ley de bases, sino que parte de la pluralidad legislativa en materia civil, que es ya vigente la constitución un punto de no retorno. (pp. 49-53 op. cit. n.60).

⁷⁹ En el FJ 6º de la STC 88/1986 de 1 de julio se afirma, para lo que aquí nos interesa que: «... igualdad no puede suponer uniformidad, ya que la misma configuración del Estado español y la coexistencia de entidades con autonomía política, como son las Comunidades autónomas, supone necesariamente una diversidad de regímenes políticos». Previamente manifestó el mismo principio la S. TC 37/ 1981 de 16 d noviembre.

⁸⁰ Vid. en este sentido, FJ 6º STC 118/96.

⁸¹ TORRES MURO, *La doctrina del Tribunal constitucional ...*, p. 179 (op. cit. II. 68).

En consecuencia, y siguiendo a BALAGUER CALLEJÓN⁸², podemos afirmar que el fundamento de la regla de la supletoriedad establecida en la Constitución no es la mayor completud del ordenamiento estatal respecto del autonómico, sino la exigencia de completud del ordenamiento autonómico en relación con el principio de unidad que establece la constitución.

b) *Garantía del principio de competencia*. La cláusula de la supletoriedad parte ahora de la premisa de la posible completud de los ordenamientos autonómicos, lo que significa que la supletoriedad tiene un valor subsidiario y doblemente condicionado: Sólo procederá la aplicación del Derecho estatal como Derecho supletorio cuando verdaderamente haya un vacío normativo en el ordenamiento autonómico, y sólo habrá tal vacío normativo cuando no sea posible la solución del problema planteado recurriendo a la previa autointegración del ordenamiento autonómico a través de los principios generales que lo informan⁸³.

La exigencia de previa autointegración del Derecho civil que antes defendía la doctrina en función del sistema de fuentes articulado en las Compilaciones, la impone ahora la Constitución al establecer una supletoriedad entre ordenamientos llamados cada uno de ellos a ser completos.

El recurso al Derecho estatal debe ser la última alternativa para llegar a la completud del ordenamiento autonómico.

En consecuencia, no cabe el recurso indiscriminado de la regla supletoria, sino que ha de confirmarse, en primer lugar, la existencia de una verdadera laguna, sin que por vía de aplicación supletoria, como señala el TC, pueda modificarse la distribución competencial existente en la materia⁸⁴.

Ello viene a significar que la supletoriedad juega un papel importante como garante del principio de competencia, al imponer una previa autointegración del Derecho autonómico, que condiciona la supletoriedad del Derecho del Estado, y sobre todo al no ser la supletoriedad un título de atribución de competencias, sino tan solo un método de integración de lagunas, de ahí que señale el TC que el mal uso de la supletoriedad vulnera el principio de competencia, bien por no proceder a la previa autointegración del

⁸² BALAGUER CALLEJÓN, *La integración del Derecho autonómico...*, 113 y ss. (op. cit. n. 69 y 9)

⁸³ En este sentido, BALAGUER CALLEJÓN señala que «Si el principio de unidad no existiera, la integración del ordenamiento autonómico seguiría siendo necesaria, pero no sería necesario que esa integración se produjera mediante el recurso a otro ordenamiento supletorio, (...). Si por el contrario el principio de autonomía no existiera (...), entonces la integración del ordenamiento autonómico también sería necesaria, pero no exigiría autointegración previa, sino que bastaría el recurso automático al Derecho estatal como Derecho supletorio.». cfr. BALAGUER CALLEJÓN, *La integración del Derecho autonómico...*, 113 y ss. (op. cit. n. 69 y 9)

⁸⁴ Así se deduce de las STC 36/81 de 12 de noviembre (FJ 5º), y S. TC 123/84 de 18 de diciembre (FJ 3º). Vid. en relación con estas sentencias el comentario de BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como Derecho supletorio* ..., pp. 399-403 (op. cit. n. 68).

ordenamiento autonómico (SS. 36/81 y 123/84), bien por emitir normas con la única misión de servir de Derecho supletorio, cuando el Estado no tiene otro título competencial que le atribuya dicha posibilidad (SS. TC 117/96 y 61/97).

En este sentido el FJ 6.º de la STC 118/96 afirma:

«Si para dictar cualquier norma precisa el Estado de un título competencial específico que la justifique, y la supletoriedad no lo es, esa conclusión ha de mantenerse en todo caso. Por tanto, en las materias en las que el Estado ostenta competencias compartidas puede, excediendo el tenor de los títulos que se las atribuyen y penetrando en el ámbito reservado por la Constitución y los Estatutos a la Comunidades autónomas, producir normas jurídicas meramente supletorias, pero tales normas, al invocar el amparo de una cláusula como la de la supletoriedad, que por no ser título competencial no podrá dársele, constituyen una vulneración del orden constitucional de competencias.»

En definitiva, la supletoriedad del Derecho del Estado, tanto en el ámbito del Derecho público como en el ámbito del Derecho privado responde al objetivo que le es propio, la completud del ordenamiento español.

En este sentido, creo que tiene razón LASAGABASTER⁸⁵ cuando afirma que la supletoriedad del Derecho del Estado es transitoria, y que una vez que hayan asumido las CCAA competencias exclusivas en las materias en las que pueden hacerlo, sobre ellas carecerá el Estado de competencias, tanto para legislar, como para derogar el propio Derecho.

Ahora bien, ello no significa que la supletoriedad estatal del art. 149.3 CE tenga la naturaleza de una disposición transitoria, como también pretende el autor citado.

La supletoriedad, a lo que creo, es un elemento *permanente*⁸⁶ y *residual* del sistema constitucional, y ello, precisamente, por su función integradora.

Lo que se justifica en función del desapoderamiento del Estado para derogar su propio Derecho cuando ya no es competente para regular dicha materia, normativa que seguirá siendo la llamada, en su caso, como Derecho supletorio (STC. 61/97, FJ 12 d).

Con esta técnica se garantizan los principios de autonomía y unidad del ordenamiento, al existir siempre y en todo caso un Derecho aplicable en cualquier parte del territorio nacional.

En efecto, se garantiza el principio de autonomía, y a través de él el principio de competencia, al no permitirse al Estado dictar y derogar normas fuera de su ámbito competencial, de manera que el desplazamiento del Derecho supletorio queda en manos del legislador autonómico, que ejerce un control absoluto sobre el Derecho supletorio.

⁸⁵ LASAGABASTER, *Los principios de supletoriedad y preferencia ...*, pp. 80 y 161 (op. cit. n.72).

⁸⁶ Vid. en este sentido TORRES MUÑOZ, *La doctrina del Tribunal ...*, pp.177 y ss y autores allí citados (op. cit. n. 68)

Si la Comunidad autónoma decide no legislar, se aplicará el Derecho del Estado tal y como era cuando éste podía emitirlo válidamente, sin modificación alguna.

Este resultado no puede calificarse de problemático o absurdo, todo lo contrario, es el oportuno cuando el legislador autonómico tiene la posibilidad de legislar desplazando definitivamente al Derecho estatal. Objetivo fácil de conseguir cuando el ordenamiento supletorio es perfectamente conocido por el legislador autonómico, que podrá impedir definitivamente la entrada del Derecho supletorio.

Si no lo hace, lo anacrónico que pueda parecer el resultado no es consecuencia del principio de supletoriedad, sino de la deslealtad del legislador autonómico con el sistema estatal de distribución de competencias. Sólo a él le es achacable el resultado y no a la cláusula de supletoriedad, que tan sólo garantiza la posibilidad de encontrar una respuesta en el ordenamiento español ante un problema planteado.

Obsérvese que en el fondo la Constitución española configura la supletoriedad del Derecho del Estado en el sentido más tradicional del mismo: el Derecho supletorio podrá llegar a ser un Derecho sin capacidad de evolución llamado a colmar las lagunas del ordenamiento autonómico, si acaso éstas se producen.

En el fondo, es una forma más de garantizar el control que sobre el Derecho supletorio ha de tener el ordenamiento suplido, lo que se consigue plenamente cuando hay una legislación preferente que recurre a un Derecho sin capacidad de evolución.

De cualquier manera esta es la conclusión a la que se llega cuando el punto de partida es la posible completud del ordenamiento autonómico, premisa de la que parte la Constitución.

Sólo si se considera que los Derechos autonómicos son Derechos especiales y que el Derecho estatal es el Derecho común, cabe llegar a la solución contraria (la incompletud permanente del ordenamiento autonómico); pero obsérvese que es entonces cuando no tiene sentido la supletoriedad del Derecho estatal, pues éste, más que aplicarse como Derecho supletorio se aplicará como Derecho común y, en consecuencia, como Derecho directamente aplicable en todos los supuestos de falta de regulación en el sistema autonómico.

Esta interpretación supone desconocer los principios de autonomía y competencia consagrados en la Constitución, y permanecer en la órbita del Estado centralista y uniformista, que justamente «deroga» el texto constitucional.

C) Características de la supletoriedad del Código civil como Derecho del Estado. En el orden civil las anteriores afirmaciones tienen una importante consecuencia en relación al ámbito de aplicación del Código civil como Derecho supletorio.

Hasta 1978 la supletoriedad del Código civil era permanente e invariable, puesto que no había más Derecho civil aragonés que el compilado. Al no poderse desarrollar el Derecho civil aragonés el ámbito de aplicación del Código civil venía determinado por el art. 13 Cc., tal y como ya señalamos.

La Compilación, en cuanto sistema coherente de Derecho civil, podía autointegrarse en aquéllas materias que regulaba en base al establecimiento de un sistema de fuentes, pero no podía comprimir el espacio de aplicación que le correspondía al Código.

Lo que ahora cambia respecto de la supletoriedad del Código civil en Aragón no es su forma de aplicación: sólo en defecto de norma aragonesa y habiendo ensayado un previa autointegración a través del sistema de fuentes (supletoriedad doblemente condicionada); lo que se modifica es el ámbito de aplicación del Código civil como Derecho supletorio, que se presenta ahora como contingente y variable, y que depende, en todo caso, del legislador autonómico.

En la medida en que ahora el Derecho civil aragonés no es sólo objeto de conservación, sino también de modificación y desarrollo, puede llegar a ser un Derecho completo en el ámbito de sus competencias. Si se desarrollan todas ellas, se reduce el ámbito de aplicación del Código civil como Derecho supletorio, de manera que el Código puede llegar a ser inaplicable por este concepto.

La anterior afirmación es importante, pues obsérvese que las relaciones entre el Código civil como Derecho supletorio y el Derecho civil aragonés dependen del ejercicio de las competencias autonómicas en materia civil: de hasta dónde lleguen y cómo se ejerciten, pues el Código civil sólo puede ser desplazado, que no derogado, por el legislador aragonés a través de una legislación preferente⁸⁷.

En consecuencia, es importante tener en cuenta que la aplicación del Código civil como Derecho supletorio, sólo es variable, y en esa medida contingente, pero no así la vocación del Código civil a ser indefinidamente —que no ilimitadamente— Derecho supletorio del Derecho civil aragonés.

En efecto, obsérvese que como consecuencia del reparto competencial que en materia de legislación civil establece la Constitución española, el legislador estatal será siempre competente para legislar en materia civil, de manera que el Derecho civil que emana del Estado será siempre un Derecho válido y directamente aplicable en el territorio nacional sujeto al Código civil.

Precisamente porque el Estado siempre gozará de un título competencial para legislar en materia civil, también podrá derogar su propio Derecho y sustituirlo por otro distinto.

⁸⁷ Vid en este sentido SALVADOR CODERCH, *El Derecho civil de Cataluña...*, pp. 41-44 (op. cit. n 59)

Ello nos lleva a afirmar que en materia civil la supletoriedad del Derecho del Estado será una supletoriedad dinámica (y no estática, como puede llegar a ser en otros ámbitos del ordenamiento), pues el Código civil entrará como Derecho supletorio de la Comunidad autónoma en su actual estado de vigencia en cada momento, y dejarán de ser Derecho supletorio estatal las normas civiles que hayan resultado derogadas.

Ello obliga al legislador autonómico a ser mucho más cuidadoso en la regulación del Derecho civil propio y en la determinación de sus mecanismos de autointegración, puesto que las variaciones del Código civil pueden afectar al Derecho propio, si no se han previsto los mecanismos de cierre del sistema civil autonómico. (Recuérdese por lo que respecta a Aragón el caso de la dote).

En efecto, al presentarse la supletoriedad del Código civil como dinámica el único control que tiene el legislador autonómico es la posibilidad de anteponer una normativa preferente que impida la aplicación del Derecho supletorio.

Ello, además, exige del legislador autonómico un esmerado cuidado en la emisión de su normativa puesto que, como señala SALVADOR CODERCH⁸⁸, la derogación del Derecho propio sin prever una normativa propia que sustituya al Derecho derogado —y sin que ello suponga la existencia de un conjunto vacío— podrá hacer penetrar en el ordenamiento autonómico al Derecho supletorio, que se aplicará en el estado de vigencia que tenga.

Obsérvese que entonces puede resultar aplicable una normativa que no hubiera querido el legislador autonómico, o bien puede quedar una materia sin regulación, si el Derecho llamado a colmar la laguna ha resultado derogado por el legislador estatal.

En el fondo, ello sólo significa un compromiso por parte del legislador autonómico de ejercitar sus competencias de la forma más plena y completa posible, para conseguir así el control sobre la supletoriedad que le permite el texto constitucional.

V. LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN ARAGÓN

El Código civil es ahora una norma que pertenece al ordenamiento del Estado; si bien en virtud del principio de competencia (art. 149.1.8.º, segundo párrafo CE) y de su función como Derecho supletorio (art. 149.3 CE), puede ser objeto de aplicación en los territorios autonómicos en los que, además, existe un Derecho civil propio.

⁸⁸ Vid en este sentido SALVADOR CODERCH, *El Derecho civil de Cataluña...*, pp. 41-44 (op. cit. n 59).

Como enseña la doctrina que ha analizado esta cuestión⁸⁹, la aplicación del Código civil en Aragón se produce por tres conceptos distintos: Como Derecho directamente aplicable, como Derecho supletorio o como Derecho aragonés a través de la incorporación de preceptos del Código civil al ordenamiento autonómico aragonés.

1. APLICACIÓN DIRECTA DEL CÓDIGO CIVIL

El Código civil es aplicable directamente en Aragón en aquellas materias que la Constitución española reserva de forma exclusiva y en todo caso al Estado (Art. 149.1.8.º segundo párrafo).

En esas materias —reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, y normas para resolver los conflictos de leyes— el Código civil —o cualquier norma estatal cuyo objeto sean estas materias— resulta directamente aplicable en Aragón.

Obsérvese, además, como en estas materias la norma estatal se aplica sin entrar en colisión con la norma aragonesa, pues el principio de competencia excluye la legislación por parte de la CCAA, en estas materias.

2. LA APLICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL COMO DERECHO ARAGONÉS⁹⁰

Señala la doctrina que algunas normas del Código civil se pueden aplicar en Aragón por un tercer concepto que no es ni como Derecho directamente aplicable ni como Derecho supletorio, sino como Derecho aragonés que incorpora a su legislación la norma prevista en el Código civil.

Ello es lo que se pretende con la Disposición final que se incorporó a la Compilación en el año 1985, a cuyo tenor:

«Las remisiones que la Compilación del Derecho civil de Aragón hace al articulado del Código civil se entenderán siempre en su redacción actual.»

La incorporación de una norma como esta responde a la finalidad de fijar el contenido concreto del Derecho civil aragonés, sin que se vea afectado por posteriores modificaciones que el legislador estatal pueda hacer sobre los preceptos del Código civil a los que se remite la Compilación aragonesa.

⁸⁹ Por todos, SALVADOR CODERCH, Pablo, *El Derecho civil de Cataluña. Comentario al nuevo art. 1 de la Compilación catalana* en RJC, IV, 1984, pp. 44 y ss.; DELGADO ECHIEVERRÍA, *Comentario al art. 1 Comp. Ar ...*, pp. 189 y ss (op. cit. n.16); SERRANO GARCÍA, José Antonio, *La Comunidad autónoma de Aragón y su Derecho civil foral* en «Derecho privado y Constitución», n.º 1, 1993, pp., 177 a 221.

⁹⁰ Vid. SALVADOR CODERCH, Pablo, *La disposición final tercera de la Compilación catalana y la técnica legislativa de las remisiones estáticas*, ADCE, 1984, pp. 975-1.006.

En virtud de esta finalidad se denomina a esta técnica *remisión estática o promulgación abreviada de la ley*, porque la remisión que la Compilación hace a los artículos del Código civil, supone la incorporación de dichos preceptos al ordenamiento aragonés, de manera que ello supone que el texto de los artículos del Código civil llamados por esta vía es como si hubieran sido transcritos en la Compilación aragonesa, y por lo tanto se consideran ley aragonesa.

Un claro ejemplo de remisión estática se encuentra en el art. 52. 2.º Comp. en dicho precepto, los arts. 1392 y 1393 quedan incorporados al ordenamiento aragonés como si hubiera sido promulgadas por el legislador autonómico.

No obstante, para encontrarnos ante una remisión estática no es necesaria tanta precisión en la designación de los preceptos del Código civil, aunque sí es exigible un buen grado de concreción en la referencia a su articulado.

La diferencia que la remisión estática presenta con el Derecho supletorio podría resumirse del siguiente modo:

La remisión al Código civil es competencia del legislador autonómico, que en el fondo legisla *per relationem*, incorporando como propias normas de otro ordenamiento.

Como técnica legislativa, evidentemente, no es muy correcta, pues la norma incorporada, en pura lógica, no resulta textualmente publicada y se hace necesaria la consulta del Diario oficial de otro ordenamiento.

En teoría la remisión, en cuanto competencia del legislador autonómico, le permitiría no sólo incorporar normas del ordenamiento del Estado, sino de cualquiera otro autonómico.

Por el contrario, el Derecho supletorio es siempre y en todo caso el Derecho estatal válido y vigente que emita dicho legislador.

La supletoriedad no es competencia del legislador autonómico, éste sólo puede limitarla, controlarla, y hasta excluirla mediante su propia legislación.

3. APLICACIÓN SUPLETORIA DEL CÓDIGO CIVIL EN ARAGÓN. ÁMBITO DE APLICACIÓN, REQUISITOS Y LÍMITES

A) *Ámbito de aplicación.* En virtud del principio de competencia establecido en la Constitución, y de la función que la supletoriedad desempeña en el texto constitucional, las normas del Código civil se aplican como Derecho supletorio del Derecho civil aragonés en aquellas materias en que el legislador aragonés es competente para legislar, pues si no lo fuera, tal y como hemos señalado, el Código civil se aplicaría en Aragón, no por ser Derecho supletorio, sino por ser Derecho directamente aplicable en razón de la competencia prevista en el texto constitucional.

Es importante tener en cuenta, tal y como ya hemos advertido, que el Derecho estatal entra como Derecho supletorio del aragonés con las normas que en cada momento tenga.

Como señala DELGADO ECHEVERRÍA⁹¹, los preceptos del Código civil y de las demás leyes estatales no han quedado congelados, para su aplicación como Derecho supletorio en Aragón, al ser reclamadas como tales por el legislador aragonés, sino que creados o modificados con posterioridad, así regirán en cuanto supletorios, y dejarán de serlo si acaso son derogados por el legislador estatal (tal y como ha sucedido en materia de dote).

Igualmente, el TC ha señalado que el reenvío de una Comunidad autónoma a la normativa estatal no implica en modo alguno la fijación del Derecho estatal para esa comunidad autónoma. Por el contrario, la remisión se refiere siempre a la normativa estatal vigente en cada momento, que puede ser alterada o derogada libremente por el poder general del Estado en el ámbito de su competencia⁹².

Obsérvese, que si el ámbito de la supletoriedad del Derecho estatal es justamente aquél en el que es competente el legislador autonómico, a éste siempre le queda el recurso de legislar, y reducir así el ámbito de la supletoriedad anteponiendo una legislación propia que, aplicada preferentemente, elimine la aplicación del Derecho estatal.

B) Requisitos y límites para la aplicación del Código civil como Derecho supletorio. El Código civil será aplicable como Derecho supletorio del Derecho civil aragonés cuando verdaderamente exista una laguna que no puede ser colmada a través del sistema de fuentes que incorpora la Compilación en el art. 1.º; precepto que también señala las condiciones de aplicación del Código civil por este concepto.

En consecuencia, parece conveniente que determinemos cuándo nos encontramos ante verdaderas lagunas en el ordenamiento jurídico aragonés pues, precisamente, la constatación de las mismas será la que permita dar entrada a la supletoriedad del Derecho estatal.

⁹¹ DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentario al art. 1 Comp.* ..., pp. 193 y ss (op. cit. n.º 16)

⁹² Tanto en la sentencia 227/88 de 29 de noviembre (FJ30) como en la sentencia 103/89 de 8 de junio (FJ 3.º), se desestima la pretensión de la Comunidad autónoma Gallega en el sentido de que la remisión de la DT 3ª del Estatuto gallego «a las actuales leyes y disposiciones del Estado» no implican un reenvío a las normas estatales vigentes cuando se aprobó el Estatuto, sino al Derecho estatal que en cada momento esté vigente».

La sentencia del TC 67/97 d 20 de marzo, precisa todavía más el ámbito de aplicación del Derecho del Estado como Derecho supletorio, al afirmar que sólo podrá ocupar el papel de Derecho supletorio el Derecho estatal emitido por dicho legislador en el ámbito de sus competencias; si el Estado dejara de ser competente en alguna materia por haber sido asumida de forma exclusiva por las 17 CCAA, el Estado no sólo no puede dictar normas cuya función sea la supletoriedad, sino que incluso no puede derogar la normativa estatal existente sobre dicha materia.

a) *Las lagunas en el ordenamiento jurídico aragonés*. Siguiendo a LARENZ⁹³ podemos decir que existe una laguna de ley —entendida esta como expresión abreviada de todas las reglas jurídicas— sólo donde la ley —medida con su propio propósito y con su teleología inmanente— sea incompleta, es decir, esté necesitada de complemento y donde su complemento no contradiga una limitación (a determinados supuestos de hecho) querida por la ley.

En el mismo sentido, para LACRUZ una laguna representa un estado incompleto de la norma o del conjunto normativo, en el cual la falta de regulación no está de acuerdo con el sentido, las ideas fundamentales y la ordenación de medios afines de la normativa total; de manera que las lagunas se producen cuando la ley no puede resolver problemas planteados por la ley⁹⁴.

En lo que aquí nos interesa, las anteriores definiciones de laguna nos ubican la existencia de las mismas dentro del propio ordenamiento autonómico, y por referencia a sí mismo, esto es, en función de la propia teleología del sistema autonómico, y no por referencia a otro ordenamiento, como en esta materia podría ser el Código civil. Pues, de cualquier manera, hemos de tener en cuenta que la existencia de determinadas instituciones o reglas en un ordenamiento no suponen la constatación de una laguna en el otro.

Así las cosas, y para una correcta aplicación del Código civil en Aragón, es necesario distinguir las verdaderas lagunas de las falsas lagunas o lagunas axiológicas, así como también la diferencia que media entre una laguna voluntaria de otra involuntaria. Conceptos, a lo que creo, confundidos con facilidad y que llevan a introducir instituciones desconocidas⁹⁵, y acaso no queridas por el legislador, en el ordenamiento aragonés.

Según la doctrina nos encontramos ante una verdadera laguna (propia o auténtica)⁹⁶ cuando la misma se produce dentro del sistema jurídico, es un problema que plantea el propio ordenamiento y que no permite resolver.

⁹³ LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, ed. Ariel, Madrid, 1980, p. 363.

⁹⁴ LACRUZ, *Elementos de Derecho civil I*, Parte General, vol. 1.º, Introducción, ed. Dykinson, Madrid, 1998, pp. 247 y ss. (Nueva edición revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA).

⁹⁵ DELGADO ECHEVERRÍA, al igual que Figa y Faura, advertía de este problema en el año 1972. En consecuencia resulta interesante el estudio del profesor Delgado sobre la aplicación del Código civil en Cataluña una vez promulgada la compilación catalana en el año 1960. Los planteamientos que entonces formulaba Delgado son ahora de necesaria aplicación en virtud del papel que juega la supletoriedad en el texto constitucional., cfr. *Fuentes del Derecho civil catalán en particular, la compilación y la legislación común*, en «Libre del II Congrès Jurídic Català, FCJC, Barcelona, 1972, pp. 160-183.

⁹⁶ La terminología y clasificación de las lagunas es bastante compleja, y distintos términos vienen algunas veces a ofrecer un mismo concepto. Para la redacción de este apartado se han tenido en cuenta las siguientes obras: ZITTELMAN, *Las lagunas del Derecho*, en RGLJ, T. 140-141, Madrid, 1922; CARNELUTTI, *Teoría General del Derecho*, ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1941; ROMEO LAGUNAS, Manuel José, *Las lagunas de la ley y la analogía jurídica*, RGLJ, T. 228, Madrid, 1970, pp. 194-244; PUIG PÉREZ, Federico, voz «Lagunas del Derecho», en Nueva enciclopedia Jurídica, ed. Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1971, pp. 774-776; LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, ed. Ariel, Madrid, 1980; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil I*, vol. 1.º, ed. Bosch, Barcelona, 1988, p. 288

Por el contrario, las falsas lagunas (impropias o axiológicas) no son verdaderas lagunas, porque las mismas derivan de la confrontación con un sistema jurídico ideal.

A este tipo de lagunas las denominaba LARENZ lagunas de *lege ferenda*, en cuanto que son «defectos» de regulación que son criticables desde una consideración externa a la ley, desde una perspectiva jurídico-política o jurídico-ética, pero que no crean un vacío en el ordenamiento⁹⁷.

Obsérvese que en estos casos, la regulación que se reclama por este concepto enriquecería el ordenamiento si aparece, pero no tapan un hueco en el tejido legal; hueco que sólo puede existir, cuando la materia tendría que estar expresamente regulada según la lógica interna del propio ordenamiento, y no porque se anhele una nueva ley al comparar la que tenemos con la de otro ordenamiento.

La diferencia entre lagunas voluntarias e involuntarias fue propuesta por CARNELUTTI⁹⁸. La distinción de unas y otras se basa en la imputabilidad o no del vacío normativo al legislador.

En las llamadas involuntarias, el hueco o deficiencia normativa es imputable al legislador, que no ha previsto la solución a un caso concreto, siendo necesaria tal previsión según la sistemática del ordenamiento; en la llamadas voluntarias, por el contrario, se trata de que el vacío legislativo es querido por el propio legislador que no ha querido regular determinada situación o institución.

En consecuencia con todo lo anterior, sólo son verdaderas lagunas las deficiencias de regulación que se producen en el propio sistema, sin comparación con otros, y que se deben a una falta de previsión involuntaria del legislador.

En estos casos, la laguna ha de ser colmada por el aplicador del Derecho siguiendo el sistema de fuentes y las demás reglas que el propio ordenamiento determina para conseguir su completud; incluyéndose en estos supuestos la posibilidad de encontrar una solución en el Derecho supletorio, siempre que la misma sea acorde con los principios que informan al Derecho suplido.

En los supuestos de las llamadas lagunas axiológicas y lagunas voluntarias no estamos ante lagunas del ordenamiento, no hay ningún hueco legal que cubrir, pues en el fondo las mismas responden a un espejismo que crea el aplicador del Derecho al comparar diversos ordenamientos jurídicos.

y ss; ITURRALDE SESMA, Victoria, *Lenguaje legal y sistema jurídico*, ed. Tecnos, Madrid, 1989; SEGURA ORTEGA, Miguel, *El problema de las lagunas en el Derecho*, AFD, T. VI, Madrid, 1989, pp. 285-312; DíEZ-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, vol. I, ed. Tecnos, Madrid, 1996, pp. 121 y ss.

⁹⁷ LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, 1980, pp. 368 y ss.

⁹⁸ CARNELUTTI, *Teoría General del Derecho*, 1941, pp. 106 y ss.

En el primer caso, y como hemos señalado, la falta de regulación no se produce como consecuencia de una deficiente regulación en el propio ordenamiento, sino en función de tratar de incorporar una institución nueva que aparece regulada en otro ordenamiento.

Así, por ejemplo, la Compilación aragonesa no regula la separación de bienes, régimen matrimonial que sí regula el Código civil. La falta de regulación de este régimen económico matrimonial por parte del legislador aragonés no se puede calificar de laguna. No hay en este caso ningún hueco que cubrir. Es más, ni tan siquiera supone una ausencia de normación, puesto que no cabe hablar de laguna, cuando el legislador deja la solución del problema a otras «fuentes» jurídicas, ya sea el arbitrio judicial o la determinación convencional de los particulares⁹⁹.

Esto es lo que acontece en materia de regímenes económicos matrimoniales, en los que el legislador ha dejado la determinación y regulación de los mismo al arbitrio de los particulares (art. 23 Comp.).

Es más, en estos casos, si hay una deficiente regulación la misma no será achacable a la ley, sino a la convención, y aun en estos casos, el legislador aragonés no deja desamparados a los particulares y sometidos a la aplicación del Código civil, ya que les señala como sistema de integración de los capítulos la regulación establecida a propósito del régimen económico matrimonial legal aragonés. (art. 23. 2 Comp.).

Tampoco regula expresamente la Compilación la consideración que han de tener las cabezas de ganado (1350 Cc) o las ganancias obtenidas por el marido o la mujer en el juego (1351 Cc.), o la consideración que han de tener los bienes inmuebles donados conjuntamente a ambos esposos sin especial designación de partes (art 1353). ¿Supone lo anterior una laguna?, Quizás para responder baste con tener en cuenta los arts. 37, 38 y 39 de la Compilación.

En el segundo caso, la falta de regulación de una materia no se debe a una disfunción del sistema sino a la voluntad del legislador que ha decidido dejar un conjunto vacío en su ordenamiento, quizás por considerar que no es el momento adecuado para establecer determinada regulación.

Obsérvese que estas situaciones con anterioridad al texto constitucional, suponían la aplicación inmediata del Código civil ante cualquier vacío normativo.

Todo ello era consecuencia de los principios de jerarquía y posterioridad: el Código civil, como Derecho común y más moderno, debía de cubrir todos los espacios no regulados en los Derechos forales, su misión declarada no era otra que la unidad y uniformidad del Derecho español.

⁹⁹ En este sentido señala SEGURA ORTEGA, que no existen lagunas en los casos en que hay un conjunto normativo que regula una determinada situación pero se formula de manera que otorga una gran facultad discrecional al juez o los particulares. (cfr. *El problema de las lagunas en el Derecho*, AFD, T. VI, Madrid, 1989, p 303). En el mismo sentido señala CARNELUTTI, la inexistencia de lagunas cuando el legislador deja de forma voluntaria la solución de los problemas bien al arbitrio del juez o a la convención de los particulares. (cfr. *Teoría General del Derecho*, 1941, pp. 106 y ss.).

El art. 149.3 CE: La supletoriedad del Código Civil como Derecho estatal respecto de los derechos civiles...

Ello en alguna medida tenía explicación: había un único legislador, y es evidente que la última norma por el promulgada —de igual rango y posterior a otra— se consideraba siempre directamente aplicable, modificando así la propia sistemática del Derecho foral.

Ahora no hay un único legislador, sino varios, que tienen competencia para legislar en materia civil, de acuerdo con unos principios que no tienen por qué ser iguales, y de acuerdo también con unos objetivos de política legislativa que tampoco tienen por qué coincidir. Esto es lo que garantiza la Constitución en función del principio de autonomía.

Los silencios en la legislación autonómica no pueden ser interpretados como lagunas en el ordenamiento que requieren la aplicación inmediata del Código civil.

La premisa ahora es otra: los espacios vacíos, mientras no se demuestre lo contrario en virtud de una disfunción interna del sistema ante la falta de regulación, son decisiones legítimas del legislador autonómico tomadas en el ámbito de su competencia.

En los llamados conjuntos vacíos del ordenamiento, el legislador autonómico ha querido liberar de ordenación determinada cuestión, para lo cual es perfectamente competente.

Como señalan BALZA y DE PABLO¹⁰⁰, lo único que lo anterior supone es la constatación de la existencia de diversos ordenamientos que colocan a los ciudadanos en diferente posición según estén ante uno u otro.

Pretender en estos supuestos una aplicación de las normas estatales supone una directa violación de las reglas autonómicas, puesto que quedaría sin eficacia lo previsto —implícita o explícitamente— por el legislador competente, imponiendo una regulación no querida bien en cuanto a su contenido, bien en cuanto al momento en que hubiera debido regular en función del orden de prioridades que se derivan de la propia política legislativa.

Obsérvese que estas situaciones se agravan en las relaciones entre el Código civil y la Compilación aragonesa, pues muchas veces se considera que las modificaciones que se llevan a cabo en el Código civil, y no en la Compilación aragonesa, crean lagunas en el sistema aragonés, como si hubiera un único legislador competente en la materia, que ha de imponer sus criterios y principios en el ordenamiento aragonés.

Un ejemplo de la situación a la que me refiero nos la puede proporcionar la reforma del Código civil de 1981.

¹⁰⁰ BALZA AGUILERA y DE PABLO CONTRERAS, *El Derecho estatal como Derecho supletorio del propio de las Comunidades autónomas*, en REDA, 55, pp. 425-426.

En 1981 el legislador estatal modifica el Código civil por ley 11/81 de 13 mayo resultando afectado el Título III del libro IV del Código civil y los arts. 1314 a 1444 comprendidos en dicho título.

Aparecen, a título de ejemplo, como normas de nuevo cuño esas que integran el llamado régimen económico matrimonial primario (arts. 1318 a 1324); los arts. 1354 a 1357, que en régimen de gananciales regulan la adquisición de bienes a plazos; el art. 1438 en relación al régimen de separación, y que viene a reconocer como contribución a las cargas del matrimonio el trabajo doméstico desarrollado por cualquiera de los cónyuges; el art. 1334, en sede de capitulaciones matrimoniales, que declara ineficaces los capítulos válidamente otorgados, si en el plazo de un año no se celebra el matrimonio; y así un largo etc.

Pues bien, ninguna de estas normas existía con anterioridad a la reforma de 1981, y por entonces nadie acusaba a la Compilación de que hubiera huecos normativos en su regulación que exigirán ser colmados.

Sin embargo, una vez que se modifica el Código civil, parece que hay una tendencia a pensar que la Compilación esta plagada de lagunas al no regular ninguna de dichas cuestiones, quedando en consecuencia anacrónica y obsoleta.

Pues bien, si la Compilación no presentaba en dichas materias laguna alguna antes de la reforma del Código civil, no es fácil justificar el por qué haya de presentarlas con posterioridad a 1981, y más cuando la Compilación se incorpora al ordenamiento aragonés en 1985, modificando ciertas normas, que no incluyen regulación parecida a la que presenta el Código civil.

Si creemos que la Compilación presenta alguna laguna que colmar, habrá que justificar el por qué, y la explicación no es, desde luego, que ahora el Código civil dice otras cosas de las que decía, que su regulación es mucho mas extensa —más del doble de la que presenta la Compilación— o sencillamente porque nos parece más moderna y aspiramos a tener una regulación semejante.

En todos estos casos, se consideran lagunas situaciones que no lo son, y si no lo son, no es preciso que sean colmadas.

Obsérvese que aplicar en estos casos el Código civil como Derecho supletorio, no es sólo una incorrección, sino un grave atentado al principio de competencia y a la voluntad del legislador.

Si lo que creemos es que dichas situaciones deben estar reguladas en el ordenamientos aragonés, y por ello es criticable nuestra legislación, el único recurso será que el legislador legisle y adopte normas semejantes, pero lo que tampoco procede en ningún caso es la aplicación del Código civil como Derecho supletorio, pues nuevamente se invade, a través de la aplicación del Código civil, la competencia del legislador autonómico.

Por ejemplo, la Compilación aragonesa no contiene una norma semejante al art. 1334 del Código civil, ¿significa ello que hay una laguna en la Compilación?

A lo que creo, no. Un legislador en el ámbito de sus competencias decide que han de quedar ineficaces los capítulos matrimoniales otorgados por los contrayentes, si en el plazo de un año no se celebra el matrimonio.

Otro legislador, no dice nada. ¿Qué sucede si los contrayentes no celebran el matrimonio en el plazo de un año? La respuesta es fácil, los capítulos serán válidos pero ineficaces al no haber matrimonio sobre el que aplicarse; si se casan pasado un año, o veinte, los capítulos serán también válidos, pero además serán eficaces, pues hay un matrimonio sobre el que aplicar sus convenciones.

En un caso como este más que preguntarnos si existe una laguna que colmar en nuestro ordenamiento jurídico, tendríamos que cuestionar la necesidad de una norma como la prevista en el art. 1334 Cc.

Ahora bien, aun cuando la norma prevista en el art. 1334 Cc. nos pareciera razonable, y creamos que también en Aragón tendrían que caducar las capitulaciones matrimoniales si no se celebra el matrimonio en el plazo de un año, ello no supone que debamos aplicar la norma de otro ordenamiento, cuando en verdad no existe laguna por este concepto. En su caso será el legislador quien deberá de promulgar dicha norma, función que evidentemente no nos compete a los aplicadores del Derecho.

Otro ejemplo nos lo ofrece el art. 1438 del Código. Los cónyuges sometidos al Código civil y que pacten la separación de bienes, pueden computar el trabajo doméstico como contribución a las cargas del matrimonio, e incluso obtener una compensación económica que fijará el juez, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación.

Pues bien, el legislador aragonés no dice nada, y pensemos que tampoco han pactado nada al respecto los cónyuges en sus capítulos matrimoniales: ¿Se aplican en Aragón las previsiones del art. 1438 Cc.? A lo que creo, no son aplicables en Aragón, no hay ninguna laguna que colmar.

El que el trabajo doméstico sea o no computable como carga del matrimonio y proporcione o no derecho a una compensación económica, es una decisión de política legislativa, que esta bien si se adopta, pero que no produce una carencia en el sistema si no se prevé tal solución.

Antes de 1981 el Código civil no contenía nada semejante, se podría también echar de menos una norma tan ecuaníme en esa legislación, sobre todo si se tenía en cuenta la Resolución del Consejo de Ministros de Europa de 27 de septiembre de 1978, que apuntaba la consideración del trabajo doméstico para la casa en el régimen de separación. Sin embargo, en ninguna resolución judicial se alegó dicha norma para valorar el trabajo doméstico, y buena parte de los países de la Unión europea no han reflejado en sus textos legales dicha solución.

Por lo tanto, no parece conveniente que esta norma sea aplicable de forma supletoria en Aragón, al no existir ninguna laguna, y ser los cónyuges los que en su caso, pueden establecer una solución semejante. Fuente a la que el legislador aragonés le atribuye la solución del caso.

b) Requisitos generales para la aplicación del Código civil como Derecho supletorio en Aragón: el «test de la supletoriedad». Después de analizar el concepto de laguna,

es necesario que partamos de una premisa: la vocación de completud del ordenamiento aragonés, que condiciona la aplicación del Código civil como Derecho supletorio, y la somete a unas reglas y requisitos.

En efecto, el Derecho civil aragonés contenido principalmente en la *Compilación* pretende ser un sistema completo de Derecho civil, en cuanto que los preceptos que lo componen se encuentran entre sí armónicamente conjugados y sometidos a unos principios generales que informan dicha legislación.

Cada uno de esos preceptos —y también sus silencios— deben ser interpretados sistemáticamente y en relación a todos los demás preceptos aragoneses vigentes, aplicando a la totalidad de ellos los criterios interpretativos que inspiran los principios generales en que tradicionalmente se inspira el ordenamiento civil aragonés¹⁰¹.

De lo anterior se deduce que no es posible una aplicación indiscriminada del Código civil, sino que dicho cuerpo legal sólo debe aplicarse como Derecho supletorio en aquello que no disponga el Derecho aragonés, pero siempre y cuando no se oponga a los principios generales en que se inspira el ordenamiento aragonés.

Ello significa que sólo debe aplicarse el Código civil como Derecho supletorio:

1.º Cuando la institución esté prevista en el ordenamiento jurídico aragonés y su regulación presente deficiencias.

Por lo tanto, será necesario que se constate la existencia de una laguna en el ordenamiento jurídico aragonés, de manera que ensayando previamente la autointegración de la misma a través del recurso a la analogía y a los principios generales que informan dicho ordenamiento, no encontremos la solución al caso.

Sólo en el caso de que no sea posible colmar dicha laguna, procederá la aplicación del Código civil, que en todo caso, deberá ser aplicado teniendo en cuenta la sistemática y principios del ordenamiento civil aragonés.

2.º El Código civil nunca se debe aplicar en los llamados conjuntos vacíos, es decir en aquéllos casos en que la institución no existe en el Derecho aragonés, por ser contraria al sistema previsto por el legislador competente.

¹⁰¹ Vid. en este sentido DELGADO ECHEVERRÍA, (cfr. *Fuentes del Derecho civil catalán en particular, la compilación y la legislación común*, en «Libre del II Congrés Jurídic Català, FCJC, Barcelona, 1972, pp. 160-183), de quien he tomado las principales ideas. Vid. también ROCA Y TRIAS, *L'estructura*, RJC, I, 1983, pp. 173 y ss., op. cit. n.60.

La falta de regulación de alguna materia en el Derecho aragonés, aun cuando esté regulada en el Código civil, no significa necesariamente la existencia de una laguna en el ordenamiento aragonés.

En estos casos, la regla general, en virtud de los principios de autonomía y competencia, es valorar tal silencio como una ausencia voluntaria de regulación por parte del legislador competente, no aplicando, en consecuencia, las consideraciones y previsiones propuestas por otro legislador y para otro ordenamiento.

3.º.- También debe rechazarse la aplicación supletoria del Código cuando la regulación de la institución en ambos sistemas partan de principios distintos, lo que implica la absoluta incompatibilidad entre ambas regulaciones.

Hemos de tener en cuenta que la aplicación indiscriminada del Código civil como Derecho supletorio, no sólo produce un empobrecimiento del Derecho propio, que era la afirmación que podíamos hacer antes del texto constitucional, sino que ahora ataca directamente al principio de competencia.

Si después de aplicar el «test de la supletoriedad» nos encontramos con una laguna en el ordenamiento aragonés, procederá la aplicación del Código civil. Obsérvese, que no se trata de no aplicar el Código civil, pero sí evitar su aplicación cuando no proceda.

Hoy la supletoriedad el Código civil no representa por sí sola una amenaza para nuestro ordenamiento, todo lo contrario, su función no es uniformar nuestro Derecho sino completarlo, y ello tan solo en la medida en que no sea completo.

En nuestras manos está el completarlo y anteponer una normativa aragonesa que no necesite del Código civil para ser completo en el ámbito de sus competencias.

Esta función sólo le corresponde al legislador aragonés; pero quizás sea misión de todos nosotros el evitar una indiscriminada aplicación del Código civil a través del mal uso de la supletoriedad.

**LA EXTINCIÓN DEL USUFRUCTO VIDUAL
POR LA CELEBRACIÓN DE MATRIMONIO CANÓNICO
EN EL PERIODO DE VIGENCIA
DE LA LEY DE MATRIMONIO CIVIL DE 1870
(Comentario a propósito de una consulta resuelta
por el Abogado altoaragonés Nicolás de Otto)**

AURORA LÓPEZ AZCONA
Profesora de Derecho Civil

JAVIER OLIVÁN DEL CACHO
Profesor de Derecho Administrativo

SUMARIO: I.- Planteamiento. II.- Los términos de la consulta y la respuesta dada por la Redacción de *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados Municipales*. III.- Las explicaciones de Nicolás de OTTO. IV.- Reflexión final.

I. PLANTEAMIENTO

El encuentro casual en una falsa pirenaica de varios ejemplares de la publicación periódica *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados Municipales* datados en 1873 nos ha permitido conocer algunas de las preocupaciones legales de las personas que vivían en el medio rural y se relacionaban de alguna manera con el mundo del Derecho, pues, posiblemente, tales personas eran los destinatarios naturales de dicha Revista¹. Desde esta perspectiva, llama la atención que, entre las inquietudes jurídicas manifestadas, destaquen las relacionadas con los Derechos forales. En efecto, en los números consultados de la Revista mencionada son varias las referencias a cuestiones civiles de los

¹ El propio subtítulo de la Revista *Periódico de Administración y Justicia Municipal* revela su voluntad de servir de vehículo de información y consulta en los niveles de la Administración y de los Tribunales más cercanos al ciudadano.

Ordenamientos territoriales españoles (y, en particular, las relativas al Derecho civil aragonés), que, en ese momento, venían sufriendo el impacto derivado de la aprobación de las leyes civiles generales que precedieron a la aparición del Código civil².

Entre los diferentes problemas jurídicos tratados en la publicación, nos ha parecido particularmente interesante el análisis de una cuestión que, con alguna reiteración, se planteó y que consistía en la procedencia, o no, de perpetuar el derecho de viudedad cuando se hubiera contraído por el cónyuge superviviente nuevo matrimonio canónico, careciendo éste de efectos civiles de acuerdo con lo que disponía la entonces vigente Ley del Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870³. En este punto, conviene advertir que, como ocurría en otras Revistas decimonónicas, *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados Municipales* contenía una sección en la que los suscriptores podían plantear las consultas jurídicas que tuvieran a bien⁴. Precisamente, al hilo de una de estas consultas, la Redacción de la Revista tuvo que pronunciarse sobre el problema mencionado (esto es, el mantenimiento del usufructo viudal cuando se contraían nuevas nupcias canónicamente). La respuesta que al efecto ofrecieron los responsables de la publicación debió parecer insuficiente o incompleta al Abogado aragonés Sr. de OTTO, quien quiso completar lo expuesto por la dirección de la Revista. El tema mereció, por tanto, no sólo la atención de los redactores de *El Consultor*, sino también la de un Abogado en ejercicio, lo que

² No obstante, debe recordarse que, durante el periodo de vida de la I República española, a partir del 11 de febrero de 1873 y hasta enero del año siguiente, existían importantes planteamientos federalistas desviados, por tanto, del centralismo liberal que propugnaba la unificación legislativa. En todo caso, vale la pena recordar la participación en los eventos de este periodo temporal del ilustre foralista aragonés y político republicano D. Joaquín GIL BERGES. Sobre esta personalidad, vid. J. GIL MARRACO, «Don Joaquín Gil Berges», *Anuario de Derecho Aragonés*, 1945, pp. 11 y ss.

³ La Constitución de 1869, que trajo causa de la «Gloriosa Revolución» de 1868, sirvió de amparo constitucional a dicha Ley. Sobre este periodo, desde el punto de vista jurídico-constitucional, vid. E. AJA y J. SOLÉ TURA, *Constituciones y periodos constituyentes en España (1808-1936)*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 6ª ed., 1980, p. 57, quienes afirman que «la Constitución de 1869 puede considerarse la primera Constitución democrática de nuestra historia». Con todo, la vigencia de la Ley del Matrimonio Civil no fue muy dilatada ya que el Decreto de 9 de febrero de 1875 y la Orden del 27 siguiente restablecieron el reconocimiento civil del matrimonio canónico, reservando el matrimonio civil para aquellas personas que declarasen no profesar la religión católica. Unos apuntes históricos pueden consultarse en A. LUNA SERRANO, en J.L. LACRUZ BERDEJO y otros, *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, Ed. Bosch, Barcelona, 4ª ed., 1997, p. 67.

⁴ Quizá, resulte de interés advertir que la Revista, fundada en 1852, y ahora llamada *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, sigue editándose en la actualidad. Gracias a Dª Carmen BORRAJO, de la Biblioteca de las Cortes de Aragón, hemos podido contactar con los actuales responsables de la Revista y, en concreto, con D. César ABELLÁ FERNÁNDEZ, redactor jurídico, quien nos manifestó que la sección de la publicación dedicada a las «consultas» se mantiene plenamente vigente, habiéndose confeccionado en fechas más recientes una base de datos de tipo informático con las correspondientes respuestas (más de 1.300). Hoy en día, no obstante, parece que las cuestiones planteadas en la correspondiente sección de *El Consultor* se sitúan mayoritariamente en la órbita del Derecho público local. En todo caso, dejamos constancia de nuestro agradecimiento a las personas citadas por habernos facilitado la información reseñada.

prueba, en nuestra opinión, que el problema era de cierta trascendencia en la sociedad aragonesa.

En atención a lo manifestado, conviene exponer modo separado, en los correspondientes epígrafes, las explicaciones de la Revista y los alegatos de Nicolás de OTTO para después avanzar unas reflexiones personales.

II. LOS TÉRMINOS DE LA CONSULTA Y LA RESPUESTA DADA POR LA REDACCIÓN DE *EL CONSULTOR* DE LOS AYUNTAMIENTOS Y DE LOS JUZGADOS MUNICIPALES

De acuerdo con el planteamiento que hemos adelantado, procede dejar reflejo del modo en que aparecía formulada la consulta, que era publicada, junto a su contestación, en el fascículo número 13 de la Revista mencionada, fechado el día 18 de marzo, correspondiente a la anualidad de 1873. La consulta quedaba delimitada del siguiente modo:

«¿Puede el cónyuge sobreviviente de un matrimonio contraído antes de la publicación de la Ley de matrimonio civil, y del que no han quedado hijos usufructuar *tuta conscientia*, en virtud de derecho foral de viudedad establecido en Aragón a que pertenece este pueblo, los bienes inmuebles del difunto cuando contraiga segundas nupcias solo canónicamente?»

En la respuesta facilitada por la Redacción, se constataba en primer lugar que la cuestión mencionada ya había sido resuelta con anterioridad en 1871, no obstante lo cual, se consideraba procedente recordar lo entonces manifestado, debido a que la inexistencia de referencia específica a este asunto en la legislación del matrimonio civil había motivado «muchas dudas» en su aplicación⁵.

⁵ En efecto, en el número 3º de esta Revista, de 15 de enero de 1871, aparecía ya planteada esta cuestión, que se formulaba del siguiente modo:

«El art. 2º de la ley de matrimonio civil dispone que el matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta ley no producirá efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes; conforme a esta disposición, el que se case ante la Iglesia y no celebre el matrimonio para los efectos de las leyes civiles no ha contraído matrimonio, no puede considerársele casado, y ocurre la duda en este país (Aragón): ¿si un viudo que por el fuero conserva en usufructo los bienes de la cónyuge muerta hasta que se casa en segundas nupcias, si ahora se casa ante la Iglesia y no civilmente, si perderá el usufructo de dichos bienes o sea los derechos de viudedad foral? Entiendo que no produciendo el matrimonio religioso efectos civiles, no puede perderse el derecho a los bienes, en usufructo; pero, sin embargo, deseo saber la opinión de esta redacción».

En su respuesta, los responsables de *El Consultor* hacían notar la gran abundancia de requerimientos de información que habían recibido, pues «la duda que se le ofrece al consultante ha ocurrido a otras muchas personas que han leído la ley y no han encontrado disposición alguna en este importante punto».

Tras la advertencia inicial, los responsables de *El Consultor* recordaban que la Ley del Matrimonio Civil de 1870 no contenía ninguna referencia especial al derecho foral de viudedad. En consecuencia, como regla de principio, parecía razonable aplicar lo dispuesto en su artículo 2, según el cual del matrimonio canónico no se derivaban efectos civiles de ninguna especie⁶. Sin embargo, inmediatamente, después se constataba que en la Ley de 18 de junio de 1870, por la que se autorizaba la publicación de la Ley del matrimonio civil, se hacía salvedad expresa respecto a «lo que se dispone por el derecho foral vigente respecto a los efectos civiles del matrimonio, en cuanto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes». Seguidamente, se expresaba que la viudedad foral se introdujo cuando únicamente existía el matrimonio canónico, sin que se pudiera contemplar la incidencia de un matrimonio civil que lógicamente no existía. Precisamente, a juicio de la Redacción de la Revista, la aplicación del «fuero» aragonés —reconocida en el precepto precitado— llevaba literalmente —en la medida en que vinculaba expresamente la extinción del usufructo con el matrimonio eclesiástico— a entender eliminado tal derecho cuando se contrajesen nupcias canónicas⁷.

La solución enunciada está en línea, al decir de *El Consultor*, con el espíritu y finalidad de los Fueros y Observancias, ya que el objeto de la viudedad foral fue «proporcionar alimentos a las viudas para que de este modo pudiesen conservar su honor y los respetos debidos a su sexo y estado». De este modo, debe entenderse que «contrayendo segundas nupcias o viviendo la mujer en amancebamiento público se pierde la viudedad porque cesa la causa de su fundamento».

No obstante, no hemos podido localizar ninguna decisión judicial que abordase de modo directo el tema objeto de estas líneas. Con todo, sí que puede darse noticia de la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 11 de diciembre de 1874 en la que se mencionaba la cláusula de salvaguarda de los Derechos forales prevista en la Ley por la que se ordenaba publicar el Proyecto de Ley del Matrimonio Civil. En concreto, en la publicación *Jurisprudencia civil de Aragón, recopilada y ordenada según el plan del Código civil*, Zaragoza, 1897, t. I, núm. 116, p. 75, a cargo de M. RIPOLLES Y BARANDA, es posible leer lo que a continuación se reproduce:

«Si bien el art. 65 de la *Ley provisional de Matrimonio Civil* de 18 de junio de 1870 concede la patria potestad a la madre, en defecto del padre, y autorización para representar a sus hijos en juicio, no es menos cierto que según el art. primero de la *Ley* de la misma fecha, mandando publicar aquella, los efectos civiles del matrimonio, en cuanto a las personas de los cónyuges y de sus descendientes, han de regularse sin perjuicio de lo que dispone el *Derecho foral vigente*».

⁶ Concretamente, el artículo decía así: «El matrimonio que no se celebre con arreglo a las disposiciones de esta Ley, no producirá efectos civiles con respecto a las personas y bienes de los cónyuges y de sus descendientes».

⁷ Se recogen el mismo tipo de pronunciamientos en la contestación a la consulta realizada en 1871, a la que ya hemos hecho referencia, publicada con fecha de 15 de enero de 1871. En ese número de *El Consultor* se justificaba, frente a lo que pensaba el consultante, la extinción del usufructo por «estar en oposición abierta al pensamiento y fin de los fueros».

III. LAS EXPLICACIONES DE NICOLÁS DE OTTO

Muy poco tiempo después de publicada la respuesta de *El Consultor* —recuérdese que había visto la luz con fecha de 18 de marzo de 1873— se dio publicidad, en el número 15 de 30 de marzo del mismo año, a un estudio sobre la cuestión de D. Nicolás de OTTO, al que se calificaba como «distinguido Abogado y suscriptor de este periódico», estando fechado a 22 de marzo de 1873 en Barbastro⁸.

OTTO llegaba a igual conclusión que la Redacción de *El Consultor*, a la que citaba al inicio de su trabajo, pero ofrecía una argumentación más elaborada con elementos adicionales, habida cuenta de las importantes consecuencias que se derivaban de optar por una u otra solución «en un punto de aplicación tan frecuente como de importancia suma en el antiguo reino aragonés»⁹, así

⁸ El Sr. De OTTO era, pues, Abogado en el Alto Aragón, en concreto, en la localidad de Barbastro. Posiblemente, se trata del mismo Letrado que fue comisionado por el resto de sus compañeros, años más tarde, para asistir en su representación al importante Congreso de Jurisconsultos de 1880. En este punto, cabe dejar constancia de lo expuesto por el Abogado Daniel BELLIDO Y DIEGO-MADRAZO en su Ponencia «La reforma del Derecho civil aragonés: El Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1880-1881» en *Actas de los Sextos Encuentros del Foro del Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1997, en cuya p. 21 puede leerse:

«a) Tenemos constancia de que los letrados residentes en Barbastro se reúnen y acuerdan con fecha de 8 de mayo de 1880, participando en la reunión 16 de ellos, delegar su representación en su compañero don Nicolás de Oto y Crespo. Debe abandonarse la idea de que esta designación representativa fuera algo puramente simbólico u honorífico, ya que en el propio acuerdo del colectivo barbastrense se dice que el original del Acta se entregará al Sr. Oto para que pueda acreditar su encargo. Hay por tanto una fórmula de acreditación o credencial ante la organización del Congreso».

Consultado al efecto, el propio D. BELLIDO opina que seguramente el Sr. de OTTO comisionado por sus colegas barbastrenses en el referido Congreso de Jurisconsultos es la misma persona que redactó el estudio a que hace referencia este trabajo. Por nuestra parte, hemos podido comprobar en la documentación que meritoriamente conserva el Colegio de Abogados de Zaragoza la amplia participación de OTTO en el citado Congreso, del que fue Vicepresidente 4º. En concreto, elaboró dos importantes Dictámenes referidos, respectivamente, al Derecho interterritorial (la condición de aragonés) y a la conveniencia de conservar el sistema de interpretación basado en el axioma foral *standum est chartae*.

Por otro lado, no parece demasiado aventurado suponer que el firmante de este trabajo sea pariente (posiblemente, ascendiente) del que fuera Catedrático de Derecho Canónico y escritor de temas forales Nicolás S. de OTTO ESCUDERO, jurista nacido en Barbastro, que publicó, por ejemplo, *Especialidades políticas y civiles del antiguo Reyno de Aragón* (Memoria para el grado de Doctor, Barbastro, 1915) o sus *Elementos de Derecho civil aragonés* (Barbastro, 1924). Algunos datos biográficos de este autor pueden leerse en la correspondiente voz de la *Gran Enciclopedia Aragonesa*, t. IX, p. 2259, a cargo de J. DELGADO ECHEVERRÍA.

⁹ En este sentido, se describían tales consecuencias de un modo sumamente gráfico:

«Graves y trascendentales son las consecuencias de semejante doctrina. Si una viuda que casa por segunda vez solo ante la Iglesia pierde *ipso facto* el usufructo foral, aquellos a quienes pertenece la propiedad de los bienes del difunto esposo entran a poseerlo inmediatamente en el estado que tengan, apoderándose de los frutos pendientes caso de haberlos y sin deducción de expensas, conforme a lo dispuesto en la observación 6ª. De jure dotium. Si, mientras no se case

como en otros ámbitos del Derecho como el que regula el derecho a pensión de las viudas¹⁰.

A partir de esta constatación, el Letrado barbastrense describía los contenidos de la Ley del Matrimonio civil respecto a la nula eficacia civil del matrimonio canónico, junto a la reserva que se hacía con relación a lo dispuesto en las legislaciones forales. Era, precisamente, esta remisión de salvaguarda de lo dispuesto en los Fueros y Observancias el eje argumentativo que a continuación se desarrollaba. En este sentido, se citaban textualmente el Fuero 1 *De iure viuditatis* de 1398¹¹, el Fuero 1 *De iure dotium* de 1247¹² y la Observancia 13 del mismo título¹³, cuya doctrina era resumida del siguiente modo:

civilmente, por más que lo haya hecho ante la Iglesia, no se considera que ha perdido el carácter legal de viuda, continuará quizá por muy largos años gozando el usufructo de todos aquellos intereses, con perjuicio de los herederos o propietarios, que acaso yazcan en la miseria».

¹⁰ Esta perspectiva del problema había sido ya apuntada en la propia respuesta facilitada en *El Consultor*, fechado el 15 de enero de 1871, en la que se expuso lo que, a continuación, se reproduce:

«Al contestar esta consulta, a nosotros a la vez se nos ocurre una duda. ¿Las huérfanas y viudas que cobran pensiones del Estado perderán las horfades y viudedades si se casan ante la Iglesia y no civilmente? Parece que no, porque para el Estado no podrán ser consideradas como casadas, ni constará el matrimonio en el registro civil que es la única fuente legal para justificar los actos convenientes al estado civil de las personas ...».

Sin embargo, en la aportación doctrinal de OTTO, si bien hay referencia a esta cuestión y a la necesidad de resolverla, no existe un pronunciamiento explícito al respecto.

¹¹ Lib. V *Fororum Regni Aragonum*, Tít. *De iure viuditatis*, Fuero 1: «Irrefragabili consuetudine sancimus, quod viduus, aut vidua, illico cum fuerit desponsatus, aut desponsata per verba de praesenti, quamvis etiam matrimonium non fuerit in facie Ecclesiae solemnizatum, nec per carnis copulam consumatum, perdat ipso facto viduitatem» (citamos por la edición oficial de 1667, f. 124).

En la edición facsimilar, dirigida por J. DELGADO ECHEVERRÍA, de la de P. SAVALLI Y DRONDA y S. PENEN Y DEBESA, *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, El Justicia de Aragón e Ibercaja, Zaragoza, 1991, t. III, p. 129, se ofrece la siguiente traducción de M. DELGADO ECHEVERRÍA:

«Sancionamos con constitución irrevocable que el viudo o la viuda inmediatamente después de que se haya desposado o desposada con palabras de presente, pierda inmediatamente la viudedad aunque el matrimonio no haya sido solemnizado ante la Iglesia ni consumado con la unión de la carne».

¹² Lib. V *Fororum Regni Aragonum*, Tít. *De iure dotium*, Fuero 1: «Defuncto viro, uxor vidua, licet ab eo filios habuerit, omnia quae simul habuerant possidebit: ea tamen vidua, existente. Et licet non accipiat virum, si manifeste tenuerit fornicatorem, vel adulterum, amittit viduitatem, & dotes, ac si duxisset virum» (citamos por la edición oficial de 1667, f. 122).

En la traducción de M. DELGADO ECHEVERRÍA en la edición facsimilar de la de P. SAVALLI Y DRONDA y S. PENEN Y DEBESA, cit. t. III, p. 125, puede leerse lo siguiente:

«Muerto el marido, la mujer viuda poseerá todo lo que tenían juntamente aunque haya tenido hijos de él; pero mientras esté viuda. Y aunque no tome marido, si tiene fornicador o adultero manifestamente, perderá la viudedad y las dotes, como si hubiera tomado marido».

¹³ *Observantiae, Consuetudinesque Regni Aragonum, in usu communiter habitae*, Lib. V, Tít. *De iure dotium*, Observancia 13: «Item observatur, quod si vir, mortua uxore, tenet concubinam, non propter hoc amittit viduitatem, sicut facit uxor quae manifestè fornicatorem tenet» (citamos por la edición oficial de 1667, f. 17 v.).

«Es decir, que cesa en Aragón el usufructo de viudedad por pasar el cónyuge sobreviviente a segundo enlace, o aun por la simple promesa de presente, sin necesidad de cópula, ni de solemnizarlo en faz de la Santa Madre Iglesia, ni de oír Misa nupcial, es decir también, que aún cuando el viudo no lo pierde por tener manceba o concubina, sí caduca el de la viuda a quien se conoce *manifesto fornicador*.»

A partir de estos datos, Nicolás de OTTO entendía que el respeto que a los Derechos civiles especiales se efectuaba en la legislación aplicable llevaba a que prevaleciesen las mencionadas previsiones forales. Según el jurista altoaragonés, los Fueros y Observancias vinculaban la extinción del derecho de usufructo no sólo a la celebración de nuevo matrimonio canónico (único existente en el momento de la promulgación de tales normas), sino también a la mera promesa de matrimonio. De este modo, la celebración de matrimonio canónico debía equipararse, al menos, a una promesa de matrimonio, señalando a tal efecto lo siguiente:

«A nada menos es dado equiparar el casamiento canónico que a una promesa de matrimonio sin haberse llevado a su solemnidad esencial ni haberlo consumado los promitentes: pues bien, aun rebajado en la comparación a la modesta categoría de promesa, bastaría por sí solo a hacer caducar el usufructo.»

A mayor abundamiento, y para rechazar los alegatos de quienes insistían en considerar ineficaz el matrimonio canónico, OTTO llegaba a equiparar el matrimonio canónico con la convivencia marital de la viuda, lo que también, en aplicación de los Fueros y Observancias, llevaba suprimir la viudedad¹⁴. Así pues, y aceptando el punto de partida de tales opiniones, consistente en la intrascendencia civil del matrimonio canónico, mantenía lo que se reproduce a continuación: «[...] aun a esos, con su mismo criterio les diré que la viuda en Aragón por su segundo enlace, siquiera solo canónico y no civil, pierde el usufructo que gozaba en los bienes del cónyuge premuerto. No siendo legítimas sus segundas bodas, es viuda; mas vive maridablemente con un hombre, bajo un mismo techo, haciendo vida común, quizá teniendo hijos suyos; y si no es su esposa da público escándalo, falta a la honestidad debida, abandona el honor en vez de llevar limpio el nombre y guardar fiel la memoria de aquel cuyos bienes intenta seguir disfrutando [...]».

La argumentación del Abogado barbastrense se cerraba, concluyendo que, mediante la tesis defendida, se pretendía que la viuda no pudiese beneficiar-

En la edición facsimilar de la de P. SAVALLI Y DRONDA y S. PENEN Y DEBESA, cit, t. III, p. 216, J. ISO y J. ASPA nos aportan la siguiente traducción:

«Asimismo, se observa que, si el marido, una vez muerta su mujer, tiene concubina no por ello pierde su derecho de viudedad, como lo pierde la mujer que tiene públicamente un amante.»

¹⁴ Obviamente, esta homologación lo era únicamente a efectos dialécticos, ya que el jurista altoaragonés manifestaba su oposición con la nueva legislación del matrimonio civil, a la que no dudaba en calificar de «perturbadora y alarmante para la familia cristiana».

se a su conveniencia de regímenes jurídicos¹⁵, en principio, contradictorios (el de viudedad y el de nuevo matrimonio), impidiéndose con ello una situación inicua.

IV. REFLEXIÓN FINAL

De lo hasta ahora manifestado, puede afirmarse, en primer lugar, que existía en aquel momento una cierta preocupación por la incidencia de las nuevas Leyes civiles propias de un período político de máxima intensidad liberal en las instituciones forales. Sin embargo, también puede comprobarse cómo la cláusula de respeto a los Ordenamientos territoriales españoles servía para buscar interpretaciones que, en aras de la justicia, evitasen efectos indeseables derivados de las nuevas normativas.

Desde otra perspectiva, llama también la atención la equiparación que, a efectos dialécticos, realiza OTTO entre el matrimonio canónico (habida cuenta de su pretendida ausencia de efectos civiles declarada por el legislador estatal) y lo que hoy se denominaría unión de hecho o pareja estable no casada. Según prueba este jurista, la convivencia marital de la viuda ya suponía en el régimen de los Fueros y Observancias la eliminación de la viudedad. Todo ello, a nuestro modo de ver, constituye un precedente de lo dispuesto en la Compilación vigente, en lo que se refiere a la consideración de la «vida marital estable» como hecho extintivo del usufructo viudal¹⁶. En efecto, la reforma

¹⁵ La situación de discriminación de los Fueros entre el viudo y la viuda en lo que se refiere a la incidencia de la tenencia pública de amante en la permanencia de su derecho de usufructo se eliminó en los textos preparatorios de la codificación civil aragonesa y en el propio Apéndice de 1925. En este orden de cosas, resulta significativo que tanto los Proyectos de Apéndice (art. 91 de la Memoria de FRANCO Y LOPEZ, art. 174 del Proyecto de 1899, art. 179 del Proyecto de 1905 y art. 85 del de 1924), como el Apéndice (art. 73) equiparasen a estos efectos la vida licenciosa de la viuda a la tenencia de manceba por el viudo.

¹⁶ En tal sentido, conviene recordar que el art. 86.1. 2º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón señala que se extingue el usufructo de viudedad -obviamente, tanto para el hombre como para la mujer- «por nuevo matrimonio, salvo pacto en contrario, o por llevar el cónyuge viudo vida marital estable».

El que fuera Diputado de las Cortes de Aragón y miembro de la Ponencia del correspondiente Proyecto de Ley, Rafael ZAPATERO («De la viudedad foral» en *Actas de las Jornadas de Derecho Civil Aragonés*, Cortes de Aragón, Zaragoza, 1986, p. 241), quien se opuso por cierto a esta adición, informa que el fundamento de esta innovación tuvo que ver con lograr la equiparación, a los efectos de extinción del usufructo viudal, entre el matrimonio y la convivencia *more uxorio*. Por su parte, F. SANCHEZ REBULLIDA y P. de PABLO CONTRERAS, al analizar este precepto, en *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón* (Dirs. J.L. LACRUZ BERDEJO y J. DELGADO ECHEVERRÍA), t. II, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1993, pp. 849-852, saludan positivamente la introducción de la referencia a la convivencia marital. Con todo, estos profesores critican la eliminación en la reforma de 1985 de la causa de extinción del usufructo relativa a la vida licenciosa del cónyuge

de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, llevada a efecto en virtud de la Ley de Cortes de Aragón 3/1985, de 21 de mayo, estableció como causa extintiva del usufructo viudal la mencionada «vida marital estable», introduciendo con ello un primer elemento en la definición del estatuto jurídico de las uniones de hecho en el Ordenamiento jurídico aragonés¹⁷. Como se ha podido ver, no puede decirse que la novedad legislativa de mediados de los años ochenta, relativa a la incidencia de las uniones de hecho en el derecho de viudedad¹⁸, fuese ajena al Derecho histórico aragonés ni a las argumentaciones de nuestros foralistas cuando debieron enfrentarse a nuevas realidades jurídicas y sociales como fue en su día la irrelevancia civil del matrimonio canónico.

Valle de Tena, verano de 1998

supérstite, motivo de extinción del usufructo que se recogía en la Compilación en su redacción originaria de 1967.

¹⁷ No obstante, en la regulación vigente de la Compilación no hay una equiparación absoluta entre el nuevo matrimonio del viudo y la convivencia *more uxorio*, ya que en el primer caso se admite que pueda pactarse la permanencia del usufructo viudal si contrajera nuevas nupcias el cónyuge supérstite. Al respecto, vid. J.L. MERINO HERNANDEZ, «Limitaciones al derecho de viudedad aragonés», *Anuario de la Academia Aragonesa de Legislación y Jurisprudencia*, 1997, pp. 129-130. De hecho, este autor, Notario de profesión y Presidente de la Academia que edita su trabajo, revela que ha tenido ocasión de autorizar «algún testamento mancomunado en el que los cónyuges, gente relativamente joven, han hecho extensivo el pacto de 'casamiento en casa' también al hecho de llevar vida marital estable cualquiera de ellos en caso de enviudar». MERINO califica como injusta esta disparidad de tratamiento entre el matrimonio y la pareja de hecho. No obstante, y al margen de la valoración que merezca desde el punto de vista de su oportunidad o bondad intrínseca, nos parece que la equiparación entre matrimonio y convivencia *more uxorio* no es un imperativo constitucional necesario para el legislador competente, habida cuenta de la consagración del derecho a contraer matrimonio que efectúa el art. 32 de la Constitución.

¹⁸ Una interpretación de la mención del art. 86.1.2º de la Compilación del Derecho civil de Aragón a la «vida marital estable» puede verse en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida de 17 de enero de 1995, según la cual «lo relevante es que se mantenga una relación paraconyugal duradera con una misma persona». De esta decisión judicial da noticia S. LLEBARIA SAMPER, «Las uniones extramatrimoniales en Derecho Civil catalán: Antecedentes y situación actual del derecho aplicable en Cataluña», en *El Derecho europeo ante la pareja de hecho* (coord. C. VILLAGRASA ALCAIDE), Cedecs, Barcelona, 1996, p. 135.

LOS DERECHOS DE PASTOS ARAGONESES DE ORIGEN FORAL

**(Competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón,
legislación y últimas resoluciones judiciales)**

JOSÉ LUIS ARGUDO PÉRIZ

Profesor Titular E.U. de Derecho Civil

SUMARIO: I. Introducción.- II. El proyecto (caducado) de ley de pastos de Aragón. 1. Competencias de la comunidad autónoma de Aragón en derechos de pastos.- 2. Los derechos forales de pastos.- 3. Ley de patrimonio agrario, concentraciones parcelarias y derechos de pastos.- III. La alera foral.- IV. Las mancomunidades de pastos y otras comunidades. 1. La ley de administración local de Aragón. A. La comunidad de Albarracín. B. Otras mancomunidades de pueblos.- 2. Otras comunidades. A. La ley de cooperativas de aragón y las comunidades familiares. B. Las «comunidades y sociedades de montes».

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo trata de presentar algunas reflexiones al hilo prácticamente de la actualidad legislativa y judicial aragonesa sobre una materia que tiene muchas dimensiones a contemplar. Los derechos de pastos aragoneses de origen foral son en primer lugar eso, herencia de nuestro derecho foral histórico. Es un lugar común en este sentido recordar que la institución de la alera foral existe en el Derecho aragonés desde el primitivo Fuero de Jaca del siglo XI, por lo que forma parte del acervo jurídico aragonés desde su origen. Además, es una institución que ha venido regulándose sucesiva e ininterumpidamente en los textos legales de Derecho aragonés hasta la actualidad. Respecto a «las mancomunidades de pastos y demás ademprios» que

Menciona el art. 146 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón¹, existen referencias, escasas, en los textos forales, pero muchos títulos de diversa clase que originaron mancomunidades en y entre poblaciones aragonesas, y que determinaron su régimen en el marco del ordenamiento foral histórico.

Pero también los aprovechamientos de pastos tienen una dimensión jurídico-pública que se ha acrecentado en el último siglo. Si durante mucho tiempo, esta división normativa ocasionaba falta de encaje y evidentes colisiones entre la regulación foral y la legislación administrativa², se entiende que las competencias legislativas con las que cuenta la Comunidad Autónoma de Aragón pueden limar estas asperezas y planificar unas normas que tengan en cuenta los aspectos de Derecho público y privado de las instituciones aragonesas.

Sin embargo, esto no parece ser la tónica legislativa de los últimos años y hay algunos motivos de preocupación. En estos momentos el Derecho civil aragonés ya no es sólo la Compilación, y las instituciones familiares y sucesorias son únicamente una parte, aunque de enorme importancia, del mismo. En cualquier Ley aragonesa, en razón de la materia, pueden incluirse normas civiles, o pueden dictarse normas que afecten a las instituciones civiles reguladas, por lo que los principios de armonía y coherencia dentro del ordenamiento jurídico autonómico aragonés no deben considerarse como un objetivo futuro a cumplir, sino como una realidad necesaria; más necesaria todavía en la medida que las mayores competencias estatutarias afectan a un mayor número de materias.

Por ello, en este trabajo se afronta un análisis parcial, y más expositivo que de contenido dogmático, de algunas instituciones contempladas en el Derecho civil aragonés que tienen relación con algunos Proyectos y Leyes aprobadas por las Cortes de Aragón cuyo contenido incide sobre los derechos de pastos y sobre algunas instituciones comunitarias con regímenes peculiares, actualizando en este sentido algún tratamiento anterior³. Añadido a ello es el examen de algunas sentencias recientes de Juzgados y Tribunales aragonesas que tratan

¹ Como va a hacerse referencia constante a este artículo a lo largo del trabajo, lo transcribo a continuación para mayor comodidad del lector: « La alera foral y las mancomunidades de pastos, leñas y demás ademprios, cuando su existencia esté fundada en título escrito o en la posesión inmemorial, se regirán por lo estatuido en aquél o lo que resulte de ésta».

² En este sentido, reproduzco un párrafo de Víctor FAIRÉN, *La Alera Foral*, I.F.C., Zaragoza, 1951, pág. 197: «Por ello, es preciso concluir pidiendo a la Administración Central más respeto en sus disposiciones para los regímenes paccionados o consuetudinarios existentes en Aragón en materia de pastos, puesto que no existen por casualidad o capricho, sino por responder a necesidades reales; el mejor modo de que la Administración las atienda, no es la pretensión de uniformar problemas que nada tienen que ver unos con otros, sino el otorgamiento de facultades debidamente controladas para que quienes conocen los problemas en concreto, por vivirlos, los resuelvan, respetando los principios esenciales en que se ha de basar un Ordenamiento jurídico.»

³ Me refiero a mi comunicación titulada «La delimitación de las mancomunidades de pastos aragonesas. Legislación y competencias de la Comunidad Autónoma de Aragón», en *Derecho Agrario Español y de todas las Comunidades Autónomas. Congreso Internacional e Iberoamericano de Derecho Agrario*, D.G.A., Zaragoza, 1993, págs. 327 a 336. Respecto a entrar en un análisis más profundo del

de instituciones contempladas en el art. 146 de la Compilación, lo que va resultando cada vez más excepcional, y tiene quizás una mayor relevancia por no haberse dictado todavía ninguna sentencia en casación sobre el art. 146 por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

II. EL PROYECTO (CADUCADO) DE LEY DE PASTOS DE ARAGÓN

El *Boletín Oficial de las Cortes de Aragón* de 21 de enero de 1999 publicaba un «Proyecto de Ley de pastos de Aragón»⁴, que caducó sin llegar a aprobarse por el fin de las sesiones y de la misma legislatura, aunque al parecer fue una cuestión de días que no finalizase su tramitación parlamentaria.

Este Proyecto de Ley nos sirve para examinar el tratamiento que se planteaba otorgar a los derechos de pastos de origen foral, y su Exposición de Motivos para analizar las competencias en que las Cortes de Aragón se fundaban para regular esta materia.

1. COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN EN DERECHOS DE PASTOS

De la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Pastos, podemos entresacar lo siguiente sobre competencias en esta materia:

El Estatuto de Autonomía de Aragón en su artículo 35.1.15 atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de «montes, aprovechamientos y servicios forestales, vías pecuarias, pastos y espacios naturales protegidos, sin perjuicio de lo dispuesto en el número veintitrés del apartado 1 del artículo 149 de la Constitución». Corresponde, por tanto, a la Comunidad Autónoma de Aragón la competencia exclusiva en las materias allí referidas, sin perjuicio de la competencia que el texto constitucional atribuye al Estado al reservarle la legislación básica en algunos de los sectores competenciales recogidos en el precepto estatutario. El ámbito competencial de «pastos» queda fuera de esta limitación constitucional por lo que la exclusividad de la competencia autonómica habilita para la aprobación de una normativa propia, dentro del necesario respeto al resto de títulos competenciales que el texto constitucional atribuye al Estado.

Queda claro por tanto que estamos ante una competencia autonómica exclusiva, que no debe atenerse a una legislación básica estatal al no mencio-

contenido de los derechos de pastos regulados en el art. 146 de la Compilación, me excusa la próxima publicación, por la Institución «Fernando el Católico» de la Diputación Provincial de Zaragoza, de mi tesis doctoral sobre servidumbres y mancomunidades de pastos en Aragón, defendida en 1997 y dirigida por el profesor Delgado Echeverría.

⁴ Constaba de 53 artículos, dos Disposiciones adicionales y una Disposición final, que autorizaba al Gobierno para dictar normas de desarrollo en el plazo de seis meses.

narse esta materia en el art. 149.1.23.⁴ CE, aunque, como menciona a continuación la propia exposición de motivos, existe una legislación del Estado sobre pastos constituida «básicamente» por la Ley de 7 de octubre de 1938 y su Reglamento aprobado por el Decreto 1256/1969, de 6 de junio, «que establecen una ordenación que cuenta con un fuerte entronque histórico cuyos orígenes se pueden remontar a épocas anteriores a la propia Mesta»

La legislación estatal basaba la organización administrativa de los pastos en las Cámaras Agrarias Locales, que desaparecen tras la entrada en vigor de la Ley 2/1996, de 14 de mayo, de Cámaras Agrarias de Aragón, por lo que existía también la necesidad de reestructurar de forma definitiva la organización administrativa pecuaria. La Asamblea de la Comunidad de Madrid alega también esta causa para elaborar una Ley sobre aprovechamientos de pastos y rastrojeras⁵, pero la vincula también a la nueva regulación autonómica de vías pecuarias. En Aragón no se ha elaborado norma alguna de desarrollo de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias⁶, que contempla especialmente, y así lo menciona su Exposición de Motivos, el mandato constitucional (art. 45 CE) de conservación y ordenación del entorno medioambiental al señalar que «la red de vías pecuarias sigue prestando un servicio a la cabaña ganadera nacional que se explota en régimen extensivo, con favorables repercusiones para el aprovechamiento de recursos pastables infrautilizados; para la preservación de razas autóctonas; también han de ser consideradas las vías pecuarias como auténticos «corredores ecológicos», esenciales para la migración, la distribución geográfica y el intercambio genético de las especies silvestres», además de favorecer la demanda social de contacto del hombre con la naturaleza.

También la Ley de vías pecuarias es mas respetuosa con la historia pecuaria española al mencionar que en la Edad Media nacieron y se fortalecieron «las nacientes agrupaciones pastoriles (juntas, ligallos, mestas), que con el tiempo se erigieron en poderosos gremios—su ejemplo más significativo es el Honrado Concejo de la Mesta—, a cuyo amparo los ganados aprovechaban pastizales complementarios merced a sus desplazamientos periódicos por cañadas reales y otras vías pecuarias...». No cabe sino recordar a estos efectos, como ejemplo más significativo, la existencia de la llamada Casa de Ganaderos de Zaragoza y su importancia histórica en la organización gremial pecuaria aragonesa.

Siguiendo con la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de pastos, señala que los criterios sobre los que se articulaba el sistema legal estatal de

⁵ Ley 17/1999, de 29 de abril, sobre aprovechamiento de pastos y rastrojeras para la protección de la ganadería extensiva (B.O.E. n° 195, de 16 de agosto)

⁶ El Justicia de Aragón ha emitido un Informe, de fecha 9 de abril de 1999, sobre la situación de las vías pecuarias de Aragón, en el que realiza una serie de recomendaciones a la Administración autonómica, entre las que incluye «la elaboración y tramitación de un Proyecto de Reglamento de Vías Pecuarias», aunque no existe obstáculo competencial alguno para que las Cortes de Aragón elaboren una Ley autonómica de vías pecuarias en desarrollo de la Ley estatal básica, tal como ha hecho la Asamblea de la Comunidad de Madrid.

pastos giraba en torno a las necesidades de alimentación del ganado que permitía un crecimiento del sector ganadero y el respeto a las facultades dominicales de los titulares de fincas rústicas susceptibles de aprovechamiento ganadero. En este sentido, el Proyecto de Ley se declara continuador y respetuoso con el sistema histórico de aprovechamiento de pastos y rastrojeras, reafirmando la necesidad de la intervención administrativa y el reconocimiento del derecho a aprovechar los pastos de los predios ajenos mediante el abono del correspondiente canon.

Esta intervención administrativa parece darle un carácter predominante de Derecho público, pero no es posible obviar la regulación civil sobre servidumbres y comunidades de pastos, la regulación del Código civil sobre frutos o la presunción de libertad de los fundos consagrada por la jurisprudencia, además de la existencia de otros regímenes de aprovechamiento tradicionales. Por ello, esta materia parece mejor situada en el nuevo ámbito normativo del Derecho agrario, que ganando progresivamente autonomía como rama jurídica, contempla de una forma más abierta la conjunción de normas de Derecho público con las de Derecho privado.

No se menciona en la reiterada Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de pastos el título competencial sobre conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, y sólo incidentalmente, al tratar de los criterios generales de regulación de los «aprovechamientos no sujetos a ordenación», expresa que se recoge «la subsistencia de figuras entroncadas en el derecho foral como la alera, los ademprios o las mancomunidades de pastos».

2. LOS DERECHOS FORALES DE PASTOS

El art. 16 del Proyecto de Ley de pastos de Aragón, bajo el título «Alera foral, ademprios y mancomunidades de pastos», regulaba entre los aprovechamientos no sujetos a ordenación estas instituciones, contempladas también en la Compilación, del siguiente modo:

1. La alera foral, mancomunidades de pastos y demás ademprios se considerarán subsistentes en la forma que se hallaran establecidos. Unos y otros se registrarán por lo estatuido en el título escrito, o lo que resulte de la costumbre o posesión inmemorial en que se funden.
2. Las cuestiones que se suscitaren sobre la existencia, contenido, modificación o extinción de los mismos serán de competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria.

Si comparamos la redacción de este apartado primero con el del art. 146 de la Compilación, observamos que es una mezcla entre el art. 54 del Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras de 1969 («las mancomunidades de pastos entre varios pueblos o entidades municipales se considerarán subsistentes en la forma en que se hallaran establecidas»), con dicho artículo compilado, pero alterando su tenor literal, y con supresiones y añadidos.

Se suprime del texto compilado el término «leñas» que aparece tras la referencia a las mancomunidades de pastos, lo que a primera vista parece lógico en una regulación que trata monográficamente los pastos, pero se conservan los «demás ademprios», que no son una institución distinta a las mancomunidades o servidumbres, sino que indican la posibilidad de que se realicen otros aprovechamientos en las mancomunidades distintos a los de pastos y leñas.

Brevemente se puede señalar que la mención de los «*demás ademprios*» se incorporó en el Anteproyecto de Compilación de 1962, tomada a su vez del Proyecto de Apéndice foral aragonés de 1904, pero sin conocimiento previo de su naturaleza jurídica y contenido. Los antecedentes forales provienen de las Observancias, y es una institución de la que se encuentran escasas referencias desde la doctrina de los foristas de la Edad Moderna. La delimitación de los mismos es muy amplia, ya que en la Edad Media se llegó a incluir la alera foral. MOLINO llega a concretar los «*ademprios*» forales en los derechos de pastos, leñas, escalios (roturaciones), aguas y caza, y SESSE le da un contenido más limitado, pero señalando que comprende usos, derechos y servidumbres. El concepto era utilizado también en Derecho catalán, equiparándolos a usos vecinales y servidumbres, y en el Derecho italiano, que los asimilaba a aprovechamientos comunales y servidumbres vecinales. En la actual Compilación, como se ha indicado, tiene la función de expresar de forma genérica la existencia de otros aprovechamientos distintos a los que le preceden en el texto legal, pero no parece que se le pueda reconocer una autonomía institucional.

La referencia a la subsistencia de los derechos de pastos en la forma en que se hallaren establecidos no significa otra cosa que el reconocimiento de su propia existencia y una remisión a las normas sustantivas de su régimen⁷, o en palabras de CUADRADO IGLESIAS, referidas al Reglamento de 1969, «se desprende que las mancomunidades tienen un régimen autóctono que el Reglamento se limita a reconocer»⁸. En nuestro caso la remisión y el régimen autóctono no es otro que el contemplado en el art. 146 de la Compilación, teniendo en cuenta que las mancomunidades de pastos en terrenos públicos se registrarán por las leyes administrativas (art. 601 Cc.).

Pero es en este punto donde aparece la novedad, ya que el art. 16 del Proyecto tratado reproduce alterando su orden lo expresado por la Compilación, quizás para destacar el régimen de ejercicio de los derechos sobre los títulos de constitución de los mismos. No se limita sin embargo a

⁷ Vid., con referencia al art. 10 del Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras de 8 de enero de 1954, del mismo tenor literal que el art. 54 del Reglamento de 1969, lo expresado por NIETO, Alejandro, *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras*, tomo II, Junta Provincial de Fomento Pecuario de Valladolid, Valladolid, 1959, pág. 101.

⁸ CUADRADO IGLESIAS, Manuel, *Aprovechamiento en común de pastos y leñas*, Ministerio de Agricultura. Servicio de Publicaciones Agrarias, Madrid, 1980, pág. 447.

mencionar el título escrito y la posesión inmemorial, sino que añade que el régimen de estos derechos vendrá determinado por «lo que resulte de la costumbre».

El art. 16 del Apéndice foral de 1925 establecía que la existencia de la alera foral podía fundarse «en título escrito o en vigente costumbre», pero en la Compilación se suprimió la referencia a la costumbre porque, como explica SANCIO REBULLIDA, «este tratamiento legal no resultaba del todo correcto; la costumbre no es por sí —decía el Seminario (de la Comisión Compiladora)— fuente creadora de derechos subjetivos, sino medio y forma de ejercicio de los mismos; en esta materia, título y costumbre no son términos creadores de derechos ambos e incompatibles entre sí; la alera no puede nacer al amparo de una costumbre más o menos prolongada, que tampoco puede ser considerada como título presunto que produce los efectos de la prescripción adquisitiva; en realidad, la costumbre indica simplemente una forma de realización, predicable tanto de un derecho nacido de posesión inmemorial cuanto de otro nacido de título escrito»⁹.

Por tanto, los derechos de pastos se pueden regir por la costumbre, pero no se pueden fundar en la misma. En los primeros Anteproyectos de la Compilación se mencionaba la integración e interpretación con los usos consuetudinarios, pero la Comisión General de Codificación suprimió esta referencia, al ser la costumbre una fuente de derecho contemplada en los arts. 1 y 2 de la Compilación, que no es necesario reiterar en el articulado de cualquier norma legislativa de Derecho civil aragonés.

Podemos plantearnos la ficción de la posible aprobación de este Proyecto de Ley, lo que ocasionaría una duda más que razonable sobre la pervivencia del art. 146 de la Compilación, ya que como norma aragonesa posterior el proyectado art. 16 hubiera derogado al compilado sin ninguna ventaja aparente. No parece sería otra pretensión, como la coexistencia de ambas disposiciones, pero quizás lo deseable hubiera sido un desarrollo legal del contenido y régimen de los derechos de pastos de la Compilación, como criterio de política legislativa¹⁰.

⁹ SANCIO REBULLIDA, F. de A., «Los derechos reales en la Compilación de Derecho Civil de Aragón», *RCDI*, XLIV (1968), págs. 574-75.

¹⁰ No entro en otros aspectos del Proyecto por carecer de relevancia en la actualidad, pero no me parece adecuada la estrechez de contenido que otorga a las Ordenanzas de pastos el art. 26, siendo más completo en este sentido el art. 16 del Reglamento de pastos de 1969. Más adecuado parecía el art. 28 sobre recopilación en las Ordenanzas de «normas consuetudinarias y costumbres tradicionales», que parece indicar una reiteración innecesaria o una falta de delimitación de conceptos.

Se había presentado también previamente una Proposición de Ley de pastos de Aragón del Grupo Parlamentario Socialista (B.O.C.A. n.º 231, de 15 de diembre de 1998), que fue rechazada y en la que ni siquiera se menciona la alera foral, por seguir fielmente las prescripciones del Reglamento de pastos de 1969 en lo referente a aprovechamientos no sujetos a ordenación, y de la que transcribo a continuación los arts. 52 a 55.

3. LEY DE PATRIMONIO AGRARIO, CONCENTRACIONES PARCELARIAS Y DERECHOS DE PASTOS

Me refiero a la Ley vigente, es decir, a la Ley 14/1992, de 28 de diciembre, de Patrimonio Agrario de la Comunidad Autónoma de Aragón y de Medidas Específicas de Reforma y Desarrollo Agrario. Sin entrar en los detalles de su proceso legislativo y en otros aspectos de su regulación, quería referirme de manera puntual a la parte del articulado sobre concentraciones de carácter privado (Título III), materia en que la Ley pretende —según su preámbulo— «hacer una regulación más operativa y precisa que la de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (LRYDA), que en la práctica ha carecido de virtualidad por su complejidad y la indefinición respecto de cuestiones procedimentales imprescindibles para obtener resultados positivos».

La Ley aragonesa unifica dos de los procedimientos de concentración establecidos en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (denominados «sin publicaciones» y «libre», de acuerdo con el art. 240.II LRYDA y el Decreto 2059/1974, de 27 de junio, sobre procedimiento para concentraciones privadas). La especialidad de las concentraciones parcelarias de carácter privado con relación a las de carácter ordinario¹¹ es que sólo son obligatorias para los

Art. 52.— *Mancomunidades existentes.*

Las mancomunidades de pastos entre varios pueblos o entidades municipales se considerarán subsistentes en la forma en que se hallaran establecidas.

Art. 53.— *Jurisdicción.*

Las cuestiones que se susciten sobre la existencia, modificación o extinción de servidumbres de pastos o mancomunidades serán de la competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria.

La Administración se limitará a mantener el estado de hecho en que hayan venido realizándose los aprovechamientos de pastos en los supuestos del párrafo anterior, sin perjuicio de reservar a los interesados, en todo caso, las acciones que pudieran asistirles y que podrán ejercitar ante los Tribunales de Justicia.

Art. 54.— *Normativa aplicable.*

Los aprovechamientos de pastos en los terrenos que integren una mancomunidad entre dos o más pueblos se harán de acuerdo con las normas forales consuetudinarias que vengán observándose.

Art. 55.— *Administración.*

La administración de los pastos de las mancomunidades estará a cargo de las Comisiones Locales de Pastos de las entidades o pueblos interesados.

La Junta Provincial de Fomento Pecuario, cuando lo considere necesario, podrá constituir la Junta de Mancomunidad, que quedará formada por un miembro de cada una de las Comisiones Locales que integran la mancomunidad de pastos, y por el Veterinario titular del pueblo que se señale como residencia de la Junta.

¹¹ En el procedimiento ordinario de concentración parcelaria, la LRYDA establece mayores garantías respecto a estos derechos reales, ya que deben figurar los determinados en el periodo de investigación (art. 184.d), y los participantes en la concentración están obligados a declarar los que conozcan o afecten a sus fincas o derechos. Añade el art. 190.2 que «la falsedad de estas declaraciones dará lugar, con independencia de las acciones penales, a la responsabilidad que se derive de la falsedad u omisión». Los arts. 192, 193 y 194 establecen las suficientes garantías respecto a la in-

propietarios y titulares de derechos reales, u otras situaciones jurídicas existentes, que voluntariamente los aporten, pudiendo establecerse compensaciones en metálico en las adjudicaciones de fincas de reemplazo, y los proyectos y estudios técnicos los llevan a cabo los promotores, correspondiendo su aprobación al Departamento de Agricultura, Ganadería y Montes, gozando de los correspondientes beneficios fiscales (art. 49).

El problema surge respecto a las garantías necesarias que deben contemplarse en el procedimiento para el correcto respeto y salvaguarda de los derechos reales y otras situaciones que recaigan sobre las fincas objeto de concentración. El procedimiento sin publicaciones se caracterizaba por que en tal caso los derechos reales y situaciones jurídicas que tengan por base las parcelas sujetas a concentración no se trasladan a las fincas de reemplazo salvo en el caso que los titulares de tales derechos o situaciones consientan en el traslado, según señala el art. 240. II LRYDA, añadiendo en su párrafo segundo que «cuando se autorice la concentración de carácter privado sin publicaciones, cada participante quedara obligado, en los términos establecidos en el Código civil para las permutas, a responder del saneamiento de las parcelas que aporte si sobre ella existen derechos cuyos titulares no hubiesen consentido en la concentración».

Ello exige que la documentación aportada para acreditar los derechos y situaciones sea legalmente indiscutible, requiriendo la Ley aragonesa que tras presentar la solicitud y aprobada, en su caso, se lleve a cabo la elaboración de un Plan de trabajo, a presentar en plazo de tres meses desde la notificación de la resolución (art. 52). El Plan de trabajo debe contemplar entre otras cuestiones, la «relación de todas las fincas que pertenezcan a los solicitantes en el término o términos municipales en que proyecten llevar a cabo la concentración, con indicación aproximada de la superficie de cada una y con expresión de las que se proponen incluir en la concentración y de los gravámenes y situaciones jurídicas de éstas» (art 53.a), que es concordante con el art. 1.1.a del Decreto 2059/1974.

A partir de esta declaración de los propietarios de fincas solicitantes, el Plan pasa a información pública mediante avisos en diarios oficiales y exposición en el Ayuntamiento correspondiente. La fase siguiente es la presentación del Proyecto de concentración parcelaria en el plazo de un año, expresamente aceptado por todos los promotores (art. 55), y que contempla entre sus contenidos la declaración de cada una de las fincas de reemplazo que se deba adjudicar a cada propietario, «así como de los derechos reales y situaciones jurídicas que hayan de trasladarse a las mismas, acompañadas del correspondiente plano» (art. 56.1.e).

cripción de estos derechos y situaciones jurídicas, así como el art. 222 con relación al acta de reorganización de la propiedad, y no obsta que el art. 198 exceptúe las servidumbres prediales, ya que las posibilidades sobre ellas que abre el art. 230 (pensando fundamentalmente en las servidumbres de paso) son muy amplias y variadas: «se extinguirán, serán conservadas, modificadas o creadas de acuerdo con las exigencias de la nueva ordenación de la propiedad».

Sin embargo, el art. 3 del Decreto 2059/1974, exigía además de lo anterior, la obligación de incluir en el Proyecto «las cargas y situaciones jurídicas que persisten en cada finca» (art. 3.1.c), que no aparece recogida en el art. 56 de la Ley aragonesa.

Posteriormente, el Departamento de Agricultura extiende y autoriza el acta de reorganización de la propiedad que, acompañada de los títulos de concentración, se remitirá a la notaría correspondiente para su protocolización y posterior inscripción en el Registro «conforme a lo previsto en los arts. 235 y siguientes de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario» (art. 58).

El citado art. 235 especifica que «en la inscripción de las fincas de reemplazo se harán constar las cargas y situaciones jurídicas inscribibles acreditadas o constituidas en el expediente y que, por afectar a la finca que se trate, se haya consignado en el título relativo a la misma. Estas inscripciones no surtirán efecto respecto de terceros hasta transcurridos noventa días naturales a contar desde el siguiente al que se extendió el asiento de inscripción en el que se hará constar la circunstancia, estando obligados los Registradores de Propiedad a practicar los asientos conforme hayan quedado las fincas, derechos reales y situaciones jurídicas en el expediente de concentración».

Las dudas sobre la adecuada contemplación y el establecimiento de garantías suficientes respecto a los derechos reales y situaciones jurídicas que recaigan sobre fincas objeto de concentración parcelaria privada se acrecientan al contemplar como en la tramitación parlamentaria de la Ley se mantuvo hasta el Pleno la enmienda n.º 70 del Grupo Parlamentario Socialista, rechazada en esta sesión, que solicitaba la inclusión de la misma en el texto como Disposición Adicional Quinta, y cuyo tenor literal era el siguiente:

Quinta.— Las actuaciones dirigidas a la concentración parcelaria de carácter privado regulada en esta Ley, así como el resto de concentraciones parcelarias reguladas en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, versarán exclusivamente sobre los aprovechamientos agrícolas. Consiguientemente y excepto que se haga expresamente en el acta final de la concentración mención a otra cosa, pervivirán los derechos de pastos que tradicionalmente existieran sobre las fincas concentradas y conocidos con los nombres de alera final (sic: foral), mancomunidades de pastos, dehesas u otros análogos. La pervivencia de los derechos de pastos se hará constar expresamente en cuantas inscripciones se practiquen en el Registro de la Propiedad. Lo mismo se entenderá respecto al aprovechamiento de otros derechos distintos del agrícola que pudieran existir.

La motivación de la enmienda expresaba que trataba de «solucionar uno de los problemas permanentes en las concentraciones parcelarias actualmente desarrolladas por la Diputación General de Aragón»¹².

¹² Las cuestiones tratadas en este apartado fueron objeto de tratamiento en un Informe del Justicia de Aragón, trasladándose una buena parte del mismo al *Informe anual del Justicia de Aragón a las Cortes de Aragón*, de 1992 (vid. B.O.C.A. n.º 72, fascículo 2º, de 16 de abril de 1993, en las págs. 2820 a 2824). En dicho Informe se recuerda que la competencia estatutaria (art. 35.1.4 E.A.A.)

Con el modelo de procedimiento de concentración privada adoptado en la Ley aragonesa, se requiere una actividad positiva y colaboradora de los titulares de los predios sirvientes, obligados a declarar la existencia de tales servidumbres sobre sus predios. A pesar del correspondiente período de información pública (art. 57.1) y la posibilidad de interposición de recursos administrativos (art. 57.2), apoyaría más las garantías y seguridad en el procedimiento la obligación de constancia de las servidumbres que no se trasladan y siguen existiendo sobre las fincas aportadas a la concentración, a pesar de que en principio no deberían sufrir ninguna alteración registral.

A ello hay que añadir el obstáculo consistente en la dificultad de trasladar parcialmente una servidumbre de alera foral, que tiene un área espacial de ejercicio —delimitada por el doble recorrido posible de ida y vuelta en el mismo día y sin superar las eras o los núcleos de población vecinos— determinada justamente por las disposiciones forales, difícilmente mutable, según la situación de las fincas de reemplazo, para esta servidumbre intermunicipal de pastos.

Los procesos de concentración parcelaria son una fuente constante de conflictos, ya que en la mayoría de los casos los nuevos titulares de las fincas concentradas no aceptan de buen grado la existencia de servidumbres u otros derechos sobre sus fincas e intentan su extinción, tal como muestra la S. TS de 16 de febrero de 1987¹³, que tiene como precedente la de 11 de noviembre de 1982.

Los hechos que motivaron el litigio versaban sobre la adjudicación de tierras de reemplazo a unos propietarios como resultado de un proceso de concentración parcelaria, encontrándose gravadas estas fincas con una servidumbre de pastos a favor del Ayuntamiento del pueblo en cuestión, consistente en que en el coto redondo

sobre la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés vincula a todos los poderes públicos, y que la conservación del Derecho civil propio incluye también necesariamente la de las instituciones existentes. En uso de sus facultades legales, el Justicia adoptó la siguiente resolución:

«1.º Efectuar recordatorio formal al Departamento de Agricultura, Ganadería y Montes de la Diputación General de Aragón en el sentido de que en los procesos de concentración parcelaria y demás actuaciones de reforma y desarrollo agrario se respeten los derechos forales tradicionales de pastos contemplados en el art. 146 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, así como todos los demás derechos reales agrícolas o pecuarios adquiridos por justo título o posesión inmemorial, sin menoscabar o impedir, directa o indirectamente, su uso.

2.º Sugerir al citado Departamento que en los procedimientos de concentración, especialmente en los de concentración parcelaria privada, facilite dicho Departamento, de oficio o a instancia de parte, cuantos datos y antecedentes obren en su poder y puedan ser de utilidad a los interesados, y especialmente a los promotores de la concentración y titulares de derechos reales y otras situaciones jurídicas sobre las tierras en proceso de concentración, prestando asimismo su colaboración y asesoramiento para la investigación, estudio y adecuado tratamiento, de acuerdo con el Ordenamiento Jurídico Aragonés, de estos derechos y situaciones jurídicas.»

¹³ Consejo General del Poder Judicial. *Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sala 1ª de lo Civil*. 1987. Primer trimestre. Nº 71.

únicamente se permite a los propietarios el período destinado a siembra y recolección (unos nueve meses en cada ciclo trienal), lo que equivale a que cada ciclo de treinta y seis meses el Ayuntamiento de Guijo de Ávila tiene el derecho a un aprovechamiento exhaustivo de dichas fincas durante veintisiete meses, cuyo valor real de este derecho, triplica el valor del derecho que asiste al propietario.

Varios propietarios de las tierras de reemplazo solicitaron al Ayuntamiento la redención de la servidumbre que pesaba sobre sus fincas y, ante el silencio administrativo del mismo, entablaron la correspondiente demanda civil. El Tribunal Supremo declara que es una servidumbre de pastos de la que es titular el Ayuntamiento de la localidad, siéndole aplicable por tanto la redención establecida en el art. 603 Cc.

La discusión durante el proceso se centrará en torno al principio de indivisibilidad de las servidumbres, reconocido en el art. 535 Cc. El Tribunal Supremo entendió que este principio «no se opone al derecho que en absoluto y sin limitación alguna concede especialmente el art. 603 Cc. al dueño de todo terreno gravado con la servidumbre de pastos, de redimir esa carga mediante el pago de su valor, sea uno o más los que tengan derecho a la servidumbre». La admisión de la «redención parcial» de la servidumbre de pastos se justifica en el «interés público» que inspira el art. 603, para cuya demostración se acude al artículo precedente, es decir a la facultad de cerramiento sin indemnización y la posible continuación del aprovechamiento de pastos en las fincas no cerradas.

El Ayuntamiento de Guijo de Ávila invocará la infracción del art. 230 del Texto Refundido de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, argumento que es rechazado por el Tribunal

pues lo que se dispone en el precepto... es que el gravamen que como derecho real afecte a las fincas objeto de concentración parcelaria pasará a recaer inalterado sobre las fincas de reemplazo y siendo de este carácter la de los actores, que parten para su postulación de la existencia de la servidumbre que originariamente afectaba a las fincas que fueron objeto de la concentración, no se alcanza el por qué ello pueda ser óbice a su redención, aplicando la preceptiva contenida en el art. 603 Cc. y menos que tal acto signifique sancionar un acto contrario a una ley imperativa o prohibitiva.

El Tribunal Supremo admite el carácter incondicionado de la redención de las servidumbres de pastos, siguiendo una lógica desamortizadora que prima el goce libre de cargas de las fincas de reemplazo y la utilización agrícola intensiva, que era casi imposible de realizar con un aprovechamiento de nueve meses cada tres años. Este objetivo de una explotación intensiva agrícola es en definitiva el «interés público» protegible, al considerar la servidumbre de pastos como un perjuicio o gravamen económico que no tiene porque soportar el propietario, aunque los beneficiarios de la servidumbre sean los vecinos ganaderos de la población.

III. LA ALERA FORAL

La Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Calatayud de 1 de marzo de 1994, sobre acción declarativa y de delimitación de alera foral, plantea cuestiones de especial relevancia sobre esta institución de origen foral, a lo que se añade que se trata de una servidumbre recíproca, entre los pueblos de Malanquilla y Aranda del Moncayo, y que no se solicita la extinción del derecho recíproco de pastos sino la delimitación de su extensión espacial y algunas otras cuestiones controvertidas en torno a la misma.

Ambos pueblos están de acuerdo en que la servidumbre recíproca, la «sole-
ra» —según la denominación local y comarcal—, consiste en el derecho a entrar los ganados a pastar, sin exclusividad, de sol a sol y en una zona geográfica delimitada de cada término municipal. No se menciona la posibilidad de pastar hasta las eras de la otra población por estar delimitado el derecho espacialmente por varias concordias (de los años 1625, 1688 y 1820), así como por algunas adiciones a las mismas. La sujeción al título escrito especial determina la ruptura con las prescripciones forales, pero ya comentaba FAIRÉN que los pastos «de era a era» no se observaban con rigor en casi ninguna alera de las que estudió¹⁴.

Los terrenos sobre los que se practica la alera son terrenos comunales, normalmente de secano, pero también se ejercitaba en este caso sobre campos cultivados, una vez levantada la cosecha, y por lo tanto afectaba a terrenos de titularidad pública y privada.

Las cuestiones litigiosas surgen al demandar Aranda del Moncayo una extensión más amplia del derecho, alegando que se ha adquirido por posesión inmemorial, pero de la documentación aportada parece deducirse la existencia histórica de derechos más amplios que los de alera foral (pacer los ganados de día y de noche, hacer lumbre y corrales para yacer los ganados, etc.) sobre un terreno común, posiblemente colindante con el de la alera, que configuraba una mancomunidad entre ambos pueblos, lo que sirve para diferenciar ambos derechos y para constatar como el derecho de alera foral convivía con otros derechos de pastos entre pueblos. Aranda del Moncayo reclamaba también el derecho de dar a beber al ganado en las fuentes y abrevaderos existentes en el término sujeto a la alera de Malanquilla, así como en el derecho de darle sal. No los contempla como derechos autónomos sino como accesorios del de la servidumbre de pastos.

El fallo fue del tenor siguiente:

Que estimando parcialmente la demanda presentada por el Ayuntamiento de Malanquilla, declaro que entre los vecinos de los Ayuntamientos de

¹⁴ Sobre esta y otras cuestiones que se mencionan a continuación, *vid.* FAIRÉN, Víctor, «El régimen de pastos de alera foral en la actualidad», en *Homenaje a la memoria de Don Juan Moneva y Puyol*, E.D.A. (C.S.I.C.), Zaragoza, 1954, págs. 303 a 319.

Malanquilla y Aranda de Moncayo, ambos de la provincia de Zaragoza, existe una alera foral aragonesa, es decir, una servidumbre personal de pastos recíproca, en favor, respectivamente, de los vecinos de uno y otro pueblo; asimismo, que dicho derecho recíproco 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 que, por lo que se refiere al término municipal de Malanquilla, como predio sirviente, se circunscribe a la zona delimitada en el plano aportado con el informe pericial...en toda la extensión que dicha línea abarque hacia el límite norte del término municipal.

En consecuencia, fuera de los límites del contenido material y territorial de la alera foral aragonesa, tal como se ha descrito, no existe otro derecho de igual clase en favor de los vecinos de Aranda de Moncayo, sobre el terreno municipal de Malanquilla.

Una vez firme la presente resolución, se procederá a practicar el deslinde y amojonamiento de la referida zona geográfica del término de Malanquilla, colindante con Aranda de Moncayo, dejando constancia de su resultado, tanto material, mediante la colocación de hitos o mojones sobre el terreno, como documental, mediante levantamiento del acta correspondiente.

En cuanto al derecho a abrevar los ganados de Aranda, sólomente será posible en los lugares denominados en la concordia de 1625, San Pedro, el Olmedano y la fuente de Yjérque, en el caso de que se encuentren en el término territorial de la solera reconocida en esta resolución.

En lo relativo al derecho a darle sal al ganado, se declara que no se extiende el mismo al contenido de la alera foral declarada.

Extraña que se considere como una servidumbre personal, que es una tendencia doctrinal progresiva respecto a las servidumbres de pastos, pero las disposiciones forales establecían que se practicaba entre términos, contiguos, de los pueblos (fuero 2.º *De pascuis*). Los titulares de los derechos lo son en virtud de relaciones ciertas y determinadas, como son las de vecindad, que los ligan con los predios respectivamente, y por tanto no alteran el carácter de la servidumbre. Es por tanto, y lo avala FAIREN, una servidumbre real o predial en la que se puede distinguir con claridad el predio dominante y sirviente, aunque se trate de servidumbres recíprocas.

La pretensión de Aranda del Moncayo de acrecimiento del espacio pastable se rechaza por la posible confusión con otros derechos de pastos distintos anteriores, y la alegación de la adquisición por posesión inmemorial de esta modificación territorial, por constar denuncias penales entre 1625 y 1971. La posesión ha de ser pacífica, pero hay que analizar bien el contenido de dichas denuncias, ya que en zona de alera foral también está prohibido el sobrepastoreo y otros abusos en la utilización de los pastos. Los conflictos entre los pueblos por derechos de pastos han sido una constante histórica, y por ello el concepto de posesión pacífica ha de ir unido a una delimitación temporal razonable y es exigible un cierto rigor en la prueba de lo contrario.

El derecho de abrevar es uno de los adempros forales («adaquare» en las disposiciones forales, según la S. TS de 28 de febrero de 1865, que admite

otros usos), y se considera como un derecho accesorio de pastos si se ejercita en corrientes de agua públicas, pero no en otras, de acuerdo con la doctrina de PÉREZ DE PATOS. En el caso tratado, la fidelidad a los títulos histórico-jurídicos no debe impedir realizar al juzgador una aplicación e interpretación actualizadora, y debería, a nuestro parecer, haber determinado previamente el reconocimiento del derecho de abrevar, basado en los títulos presentados al igual que el de dar sal al ganado, para posteriormente resolver que se ejercitase en las fuentes y cursos de agua reconocidos históricamente, si no han sufrido modificaciones o han desaparecido, o en otro caso en las corrientes de agua existentes en el territorio delimitado como de ejercicio de la alera foral.

En la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª, S. de 19 de diciembre de 1994), la pretensión de Aranda del Moncayo, a través del correspondiente recurso, sigue siendo la de la mayor extensión del derecho de pastos que el señalado en la prueba pericial, en base a las referencias de las antiguas Concordias entre los dos pueblos, argumentación que es desestimada, entre otras razones, porque:

ha de señalarse como con el contenido propio de esa servidumbre de pastos se entremezclan, en algunos textos de los documentos que contienen las Concordias celebradas entre ambas localidades ciertas facultades inherentes a otros aprovechamientos de diferente contenido, que podrían dificultar la determinación del área geográfica de la primera, por lo que será necesario estar y pasar preferentemente por el resultado de aquella prueba pericial, en modo alguno desvirtuado por las alegaciones vertidas por la parte que ha recurrido.

En la S. JPI n.º 1 de Jaca de 16 de enero de 1996, los demandados alegaron la existencia de una servidumbre de alera foral sobre las fincas particulares de los actores, vecinos del mismo pueblo y cuyas fincas estaban situadas en el mismo término municipal, fundada en la posesión inmemorial, que consistía en que

desde tiempo inmemorial en Villarreal de la Canal, una vez recogida la cosecha y antes de la siembra los ganados de los vecinos aprovechan los pastos tanto de los montes de utilidad pública, cuyo aprovechamiento se adjudica en pública subasta... como de las fincas de propiedad particular, como resulta de la documentación del reparto de pastos de los años 1978 y siguientes...; y quedando excluidos de la alera foral únicamente las fincas cercadas y las que nunca se han corrido por los ganados, servidumbre de alera foral cuya existencia y vigencia en la forma dicha queda corroborada por las declaraciones de los testigos..., y amparada por el citado artículo 146 de la Compilación Aragonesa, razones por las que procede igualmente desestimar la acción negatoria de servidumbre.

Que Villarreal de la Canal (Canal de Berdún, Huesca) ha tenido alera foral lo demuestran las *Ordinaciones* locales de Lorbés, pueblo colindante ya en la provincia de Zaragoza, del año 1673, que al tratar en el capítulo 84 del *Alero* con Villarreal en el término o partida de Sellún, establecen que por ser *galanes* en años anteriores con los ganaderos de Villarreal, no les habían aplicado las sanciones establecidas en una antigua sentencia arbitral por excederse en el límite geográfico de los pastos que podían aprovechar y, por ello, en esos

años reclamaban tener derecho de pastos sobre una extensión mayor que la del *alero*. Para evitarlo, este estatuto ordena aplicar rígida e inexorablemente las penas señaladas en la disposiciones forales generales cuando los ganados de Villarreal atravesasen un determinado punto geográfico¹⁵.

En la apelación a la anterior sentencia, la Audiencia Provincial de Huesca (sentencia de 12 de diciembre de 1996), sitúa dogmáticamente de forma correcta la institución de la alera foral y la diferencia del derecho de pastos reconocido en la sentencia del Juzgado de Jaca:

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 ejercita sobre las tierras limítrofes del término municipal contiguo 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 Villarreal 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... Con respecto a esta figura jurídica, estima la doctrina y en este mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 19-2-1954, 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 objeto 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.

Llegados a este punto, hubiera parecido lógico expresar que se trataba de una servidumbre no contemplada en la Compilación, ya que expresamente el art. 146 de la Compilación sólo recoge una servidumbre que es la alera foral, y las «mancomunidades de pastos» se pueden considerar, en todo caso, si seguimos la interpretación jurisprudencial de los arts. 600 y 602, invocada de forma incompleta a través de la S. TS de 19 de febrero de 1954, como servidumbres recíprocas, pero no unilaterales, como parece ser el caso de autos. Sin embargo, la Audiencia Provincial indica a continuación que «esta servi-

¹⁵ También establece el capítulo 84 de las *Ordinaciones* de Lorbés las sanciones aplicables a los ganados alerantes que pastasen en los campos sembrados del *alero*. Una copia de estas *Ordinaciones* se halla en el Archivo Municipal de Ansó (Huesca), Legajo 219 (bis), nº 5 (Protocolo del notario Agustín López de Ansó del año 1673, fols. 53 a 54v. para las menciones señaladas).

dumbre», que se sobreentiende que sólo puede ser la alera foral, es de carácter voluntario desde el Apéndice Foral, por lo que exige la prueba de la existencia de una posesión inmemorial anterior a 1925.

Se deduce que es una servidumbre no aparente, sea discontinua o no, por lo que su adquisición puede regirse por lo establecido en el art. 148 de la Compilación, que exige para la usucapión de todas las servidumbres no aparentes, esten o no reguladas en la Compilación, el transcurso de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título. En todo caso, tal como agrega la Compilación, la prescripción adquisitiva puede operar a través de la posesión inmemorial. Por ello, la Audiencia Provincial crea la confusión sobre los caracteres de el derecho de pastos tratado en la sentencia, que menciona exclusivamente como «derecho real de servidumbre». Parece incluirlo dentro de las mancomunidades de pastos del art. 146, lo que parece incorrecto por el relato de los hechos, y ello lleva a plantearnos si el Tribunal entiende que el art. 146 de la Compilación acoge en sus instituciones una pluralidad de derechos de pastos de distinta naturaleza, o bien hubiera sido más correcto alegar una aplicación analógica de este artículo o una remisión al Código Civil en su regulación. En todo caso, parecía imprescindible la mención del art. 148 de la Compilación, supuesto el carácter no aparente de la servidumbre, para señalar los modos de adquisición de esta clase de servidumbres en Aragón.

En cualquier caso, para todas las aleras constituidas con anterioridad al 2 de enero de 1926, fecha de entrada en vigor del Apéndice foral que la considera ya como voluntaria, el primer título de constitución lo conforman el fuero 2.^o *De pascuis, gregibus et capanis*, de 1247, del libro III, y las observancias 35 y 36 *De generalibus privilegiis totius Regni Aragonum*, del libro VI, y las referentes a esta institución del título *De pascuis, gregibus et capanis*, del libro VII. Parece lógico probar sólo a partir de esta fecha que la alera foral ha seguido existiendo.

IV. LAS MANCOMUNIDADES Y COMUNIDADES DE BIENES

1. LA LEY DE ADMINISTRACIÓN LOCAL DE ARAGÓN

Con la reforma del Estatuto de Autonomía (Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre), Aragón ostenta ya competencias exclusivas en materia de régimen local, como recoge el art. 35.1.2.^a. En uso de esta competencia se ha aprobado la reciente Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón¹⁶, de gran extensión.

¹⁶ B.O.A. nº 45, de 17 de abril.

En el capítulo VI («Otras entidades locales») del título III, reducido a una sola disposición, el art. 95 («Normas peculiares y su modificación») establece:

1. La Comunidad de Albarracín, mancomunidades forestales, comunidades de tierras, pastos, aguas y otras análogas, actualmente existentes en el ámbito de la Comunidad Autónoma, continuarán rigiéndose por sus propios Estatutos, pactos o concordias y demás normas consuetudinarias.

2. Dichas entidades podrán modificar sus Estatutos con el fin de adecuarlos a las nuevas circunstancias económicas y sociales o para incluir entre sus fines la ejecución de obras y la prestación de servicios de carácter más amplio y que benefician conjuntamente a sus miembros.

En estos supuestos, el procedimiento de modificación de dichas normas se iniciará con el acuerdo del órgano de gobierno de la entidad supramunicipal y de cada uno de los Ayuntamientos que la integren, siguiéndose después los trámites previstos para la aprobación de los estatutos de las mancomunidades. La aprobación de la modificación estatutaria requerirá la unanimidad de todos los miembros de la entidad.

3. En todo caso, se dará cuenta a la Diputación General de Aragón de cualquier modificación que se acuerde respecto de los regímenes peculiares y tradicionales existentes.

La Ley de Administración Local deroga la Ley 6/1987, de 15 de abril, de Mancomunidades de municipios, cuya regulación se ha trasladado a los arts. 77 a 82, y a este art. 95 el anterior artículo 8. El nuevo artículo es mucho más preciso y ajustado a la realidad aragonesa en cuanto a las comunidades contempladas, ya que anteriormente la mención era a «las mancomunidades o comunidades de villa y tierra, comunidades de pastos, aguas y otras análogas»¹⁷.

Al tratarse de entidades y comunidades históricas con numerosas peculiaridades mantiene la nueva ley sus regímenes tradicionales estableciendo como fuentes los Estatutos, pactos o concordias y demás normas consuetudinarias. La referencia a los Estatutos parece acertada, ya que es habitual que en este tipo de comunidades exista una norma particular que cumpla las funciones de reglamento de los aprovechamientos, pero parece excesiva la mención especial de los pactos o concordias, ya que no son sino títulos de carácter contractual, tal como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1888, al tratar de un derecho de pastos entre las poblaciones aragonesas de Obón y Alcaine:

La escritura de Concordia es un título especial de constitución de servidumbre de pastos y abrevaderos, por convenio y acuerdo mutuo entre los vecinos y habitantes de dos pueblos y sus respectivas justicias, jurados, concejos y universidades, de la cual resulta que recíprocamente y a perpetuidad se concedieron el ejercicio y aprovechamiento de aquellos derechos, en los términos de cada uno de dichos pueblos.

¹⁷ Con relación al art. 8 de la Ley de 1987, *vid.* mi comunicación sobre «La delimitación de las mancomunidades de pastos aragonesas...», ya citada, y las referencias a otros comentarios de dicho artículo.

Demostrada por medio de un contrato eficaz y valedero la existencia de un gravamen y siendo el convenio la suprema ley a que deben sujetarse los otorgantes, ó los que de ellos deriven el derecho, sin que uno contra la voluntad del otro pueda disentir de su cumplimiento...

La libertad de pactos en Aragón ha determinado la proliferación de esta clase de títulos, pero también algunas comunidades se rigen por títulos judiciales y legales, y, en definitiva, la expresión del art. 146 de la Compilación al mencionar el «título escrito» es omnicomprendiva de todos ellos, jugando la posesión inmemorial el papel de sustitutivo del título escrito, especialmente en el frecuente caso de pérdida.

El apartado 2.º del art. 95 amplía las posibilidades de modificación de los Estatutos, incluyendo como elemento novedoso la adecuación a las nuevas realidades económicas y sociales, pero se olvida de la adecuación necesaria al ordenamiento jurídico vigente de Estatutos que no se han modificado, en algunos casos, desde principios de siglo. Un papel más activo de la Diputación General en este sentido, en lugar del de mero receptor de las modificaciones atribuido en el apartado 3.º parece que hubiera sido deseable. Por fin, el requisito de unanimidad en estos casos, exceptuando la prestación de nuevas obras y servicios, derivado de una sentencia del TSJA sobre la Comunidad de Albarracín parece excesivo, y nos llevaría al vidrioso tema de la distinción entre actos de administración y de disposición.

Otras disposiciones se podrían comentar de esta importante e interesante Ley que ayuda a aclarar el régimen de aprovechamientos de estas comunidades peculiares y determina un ámbito organizativo administrativo, pero señalaré sólo la Disposición adicional quinta, sobre comunidades vecinales de bienes por la extrañeza que causa a primera vista:

Las sociedades y comunidades de vecinos que ostenten la titularidad conjunta de bienes continuarán rigiéndose por sus propios estatutos.

Habría que entender que se conserva el régimen tradicional de estas sociedades y comunidades, pero parece determinar un ámbito jurídico-administrativo no por la caracterización pública de los bienes, sino por la condición de vecinos de los comuneros. Podría referirse a las numerosas sociedades y comunidades de montes existentes en Aragón, pero parece discutible que esta sea la sede adecuada de esta disposición.

A) La Comunidad de Albarracín

Como complemento de lo expuesto más arriba, se añaden unas breves notas referidas concretamente a la Comunidad de Albarracín¹⁸, por haberse

¹⁸ Para una mayor comprensión, me remito a la comunicación ya citada sobre «La delimitación de las comunidades...», y a otra más reciente sobre «La Comunidad de Albarracín como institución foral del Derecho aragonés», presentada en las *jornadas de estudios sobre los Fueros de Teruel y Albarracín*, organizadas por el Instituto de Estudios Turolenses y celebradas en diciembre de

convertido en ejemplo de las vicisitudes por las que atraviesan las comunidades históricas aragonesas, ahora contempladas en la Ley de Administración Local.

Tras la derogación de sus fueros particulares en 1598, salvo la carta de población, la Comunidad se rigió por Estatutos y *Ordinaciones*, de los que cabe destacar los aprobados por el comisario real Juan José Pujadas en 1696, que se alegaran como todavía vigentes en 1898. La separación de las aldeas de la jurisdicción de la ciudad se logra por privilegio de Carlos II de 27 de agosto de 1689, que se completará con una Concordia entre la ciudad de Albarracín y la comunidad de aldeas de 1702, depurando algunos puntos conflictivos entre las partes sobre el régimen comunitario.

La supresión de las Comunidades de Villa y Tierra desde 1836, lleva a que a partir de 1842 la ciudad de Albarracín forme parte de nuevo de la organización de la Comunidad a través del órgano provisional de administración de los bienes de la misma. En 1903 se dicta un nuevo reglamento organizativo de la Comunidad, acogiéndose en este caso a la legislación local, y de la misma clase será el nuevo reglamento de 1933.

En el año 1958 la Ciudad interpuso una demanda judicial contra la Comunidad, en la que los temas debatidos eran que la Ciudad entendía que en la titularidad del patrimonio se daba la figura romana de condominio entre ella y la llamada Comunidad de Albarracín, en partes iguales y proindivisas, y que ésta última estaba integrada en paridad de derechos y obligaciones, por los veintitres Ayuntamientos antes citados. Las demás Corporaciones municipales afectadas estiman que el único titular era la Comunidad de Albarracín, no discutiendo la participación cuantitativa de la Ciudad, pero siempre dentro de ella. En 1929 el Ayuntamiento de Albarracín había inscrito en el Registro de la Propiedad a su nombre la posesión del 52,17 % de las Sierras Universales, transformada en inscripción de dominio en 1947.

La solicitud de división de bienes no se llevó a efecto por la intervención del Gobernador Civil, que propició un acuerdo entre las partes en 1959, delimitando el reparto de los rendimientos de los aprovechamientos madereros, y considerando como normas supletorias de su régimen comunitario tradicional las escritas y consuetudinarias que se observasen.

La Comunidad de Albarracín se acogió a la posibilidad ofrecida por el art. 8 de la Ley de mancomunidades de municipios de 1987, y la Orden de 31 de enero de 1992 dispuso la publicación de los estatutos modificados de la Comunidad de Albarracín¹⁹. En el proceso de aprobación la nota sobresaliente

1998, y actualmente en prensa. Es también muy recomendable la lectura de otras comunicaciones de las mismas Jornadas, y VILLAR Y ROMERO, J. M^a, «La «Comunidad de Tierra» de Santa María de Albarracín», en *Homenaje a Jordana de Pozas*, III-2, Madrid, 1962, págs. 219 a 245.

¹⁹ B.O.A. n^o 17, de 12 de febrero.

te fue la oposición del Ayuntamiento de Albarracín «que estima necesaria la unanimidad de todos los partícipes para que pueda efectuarse la modificación de los Estatutos de la Comunidad y mantiene su negativa a que dicha modificación se produzca», recurriendo finalmente dicha modificación.

La Ciudad de Albarracín interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón por el proceso de aprobación de los Estatutos, pidiendo la anulación de la Orden citada que los publicaba, ya que no consintió y no se aprobó por unanimidad, y la sentencia de 30 de abril de 1994 declara que

las mancomunidades de municipios se basan en la voluntaria asociación de sus miembros para el cumplimiento o satisfacción de determinados fines, constituyendo un derecho para los municipios, nunca un deber, y ello no sólo en el momento de su constitución inicial sino en el eventual momento de su modificación, por ampliación de fines, como sucede en el caso enjuiciado.

A tenor de ello el Tribunal Superior anula las resoluciones de aprobación de la modificación de Estatutos y de publicación. Recurrida la sentencia por la Comunidad, desistió finalmente de la acción en 1996.

Esta sentencia supone una vuelta a la situación previa a la aprobación de los Estatutos reformados, y queda por determinar que potencialidad va a tener la mención expresa en la Ley de Administración Local para determinar su organización administrativa y la conservación de su régimen tradicional.

En cuanto al título de constitución del condominio, ya lo determinó hace un siglo la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1898, que lo centra en los fueros y privilegios de población concedidos por los reyes de Aragón:

de los que resulta concedido a los vecinos y moradores de la Ciudad de Albarracín y de los pueblos que constituyen su Comunidad los derechos de condominio por igual y proindiviso el territorio de las llamadas Sierras Universales y las servidumbres de leñas, pastos y abrevaderos en los términos comunes que componen sin excluir las heredades particulares enclavadas en dichas Sierras y términos con las limitaciones establecidas.

B) Otras Mancomunidades de municipios

Otras mancomunidades contempladas en el art. 95 de la reiterada Ley de Administración Local, como los Valles de Ansó, Echo, Aragüés y Aísa, se acogieron a la fórmula de las mancomunidades forestales, y algún otro, como el Valle de Broto, a la legislación local sobre aprovechamientos vecinales, para conservar su personalidad y organización.

Sin embargo, para no extendernos en esta materia y tratar situaciones de crisis de instituciones que hayan tenido transcendencia judicial reciente, vamos a citar como ejemplo el de la entidad denominada «Mancomunidad de los Montes de Luna y sus Aldeas», de la que se va a exponer un breve bosquejo histórico.

El origen de la misma se remonta a la Carta de población de Luna de 1094 concedida por el rey Sancho Ramírez, que estableció los términos de la futura villa y la ingenuidad y libertad de sus habitantes. Otros núcleos de población se formaron también en su término, que constituyeron las aldeas de Sierra de Luna, Valpalmas, La Corvilla y Judez, dependientes jurisdiccionalmente de Luna. La situación se modificó a partir del primer tercio del siglo XIX al constituirse Sierra de Luna y Valpalmas como municipios independientes, mientras que los otros, de escasa población, siguieron siendo barrios de la villa. Sin embargo no se modificó la situación de la Mancomunidad entre estos pueblos y los montes comunes siguieron en el término jurisdiccional de Luna.

Los bienes de la Mancomunidad los formaban los Montes 147, 149, 150 y 151 del Catálogo de Utilidad Pública de los de la Provincia de Zaragoza. Estos Montes fueron inscritos favor de Luna en 1929 en el Registro de la Propiedad de Ejea de los Caballeros mediante certificación posesoria del secretario municipal, que se transformó en inscripción de dominio en 1948 al amparo de la nueva Ley Hipotecaria de 1944, por transcurso de más de diez años desde la inscripción.

El 16 de noviembre de 1956, en Luna, se constituyó la Junta Administrativa de la Mancomunidad de Montes de Luna, Sierra de Luna y Valpalmas para regir y administrar los montes de la mancomunidad.

No se aprobó simultáneamente el Reglamento de funcionamiento de dicha Junta, que había de confeccionarse «para modificar las reglas consuetudinarias por las que venía rigiéndose, el que con arreglo a lo que dispone el artículo 34 de la Ley de Régimen Local, para que tengan vigor y eficacia los estatutos y ordenanzas de las mancomunidades deberán ser sometidos y aprobados por el Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado»²⁰, por lo que siguieron rigiéndose por sus normas tradicionales consuetudinarias (art. 31 LRL y 55 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de entidades Locales de 17 mayo de 1952).

Debido a los problemas existentes entre los pueblos comuneros, a partir de 1956 se insta a la disolución de la Mancomunidad mediante un proceso de arbitraje que aprobaran todos los pueblos comuneros. La Escritura de compromiso es otorgada por los alcaldes de Luna, Valpalmas y Sierra de Luna, junto con Erla, ante el notario de Ejea el 18 de febrero de 1958. Los árbitros emitieron el laudo, que consignaron en escritura pública ante el Notario D. Fernando Riera Aisa, con fecha de 21 de noviembre de 1959, notificado a los alcaldes de los municipios afectados el 27 de noviembre.

La participación dentro de la Mancomunidad fue la siguiente: Luna (29/42), Sierra de Luna (7/42) y Valpalmas (6/42). Sin embargo, Erla se sintió perjudicada en sus derechos por el laudo arbitral recurriéndolo por defec-

²⁰ Esta información y las siguientes proceden de documentación del Archivo Municipal de Luna, Caja 141. *Mancomunidad de Montes. Montes (1954-1969). Laudo Arbitral: Luna, sierra de Luna, Erla, Valpalmas. Estatutos.*

tos formales, y fue declarado nulo por sentencia del TS de 3 de noviembre de 1962²¹.

Tras una época de pasividad en la subsistencia de la Mancomunidad, los problemas volvieron a surgir con fuerza por causa de la construcción del Canal de Bardenas y el proceso de transformación de tierras en regadío que afectó a los montes comunes de estos pueblos.

Para SÁNCHEZ GARNICA esta Mancomunidad estaba configurada

como una «Comunidad de Pueblos» sometida a las reglas que el Código Civil fija para las Comunidades de bienes, por cuanto, conforme a los orígenes y forma de la concesión primitiva, según la versión tradicional de su otorgamiento, la propiedad de aquellos corresponde proindiviso a varios titulares, que son los pueblos mancomunados, siendo los vecinos de esos Municipios únicamente beneficiarios de su aprovechamiento. Esta copropiedad, por la naturaleza de los aprovechamientos, producto de las tierras que constituyen su soporte material, tiene su manifestación real en una Comunidad de pastos, leña, caza, etc.²²

Estas diferencias se ventilaron en sendos juicios que dieron como resultado la sentencia del JPI de Ejea de los Caballeros de 12 de abril de 1993, y S. de la Sala Civil de la AP de Zaragoza de 25 de octubre de 1993, que declararon el derecho de propiedad de Valpalmas y Sierra de Luna sobre la séptima y sexta parte respectivamente de los bienes y derechos de la Mancomunidad y ordenaron la rectificación de las inscripciones del Registro de la Propiedad.

La primera sentencia declaró que no se trataba de una Comunidad de bienes de tipo germánico, y la titularidad no correspondía al común de vecinos sino a los Ayuntamientos. La SAP ratifica la sentencia del inferior y no entra a valorar las consecuencias de la asignación de participaciones, entendiendo que Luna estuvo de acuerdo con el Laudo de 1959. La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1998 confirma a su vez las sentencias precedentes²³.

Estas sentencias sientan, para SÁNCHEZ GARNICA, «un precedente para la solución de supuestos similares existentes en Aragón»²⁴.

2. OTRAS COMUNIDADES

A) *La Ley de Cooperativas de Aragón y las comunidades familiares*

En la Ley 9/1998, de 22 de diciembre, de Cooperativas de Aragón²⁵, el art. 16 señala que sólo pueden ser socios de las cooperativas de primer gra-

²¹ R.J.A. 1962, 4153 (pág. 2824).

²² SÁNCHEZ-GARNICA GOMEZ, Clemente, «La determinación de la titularidad en los bienes de aprovechamiento vecinal: el caso de la Mancomunidad de los Montes de Luna y sus Aldeas», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 3 (1993), págs. 311 a 332. La cita es de la pág. 318.

²³ R.J.A. 1998, nº 120.

²⁴ SÁNCHEZ-GARNICA, *op. cit.*, pág. 331.

²⁵ B.O.A. nº 151, de 31 de diciembre.

do «las personas físicas y las jurídicas, privadas o públicas». En el art. 80, al definir las cooperativas agrarias, establece que son «las que asocian a titulares de explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales. También podrán asociar a otras cooperativas, sociedades agrarias de transformación, comunidades de regantes y aquellas personas jurídicas que, agrupando a titulares de explotaciones agrarias, realicen actividades empresariales afines a las de la propia cooperativa».

Por fin, el art. 81, sobre Cooperativas de Explotación Comunitaria de la Tierra, indica que son las que asocian a titulares de explotaciones agrarias y otras personas físicas. Las comunidades de cualquier clase, por tanto, no podrían ser socios de cooperativas aragonesas, salvo aplicando la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, que considera a algunas comunidades familiares y sucesorias, en su art. 4, como posibles titulares de explotaciones agrarias²⁶, y pudieran por esta vía incluirse en la Ley²⁷.

Casi al mismo tiempo que en Aragón, se aprobaba la Ley de 18 de diciembre de 1998, de Cooperativas de Galicia, que incluye como posibles socios de cooperativas en su art. 18 a las comunidades de bienes, con la particularidad de que su art. 111.2 permite que sea socio de una cooperativa agraria la compañía familiar gallega, cumpliendo los requisitos que comenta LETE ACHIRICA: «constituida formalmente y debidamente documentada, que se configura como unidad económica única, y para todos los efectos considerados en esta con la consideración de socio único, constituida por las personas y conforme a lo establecido en la Ley de Derecho Civil de Galicia, que registrará como Derecho supletorio de esta ley, en cuanto resulte aplicable a la naturaleza de la sociedad cooperativa y de sus socios. Sin embargo, los estatutos podrán establecer, con carácter general, la forma en la que los miembros de la comunidad familiar vinculados a la explotación agraria del socio o quien con él conviva puedan beneficiarse de las actividades y de los servicios que la cooperativa desarrolle o preste»²⁸.

²⁶ Vid. CAÑIZARES LASO, Ana, «La comunidad de bienes en la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias», en *Estudios de Derecho Agrario. Ponencias y comunicaciones del VI Congreso nacional de Derecho Agrario*, Malaga, 1997, págs. 77 a 89.

²⁷ Si que considera a las comunidades de bienes como socios de cooperativas la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (B.O.E. nº 170, de 17 de julio de 1999):

«Art. 12. Personas que pueden ser socios.

1. En las cooperativas pueden ser socios, en función de la actividad cooperativizada, tanto las personas físicas como jurídicas, públicas o privadas y las comunidades de bienes.»

En el art. 93, sobre las cooperativas agrarias, se incluyen expresamente «las comunidades de bienes». Y en el art. 95, sobre las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, sólo se citan, sin embargo, las personas físicas y jurídicas.

²⁸ LETE ACHIRICA, Javier, «Capítulo XIV. La Ley de Cooperativas de Galicia», en *Manual de Derecho civil gallego*, Colex, Madrid, 1999, págs. 155 a 167; la cita es de esta última página.

La compañía familiar gallega²⁹ es una institución cercana por su naturaleza a algunas instituciones familiares consuetudinarias aragonesas. La S.TSJA de 5 de julio de 1995³⁰ trata el caso de una institución aragonesa con reseñables similitudes, que se originó mediante un contrato verbal celebrado entre las partes (que eran tío y sobrino) por el que

... se asociaron poniendo en común sus propios bienes semovientes y su actividad para la explotación ganadera, consistente principalmente en labores de pastoreo, esquilado, cría, compra, venta y transporte, actividades que conllevan diversos tipos de tramitaciones administrativas...

A ello se añadía que el acuerdo incluía que el tío, soltero y de cierta edad, conviviera con el sobrino y su esposa, y fuese atendido y asistido especialmente por ésta última, residiendo todos ellos en la misma vivienda que adquieren en común, aportando las partes una cantidad inicial y pagando el resto con cargo a los resultados de la empresa ganadera.

De acuerdo con el relato de los hechos, a lo largo del tiempo las relaciones familiares fueron empeorando progresivamente y «se precipitó la ruptura y disolución de la comunidad de bienes». Una de las partes, el tío, alegó en la demanda que lo pactado era un contrato verbal de sociedad civil, por lo que el reparto del haber societario debía realizarse según lo acordado; esto es, a partes iguales³¹. La otra parte, el sobrino y su cónyuge, entiende que lo pactado es una comunidad familiar consuetudinaria, con predominio de la convivencia familiar sobre otros elementos, que debía liquidarse de acuerdo con lo establecido en el art. 34 de la Compilación. La sentencia en casación acoge esta alegación, y considera que la situación creada correspondía a una comunidad familiar, aunque no de las contempladas en el art. 33 de la Compilación, reconociendo sin embargo que existió un acogimiento creado en virtud de la libertad de pacto (art. 3 de la Compilación), y debiendo realizarse la liquidación de la comunidad de acuerdo con el art. 34.

La sentencia mencionada ha sido analizada con el rigor y la profundidad que la caracterizan por la profesora BAYOD, que considera que lo pactado responde a la institución consuetudinaria aragonesa conocida como «consorcio familiar tácito», que no requiere una estipulación formal y que conjuga la asis-

²⁹ La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, menciona en su art. 100.1 que «La compañía familiar gallega se constituye entre labradores con vínculos de parentesco, para vivir juntos y explotar en común tierras, lugar acasado o explotaciones pecuarias de cualquier naturaleza pertenecientes a todos o alguno de los reunidos.»

³⁰ Publicada en esta misma Revista (RDCA), 1996, II (nº 1), sentencia nº 4, págs. 266 a 272.

³¹ Apréciase, sin entrar en un examen más detallado, la semejanza entre este presunto contrato de sociedad y los contratos sobre ganadería regulados en el art. 153 de la Compilación, que remite a los usos locales y en su defecto a la legislación común, para subsanar las lagunas y omisiones de los mismos. Haciendo abstracción de las otras obligaciones familiares de convivencia y asistencia contraídas, la proximidad del pacto de explotación ganadera, por lo datos reseñados en la sentencia, con los contratos tradicionales de aparcería pecuaria es patente. Vid. MERINO HERNANDEZ, J.L., «Artículo 153», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XXXIV (vol. 2º), EDESA, Madrid, 1988, págs.

tencia familiar con los resultados económicos repartidos entre las partes tras la disolución del consorcio³². Ya señalaba hace un tiempo PALA MEDIANO³³ que «como tipos de sujetos colectivos de derechos y, singularmente, de explotaciones agrícolas, aparecen en la Compilación aragonesa las comunidades familiares tácitas que en nuestro Derecho se llaman *consorcios* », añadiendo, después de un breve análisis de los supuestos legales y consuetudinarios más habituales, que en estos consorcios aragoneses, los sujetos se hallan unidos por vínculos familiares o simplemente por la vida en común; y de esta relación íntima nace cierta *unidad colectiva* pero no un nuevo sujeto de derecho, una persona jurídica independiente. Los miembros del consorcio no pueden ser considerados como simples socios de una persona distinta y nueva, sino que conservan la cualidad de titulares de sus propios bienes o adquieren a lo más, junto con otros, la titularidad de unos bienes colectivos. Esto puede tener aplicaciones importantes para las explotaciones agrícolas consorciales, pues habremos de estimar que lo que corresponde a cada uno de los consortes no es una participación social en la persona jurídica titular de una explotación, sino una parte consorcial de la explotación misma, a la que habría que aplicar las normas de la Compilación sobre las explotaciones.

La distancia entre el consorcio familiar tácito tratado en la sentencia citada y la compañía familiar gallega no es tan grande en cuanto a su naturaleza como institución³⁴, pero lo que se quería mostrar es como el Parlamento gallego ha aprovechado la ocasión de la elaboración de una Ley autonómica de cooperativas para introducir la comunidad o compañía familiar como posible socio de las cooperativas agrarias, y sin embargo la opción de la Ley de Cooperativas de Aragón ha sido la contraria, no sólo no facilitando la incorporación de los consorcios y comunidades familiares a la vida económica y empresarial actual³⁵ mediante fórmulas que ya tienen una regulación en otras Comunidades Autónomas, sino negando la misma posibilidad de que cual-

³² Vid. BAYOD LOPEZ, 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)», en *RDCA*, 1996, II (nº 2), págs. 131 a 151.

³³ PALA MEDIANO, Francisco, «Las explotaciones agrícolas en la Compilación de Derecho Civil de Aragón», en la Revista *Temis*, nº 24 (1968), págs. 55 a 88; se citan a continuación las págs. 85 y 86.

³⁴ Sobre la compañía familiar gallega, *vid.*, por ejemplo, el capítulo XIII, «La compañía familiar», cuyo autor es José Manuel LETE DEL RIO, de la obra colectiva *Manual de Derecho civil gallego*, Colex, Madrid, 1999, págs. 147 a 154.

³⁵ En esta dirección, la profesora BAYOD, *op. cit.*, pág. 140 y su nota 17, apunta como una concepción demasiado tradicionalista de la Casa y de las instituciones con ella relacionadas, conllevarían en la práctica a su derogación por desuso, y propone flexibilizar la letra de la ley a tenor de la realidad social (incluyendo la económica) actual y los conceptos. También yo mismo incidí hace unos años en un pequeño trabajo en la necesidad de acercar la Casa aragonesa y otras comunidades familiares a las formas de empresa, proponiendo como aproximación menos traumática los tipos de entidades y empresas de la denominada «Economía Social». Vid. ARGUDO, J.L., «La Casa en el proceso de cambio de la sociedad rural aragonesa: consideraciones jurídicas», en *Acciones e Investigaciones Sociales. Revista Interuniversitaria de Ciencias y Prácticas Sociales*, nº 0 (Diciembre de 1991), págs. 129 a 170; especialmente pág. 162.

quier comunidad de bienes pueda ser socio de una cooperativa aragonesa, aunque si lo podrá ser de una cooperativa que supere este ámbito territorial y su régimen venga determinado por la legislación estatal.

En el caso de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra, ya la Ley estatal de cooperativas de 1987 rechazaba la explotación pecuaria como objeto principal de la misma³⁶, pero en su art. 136 incluía como posibles socios de esta clase de cooperativas a los Entes públicos, las comunidades de bienes y derechos, y «los aprovechamientos agrícolas y forestales, los montes en mano común y demás instituciones de naturaleza análoga, regidas por el Derecho Civil común o por el Derecho Foral, debiendo designarse para aquellas un representante ante la cooperativa». La nueva Ley estatal guarda silencio respecto a estas clases *atípicas* de socios en los arts. 95 y 96, y la Ley aragonesa tampoco ha aprovechado la puerta abierta por la Ley estatal de 1987 para incluir en las cooperativas aragonesas del art. 81 las comunidades, como las de aprovechamientos, de montes o instituciones de naturaleza análoga regidas por el Derecho civil aragonés³⁷.

B) Las «Comunidades y sociedades de montes»

A consecuencia de los procesos desamortizadores del siglo XIX, numerosos montes de pueblos aragoneses fueron puestos en estado de venta, por lo que se ponía en peligro el régimen comunitario de aprovechamiento vecinal sobre los mismos. Como expone COSTA, la reacción de muchos pueblos aragoneses consistió en comprar los montes en venta por parte de los vecinos, «y no obstante revestir ante la ley carácter de propiedad privada, continúa de hecho bajo el régimen de mancomunidad como si todavía fuese propiedad concejil»³⁸. Este proceso de constitución de las sociedades o comunidades de montes en Aragón es narrado en líneas generales por SANZ JARQUE:

Son consecuencia de la obra desamortizadora del siglo pasado, como reacción automática a la pretensión de privatizar y poner en circulación las superficies de las manos muertas, y en particular de los bienes municipales, que empobrecieron a muchos municipios y sobre todo proletarizaron y desestabilizaron a los vecinos de muchos pueblos, que tenían su vida organizada, con sus explota-

³⁶ Sobre esta cuestión, presenté junto a Eloy COLOM PIAZUELO, una comunicación a las Jornadas de Derecho Agrario de Jaca de septiembre de 1987, organizadas por el Instituto de Derecho Agrario de la Universidad de Zaragoza, con el título «Algunos aspectos jurídicos de las cooperativas de explotación comunitaria de la tierra», que permanece inédita. El profesor Luis MARTÍN BALLESTERO tuvo la amabilidad de incluir un breve resumen de dicha comunicación en su obra *Derecho Agrario. Estudios para una Introducción*, Zaragoza, Neo Ediciones S.A., 1990, págs. 178 a 181.

³⁷ De las tres cooperativas de explotación comunitaria de la tierra aragonesas de las que tengo noticia, una de ellas, con domicilio social en una población del Bajo Aragón, tiene por objeto la cesión de tierras por los socios para gestionar una explotación comunitaria extensiva pecuaria.

³⁸ COSTA, Joaquín, *Colectivismo agrario en España*, II, reed. de Guara editorial, Zaragoza, 1983, pág. 123.

ciones mixtas agro-pecuarias sobre aquellos bienes, que además les daban leña, canteras, arcillas, yeso, etc., y un espacio o hábitat que consideraban suyo y que de pronto se les iban de las manos, pasaban a extraños, impidiendo, por lo menos a los más pobres, seguir viviendo.

Así surgieron estas comunidades o sociedades de montes, con las que se daba la vuelta a la obra desamortizadora, porque mediante las mismas, hecha la venta de los bienes desamortizables, el testaferro adjudicatario vendía automática o sucesivamente los mismos bienes ya desamortizados a todos o parte de los vecinos de los pueblos, para seguir aprovechándolos en común, principalmente al servicio de la ganadería, y constituyendo a tales fines una sociedad, con el objeto social de aprovechar los mismos bienes por todos los vecinos presentes y futuros de los respectivos pueblos, asegurando su continuidad e indivisibilidad, y garantizando que no saldrían de la vecindad, requisito éste necesario para ser titular de las participaciones o acciones sociales, como las llaman muchos vecinos³⁹.

Han sido numerosos los problemas, conflictos y avatares que han sufrido estas entidades que en la mayoría de los casos, para las que subsisten, han pasado del siglo de existencia. Discutida ha sido también su naturaleza jurídica, aunque en terminos generales es posible suscribir las indicaciones generales de SANZ JARQUE, que las califica de comunidades especiales, que se rigen por sus títulos de constitución y por las costumbres locales, así como por los reglamentos que las mismas establecen para su gobierno y administración, y supletoriamente por las disposiciones del Código civil sobre comunidad de bienes (art. 392 y ss.)⁴⁰.

El difícil encaje con la comunidad de bienes del Código venía dado por la asiduidad con la que se pactaba la indivisión y perpetuidad de estas comunidades, y la interrelación entre participación en la comunidad y vecindad en la población.

Sobre las consecuencias de la pérdida de la vecindad efectiva en la participación en una de estas entidades, que se califica como sociedad civil —lo que muestra la delgada línea que separa la calificación como comunidad o sociedad en estas relaciones jurídicas centenarias—, trata la S. AP de Huesca de 17 de septiembre de 1992⁴¹, que responde a una demanda de una persona natural de Saravillo pero no residente en esta población. El capital de la sociedad estaba dividido en treinta y tres acciones, correspondiendo una acción a cada

³⁹ SANZ JARQUE, Juan José et al., «Aproximación al conocimiento del estado de la propiedad de la tierra y del territorio de la provincia de Teruel», en *Encuentro sobre historia contemporánea de las tierras turolenses*, Instituto de Estudios Turolenses, Teruel, 1986, págs. 159 a 175. La cita corresponde a la pág. 174.

⁴⁰ SANZ JARQUE, J. J., «El problema de las comunidades y sociedades de montes de origen vecinal en Aragón», en *El Campo. Boletín de información agraria del Banco de Bilbao*, n° 75 (enero-marzo, 1980), págs. 75 a 82; la mención, en este caso, es a la pág. 77.

⁴¹ *Aranzadi Civil*, 1992, n° 1184.

Casa de Saravillo, que figura a nombre de una persona concreta, al que se añade la denominación de la *Casa* a la que pertenece. El objeto de la sociedad era la explotación de unos pinares, y la falta de residencia en la población originaba la no participación en las ganancias y beneficios, pero tampoco en las cargas de la sociedad, permaneciendo los derechos de la acción o participación en suspenso. El Tribunal rechaza que se haya producido una infracción del art. 1691 Cc., al entender que esta disposición estatutaria trataba de sujetar a los vecinos de la localidad de Saravillo a residir en la población para conseguir su supervivencia. No es por ello tampoco una estipulación que quede prohibida por el art. 1255 Cc., ya que responde a un interés protegible.

La permanencia de este régimen colectivo o vecinal ha ocasionado también que estas sociedades hayan basculado a lo largo del tiempo de su existencia entre un régimen de Derecho público o de Derecho privado. El caso que sin duda más publicidad ha tenido en Aragón los últimos años ha sido el de la «Sociedad de Montes» de Galve (Teruel), o «Sociedad mutua de pastos» como se le denomina también en la escritura notarial de constitución de 1898. Sobre la naturaleza jurídica y titularidad de los montes han escrito sendos trabajos, con opiniones contrapuestas, los profesores EMBID⁴² y LÓPEZ RAMÓN⁴³. No parece oportuno entrar en las cuestiones de fondo debatidas, más aun cuando recientemente se ha pronunciado la Sentencia del JPI n.º 2 de Teruel, de fecha 6 de octubre, que niega que se haya producido una prescripción adquisitiva de la propiedad de dichos montes a favor del Ayuntamiento de la población, o exista un derecho de uso o servidumbre vecinal por los aprovechamientos agrícolas realizados en los mismos terrenos, calificándose esta situación de mera tolerancia o autorización por parte de la Sociedad de Montes. La sentencia por fin, reconoce que la propiedad de los montes litigiosos corresponde a la Sociedad de Montes, y que ésta tiene la naturaleza jurídica de una comunidad de bienes, regulada por lo establecido en los arts. 392 y ss.Cc.

Los aprovechamientos originarios más importantes de esta comunidad de montes eran los de pastos, leñas y caza, restringiéndose las roturaciones -escalios, según el derecho foral aragonés- hasta 1932, en que se permite una amplia libertad de roturar también a vecinos no comuneros de la población. A ello se ha unido en los últimos años la extracción de arcillas, que son especialmente valoradas por industrias de transformación situadas en la Comunidad Valenciana. Sin embargo, para el profesor LÓPEZ RAMÓN, «si puede hablarse de comunidad de pastos es únicamente para identificar el objeto principal del aprovechamiento que originariamente llevaban a cabo los condueños»⁴⁴.

⁴² EMBID IRUJO, Antonio, *La defensa de los comunales (Planteamientos generales a partir de la realidad aragonesa)*, Diputación Provincial de Zaragoza- Civitas, Madrid, 1993. Le dedica el capítulo II del libro, págs. 65 a 254 (que incluye un apéndice documental).

⁴³ LÓPEZ RAMON, Fernando, «Dictamen sobre titularidades concurrentes en los montes de Galve», en *RDCA*, 1996, II (nº 2), págs. 25 a 48.

⁴⁴ LÓPEZ RAMÓN, F., *op. cit.*, págs. 34-35, para esta cita y lo que se refiere a continuación.

Unas líneas antes niega que la forma jurídica adoptada para la titularidad y aprovechamiento de los montes responda a la figuras recogidas en los arts. 600 Cc. y 146 de la Compilación aragonesa, que al parecer comprende sólo la «alera foral o ademprio», ya que la doctrina las ha caracterizado como relación recíproca de servidumbre. Para este autor, la verdadera comunidad de pastos se origina en la relación instituida entre dos fincas (o entre los montes de dos pueblos), de tal forma que los ganados de ambos propietarios, o de los vecinos de ambos pueblos, puedan pastar en la otra finca o en los montes del otro pueblo.

Sorprendente conclusión, ya que a tenor de la S. TS de 24 de febrero de 1984, existe «comunidad» o «mancomunidad» de pastos cuando «la titularidad dominical del predio o finca en cuestión pertenezca... a la totalidad de quienes se reúnen para disfrutarla comunitariamente...ya que hay un dominio compartido por todos los interesados sobre cosa propia e indivisible»⁴⁵. Dentro de la comunidad de bienes, la comunidad de pastos no es sino una modalidad caracterizada por que los bienes son de propiedad común, para que de este modo todos los comuneros se beneficien y aprovechen de los pastos existentes en estos bienes. Para LACRUZ se trata de un ejercicio del derecho de pastos en común cuando «la finca sobre la cual se ejerce es propiedad de los mismos ganaderos que lo usan, pues entonces los ganados pastan en finca propia de sus dueños (en la medida y condiciones convenidas entre éstos, o conforme a los usos y costumbres de la comarca, o, en último extremo, a las reglas del CC. en materia de copropiedad), y *nemini res sua servit* »⁴⁶. La S. TS de 16 de febrero de 1987 añade que existe comunidad según «la calificación del inmueble o inmuebles de que se trate... como predio o predios pertenecientes a todos los interesados en dominio singular agrupado para el disfrute en común por todos ellos o en dominio plural indiviso».

Los últimos ejemplos citados por LÓPEZ RAMÓN parecen responder en mayor medida al supuesto contemplado en el art. 602 Cc. de derechos de pastos vecinales entre los montes de dos pueblos pero, en este caso, la mayoría de la doctrina civilista entiende que, pese a la expresión «comunidad de pastos» del Código, nos encontramos ante servidumbres recíprocas de pastos, ya sea entre pueblos vecinos o en el espacio de un término municipal.

No parece por tanto poder descartarse inicialmente que la figura contemplada de la comunidad de bienes sobre los montes de Galve, pueda encuadrarse en el art. 146 de la Compilación dentro de «las mancomunidades de pastos, leñas y demás *ademprios* ». Es una institución, a mi entender, formulada en un sentido muy amplio y que puede incluir en su contenido tanto las servi-

⁴⁵ Ha sido comentada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, 'Sentencia de 24 de febrero de 1984', en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 4, n° 116 (enero/marzo de 1984), págs. 1365 a 1373.

⁴⁶ LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil*, III, vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1989, pág. 100.

dumbres recíprocas como las comunidades propiamente dichas. Ello evita también el planteamiento, sobre el que insiste el profesor EMBID, entre la aparente contradicción por la configuración como una comunidad de bienes del art. 392 Cc. y el pacto de indivisión a perpetuidad de la escritura de constitución. Es un tema muy debatido en la doctrina civil, aunque cabe destacar la progresiva decantación por parte de la doctrina hacia una interpretación más flexible del art. 400 Cc.⁴⁷. A ello hay que añadir el mayor desenvolvimiento en el ámbito de los derechos forales de las comunidades de aprovechamientos que tienen un carácter claramente germánico o en mano común. Aún en el caso de que nos encontremos ante una comunidad de pastos de tipo romano, CUADRADO IGLESIAS entiende que en aplicación del principio de autonomía de la voluntad de los interesados, puede pactarse la duración de la comunidad sin sujeción a los límites del art. 400 Cc.⁴⁸.

Señalaba también el profesor LACRUZ, en el comentario al art. 3 de la Compilación, que el principio *Standum est chartae*, no desarrolla sus efectos sólo en la libertad del contenido de los contratos, sino también en otras relaciones de Derecho privado, y entre ellas los derechos sobre las cosas. Más adelante, expone supuestos posibles, entre ellos algunos referentes a las situaciones de cotitularidad:

En todo caso, no hay razón para considerar operante entre nosotros la prohibición del art. 400.2 del Código civil de pactar la indivisión por tiempo superior a diez años, norma a la que se antepone la *carta*, pues tal pacto no es contrario a la ética o al «orden público».

Tampoco lo será la declaración de voluntad que establezca una servidumbre de pastos en favor de una universalidad de individuos -los que en cada momento sean vecinos de tal pueblo, por ejemplo-; que vale en Aragón contra lo que parece ser la prohibición del art. 600 Cc. si se entiende que en su expresión *comunidad de pastos* entra también la servidumbre, recíproca o simple⁴⁹.

La opinión del profesor EMBID de encontrarnos, en el caso de Galve, ante una forma jurídico-privada que sirve para encubrir la pervivencia de los aprovechamientos comunales tradicionales, siguiendo lo expuesto por Costa, no conlleva, en una época distinta a la desamortizadora del siglo XIX, a presumir que las instituciones civiles no puedan satisfacer intereses vecinales o de carácter comunitario, o que un régimen de aprovechamiento asimilable a los regulados por el Derecho público, o incluso con disposiciones administrativas directamente aplicables, represente necesariamente la presencia de una Administración pública en la titularidad dominical de los bienes, desplazando

⁴⁷ Vid., entre otros, NUÑEZ IGLESIAS, Alvaro, *Comunidad e indivisibilidad*, Mc Graw Hill, Madrid, 1995, y MORENO TRUJILLO, Eulalia, *La indivisión voluntaria en las comunidades de bienes por cuotas*, Jose M^a Bosch, Barcelona, 1994.

⁴⁸ CUADRADO IGLESIAS, *Aprovechamiento en común de pastos y leñas*, op. cit., págs. 504-505.

⁴⁹ LACRUZ BERDEJO, J. L., «Artículo 3 «Standum est chartae»», en *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón*, tomo I, D.G.A., Zaragoza, 1988, págs. 283 y 286, respectivamente.

la disciplina de las comunidades con cierto carácter germanista al terreno exclusivo del Derecho administrativo, planteamiento bastante extendido por otra parte en la actualidad.

El proceso desamortizador y la legislación civil del siglo XIX ocasionaron un desplazamiento de las entidades comunitarias tradicionales hacia el Derecho público, ya que al menos la legislación de Administración Local recogía fórmulas y posibilidades cerradas en la etapa de la codificación civil. No quiere decirse con ello que fuesen plenamente ajustadas las posibilidades de la legislación local estatal a las realidades existentes, pero al menos tenían un acomodo jurídico menos traumático, y por ello han sobrevivido un gran número de entidades con regímenes peculiares en Aragón. En algunos casos, estas entidades tenían un origen foral, en sentido amplio, pero tampoco encontraron una sede firme en la restringida legislación foral, y en otros casos, como las comunidades y sociedades de montes, la respuesta fue el recurso a algo tan sentido y vivido por los aragoneses como la libertad de pactos, reproduciendo en parte regímenes tradicionales que pervivían y que no diferenciaban, como lo podemos hacer cien años después, de una forma diáfana lo que eran las relaciones jurídicas públicas y privadas dentro de un ámbito de comunidades originariamente vecinales.

CONFLICTOS INTERTERRITORIALES ENTRE LOS DERECHOS SUCESORIOS ESPAÑOLES¹

ADOLFO CALATAYUD SIERRA

Notario

I. INTRODUCCIÓN

La materia a desarrollar en esta conferencia forma parte de lo que se conoce en su formulación más amplia como *Derecho interespacial*, es decir, el destinado a resolver los conflictos que se producen en las relaciones jurídicas entre particulares en que intervienen elementos pertenecientes a varios órdenes jurídicos territoriales. Dentro del Derecho interespacial, la materia que se va a tratar aquí se delimita por dos precisiones:

La primera es que se trata de conflictos entre Derechos españoles. No conflictos entre regiones o comunidades autónomas, sino conflictos de Derecho privado, es decir, relativos a relaciones entre particulares. Es decir, estamos ante el llamado *Derecho interregional*, lo que algunos autores conocen como la dimensión interna del Derecho Internacional Privado. Es ésta una materia de extraordinaria importancia práctica, mucha más que el Derecho Internacional Privado propiamente dicho, dado el gran tráfico personal y jurídico existente en el interior de España de unas regiones a otras; raro es el día que en una notaría no se tienen que resolver una o varias cuestiones de Derecho interregional. Y lo cierto es que ese extraordinario trasiego de personas, bienes y servicios dentro de España constituye seguramente uno de los factores que más

¹ Texto de la conferencia pronunciada el día catorce de enero de 1999 en la Academia Matritense y del Notariado.

coadyuvan al incremento de la riqueza nacional, de modo que el sistema jurídico debe contar con los instrumentos adecuados para que la pluralidad territorial legislativa no dificulte su mantenimiento.

También hay que advertir que la importancia y la complejidad de la materia van incrementándose a pasos agigantados, a medida que los parlamentos autonómicos ejercen sus competencias para legislar en el ámbito del Derecho privado. Sin embargo, no deja de ser chocante la escasa atención que los conflictos interregionales han recibido de la doctrina, probablemente por considerarlos subsumidos dentro del Derecho Internacional Privado, lo cual no es del todo cierto. Y también llama la atención que, a pesar de la dificultad de la materia y la frecuencia con que se producen conflictos de esta naturaleza, sean mínimos los casos que acaban en los Juzgados y Tribunales. Creo que no debe considerarse presuntuosa la afirmación de que ello se debe a que es en buena medida en la actividad notarial donde se resuelven los problemas que suscitan estas cuestiones y parece que no se hace mal.

La segunda precisión que delimita el objeto de nuestro estudio es la que hace referencia al Derecho sucesorio. Sólo éste nos interesa aquí. Pero no es poca cosa, ya que precisamente este sector jurídico es el que ha tenido más desarrollo en los Derechos regionales españoles; además, la gran complejidad del Derecho sucesorio hace que buena parte de las cuestiones que suscita todo Derecho interespacial acabe confluyendo en él.

Hay, por tanto, materia más que suficiente para esta conferencia, de hecho mucha más de la que podamos desarrollar aquí, de modo que no pretendo, ni mucho menos, ser exhaustivo. Me centraré en los aspectos más generales, descendiendo a algunos casos concretos que creo de interés.

En el desarrollo de esta conferencia, haré primero unas consideraciones sobre el sistema interregional español y sus principios generales, después pasaremos a la problemática que suscita en particular el Derecho de sucesiones, analizaré la ley sucesoria y su ámbito y luego la ley aplicable a los actos de disposición por causa de muerte; la última parte se referirá al régimen de los derechos sucesorios del cónyuge viudo y a la particularidad que se prevé sobre el derecho de viudedad aragonesa.

II. LA UNIDAD DEL DERECHO INTERREGIONAL ESPAÑOL

El Derecho interregional español tiene como principio básico su carácter unitario: un mismo sistema debe determinar para toda España la solución aplicable a los conflictos interregionales. Es por ello que el artículo 149.1.8º de la Constitución atribuye al Estado competencia exclusiva en lo relativo a las normas para resolver los conflictos de leyes. Además, es lógico que así sea porque la existencia de diversos sistemas conflictuales llevaría a problemas irresolu-

bles. Téngase en cuenta que, a diferencia de lo que pasa con el Derecho Internacional Privado, en el Derecho interregional no existen los llamados conflictos de jurisdicción: el sistema judicial es único y debe aplicar toda la legislación, estatal y autonómica, como un todo unitario; por ello, si la ley de una comunidad autónoma indicara que en un determinado supuesto debe aplicarse una norma y la de otra, una distinta, el Juez o Tribunal se encontraría con una contradicción legal sin posibilidad de solución. Este criterio unitario lo ha reafirmado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 156/1993 (sobre el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares), que ha dicho que estamos ante una materia enteramente sustraída a la legislación autonómica, en la que las disposiciones de las Comunidades Autónomas no pueden, so pena de incurrir en invalidez, sino reiterar, en su caso y si así lo exigiera la sistemática de su legislación, lo establecido en la normativa dictada por el Estado.

Para lo que probablemente no hay dificultad es para que las Comunidades Autónomas establezcan los criterios que determinen la aplicación de las especialidades locales o comarcales.

No obstante este criterio unitario impuesto por nuestro sistema, aparecen algunas disposiciones que lo quiebran o —más bien— parecen quebrarlo. Podemos señalar tres grupos de ellas.

El primero está compuesto por disposiciones contenidas en las propias Compilaciones procedentes de sus redacciones originarias, que establecen reglas sobre la eficacia de sus normas en el ámbito espacial. Pues bien, a estos efectos, no hay que olvidar que éstas fueron aprobadas inicialmente por leyes estatales, por lo que dichas normas tendrán ese mismo carácter, de modo que en principio conservarían su validez. Lo que pasa es que los parlamentos autonómicos no pueden modificarlas y cualquier reforma que haga el Estado en el Derecho interregional les afectaría. Y de hecho probablemente la mayoría de esas normas deberían entenderse modificadas por la reforma del Título Preliminar de 1973/1974 del Código Civil, que, precisamente tuvo una de las principales razones de su promulgación en la necesidad de aclarar el régimen aplicable una vez finalizado el proceso compilador que en los años anteriores había vivido el Derecho civil español.

El segundo grupo de preceptos que parece quebrar el sistema unitario está formado por varias normas existentes en algunos Estatutos de Autonomía. Así, el artículo 7.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, dispone que «*Las normas y disposiciones de la Generalidad y el Derecho Civil de Cataluña tendrán eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que hayan de regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad*». Casi en idénticos términos se expresa el artículo 7 del Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares y el artículo 8 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Incluso, viene a decir lo mismo el artículo 4 de la Ley del Derecho Civil de Galicia, sólo que en este caso en una ley autonómica, no en el Estatuto de Autonomía. Por contra, el artículo 9.2 del Estatuto de

Autonomía de Aragón, en reacción a las anteriores, establece el criterio contrario: *«Las normas que integran el Derecho Civil de Aragón tendrán eficacia personal y serán de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de su residencia, y excepción hecha de aquéllas disposiciones a las que legalmente se les atribuya eficacia territorial».*

Pues bien, estas normas estatutarias no son inconstitucionales, puesto que las leyes que aprobaron los Estatutos de Autonomía son leyes orgánicas estatutales. Más difícil es determinar su verdadero significado y alcance. En mi opinión, ninguna de estas normas modifica la regulación general del Código Civil sobre el Derecho interregional; es más, probablemente no añaden nada nuevo, porque decir que el Derecho Civil propio tiene eficacia territorial salvo en los casos en que se aplique el estatuto personal, o lo contrario, no deja de ser una obviedad. Probablemente lo que se ha pretendido es establecer una pauta general, aunque sea de mero carácter interpretativo, de las dudas que en la aplicación de las normas puedan surgir, pero lo cierto es que a la hora de verdad habrá que acudir a las normas del Derecho interregional generales y serán éstas las que se aplicarán, con sus propios criterios interpretativos. Es decir, salvo quizá en relación a los conflictos comarcales o locales, su virtualidad práctica es irrelevante. La pretensión de dotar estas disposiciones de una mayor significación práctica chocaría con la lógica del sistema, que, como se ha dicho, parte de la necesidad de que las soluciones sean unitarias para toda España. Incluso, en el mismo Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña, aprobado por Decreto legislativo del Gobierno Catalán de 19 de julio de 1984, se viene a reconocer así, ya que se dispone en su artículo 3.1 que los efectos de los estatutos personal, real y formal en Cataluña y para los catalanes, así como la condición de tales en relación con otros territorios y personas de diferente legislación civil se regirán por las normas establecidas en el Título Preliminar del Código Civil y en las disposiciones concordantes.

Y el tercer grupo de supuestos que parecen contradecir el sistema unitario está constituido por aquellas normas autonómicas que, sea en reformas de las Compilaciones o en leyes separadas, han establecido reglas que inciden en la eficacia de los Derechos civiles territoriales en el ámbito interespatial. Normalmente, estas normas no se refieren a los bloques enteros del Derecho interregional, como pueden ser el Derecho sucesorio o el régimen económico matrimonial, sino que son normas materiales referidas a determinadas instituciones específicas, en relación con las cuales se pretende disponer su ámbito de eficacia, bien por no tener acomodo claro en el régimen general del Derecho interregional o por no estimarse éste el más adecuado en ese caso. Dentro de este grupo de normas, podríamos distinguir dos clases: las que disponen un ámbito de aplicación que supera el que en principio les correspondería con arreglo a las normas conflictuales generales y las que, por el contrario, limitan esa eficacia más allá de a lo que llevarían las reglas conflictuales generales, que podemos llamar normas materiales autolimitadas.

Sobre este particular creo que tratándose de normas que extienden la eficacia de las instituciones propias más allá de lo que procedería según las normas de conflicto generales atentan directamente contra el sistema de Derecho

interespecial español y por tanto contra la Constitución, ya que hacen surgir una contradicción flagrante entre la norma conflictual general, que determina la aplicación de una legislación, y otra, autonómica, que opta por aplicar otra legislación; como ésta no puede derogar ni desplazar aquélla, debe decaer, porque las dos no se pueden aplicar conjuntamente.

En cambio, en el segundo grupo de normas, es decir, las normas materiales autolimitadas, ya no hay verdadero conflicto de aplicación entre la norma conflictual y la autonómica, sino mera delimitación material del ámbito de aplicación de una institución: la norma conflictual puede funcionar perfectamente a pesar de la autonómica, lo único que sucederá es que no entrará en juego una determinada institución civil autonómica en casos en los que si no hubiera existido dicha disposición sí que habría sido de aplicación, lo cual no genera problemas de articulación del sistema jurídico.

En cualquier caso, lo que pone de manifiesto esta tendencia de las legislaciones autonómicas a entrar en este ámbito es la insuficiencia de la regulación vigente actualmente, que no da solución a las múltiples cuestiones que se suscitan en los conflictos interregionales. Si esas soluciones existieran seguramente el legislador autonómico no tendría tantas tentaciones de entrar en campos que le están vedados.

III. RÉGIMEN GENERAL DEL DERECHO INTERREGIONAL ESPAÑOL

Como se acaba de decir, el régimen jurídico del Derecho interregional español está constituido por las normas del Título Preliminar del Código Civil, que, ya desde la promulgación del Código Civil, se basa fundamentalmente en una remisión a las normas del Derecho Internacional Privado. La reforma de 1973-1974 mantuvo este sistema, con unas particularidades y unas especificaciones para una institución concreta, la viudedad aragonesa. Este régimen que sólo se ha retocado con la reforma de 1990.

El precepto básico del Derecho interregional es el artículo 16 del Código Civil, que en su apartado 1 dispone lo siguiente:

«Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV con las siguientes particularidades:

- 1.ª Será ley personal la determinada por la vecindad civil.*
- 2.ª No será aplicable lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público.»*

Son tres las normas que aquí aparecen: la remisión a las soluciones del Derecho Internacional Privado, la determinación de la vecindad civil como ley personal y la exclusión de la aplicación de las reglas sobre calificación, remisión y orden público.

1. *Remisión general a la regulación del Derecho Internacional Privado.* Esta remisión ha sido fuertemente criticada por un importante sector de la doctrina por considerar que el Derecho interregional requería soluciones diferentes en muchos casos.

Aparte de ello, el ámbito de la remisión plantea algunas dudas. Téngase en cuenta que existen algunas disposiciones específicas de Derecho Internacional Privado en partes del Código Civil diferentes al capítulo IV del Título Preliminar y otras en leyes distintas y alguna de ellas es susceptible de ser aplicada en el ámbito interregional. De hecho, la insuficiencia de las normas contenidas en el capítulo IV ha llevado consigo la aparición de un gran número de reglas de Derecho Internacional Privado en leyes especiales, de modo que hoy nos encontramos con que nuestro Derecho Internacional Privado es bastante fragmentario y disperso. Por otra parte, en los últimos tiempos han aparecido importantes convenios internacionales con eficacia «*erga omnes*» que desplazan la aplicación del Derecho Internacional Privado interno, incluso aunque el Estado con cuya legislación se entra en conflicto no sea parte del convenio en que se trate y sin condición alguna de reciprocidad, alguno de ellos precisamente sobre Derecho sucesorio.

Así las cosas, cabe plantearse hasta dónde llega la remisión que contiene el artículo 16.1 del Código Civil. Creo que la posible aplicación de las demás normas del Derecho Internacional Privado interno español es bastante clara; están claramente comprendidas en la finalidad perseguida por el legislador: téngase en cuenta que cuando se aprobó la regla que contiene la remisión prácticamente la totalidad de nuestro régimen conflictual estaba comprendido en el capítulo IV del Título Preliminar. Sin embargo, las que me parece que quedan fuera del ámbito de la remisión son las normas de Derecho Internacional Privado de origen convencional, incluso aunque se hayan dictado con eficacia «*erga omnes*»; desde luego, los convenios que excluyen expresamente su aplicación a los conflictos de leyes internos, que son muy numerosos; pero también los que no lo hacen de modo expreso, puesto que la exclusión está implícita en todos ellos. Los convenios internacionales, por definición, procuran ser lo más respetuosos posibles con el Derecho interno y su función no consiste en imponer modificaciones en ese ámbito; de modo que tendría que ser el legislador nacional el que decidiera expresamente aplicar esa solución también a los conflictos internos, sin que una remisión como la existente parece que sea suficiente. En este sentido, FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO.

2. *La vecindad civil como ley personal.* La regla 1.^a del artículo 16.1 dispone que será ley personal en los conflictos de Derecho interregional la vecindad civil, del mismo modo que lo es la nacionalidad para los de Derecho Internacional Privado. Se mantienen en nuestro Derecho, de esta manera, la prioridad por este tipo de puntos de conexión, de base personalista, en contra de quienes propugnan tomar más en consideración la residencia habitual, como hace el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989, sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte, convenio de escaso éxito has-

ta el momento, tan poco que no ha llegado a entrar en vigor por no haber sido suscrito por los tres países que como mínimo requiere, tampoco España.

Dado que, como veremos, el Derecho sucesorio es una de las materias regidas por la ley personal, resulta oportuno hacer algunas consideraciones sobre la vecindad civil.

Y aunque no es éste el lugar para hacer un estudio de la vecindad civil, sí que es conveniente decir que quizá se trata de uno de los puntos donde surgen más dificultades en la aplicación del sistema de Derecho interregional español, ya que, a diferencia de la nacionalidad, la vecindad civil es un dato muy difuso, que se modifica automáticamente por la residencia continuada de diez años en una región con diferente Derecho civil sin declaración en contrario durante ese plazo (art. 14.5.2º); los propios interesados ignoran en muchos casos cuál es su vecindad civil, lo que se ve facilitado por la gran movilidad de la población que ha habido en España en las últimas décadas. El Registro Civil apenas sirve de ayuda, salvo en los supuestos, muy escasos, en que ha existido una declaración expresa de adquisición o de conservación.

En el tráfico jurídico, la calificación sobre la vecindad civil quienes la realizan son los propios interesados, normalmente asesorados por el Notario, que, sobre la base de las afirmaciones que hacen los otorgantes sobre las circunstancias de hecho que determinan la vecindad civil (lugar de nacimiento de él y de sus padres, tiempo de residencia, etc.), lleva a cabo una indagación de la que corresponde.

Así pues, en este punto, el tráfico jurídico funciona por simples manifestaciones, que no quedan amparadas por la fe pública notarial; también quedan la vecindad civil y sus consecuencias en el ámbito jurídico inmobiliario al margen de la calificación del Registrador de la Propiedad y de la protección de la fe pública registral.

Es cierto que existe una serie de presunciones legales (art. 14, 6º del Código Civil, art. 68, 2º de la Ley del Registro Civil, art. 96, 2º del Reglamento del Registro Civil), pero no son suficientes para dotar de seguridad el tráfico jurídico.

Por un lado, porque, como tales presunciones, son destruibles mediante prueba suficiente en juicio declarativo ordinario, que en última instancia es el único procedimiento seguro. Por tanto, las citadas presunciones no protegen al tercero que contrata confiando en ellas.

Por otro, puede suceder que ni siquiera haya elementos suficientes para que puedan funcionar dichas presunciones. Es el caso de que un Juzgado o Tribunal tenga que resolver una cuestión acerca de la cual puedan ser varias las normas aplicables en función de la vecindad civil de alguno de los sujetos y no se haya alegado cuál sea ésta o habiéndose alegado una determinada vecindad civil no conste ni admitida por la otra parte ni probada; y puede suceder que tampoco existan en el juicio elementos para poder determinar cuál es la

que corresponde. Ciertamente, el juez o Tribunal podría instar como diligencia para mejor proveer la prueba necesaria. Pero ello no siempre será posible y lo cierto es que en la práctica existe una cierta tendencia a aplicar la vecindad civil del lugar del domicilio, sobre todo cuando se encuentra en el territorio de competencia del Tribunal de instancia que debe conocer. Esta solución, aunque no esté respaldada por ninguna norma legal, parece razonable.

En cualquier caso, lo que no resulta aceptable es la tendencia seguida en ocasiones por el Tribunal Supremo consistente en resolver conforme al Derecho común salvo que expresamente se haya pedido la aplicación de la norma foral o especial, como si siguiéramos en los tiempos en que estos Derechos se consideraban de naturaleza excepcional frente al llamado Derecho común.

Decir, finalmente, que, por contra, la vecindad civil presenta sobre la nacionalidad la ventaja de la imposibilidad de existencia de supuestos de falta de vecindad civil o de doble vecindad civil, ya que la existencia de un régimen único para su determinación evita esas situaciones.

3. La exclusión de la aplicación de las reglas del artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público. De esta regla, recogida en el artículo 16.1.2.^a, pueden hacerse varias consideraciones.

Respecto de la calificación, la exclusión del artículo 12.1 resulta correcta, dado que dicho precepto remite la calificación a la ley española y todos los Derechos civiles coexistentes en España son «*españoles*». Ahora bien, lo cierto es que en la práctica pueden surgir problemas de calificación, por la diversa naturaleza que unas y otras legislaciones atribuyen a sus instituciones. El caso más típico, en que han surgido problemas, ha sido el de los beneficios viudales, que en algunas regiones se consideran derechos de naturaleza sucesoria y en otros familiar. Problemas que deben resolverse calificando cada institución en función de la naturaleza de que goza en el ordenamiento al que pertenece.

También es correcta la exclusión de la regulación del reenvío (art. 12.2), ya que esta figura no puede darse en el Derecho interregional, dada la unidad del sistema conflictual. Otra cosa es que en la aceptación del reenvío que la ley extranjera pueda hacer a la española el criterio del artículo 12.5 pueda llevar a la aplicación de una legislación autonómica.

En cuanto a la exclusión del concepto de orden público (12.3), es igualmente adecuada sobre la base de la concepción más moderna del orden público, de tipo restrictivo y ligada a la Constitución: sólo podrá hablarse de norma contraria al orden público español cuando se oponga a dicha norma suprema. Más aún, como dice DELGADO ECHEVERRÍA, la diversidad de concepciones en que reposan los Derechos civiles españoles debe tenerse en cuenta en la configuración del orden público internacional español en el tráfico externo, pues no puede ser norma (extranjera) contraria al orden público español la que coincide con norma española válida, por más contraria que sea a los principios del Código Civil. En este sentido, resulta criticable la Sentencia del TS de 23

de octubre de 1992, que afirmó que las legítimas constituyen una cuestión de orden público. Afortunadamente la de 15 de noviembre de 1996, por contra, dice que la legítima no pertenece a materia protegida por el orden público interno.

Ésas son las exclusiones que respecto de las reglas del artículo 12 del Código Civil contiene el artículo 16.1.3.^ª. Por contra, no se excluye expresamente la aplicación del apartado 6 del artículo 12, sobre la prueba del Derecho extranjero y es obvio que tal norma no puede regir tampoco en el Derecho interregional, porque todos los Derechos civiles coexistentes en España son españoles y tienen el mismo valor, y no puede predicarse de ninguno el tratamiento del Derecho extranjero, que hace necesaria la prueba de su contenido y vigencia.

Tampoco se excluye la noción del fraude de ley (art. 12.4). Un importante sector doctrinal niega su posible aplicación en el Derecho interregional, a pesar del silencio de la norma. Así, DELGADO ECHEVERRÍA advierte que el fraude de ley apenas se ha utilizado para el Derecho Internacional Privado con independencia del orden público, que, según se ha dicho, no juega en el Derecho interregional; además, si se parte de la igualdad o paridad de todos los Derechos civiles españoles y de la libertad reconocida a los españoles para optar por una vecindad civil o adquirirla por declaración expresa dado cierto tiempo de residencia, no parece quedar resquicio para la apreciación del fraude de ley: la intención de quedar sometido a una ley española nunca podría ser fraudulenta. Sin embargo, la reciente Sentencia del TS de 5-IV-1994 ha aplicado, precisamente en un tema sucesorio, el fraude de ley, al considerar nulos e ineficaces sendos testamentos otorgados conforme al Derecho foral de Vizcaya por unos cónyuges que habían adquirido voluntariamente y tras el transcurso de más de dos años de residencia en territorio aforado la vecindad civil vizcaína cuando anteriormente por residir en el término municipal de Bilbao habían gozado de la vecindad civil común. Esta sentencia marca un camino que a nuestro juicio es equivocado.

Dicho lo cual, centrémonos en la regulación específica del Derecho interregional sucesorio español.

IV. PROBLEMÁTICA GENERAL DEL DERECHO INTERREGIONAL SUCESORIO

La materia sucesoria plantea extraordinarias dificultades en el ámbito del Derecho Internacional Privado, hasta el punto de que los autores internacionalistas la consideran uno de los capítulos técnicamente más complejos de la disciplina, lo cual se deriva de que aunque la sucesión *mortis causa* es un fenómeno jurídico universalmente conocido, está muy desigualmente regula-

do por los diferentes ordenamientos jurídicos y de que en él confluyen muchas cuestiones previas (validez del matrimonio, filiación), con frecuencia relacionadas con el orden público.

Evidentemente, cuando de Derecho interregional hablamos, el grado de complejidad disminuye. Los sistemas jurídicos españoles, con ser variados, parten de unas concepciones básicas muy semejantes, ya que en todos ellos se sigue el sistema romano que configura la herencia como un patrimonio sujeto a reglas propias e independientes y la sucesión *mortis causa* como la subrogación en la persona del *de cuius*. Por otra parte, y como hemos visto, ya no existe la dificultad del orden público.

A pesar de todo, las dificultades no dejan de ser importantes.

Por un lado, existen instituciones muy específicas, a caballo en ocasiones entre el Derecho de familia y el sucesorio, que no siempre tienen un encuadramiento claro en las escasas disposiciones contenidas en nuestro Código Civil.

En segundo término, el elemento temporal debe ser tenido muy en cuenta. En efecto, el fenómeno sucesorio tiene varios momentos relevantes, a los que puede ser que haya que aplicar normas diferentes. Concretamente, pueden mencionarse a estos efectos fundamentalmente tres momentos:

- a) El momento más importante es el que determina la existencia misma del fenómeno sucesorio, es decir, el del fallecimiento. Es ése el momento que determina lo que se denomina la *ley sucesoria*, la que rige la sucesión y sus efectos.
- b) Ahora bien, no hay que olvidar la posibilidad de disponer por causa de muerte, dentro de más o menos limitaciones, y el acto de disposición será, lógicamente, anterior a la apertura de la sucesión, por lo que para él no valdrá la ley sucesoria, sino que habrá que estar al momento del otorgamiento.

La incidencia del título sucesorio, además, obligará a resolver el conflicto móvil surgido como consecuencia de haberse otorgado el testamento o contrato sucesorio con arreglo a una ley distinta de la que luego rige la sucesión.

- c) Por último, la sucesión requiere unos actos posteriores, de ejecución, que es el proceso que va desde la apertura de la sucesión hasta la adjudicación de los bienes a los herederos y el cumplimiento de las disposiciones por causa de muerte. Este proceso estará muy marcado por la ley sucesoria, pero en su transcurso se llevarán a cabo algunos actos y negocios jurídicos que al menos en algunos aspectos pueden regirse por leyes distintas.

Un tercer elemento a tener en cuenta es la pluralidad de sujetos. Es cierto que el fenómeno sucesorio es individual. Ahora bien, sí que surgen algunas cuestiones derivadas de la posibilidad admitida en la mayor parte de las legis-

laciones civiles coexistentes en España de otorgar actos de disposición de última voluntad pluripersonales (testamento mancomunado y contrato sucesorio); dado que otras legislaciones los rechazan, surgirá el problema del otorgamiento de dichos actos cuando la ley de alguno de los otorgantes lo admite mientras que la de otro lo prohíbe.

Por último, existen algunas modalidades de sucesión que han planteado problemas específicos y a los que a veces no se les aplica la ley sucesoria, acudiendo a criterios diferentes. Es el caso de los derechos del cónyuge viudo y según algunos los derechos abintestato del Estado.

Vista la problemática general, vamos a examinar los aspectos concretos de la regulación separando los tres aspectos esenciales, que son la ley sucesoria, la ley reguladora del título sucesorio y los derechos del cónyuge viudo.

V. LA LEY SUCESORIA

La redacción originaria del Código Civil sentó ya claramente el principio de unidad de la sucesión por causa de muerte y su carácter personalista. Así, el artículo 10.2 disponía:

«... las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto del orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, se regularán por la Ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren.»

La reforma del Título Preliminar de 1974 mantuvo este criterio, ahora en el artículo 9.8, aunque modificó la redacción eliminando el catálogo de materias que figuraba en el precepto anterior y precisando el momento al que había que referir el punto de conexión, el del fallecimiento del causante:

«La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren.»

Se trata, pues, de un sistema de unidad, basado en la ley personal del causante (que aquí, como dijimos, es la vecindad civil del causante) referida al momento del fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza (mobiliaria o inmobiliaria) y situación de los bienes. Lo que no se prevé es la posibilidad de que el testador o disponente someta su sucesión a otra ley con la que exista conexión, como, por ejemplo, la del lugar de residencia habitual, en contra del criterio que propugna la moderna doctrina y que recoge el citado Convenio de La Haya de 1989, que ya hemos dicho que no está en vigor.

La cuestión esencial que suscita este precepto es la de determinar qué materias se regulan por la ley sucesoria, ya que, aunque la regla está formulada con gran generalidad, en seguida surgen dudas sobre su alcance.

1. Materias que caen bajo el ámbito de la ley sucesoria. Hagamos un repaso, rápido, de las materias regidas, en mi opinión, por la ley sucesoria:

- Cuando se abre y defiende la sucesión por causa de muerte está claro que se rige por la ley sucesoria.
- También, la capacidad para suceder por causa de muerte y la incidencia de las llamadas incapacidades relativas, prohibiciones legales y causas de indignidad para suceder.
- Las limitaciones a la libertad de disposición por causa de muerte y atribuciones de derechos sucesorios forzosos (legítimas y reservas hereditarias) también es materia regida por la ley sucesoria, a pesar de que el contenido del acto de disposición por causa de muerte queda fuera de su ámbito, como veremos. También se exceptúan, en la forma, que veremos, los derechos atribuidos por la ley al cónyuge viudo.

En relación a la reserva lineal, en que intervienen varias personas, el elemento personal que determina su nacimiento es, a mi juicio, el descendiente transmisor.

- La sucesión abintestato en general, cuándo procede y el orden de suceder también forman parte de la ley sucesoria. Aquí está claramente comprendida la sucesión troncal, aunque los bienes se encuentren situados en distinto territorio, salvo en el caso vizcaíno, en que la troncalidad se limita a los bienes raíces sitos en el Infanzonado o Tierra Llana (art. 18 de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco).

La sucesión abintestato a favor del Estado o de la Comunidad Autónoma que corresponda es otra cuestión que parece que queda sujeta a la ley sucesoria, con independencia del lugar en que residiera el causante y en que estén los bienes, ya que, según el criterio que parece más correcto, el Estado o la Comunidad Autónoma suceden como un heredero más. La misma solución se aplicará a la posible sucesión abintestato a favor de otras entidades distintas del Estado o la Comunidad Autónoma, como pasa con el privilegio del Hospital de Nuestra Señora de Gracia de Zaragoza. A esta solución se opone la opinión de quienes defienden un criterio territorialista, basado en el lugar de situación de los bienes, que parten de la idea de que detrás de esta sucesión está el principio de soberanía, de base territorial; sobre esta base, el artículo 16 del Convenio de La Haya de 1989 respeta para estos casos la eficacia de las leyes estatales que atribuyen el caudal situado en dichos Estados a ellos mismos o a otra entidad pública, con independencia de lo que disponga la ley sucesoria, pero lo cierto es que en España no existe una norma de esas características, además de que el citado convenio, como se dijo, no rige en España, ni siquiera para el Derecho Internacional Privado, menos en el Derecho interregional.

Estos dos últimos aspectos, derechos forzosos y sucesión abintestato, son, precisamente, dos de las materias que más claramente entran dentro del ámbito de la ley sucesoria. Sin embargo, existen algunas normas autonómicas que disponen otra solución y de cuya eficacia en este punto creo que puede dudarse:

Así, la Ley 3/1992 del Derecho Civil Foral del País Vasco establece una troncalidad fuertemente territorialista, y aunque se sigue apoyando también en la ley personal del causante, se añade que «*la pérdida de la vecindad civil vizcaína no supone restricción alguna en los derechos y deberes de cualquier naturaleza derivados de la misma*» (art. 23.2).

Por otro lado, el artículo 1.1. de la reciente Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, extiende su ámbito a aquellas uniones en que sólo uno de los miembros de la pareja tenga vecindad civil en Cataluña. Si tenemos en cuenta que dicha ley establece algunos derechos por causa de muerte para la pareja, sobre todo en relación a la unión estable homosexual (arts. 34 y 35), su aplicación nos llevaría a que si el fallecido es el no catalán, estaríamos aplicando unos derechos sucesorios no determinados por la ley sucesoria y contradictorios con ella.

- También me parece que entran en el ámbito de la ley sucesoria los diversos derechos de recobro o reversión existentes en nuestros Derechos, como sucesiones especiales que son, con independencia de la ley personal del donante.
- Igualmente, caen bajo la ley sucesoria los mecanismos que regulan la forma de ordenarse los llamamientos sucesorios (sustituciones, derecho de acrecer, derecho de representación, derecho de transmisión), aunque para aquellos dispuestos en el acto de disposición por causa de muerte, al formar parte de su contenido, habrá que atender a la ley reguladora del mismo, como veremos.
- Del mismo modo, se rige por la ley sucesoria lo relativo a la forma y efectos de la aceptación y repudiación de la herencia. En concreto, los requisitos formales *ad substantiam* establecidos por la ley sucesoria serán ineludibles, tanto por su íntima conexión con el fenómeno sucesorio como por la incidencia del artículo 11.2 del Código Civil.
- Las reglas sobre la ejecución y albaceazgo, administración de la herencia, comunidad hereditaria y sobre los requisitos de forma y fondo y los efectos de la partición hereditaria de la misma forma quedan bajo la aplicación de la ley sucesoria.

Un caso muy específico, que ha suscitado dudas, es el del consorcio foral aragonés regulado en el artículo 142 de la Compilación, dada su discutida naturaleza jurídica, institución sucesoria o comunidad especial. MERINO HERNÁNDEZ entiende que hay que combinar los estatutos real y personal, de modo que para que pueda surgir el consorcio foral es preciso que se trate de inmuebles situados en Aragón y que tanto el causante como los comuneros sean aragoneses, de modo que si entre estos últimos hay no aragoneses, el consorcio sólo surgirá respecto de los que lo sean. Sin embargo, me parece que cuando se trata de una adquisición hereditaria, es más segura la aplicación de la ley sucesoria sin más restricciones, por ser un fenómeno que surge directamente de la sucesión.

2. *Materias ajenas a la ley sucesoria.* Por contra, hay otras cuestiones que quedan al margen, total o parcialmente, de la ley sucesoria.

- Es el caso, en primer lugar, de las llamadas ventajas parasucesorias, como, por ejemplo, el derecho a subrogarse en la posición del arrendatario de un bien inmueble, el de cobrar una póliza de seguro de vida, una pensión de viudedad u orfandad de la Seguridad Social o a participar en una sociedad civil o mercantil de carácter personal en sustitución de un pariente fallecido miembro de ella. Al no tratarse de derechos sucesorios propiamente dichos, se regirán por la ley aplicable, según los casos, al fondo del asunto.
- El acto de disposición por causa de muerte, como veremos, también escapa en lo esencial de la ley sucesoria. A su estudio dedicaremos el siguiente apartado de esta conferencia.
- En cuanto a la capacidad para aceptar o repudiar la herencia y para realizar la partición, se plantea la duda de si se rigen por la ley sucesoria o si se aplicará la ley personal del heredero, conforme al artículo 9.1 del Código Civil. Un importante grupo de autores estima que la capacidad que regula este último precepto es la general de obrar y que las capacidades negociales específicas están sujetas a la ley reguladora del respectivo tipo negocial. Una solución razonable tal vez podría ser dar capacidad a las personas a las que se la reconoce la ley sucesoria, pero cuando haya que proceder a una representación legal o complemento de capacidad, proceder conforme a la ley personal del heredero.
- La reglas para la disposición de los bienes heredados por parte de los menores o incapaces parece claro que serán las determinadas por la ley personal de éstos, conforme al artículo 9.1 del Código Civil. Con arreglo a ello creo que hay que entender el artículo 66 del Código de Sucesiones de Cataluña, que establece un mecanismo especial para suplir la autorización judicial cuando se quiere disponer de bienes heredados por menores. Conclusión que queda más clara con el artículo 153 del Código de Familia de Cataluña, que ha recogido esa misma norma, ampliando su ámbito a los bienes adquiridos por donación.
- Una materia que también suscita dudas es la relativa a las competencias y derechos que en ciertos casos algunas normas atribuyen a las autoridades autonómicas. Por ejemplo, los que el artículo 163 del Código de Sucesiones de Cataluña concede a la Generalitat de Cataluña en relación a los bienes objeto de disposición para sufragios y obras pías cuando se haya hecho indeterminadamente y sin especificar su aplicación y a favor de los pobres en general. En mi opinión, esta materia sigue rigiéndose por la ley sucesoria, por lo que el citado precepto será de aplicación cuando el causante tenga la vecindad civil catalana, con independencia de su residencia y el lugar de situación de los bienes. Por ello, cuando se trate de personas de vecindad civil común que fallecen residiendo en Cataluña, regirá el artículo 747 del Código Civil, aunque las funciones que allí se atribuyen al Gobernador Civil corresponderán

aquí a la Generalitat de Cataluña. Y cuando se trate de catalanes que residan fuera de Cataluña, aunque se aplicará el precepto citado, se dará la circunstancia de que las competencias atribuidas a la Generalitat deberán ser ejercitadas por la entidad pública competente en dicho lugar, de la Comunidad Autónoma que sea o, si no tuviera competencias, del Estado.

Hasta aquí la ley sucesoria. Entremos ahora en el estudio de la ley aplicable al acto de disposición por causa de muerte.

VI. LA LEY APLICABLE AL ACTO DE DISPOSICIÓN POR CAUSA DE MUERTE

El acto de disposición por causa de muerte, el testamento o contrato sucesorio, aunque forma parte del fenómeno sucesorio, se otorga, lógicamente, en un momento anterior al de la apertura de la sucesión. Por ello, el elemento temporal determinante del punto de conexión aplicable habrá que referirlo al momento del otorgamiento, no al de la apertura de la sucesión.

El mismo artículo 9.8, en su segundo inciso se refiere al acto de disposición por causa de muerte, señalando lo siguiente:

«Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última.»

El precepto se refiere al contenido del acto de disposición por causa de muerte y se preocupa de resolver el conflicto móvil que surge cuando esa ley sucesoria no es la misma que la personal del testador o disponente al tiempo de su otorgamiento. Sin embargo, hay otras cuestiones importantes, relativas al título sucesorio, que deben ser tenidas en cuenta.

1. Requisitos de forma del otorgamiento. En este punto, hay que empezar diciendo que para el Derecho Internacional Privado rige en España desde el 10 de junio de 1988 el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, convenio *erga omnes*, ratificado sin reserva alguna, que ha desplazado en este punto la normativa interna, constituida por el artículo 11 del Código Civil. De este convenio hay muchas cosas resaltables y su estudio no puede ser abordado aquí, pero es preciso destacar varias.

Por un lado, que dispone que las prescripciones que limiten las formas de disposiciones testamentarias admitidas y se conecten con la edad, la nacionalidad u otras cualidades personales del testador, se considerarán como pertenecientes al ámbito de la forma (art. 5); de modo que a la capacidad para otorgar testamento se le aplican las mismas reglas que a la forma.

Por otro, declara su aplicación a las formas de disposición testamentaria hechas en un mismo acto por dos o más personas (art. 4), es decir, al testamento mancomunado. Parece por tanto desprenderse que la posibilidad de otorgamiento de este tipo de testamento ha pasado a ser una cuestión de forma, por lo que las personas sujetas al Derecho común pueden otorgar dicho testamento si lo acepta alguna de las leyes que forman parte del elenco de las que dan validez a la forma según el convenio, de modo que también habría quedado desplazado el artículo 733 del Código Civil, que prohíbe otorgar testamento mancomunado a los españoles en el extranjero. Así lo ha entendido buena parte de la doctrina internacionalista española (entre otros, CALVO ARAVACA). Sin embargo, otros autores discrepan de esta solución; así, GONZÁLEZ CAMPOS dice que el objeto del convenio es exclusivamente la forma del negocio jurídico, mientras que la prohibición del testamento mancomunado existente en ciertos ordenamientos jurídicos es una cuestión distinta y no regulada en él, de modo que se deja a cada ordenamiento determinar si dicha prohibición es materia de forma o de fondo; este autor apoya su opinión diciendo que es la generalmente admitida en la doctrina extranjera y que se confirma en el examen de los trabajos preparatorios del convenio. Personalmente, no veo clara la solución, puesto que aunque se llegara a la conclusión de que la prohibición va ligada a la persona, como hemos dicho, el propio convenio somete ese tipo de cuestiones personales a la misma ley que la forma.

Por lo demás, el convenio, siguiendo un esquema básico similar al del artículo 11 del Código Civil, declara la validez del acto si se ha otorgado con arreglo a alguna de las leyes que guardan relación con el acto, si bien el convenio es más generoso porque permite referir el punto de conexión tanto al momento del otorgamiento como al de la apertura de la sucesión.

Pues bien, cabe preguntarse si las soluciones establecidas en el citado convenio son válidas para el Derecho interregional. Y la respuesta ya la adelantamos antes: los convenios, aunque sean *erga omnes*, no son aplicables en el ámbito del Derecho interregional. De modo que seguirá aplicándose el artículo 11 del Código Civil.

No vamos a detenernos en el examen detallado del régimen jurídico aplicable a la forma, es decir, del artículo 11 del Código Civil. Únicamente señalar que el párrafo 1.º del apartado 1, que constituye el principio general de la regulación, se basa en el principio del *favor negotii*, es decir, está dirigido a evitar nulidades por motivos de forma y favorecer la validez del acto, estableciendo varios puntos de conexión, que tienen carácter alternativo, no sucesivo, de modo que para que el acto o negocio sea válido basta con que se cumplan los requisitos de forma previstos en cualquiera de dichas leyes. Y que el principal problema interpretativo que plantea este precepto está en el apartado 2 del mismo, el que dispone que si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero, regla que si se interpreta ampliamente vacía de contenido la regla general; proba-

blemente, podemos decir, con la que creo mejor doctrina, que el apartado 2 se refiere al requisito formal globalmente considerado, pero los detalles de la forma quedarán sujetos al apartado 1.

2. *Requisitos de capacidad.* Ya hemos dicho que el Convenio de La Haya de 1961 considera estos requisitos como una cuestión de forma, lo que amplía extraordinariamente el elenco de leyes en función de las cuales sería posible el otorgamiento del testamento. Sin embargo, también dije que dicho convenio me parece que no es aplicable en el ámbito del Derecho Interregional. Por ello, aquí seguirá aplicándose el artículo 9.1 del Código Civil, que lleva a la vecindad civil del testador al tiempo del otorgamiento.

3. *Contenido del acto de disposición por causa de muerte.* A esta cuestión es a la que se refiere el segundo inciso del artículo 9.8, que resuelve el conflicto móvil que surge como consecuencia del cambio de la ley personal desde el momento del otorgamiento de un determinado acto de disposición mortis causa hasta el momento del fallecimiento del otorgante. Y se resuelve a través del principio del «*favor negotii*», salvando la validez de las disposiciones realizadas, con el único límite de las legítimas. Es decir, el contenido del testamento o pacto sucesorio se rige por la ley del título sucesorio, con la única excepción de las legítimas, que se rige por la ley sucesoria, lo que, incluso, algún autor critica porque puede desvirtuar lo establecido en el título sucesorio.

Esta solución será aplicable a cualquier cláusula otorgada válidamente con arreglo a la ley del momento del otorgamiento: sustituciones fideicomisarias, delegaciones para disponer por causa de muerte, etc. Además, en coherencia, no sólo será que las disposiciones serán válidas si son conformes con la ley del tiempo del otorgamiento, sino que el régimen jurídico de la disposición se regirá también por dicha ley.

Y, en mi opinión, esta misma solución valdrá en relación con las normas de carácter interpretativo de la voluntad del causante, muy numerosas en el Derecho sucesorio, es decir, aquellas que interpretan por vía de integración la voluntad a veces incompletamente expresada por el testador. Téngase en cuenta que entre la ley del título sucesorio y la sucesoria puede haber diferencias muy sustanciales. Veamos un ejemplo ilustrativo: la sustitución vulgar dispuesta para caso de premoriencia en Cataluña se extiende a todos los casos en que el sustituido no pueda o no quiera aceptar la herencia, salvo que parezca ser otra la voluntad del testador, mientras que en el Derecho común sólo se extiende al caso expresamente recogido; imaginemos una sustitución vulgar de las mencionadas en un testamento otorgado por un catalán que fallece bajo vecindad civil común o viceversa. Pues bien, creo que habrá que estar a la ley del título sucesorio, es decir, a la del momento del otorgamiento, puesto que fue en ese momento cuando se formuló la declaración de voluntad que hay que se interpreta o integra; así, además, creo que puede deducirse de la regla 2.^a del artículo 9.8 que acabamos de ver: si las disposiciones ordenadas conservan su validez, hay que entender incluidos los criterios interpretativos vigentes entonces. Téngase también presente que cuando una persona otorga un acto de dis-

posición por causa de muerte puede tener en cuenta, a la hora de expresar o eludir ciertas declaraciones, el modo en que la ley que regula la disposición por causa de muerte resuelve los silencios; si cambiáramos esa ley, podríamos estar deformando la voluntad del testador.

Por último, creo que la norma que estamos examinando es reversible: también serán válidas las disposiciones que, aun no siéndolo con arreglo a la ley personal del testador o disponente en el momento del otorgamiento, sí que lo sean con arreglo a la ley sucesoria, su ley personal al abrirse la sucesión. Esta solución está implícita en el artículo 9.8, que empieza poniendo el acento en el momento de la apertura de la sucesión, aunque luego acepte también la validez de las disposiciones realizadas conforme a la ley del momento del otorgamiento. El principio del *favor negotii* y el de coherencia de la sucesión por causa de muerte creo que también permiten mantener esta conclusión. Es, además, el criterio propugnado por la doctrina más moderna y el que, como dijimos, recoge para la forma el Convenio de La Haya, que, aunque he dicho que no se aplica aquí, sin embargo es una importante pista de cómo hay que interpretar las normas con arreglo a la realidad social del tiempo en que hay que aplicarlas.

4. *Actos de disposición pluripersonales (testamento mancomunado y contrato sucesorio)*. Merecen una consideración especial, dadas las grandes dificultades que suscitan, derivadas de la concurrencia en España de regímenes antitéticos en la materia y de la intervención de una pluralidad de personas, cuyas leyes personales pueden ser diferentes. La importancia de la cuestión se ha incrementado a medida que se ha ido extendiendo la aceptación de esta forma de disposición por causa de muerte en muchas de las legislaciones regionales coexistentes en España, aunque el Código Civil sigue manteniendo el principio general fuertemente prohibitivo de ambos (arts. 669 y 733, para el testamento mancomunado, y 1271, para el contrato sucesorio). La ausencia de un régimen de Derecho interespacial sobre la materia obliga a hacer un gran esfuerzo interpretativo.

Debemos distinguir diversos aspectos.

La ley de la forma o la de la capacidad. La primera cuestión que se plantea aquí consiste en determinar la ley en función de la cual hay que juzgar si es posible su otorgamiento. El criterio dominante en España, que además se deriva de los términos tajantes del Código Civil, es el que estima que estamos ante una cuestión vinculada a la capacidad y por tanto ligada a la ley personal de los otorgantes al tiempo del otorgamiento. Ya hemos visto que el Convenio de La Haya de 1961, para los testamentos, parece considerarlo como una cuestión formal, aunque la opinión no es unánime, pero en el ámbito interregional probablemente la solución más segura sigue siendo la que vincula la posibilidad de otorgar testamento mancomunado a la ley personal al tiempo del otorgamiento. De hecho, esta solución personalista está también presente en las normas de los Derechos que autorizan su otorgamiento (art. 97 de la Compilación Aragonesa, Ley 220 de la Compilación Navarra, art. 13 de la Ley del Derecho

Civil Foral del País Vasco y art. 137 de la Ley del Derecho Civil de Galicia) y este criterio restrictivo es conforme a lo dicho antes en favor de la posible auto-limitación del ámbito de las instituciones de los Derechos regionales.

En cuanto a los contratos sucesorios, su vinculación con la capacidad todavía está más clara, ya que no entran dentro del ámbito del Convenio de 1961. Lo que cabe dudar es si todos los contratantes, cualquiera que sea su función en el contrato, deben estar habilitados por su ley personal para su otorgamiento. Téngase en cuenta que los pactos sucesorios pueden celebrarse entre varias personas que disponen de su sucesión, mutuamente o a favor de uno o varios terceros que no intervienen en el pacto, o bien pueden otorgarse entre la persona o personas que disponen y el favorecido o favorecidos por el acto de disposición, que, de esta forma, vincula la voluntad del disponente o disponentes. Pues bien, la duda es si ese contratante que no dispone sino que es nombrado heredero debe estar habilitado por su ley personal para que el pacto sea válido. El criterio del Convenio de La Haya de 1989 sobre Ley Aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte vincula su validez a la ley personal de la persona de cuya sucesión se trate (art. 9.1); es irrelevante, por tanto, la ley personal del heredero. Aunque, como dijimos, este convenio no ha entrado en vigor, me parece que esta solución es la que mejor satisface los intereses en juego y se ajusta a la naturaleza de la sucesión por causa de muerte, y ello a pesar del tajante texto del artículo 1271.3 del Código Civil.

De todos modos, pienso que el testamento mancomunado o pacto sucesorio también será válido cuando, a pesar de que alguno de los otorgantes o disponentes tenía prohibido hacerlo con arreglo a su vecindad civil, posteriormente adquiere otra que sí que se lo permite y bajo la cual se abre la sucesión. Así hay que deducirlo del principio del *«favor negotii»*, que es el que rige la solución de los conflictos móviles; además, no veo razones para considerar nulo un acto de disposición que es conforme con la ley que rige la sucesión. Objeta ROMERO HERRERO la dificultad que plantea el caso de que fallezca primero el otorgante o disponente cuya ley personal no ha cambiado: ¿habrá que esperar para determinar la validez del acto de disposición a que fallezca el otro? En mi opinión, bastará con que el otro otorgante ya tenga en ese momento la vecindad civil que le habilita a su otorgamiento.

El otorgamiento por personas con distintas leyes personales. Hemos admitido que la eficacia del acto de disposición por causa de muerte pluripersonal requiere que la ley personal de todos los que disponen por causa de muerte acepte la validez de ese procedimiento de disposición. A partir de aquí, surgen dos nuevas cuestiones.

La primera es qué sucede si sólo la ley personal de uno de los otorgantes del testamento mancomunado o de los disponentes en el pacto sucesorio permite su otorgamiento. En el caso del pacto sucesorio, la nulidad parece ser la única salida posible. Ahora bien, en el caso del testamento mancomunado, tal vez podría defenderse su conversión en dos testamentos individuales. Suele negarse esta posibilidad en relación con la taxativa prohibición contenida en el Derecho común, pero al menos para el otorgante cuya ley personal permi-

te el testamento mancomunado es una solución que no debe desdeñarse, siempre que no tenga carácter correspectivo, puesto que entonces la ineficacia de las disposiciones de uno arrastra las del otro.

La segunda consiste en determinar qué sucederá cuando los otorgantes o disponentes de distintas vecindades civiles tienen permitido por su respectivas leyes personales otorgar testamento mancomunado o contrato sucesorio. ¿Qué ley se aplicará al acto de disposición por causa de muerte? En mi opinión, hay que distinguir los distintos aspectos del acto de disposición:

- La capacidad para otorgarlo se regirá por la ley personal de cada uno.
- La forma, por lo dispuesto en el artículo 11 del Código Civil, cuyo apartado 2 seguramente lleva a exigir que se cumplan los requisitos formales precisos para la validez en ambas legislaciones; piénsese, por ejemplo, que el testamento de hermandad navarro no puede otorgarse en forma ológrafa (ley 199 de la Compilación Navarra), lo que invalidaría un testamento mancomunado ológrafo entre un navarro y una aragonesa, por ejemplo, sin perjuicio de la posible conversión en testamento individual en cuanto a ésta.
- Respecto de los requisitos de modificación y revocación, la solución más segura también es aplicar los que resulten de ambas legislaciones cumulativamente. Ésta es la solución que dispone el Convenio de La Haya de 1989 (art. 10.2) y parece la más razonable.
- Más complicado resulta determinar la ley aplicable al contenido del acto de disposición por causa de muerte. Téngase en cuenta que las disposiciones o pactos otorgados conjuntamente pueden tener distintos regímenes en cada una de las dos legislaciones; pensemos, por ejemplo, en la institución recíproca entre herederos, que en el Derecho aragonés tiene la consideración de *pacto al más viviente*, con unos efectos muy específicos. El Convenio de La Haya de 1989 admite la sumisión expresa de los otorgantes a alguna de las legislaciones concurrentes (art. 11) y pienso que esa solución tiene que ser válida para nuestro Derecho (así lo defiende GARCÍA VICENTE). Pero cuando no haya tal opción la solución se me antoja muy difícil. El Convenio de La Haya opta aquí también por aplicar el conjunto de las dos leyes, pero resulta muy difícil saber cómo puede hacerse tal cosa. Estas dificultades han llevado a NAVARRO VIÑUALES a dudar de la validez del testamento mancomunado otorgado por aragonés con persona cuya ley personal permita dicha forma de testar, al menos cuando incluya una institución recíproca entre cónyuges sin descendencia. En mi opinión, la dificultad para encontrar una solución adecuada no debe llevar a considerar prohibida esta posibilidad de disponer por causa de muerte; probablemente, y aun reconociendo lo poco adecuado de la solución, no quedará más remedio que aplicar a las disposiciones de cada otorgante o disponente el régimen derivado de su ley personal.

5. *Revocación e ineficacia.* La revocación y la ineficacia sobrevenida de los actos de disposición por causa de muerte plantean problemas añadidos, ya que se producen en un momento que es posterior al del otorgamiento del acto que se revoca o queda ineficaz pero anterior al de la apertura de la sucesión. Lo que cabe preguntarse es a cuál de esos tres momentos hay que atender para determinar la ley aplicable a los requisitos del acto revocatorio.

Creo que se pueden hacer aquí varias consideraciones:

La revocación requiere un nuevo otorgamiento, que en cuanto a los requisitos formales y de capacidad se regirán por lo dispuesto en los artículos 11 y 9.1 del Código Civil, respectivamente, referidos los puntos de conexión al momento en que se otorgue el acto de revocación. Sin embargo, el Convenio de La Haya de 1961 sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias también acepta la validez de la revocación realizada conforme a la ley en virtud de la cual la disposición revocada era válida (art. 2) y, aunque dicho convenio no sea aplicable en el ámbito interregional, creo que es razonable defenderla.

Por otro lado, si el acto que se revoca precisa, según su propio régimen jurídico, de requisitos especiales de revocación, como pasa con el testamento mancomunado o el pacto sucesorio, será necesaria su concurrencia, aunque la ley personal de quien revoca sea ya otra, e incluso no admita el acto formal a través del cual se debe producir la revocación. Así, para revocar un testamento mancomunado otorgado por aragoneses que han dejado de serlo deberán cumplirse los requisitos del artículo 97 de la Compilación aragonesa. Y para revocar un pacto sucesorio catalán, los cónyuges disponentes que han adquirido la vecindad civil común podrán otorgar un nuevo pacto, si bien con ese solo fin revocatorio, de modo que si lo que se quiere es modificar el contenido de la disposición por causa de muerte, lo que habrá que hacer es posteriormente otorgar un nuevo acto de disposición que sí que sea admitido por la nueva ley personal. Creo que esta solución está implícita en el segundo inciso del artículo 9.8 del Código Civil, puesto que si la ley mantiene la eficacia de los actos otorgados conforme a la ley personal al tiempo de su otorgamiento, debe ser posible su revocación con arreglo a la misma.

Respecto de las circunstancias que determinan la ineficacia sobrevenida de un acto de disposición por causa de muerte, creo que si se trata de las que forman parte del régimen jurídico específico del testamento mancomunado o del pacto sucesorio, se tendrán que aplicar aunque haya variado la ley personal de los otorgantes o disponentes. En los demás casos, la cuestión es más dudosa. Pensemos en la ineficacia que ordena el artículo 132 del Código de Sucesiones de Cataluña para las disposiciones ordenadas a favor del cónyuge en los casos de nulidad, divorcio o separación o la ineficacia de los legados por la enajenación de la cosa legada, que opera de distinta manera en los artículos 869.2.º del Código Civil y 306 del Código de Sucesiones de Cataluña. Probablemente la solución más adecuada sea aplicar la ley de la vecindad civil que la persona de cuya sucesión se trata tenga en el momento de producirse el acto que determina la ineficacia de la disposición por causa de muerte.

VII. DERECHOS DEL CÓNYUGE VIUDO

Los derechos que como consecuencia del fallecimiento de uno de los cónyuges corresponden al otro es una cuestión que desde hace mucho ha merecido la preocupación de la doctrina y de las legislaciones. Concretamente, desde hace tiempo se ha discutido si es más adecuado aplicar a los derechos sucesorios del cónyuge viudo la ley que regula los efectos del matrimonio o la ley sucesoria.

Nuestro Derecho, hasta la reforma de 1990 aplicaba claramente la ley sucesoria, salvo en el caso del derecho de viudedad aragonesa, por su naturaleza familiar. Sin embargo, esta solución era criticada por importantes sectores doctrinales. VALLET DE GOYTISOLO, Ramón RAGUAS MASSIP, José Luis MARTÍNEZ GIL y Vicente Luis SIMÓ SANTONJA, en la ponencia presentada por la Delegación Española en la I Comisión del IX Congreso Internacional del Notariado Latino, abogan por la aplicación a los beneficios viudales de la ley reguladora del régimen económico matrimonial, basándose en el necesario respeto a los derechos adquiridos, que, según afirman, *«debe determinar la prioridad del vínculo de conexión que corresponda a una calificación de Derecho económico matrimonial, de donaciones o de obligaciones inter vivos transmisibles mortis causa, sobre las que correspondan al Derecho de sucesiones»*, criterio recogido entre las conclusiones de dicho Congreso. Y en la ponencia presentada por la Delegación Española en la I Comisión del X Congreso Internacional del Notariado Latino, elaborada también por VALLET DE GOYTISOLO, con la colaboración de Roberto BLANQUER UBEROS, José Luis MARTÍNEZ GIL y Vicente Luis SIMÓ SANTONJA, se insiste en la necesidad de aplicar a los derechos sucesorios del cónyuge viudo la ley reguladora del régimen económico matrimonial. Incluso, la Conclusión 6.^a del I Congreso de Derecho Civil, celebrado en Zaragoza en 1946 dispuso que *«para dar estabilidad a los derechos del cónyuge viudo y evitar como consecuencia del cambio de vecindad civil la diversidad de sistemas, es deseable que en la codificación de las leyes territoriales, y en su día en el Código general, se regulen los derechos del cónyuge viudo dentro del régimen económico del matrimonio, y no como derecho de sucesión del premuerto»*. En el plano legislativo, el Anteproyecto de Título Preliminar del Código Civil de 1962 ya contenía una norma que disponía que *«los usufructos viudales de cualquier clase establecidos por la legislación civil común o por las especiales quedan sometidos a la ley personal del marido al tiempo de la celebración del matrimonio»*. E incluso el primer borrador de Texto Articulado elaborado para llevar a cabo la reforma del Título Preliminar de 1973/1974 proponía la siguiente redacción del artículo 16.3 del Código Civil: *«Los usufructos legales de cualquier clase establecidos en favor del cónyuge viudo se regularán por la legislación común o por la especial foral a que estuviese sometido el régimen económico del matrimonio según lo dispuesto en el número 3 del artículo 9.º»*. Sin embargo, posteriormente, la redacción definitiva limitó la norma al derecho de viudedad aragonesa, en el artículo 16.2, al que luego nos referiremos. DÍEZ DE VELASCO critica esta redacción definitiva diciendo que al quedar circunscrito a la viudedad aragonesa deja fuera la posibilidad de generalización a otros supuestos de inadaptación que pueden plantearse en la materia en el amplio campo del Derecho interregio-

nal español. DELGADO ECHEVERRÍA explica este cambio de criterio por el hecho de que se acababa de aprobar, además por el peculiar sistema de la ley de prerrogativa de la jefatura del Estado, la Compilación de Derecho Civil de Navarra, que establecía en la ley 253 el criterio de la ley personal del cónyuge superviviente para el usufructo de fidelidad.

La reforma de Código Civil llevada a cabo por Ley 11/1990, ha afrontado expresamente esta cuestión, disponiendo lo siguiente:

«Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes.»

Este régimen se completa con lo que dispone el artículo 9.2, sobre la ley reguladora de los efectos del matrimonio, también modificado por la reforma de 1990, que es al que se produce la remisión, y que dispone lo siguiente:

«Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.»

La separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107.»

La nueva redacción del artículo 9.8 procede de una enmienda socialista presentada en la tramitación parlamentaria de la proposición de ley, también socialista, de que surgió la Ley 11/1990, que, recuérdese, se denomina de «reforma del Código Civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo». La enmienda tenía como justificación «coherencia legislativa»; ninguna otra pista puede sacarse de los Diarios de Sesiones.

Significado de la nueva regulación. La interpretación de esta nueva norma ha distado de ser pacífica. En concreto, ha surgido una resistencia a aplicarla a los derechos de naturaleza sucesoria del cónyuge viudo y de este modo se ha propugnado la limitación de su ámbito a las llamadas «*mortis causa capiones*», que tienen su causa inmediata en el matrimonio y no en la muerte del causante, que sólo actúa para determinar el momento en el que surgen. Así lo ha entendido Lluís ROCA-SASTRE MUNCUNILL; según este autor, el inciso tercero del artículo 9.8 no sería una excepción a la regla general contenida en la primera parte del mismo, sino una mera precisión del ámbito de aplicación de la ley competente en materia sucesoria, en el sentido de no aplicarse ésta a los derechos atribuidos por la ley por razón y como consecuencia concreta del matrimonio celebrado, aunque no surjan hasta que se produzca el hecho de la muerte de uno de los cónyuges. Así pues, nada habría cambiado y seguiría siendo necesario en cada caso llevar a cabo una cuidadosa calificación de cada beneficio concreto de los atribuidos al cónyuge supérstite para determinar si debe regirse por la ley del matrimonio o por la ley sucesoria. En el mismo sentido, José Alberto MARÍN SÁNCHEZ, según el cual la «coherencia legislativa» que justificó la reforma está en que suprimida en el artículo 9.2, regulador de la

ley aplicable a los efectos del matrimonio, tras la misma reforma, toda referencia expresa a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, se trataba de evitar cualquier duda que pudiera surgir sobre el régimen aplicable a estos efectos de naturaleza patrimonial. También argumenta: que el nuevo inciso del artículo 9.8, en contraste con la primera parte del mismo, no habla de «*sucesión por causa de muerte*», lo cual quiere decir que la norma no se refiere a derechos sucesorios; que si no se entendiera así no tendría sentido la subsistencia del artículo 16.2 sobre la viudedad aragonesa, y se tendría el resultado de que una reforma basada en la «*coherencia legislativa*» crearía una disfunción; que, además, la finalidad perseguida de tratar de ajustar los derechos derivados del régimen económico matrimonial con los que resultan de la ley sucesoria no puede conseguirse por esa vía, puesto que un pacto que modifique el régimen económico matrimonial legal propicia el desajuste; que si no se interpretara así, la nueva norma sería perturbadora y generaría conflictividad, y no hay que presumir que el legislador haya querido reducir la paz jurídica, planteando, además, graves problemas de Derecho transitorio; y concluye diciendo que aunque se llegara a la solución de que tal es la conclusión para el Derecho Internacional Privado, la especificidad del Derecho interregional aconseja no extender el ámbito de actuación de la ley que regula los efectos del matrimonio más allá del límite que suponen las instituciones de Derecho de Familia.

Desde otra perspectiva, se ha defendido una vía intermedia, que trata de relacionar la interpretación de la norma que estudiamos con la finalidad perseguida por el legislador al aprobar la reforma del Código Civil que la ha creado, que no ha sido otra que la de eliminar los supuestos de discriminación por razón del sexo. Desde este punto de vista, aunque se reconoce que la regla general es la de aplicar a los derechos sucesorios del cónyuge viudo la ley reguladora de los efectos del matrimonio, se sostiene que si los dos cónyuges tienen en el momento de fallecer uno de ellos la misma vecindad civil, no hay riesgo de discriminar a ninguno por razón del sexo, por lo que en ese caso habrá que aplicar la ley sucesoria. Así, HONORIO ROMERO y también NAVARRO VIÑUALES en el recurso interpuesto ante el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que dio lugar al Auto al que en seguida nos referiremos.

Sin embargo, en mi opinión, la voluntad del legislador, a la vista de todos los antecedentes antes mencionados, es clara: cumplir lo que era un clamor en la doctrina anterior y aplicar a todos los derechos derivados para un cónyuge del fallecimiento del otro, sean de naturaleza familiar o sucesoria, la misma ley, la reguladora de los efectos del matrimonio, para así lograr una armonización entre todos esos derechos y evitar los problemas de inadaptación que pueden surgir entre sucesión por causa de muerte y régimen de bienes en el matrimonio. Y, al mismo tiempo, se acaba con los tradicionales problemas de calificación, tan típicos en esta materia. Además, sería absurdo concluir que se ha hecho una reforma para que las cosas sigan exactamente igual que estaban con anterioridad. La situación sistemática de la norma, en el artículo 9.8. Código Civil, regulador de la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte, también me parece determinante y la referencia que establece la norma a la necesidad

de dejar a salvo las legítimas de los descendientes no tendría mucho sentido si se limitara a los derechos no sucesorios derivados del matrimonio.

La mayoría de los autores que ha comentado la reforma se ha decantado por esta vía e incluso existe ya un Auto del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 4-XII-1995, que ha resuelto la cuestión en los mismos términos que venimos defendiendo. De todos modos, el Auto está recurrido y todavía no se ha dictado la correspondiente Resolución de la DGRN.

El nuevo precepto creo que se aplicará también al derecho de usufructo de fidelidad navarro, ya que deroga la ley 253 de la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra.

Partiendo de la interpretación que he defendido para el último inciso del artículo 9.8, sin embargo surgen bastantes problemas para su aplicación.

Derecho transitorio. En el campo del Derecho transitorio, siempre importante cuando hay un trascendental cambio de criterio legislativo, surgen varias dificultades; y cuántas veces, como ésta, el legislador se olvida de dar una respuesta que evite problemas. Pienso que la nueva norma se aplicará a los derechos surgidos de sucesiones abiertas después de la entrada en vigor de la reforma de 1990, aunque el matrimonio se hubiera celebrado antes, porque, aunque la consideración de estos derechos como derivados del matrimonio podría llevar a la conclusión contraria, en el ámbito sucesorio el momento de la apertura de la sucesión siempre es el determinante.

Aun así, siguen planteándose problemas intertemporales cuando se trata de matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor de la reforma de 1990. Yes que el régimen del artículo 9.2, al que se produce la remisión contenida en el artículo 9.8, parece claro que no es retroactivo, de modo que la ley reguladora de los efectos de dichos matrimonios, determinada por la anterior regulación, no se modificó automáticamente por la entrada en vigor de la nueva. Y con arreglo al Derecho anterior, podía suceder que las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges se rigieran por una ley, la última común a los cónyuges, mientras que el régimen económico matrimonial se rigiera por otra, la del marido al tiempo de celebrarse el matrimonio; pensemos en los matrimonios de inmigrantes castellanos en Cataluña: su régimen económico matrimonial será el común de gananciales, puesto que ésa era su ley personal al casarse, pero si ambos adquirieron la vecindad civil catalana, las relaciones personales y patrimoniales derivadas del matrimonio, conforme a la anterior legislación, se regirán por la ley catalana. Pues bien, ante esta situación, surge la duda de cómo hay que entender la remisión que hoy contiene el artículo 9.8 en su último inciso, cuál de esas leyes resultará la aplicable. A nuestro juicio, la reguladora del régimen económico matrimonial, dada la finalidad de la norma, adaptar el régimen económico matrimonial y el sucesorio; así se deduce, creo, con claridad de los antecedentes de la reforma de 1990 antes mencionados.

Ámbito objetivo. Tampoco está completamente claro el ámbito objetivo de la norma, que se refiere, de un modo muy amplio, a «los derechos que por ministerio

de la ley se atribuyan al cónyuge viudo». Concretamente, la duda es si se aplica al orden que suceder abintestato. Pensemos que en Cataluña el cónyuge viudo ocupa un lugar en el orden sucesorio por delante de los ascendientes, hermanos y demás parientes y sólo por detrás de los descendientes, mientras que en el resto de España los ascendientes están por delante del cónyuge viudo. Imaginemos la sucesión intestada de una persona casada, bajo vecindad civil catalana, pero en la que los efectos de su matrimonio se regían por la ley común, o viceversa. Pues bien, en mi opinión la nueva norma limita su aplicación a los derechos de usufructo viudales, ya sean legitimarios ya intestados, sin abarcar al orden de suceder abintestato. En primer lugar, porque de los antecedentes antes mencionados resulta que la voluntad del legislador ha sido regular los llamados *beneficios viudales*, es decir, los derechos de usufructo y otros de carácter menor, no modificar el orden de suceder abintestato. Además, el orden de suceder abintestato no puede ser diferente en función de quién sea el heredero llamado; ciertamente, los Derechos que admiten la sucesión troncal regulan un diferente orden sucesorio para los bienes troncales y para los no troncales, pero esa distinción no plantea problemas porque se basa en la naturaleza de los bienes y no en la persona del llamado; semejante fraccionamiento del orden sucesorio daría lugar a una contradicción entre dos normas que serían ambas directamente aplicables a la resolución de la cuestión, y esa contradicción sólo puede resolverse a favor de la ley personal del causante, que es la que rige la sucesión.

Salvedad de los derechos legitimarios de los descendientes. La norma ordena dejar a salvo los derechos legitimarios de los descendientes. Obsérvese que se dejan a salvo sólo los derechos legitimarios de los descendientes, y no los de los ascendientes o incluso otros parientes, que también pueden tenerlos. Este necesario respeto a los derechos legitimarios de los descendientes puede reducir en gran medida la efectividad de la aplicación de los derechos viudales resultantes de la aplicación de la ley reguladora de los efectos del matrimonio. Así, partiendo de que la legítima de los descendientes vizcaína está constituida por los cuatro quintos de la totalidad de los bienes del causante, pensemos en una sucesión intestada vizcaína cuando los derechos del cónyuge viudo hay que determinarlos conforme a la ley catalana, que le atribuye el derecho de usufructo universal. De todos modos, pienso que una interpretación integradora del artículo 61 de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco, que autoriza al testador a legar a su cónyuge el usufructo universal de sus bienes, ha de permitir dar eficacia a ese usufructo abintestato catalán.

Otros problemas de integración de normas. Alguna otra dificultad surge para integrar la aplicación de derechos derivados de legislaciones diferentes. Así pensemos en el caso de que la ley reguladora de los efectos del matrimonio sea la común y la ley sucesoria otra distinta (por ejemplo, la catalana) y, tratándose de sucesión testada, concorra el cónyuge con descendientes. Los derechos del cónyuge viudo se regirán por la ley común, que le atribuye el usufructo del «tercio de mejora». Pero cómo determinar cuál es el tercio de mejora en una sucesión por causa de muerte regida por la ley catalana; el problema se planteará cuando parte de los herederos instituidos sean descendientes y otros

extraños. Probablemente, la solución más acertada será la de guardar la misma proporción.

Con lo cual, vamos a enlazar con la última parte de esta conferencia, que es la especialidad que el Código Civil regula sobre la viudedad aragonesa.

VIII. VIUEDAD ARAGONESA

Ya se dijo que esta institución mereció una norma especial en la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974, en el artículo 16.2 del Código Civil, norma que no sólo ha sobrevivido a la reforma de 1990, sino que ésta la ha confirmado al volver a redactar íntegramente el contenido del artículo 16. Son 3 las reglas que contiene.

El primero de sus 3 párrafos dispone:

«El derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria.»

La razón de ser de la norma se encuentra en la consideración del derecho de viudedad aragonesa como institución de Derecho de Familia, y no de Derecho Sucesorio. En este sentido, este derecho ha ido por delante del resto de los usufructos viudales, que, hasta la reforma de 1990, se regían por la ley sucesoria, es decir, la vecindad civil del causante al tiempo del fallecimiento. Precisamente la diferencia de tratamiento entre este derecho y los demás de carácter viudal es lo que hizo necesaria esta norma, para llevar a cabo su coordinación.

Tras la reforma de 1990 y la nueva redacción dada al artículo 9.8, ya examinada, podría pensarse que ya no es necesaria una regulación como la que comentamos y tal vez que se ha producido su derogación tácita si no fuera porque el legislador de 1990, a la vez que daba nueva redacción al artículo 9.8, volvía a publicar íntegramente el artículo 16: éste no es, por tanto, norma anterior a aquélla (así, DELGADO ECHEVERRÍA).

Pero es que, además, la reforma no ha establecido con carácter general exactamente el mismo criterio que el que dispone esta norma. En efecto:

Por un lado, mientras que el artículo 9.8 se remite a la ley que regule los efectos del matrimonio, el artículo 16.2 atribuye el derecho de viudedad aragonesa a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial regulado en la Compilación aragonesa. Según DELGADO ECHEVERRÍA, creo que con acierto, el derecho de viudedad corresponde a los cónyuges cuyo régimen económico matrimonial esté regido por el Derecho Aragonés, sea el legal o cualquier modalidad convencional; según este autor, no corresponderá a los cónyuges

no aragoneses que pactan regirse por el régimen económico matrimonial legal aragonés; tampoco, a los cónyuges originariamente aragoneses que adquieren otra vecindad civil y pactan el sometimiento a otro régimen económico matrimonial; pero sí a los cónyuges en principio no aragoneses que posteriormente adquieren la vecindad civil aragonesa y pactan el sometimiento al régimen económico matrimonial aragonés. En estos dos últimos casos, habría una discrepancia con el régimen del artículo 9.8, ya que, conforme al artículo 9.2, la ley reguladora de los efectos del matrimonio queda fijada en el momento de celebrarse el matrimonio y ya no se modifica; por ello, se darían en tales casos situaciones de privación de todo beneficio viudal o de duplicidad o superposición de beneficios respectivamente. A resolver el caso de la privación de beneficios va destinado el párrafo 3.º de esta norma, que luego examinaremos.

Por otro lado, el artículo 9.8 sólo deja a salvo las legítimas de los descendientes, mientras que el artículo 16.2 excluye toda legítima que establezca la ley sucesoria. Esta referencia a la legítima del artículo 16.2 la mejor doctrina la entiende en un doble sentido. Por una parte, excluye la atribución al cónyuge con derecho de viudedad aragonesa de los demás derechos viudales que pudieran ser aplicables en virtud del régimen general, evitando la duplicidad de beneficios, que, por cierto, es todavía posible, según lo que acabamos de ver, ya que no hay una plena identidad entre el régimen general y el de este precepto. Por otra parte, según criterio doctrinal no unánime, dejaba a salvo el derecho de los legitimarios a percibir su legítima sin el gravamen de la viudedad, si bien creo que el usufructo viudal sólo se reducirá en la medida en que exceda del derecho de usufructo viudal le habría correspondido conforme a la ley rectora de la sucesión.

El párrafo segundo establece que:

«El derecho expectante de viudedad no podrá oponerse al adquirente a título oneroso y de buena fe de los bienes que no radiquen en territorio donde se reconozca tal derecho, si el contrato se hubiera celebrado fuera de dicho territorio, sin haber hecho constar el régimen económico matrimonial del transmitente.»

Para entender esta regla hay que recordar que el derecho de viudedad aragonesa constituye un verdadero gravamen sobre los inmuebles (y muebles como sitios del art. 39.1 de la Compilación), en el sentido de que salvo renuncia expresa de su titular el adquirente del bien gravado queda expuesto al usufructo de viudedad para el caso de premoriencia del cónyuge que le transmitió el inmueble. Pues bien, lo que hace este precepto es evitar su oponibilidad al tercero cuando se den las condiciones que prevé.

Estamos ante una norma muy controvertida, que en general suele ser criticada por los juristas aragoneses, por mezclar el tema de la protección a la buena fe con el Derecho interregional y por conculcar el principio de igualdad de todas las legislaciones civiles coexistentes en España: el derecho expectante de viudedad foral aragonesa sólo operará plenamente sobre fincas situadas en territorio aragonés; en las situadas en otro lugar, sólo en forma condicionada.

Y el párrafo tercero dice lo siguiente:

«El usufructo viudal corresponde también al cónyuge supérstite cuando el premuerto tuviese la vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte.»

La finalidad de esta regla estaba en la mencionada necesidad de coordinar el derecho de viudedad aragonesa con los demás beneficios viudales, evitando la situación de ausencia de beneficios en el caso de cónyuges casados en régimen económico matrimonial no aragonés que luego adquieren la vecindad civil aragonesa, ya que en tal caso, con arreglo al párrafo 1º carecerían de derecho de viudedad aragonesa, pero tampoco tendrían el de la ley reguladora del régimen económico matrimonial, puesto que no era ésta la ley sucesoria. Para esos casos, este precepto atribuía al cónyuge viudo el usufructo viudal aragonés, creando una regla peculiar, que rompía el principio de unidad del derecho de viudedad aragonesa, ya que en principio con arreglo a la Compilación el usufructo viudal corresponde al sobreviviente con derecho expectante; pues bien, en los casos tratados, habrá usufructo viudal sin previo derecho expectante.

Ahora bien, lo que este precepto había coordinado, tras la reforma de 1990, ha vuelto a descoordinarse, de modo que hoy el riesgo es el de la duplicidad de beneficios viudales en el caso de que el cónyuge premuerto tuviera la vecindad civil aragonesa al fallecer, pero la ley que regulara los efectos de su matrimonio fuera otra: con arreglo al artículo 16.2 del Código Civil, le corresponderá al cónyuge viudo el usufructo de viudedad aragonés, mientras conforme al nuevo inciso del artículo 9.8, le corresponderá el derecho determinado por la ley reguladora de los efectos del matrimonio. Probablemente, la solución más clara sea considerar aplicable el artículo 16.2, puesto que es una norma específica, reguladora de un caso concreto. Pero así se produce la paradoja de que en el caso de matrimonio mixto de aragonés o aragonesa con persona de otra vecindad civil y cuyo régimen económico matrimonial no se rija por el Derecho Aragonés, si fallece primero el cónyuge aragonés, el no aragonés tendrá el usufructo viudal aragonés, mientras que si es al revés, el aragonés no tendrá tal derecho. DELGADO ECHEVERRÍA propone una interpretación correctora del precepto en el sentido de negar su aplicación cuando el supérstite no sea aragonés.

IX. CONCLUSIONES

Para finalizar, a la vista de toda esta colección de problemas, apenas apuntados bastantes de ellos, cabe preguntarse si es posible obtener algún tipo de conclusión. En mi opinión, ésta ha de ser que existe una necesidad legislativa de afrontar una normativa general que articule de modo adecuado el sistema interregional español. Reconozco que no es una conclusión muy original, puesto que así llevan pidiéndolo los juristas españoles desde hace mucho, pero

no queda más remedio que volver a insistir. Recuérdese que ya el Congreso Nacional de Derecho Civil de 1946 consideraba urgente la promulgación de una ley de carácter general que resolviera los problemas de Derecho interregional y que el Decreto de 23 de mayo de 1947 preveía la creación de una Comisión especial encargada de redactar un Anteproyecto.

Creo que la petición es oportuna, porque, como se ha dicho, la materia tiene una enorme importancia práctica, sobre todo a la vista del tremendo desarrollo en los últimos años de las legislaciones civiles territoriales, y porque, aunque es previsible que esta fase de incremento legislativa todavía no ha acabado, me parece que ya estamos en una situación en la que disponemos de la suficiente perspectiva para poder determinar dónde se encuentran los problemas que hay que ir resolviendo para conseguir una convivencia armónica de las diversas legislaciones civiles coexistentes en España. El objetivo pienso que es alcanzable, más que en el campo del Derecho Internacional Privado, ya que, a diferencia de lo que sucede con éste, en el ámbito interregional nos encontramos con un número de legislaciones más limitado y más similares, lo que permite al legislador tener una idea mucho más precisa de cuáles son los problemas que realmente hay que resolver.

**ESTUDIO COMPARATIVO DE ALGUNOS ELEMENTOS
CONFIGURADORES DE LA SUSTITUCIÓN LEGAL
EN EL DEROGADO ARTÍCULO 141
DE LA COMPILACIÓN DE DERECHO CIVIL
DE ARAGÓN Y EN LA NUEVA LEY
DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE**

Cristina MAYNAR BONACHO

Abogada

SUMARIO: I. Introducción. II. Ámbito subjetivo. 1. Sujetos que tienen derecho a sustituir al llamado. III. Facultad de exclusión del causahabiente. 1. Crítica de la regulación del art. 141 de la Compilación; 2. Conclusiones. IV. El supuesto de la renuncia. 1. Antecedentes legislativos; 2. La nueva regulación; 3. La finalidad de la sustitución legal y el supuesto de la renuncia; 4. Supuestos de renuncia más frecuentes; 5. Conclusiones. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se centra en una de las tradicionales instituciones civiles aragonesas: La sustitución legal. Tras la entrada en vigor de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, aprobada por las Cortes de Aragón y publicada en el *Boletín Oficial de Aragón* de fecha 4 de marzo de 1999, esta institución está regulada en el Título I («De las sucesiones en general»), en un capítulo aparte, el capítulo III, cuya rúbrica es «Sustitución legal», estructurando en ocho artículos toda su regulación¹.

¹ La Compilación de Derecho civil de Aragón dedicaba a esta institución un único artículo, el 141.

Con la denominación «sustitución legal» se hace referencia a un mecanismo sustitutorio de gran simplicidad: Al fallecimiento de una persona, los designados herederos, o en su defecto los que vengan determinados por la Ley, deberían sucederle de acuerdo con las reglas generales de sucesión universal *mortis causa*. Sin embargo, esta dinámica normal se ve alterada porque en alguno de dichos herederos, o en todos, concurre alguna de las circunstancias previstas por el legislador aragonés: premoriencia, incapacidad para heredar, ausencia, desheredación por causa legal o exclusión de la sucesión.

Así, cuando se presenta alguna de estas situaciones, entra en juego este mecanismo consistente en que, en lugar de la persona designada, (voluntariamente o por ley), que debería haber heredado, le sustituyen, ocupando su lugar y sólo en la porción de herencia que le hubiese correspondido, sus hijos o ulteriores descendientes.

La sustitución legal es una de las instituciones más tradicionales en Aragón. Encuentra sus raíces ya en la Observancia 6.^a *De Testamentis*. Los textos legislativos posteriores a este Cuerpo también han recogido entre sus regulaciones sucesorias este mecanismo sustitutorio, aunque utilizando diferentes fórmulas en la redacción del precepto, así como otorgando diferente alcance a los efectos del mismo.

El presente trabajo tiene como principal objetivo hacer un análisis crítico de algunos de los elementos que configuran la nueva regulación de la sustitución legal, resaltando los aspectos positivos y negativos que, a mi juicio, presenta la nueva Ley de Sucesiones aragonesa. Siendo numerosos los interrogantes que se planteaban bajo la anterior norma (art. 141 de la Compilación del Derecho civil de Aragón), se trata de ver a lo largo de estas líneas si algunos de aquellos problemas han obtenido respuesta y qué solución se les ha dado.

Adelanto ya que, aunque en sus líneas generales me parece una reforma muy positiva y acertada, además de necesaria, algunas de las soluciones que en aspectos concretos, y algunos básicos como el de la renuncia, se han consagrado en la nueva Ley no me parecen acertados.

Para conseguir este objetivo, voy a hacer un estudio comparativo de la regulación actual y de la regulación contenida en el hoy derogado art. 141 de la Compilación aragonesa, con referencias a la normativa que sobre esta institución hay en el Código Civil (arts. 924 y ss.)², la Compilación de Derecho civil foral de Navarra (Ley 309 y ss.) y el Código de Sucesiones catalán (arts. 328 y ss.). De esta forma podrá observarse cómo ha afrontado el legislador aragonés los obstáculos que se planteaban.

² La denominación que recibe este mecanismo sustitutorio en el Código Civil, en la Compilación de Derecho civil foral de Navarra y en el Código de Sucesiones catalán es «derecho de representación».

He de advertir, no obstante, que el presente trabajo se ciñe únicamente a tres de los elementos que formaban parte de la estructura de la sustitución legal en la fórmula del art. 141 de la Compilación del Derecho civil de Aragón como son el ámbito subjetivo, la facultad de exclusión del causahabiente y el supuesto de la renuncia, de los cuales los dos últimos han sido suprimidos en la regulación consagrada en la nueva Ley.

Una de las notas que debe destacarse de la nueva regulación es la *pretensión de claridad*. A lo largo del trabajo podremos observar que el legislador aragonés ha tomado partido de forma expresa por fórmulas concretas en los diferentes elementos que componen esta institución (ámbito subjetivo, efectos, etc.), cerrando la polémica doctrinal que en torno a muchos de ellos estaba viva dada la falta de definición de la anterior regulación.

Como he indicado, la nueva Ley de Sucesiones por causa de muerte dedica su capítulo III a la sustitución legal. Toda la regulación está contenida en ocho artículos referidos cada uno de ellos a un aspecto concreto de esta institución.

El primer artículo, el 19, ofrece un concepto de la sustitución legal en los siguientes términos: *«Salvo previsión en contrario del disponente, los descendientes de un llamado a título universal o particular o legitimario de grado preferente ocupan el lugar de éste en la sucesión o en la legítima por sustitución legal en los casos previstos en esta Ley»*.

Tras dedicar un segundo artículo, el 20, a precisar el ámbito subjetivo en el que esta institución va a desplegar sus efectos, dedica los cuatro artículos siguientes a regular cómo juega esta institución en las diferentes clases de sucesiones: voluntaria, paccionada, legal y legítima. El artículo que les sigue está dedicado a los efectos derivados de la sustitución legal, terminando la normativa sobre el particular resolviendo de forma expresa el debate doctrinal generado en torno al juego de esta institución en el caso de la renuncia del llamado a la herencia. La solución por la que ha optado el legislador aragonés es la de excluir el supuesto de la renuncia, en estos términos: *«Art. 26. Inexistencia en caso de renuncia. En caso de renuncia o repudiación no tiene lugar la sustitución legal.»*

De la definición consagrada en el art. 19 se desprende que el legislador aragonés ha optado por una fórmula expansiva del mecanismo sustitutorio en el sentido de no limitar su juego a los supuestos de llamamiento universal sino extenderlo a los llamamientos a título de legatario y legitimario³.

Aprovecho también estas primeras palabras para manifestar mi sincero agradecimiento a la Institución «El Justicia de Aragón» que, a través de la concesión de una beca, me ha ofrecido la oportunidad de estudiar más en pro-

³ Esta extensión expresa constituye una novedad puesto que en ninguna de las restantes regulaciones, ni en la del Código Civil ni en las del resto de Comunidades Autónomas con derecho en materia de sucesiones se recoge una fórmula tan amplia.

fundidad la figura aragonesa de la sustitución legal y de esta forma conocer mejor y aproximarme un poco más al Derecho aragonés.

Si esta posibilidad de investigar sobre una de las instituciones aragonesas ha sido muy interesante, no menos enriquecedor ha resultado la experiencia de trabajar con profesionales, integrantes de esta Institución, con cuyos amplios conocimientos jurídicos y experiencia he tenido la suerte de ser ilustrada.

Agradezco también la colaboración del Colegio Notarial de Zaragoza y de cada uno de los profesionales pertenecientes al mismo que, de forma desinteresada y con gran diligencia, han participado en la encuesta realizada en el presente trabajo. Su experiencia ha sido decisiva para introducir en este trabajo datos provenientes de la vida real, ámbito en el que, en definitiva, despliega sus efectos el Derecho. Su aportación ha permitido que este trabajo no quedase en un plano meramente teórico y desligado por completo de lo que realmente ocurre y se demanda en el exterior.

II. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA SUSTITUCIÓN LEGAL

Una de las primeras cuestiones a examinar al analizar una institución es la relativa al ámbito subjetivo en el que va a desplegar sus efectos. Este elemento planteaba una especial dificultad en el caso de la sustitución legal aragonesa por la ausencia de claridad que presidía, desgraciadamente, todos los aspectos concernientes a la misma en la regulación contenida en la Compilación del Derecho civil de Aragón.

El ámbito subjetivo de la sustitución legal está recogido específicamente en el art. 20 de la nueva Ley de Sucesiones, aunque su régimen completo se extrae también de los artículos 21 y 23, dedicados a la sucesión voluntaria y legal, respectivamente. Constituye uno de los elementos donde con más nitidez se observa la pretensión de claridad a la que tiende la nueva Ley, habiéndose decantado el legislador aragonés de forma expresa por un concreto marco en el que este mecanismo sustitutorio va a tener aplicación.

Entre las diferentes esferas que conforman el ámbito subjetivo en las restantes regulaciones (Código Civil, Compilación de Derecho civil foral de Navarra, Código de Sucesiones catalán, básicamente), el legislador aragonés ha optado por una fórmula distinta a todas ellas caracterizada por su tendencia a la expansión.

Entrando ya en el análisis de este elemento de la sustitución legal, ha de observarse que se consagra de forma expresa el juego de este mecanismo tanto en la *sucesión voluntaria*, como en la *legal* y en la *legítima* (primer párrafo del art. 20).

Constituye éste, a mi juicio, un aspecto positivo de la nueva Ley puesto que viene a resolver uno de los problemas que la anterior normativa planteaba. En efecto, el hoy derogado art. 141 de la Compilación aragonesa estaba ubicado dentro de la rúbrica «Normas comunes a las diversas clases de sucesión», y ello hacía surgir el interrogante sobre si este mecanismo debía jugar tanto en la sucesión voluntaria, como en la legal, como en la legítima.

Por lo que respecta a la *relación de parentesco que debe existir entre el causante y el llamado-sustituido*, el legislador aragonés ha vuelto a introducir el requisito histórico del vínculo de parentesco entre ambos. Se recoge de este modo la exigencia que toda la doctrina de forma unánime venía reclamando⁴, se vuelve a la regulación plasmada en los antecedentes legislativos aragoneses, y que el art. 141 de la Compilación aragonesa había roto⁵, y se inserta la regulación aragonesa en este punto en la línea seguida por el resto de regulaciones, tanto la del Código Civil como las autonómicas⁶.

Teniendo en cuenta, por un lado, no sólo los precedentes legislativos aragoneses, sino también el resto de las diferentes regulaciones de las CCAA y del Código Civil sobre el derecho de representación; y por otro, la opinión unánime de la doctrina, el hecho de haberse recogido de forma expresa este vínculo de parentesco constituye otro de los puntos positivos, a mi juicio, de la nueva Ley de Sucesiones.

⁴ CALATAYUD aporta una primera razón a la exigencia de esta relación de parentesco entre causante y llamado a la herencia argumentando que «Únicamente dentro de este ámbito se juzga razonable presumir que el testador habría llamado a los descendientes del primeramente designado si lo hubiera pensado mejor». A. CALATAYUD SIERRA, «La sustitución legal en Aragón», en *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1996, edit. El Justicia de Aragón, p. 165.

También GARCÍA ALMAZOR se mostraba favorable a la redacción de la Compilación aragonesa de 1967 en este punto. En este sentido, y refiriéndose a la regulación precedente, sostenía que «debe modificarse el artículo 141 y volver a la redacción original en el punto de que solamente pueda utilizarse cuando se trata de descendientes o colaterales del causante». J. GARCÍA ALMAZOR, *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1996, edit. El Justicia de Aragón, p. 217.

⁵ La redacción del hoy derogado artículo 141 de la Compilación aragonesa sobre la sustitución legal no requería la existencia de una relación de parentesco entre el causante y el sustituido. La expresión utilizada en este precepto, en concreto, era «al heredero o legitimario», pudiendo ser éste no sólo un pariente del causante sino también un extraño.

⁶ Si analizamos la regulación legal del derecho de representación de otras CC.AA. como Cataluña y Navarra, observamos que también exigen una relación de parentesco entre causante y llamado-sustituido. En concreto, los citados derechos forales exigen que el causante sea ascendiente o hermano del sustituido.

En Navarra, es la ley 309 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra la que especifica la relación de parentesco que debe existir entre causante y llamado. El art. 328 del Código de Sucesiones catalán dispone en su párrafo segundo que «El derecho de representación sólo se aplica a los descendientes del causante, sin límite de grado, y a los hijos de hermano, pero no se extiende a los descendientes de los hijos de éste». Este mismo ámbito subjetivo es el contemplado en el derecho común, según el art. 925 del Código Civil.

Por lo demás, el legislador aragonés ha recogido el principio general de la exclusión de la eficacia de la sustitución legal en la línea recta ascendente y su juego, en cambio, en la línea recta descendente sin limitación de grado.

1. SUJETOS QUE TIENEN DERECHO A SUSTITUIR AL LLAMADO

Uno de los problemas que se planteaba con la regulación del artículo 141 de la Compilación aragonesa era el determinar qué sujetos tenían derecho a sustituir al llamado que finalmente no llegaba a heredar. Una primera cuestión que no planteaba duda alguna, y que la nueva Ley recoge de forma expresa, era el *otorgamiento de este derecho a los descendientes del llamado*. El artículo 19 de la nueva Ley se refiere expresamente a ellos con la fórmula «los descendientes de un llamado». Tampoco era objeto de discusión el juego de la sustitución legal *sin limitación de grado en la línea recta descendente* puesto que ésta era la solución adoptada en todas las regulaciones sucesorias⁷. La nueva Ley, a pesar de establecer una distinción entre la sucesión voluntaria y la legal, como veremos a continuación, se mantiene fiel en este punto a los precedentes legislativos aragoneses. Dice expresamente el apartado segundo del artículo 21, sobre la sucesión voluntaria, que «La sustitución legal se produce en favor de los descendientes, sin limitación de grado, del sustituido que a su vez sea descendiente del causante». Por su parte, el artículo 23, referido a la sucesión legal, establece que «la sustitución legal en favor de los descendientes del descendiente sustituido, se produce sin limitación de grado y aunque concurren solos».

Más problemático era el juego de la sustitución legal en la *línea colateral*, es decir, cuando el llamado es un hermano del causante, puesto que las divergencias legislativas son considerables de una regulación a otra. Así, el Código Civil limita su juego a los hijos cuando el llamado es un hermano del causante; en Navarra, se fija el de cuarto grado respecto de los descendientes del hermano del causante; y en el Código de Sucesiones catalán, en palabras de Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, en la obra *Comentarios al Código de sucesiones*, «en la línea colateral, llamada privilegiada, el derecho de representación se aplica a “los hijos de hermano” y a los “sobrinos”. Por consiguiente, los nietos de hermano, que están en el cuarto grado, no tienen derecho de representación».

No sólo existen diferencias en cuanto a la ilimitación o limitación, y dentro de ésta respecto del grado en el que debe fijarse, del juego de la sustitución en la línea colateral, sino que algunas regulaciones distinguen según se trate de sucesión voluntaria o legal. Así, en el Código Civil, mientras que en la sucesión

⁷ Del artículo 925 del Código Civil se desprende la inexistencia de límites respecto de los descendientes de un llamado-descendiente. El párrafo segundo de la Ley 309 no establece límite de grado en relación con los descendientes del llamado-descendiente. Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL, en la obra *Comentarios al Código de sucesiones*, expone con precisión las características de este mecanismo en la regulación catalana en estos términos: «En la línea recta descendente el derecho de representación se aplica “sin límite de grado”, es decir, a los nietos y a los ulteriores descendientes».

intestada el derecho a sustituir lo ostentan tanto los descendientes de un descendiente-llamado como los descendientes del hermano del causante (en este caso con el límite citado); en la sucesión testada, con base en el artículo 814, sólo tiene lugar el derecho de representación en la línea recta descendente pero no en la colateral.

La nueva Ley ha optado por distinguir entre la sucesión voluntaria y la legal. Así, por lo que respecta a la sucesión voluntaria (art. 21), no existe limitación de grado para los descendientes sustitutos independientemente de que lo sean de un descendiente o de un hermano del causante. Coincide, en este caso, con la regulación contenida en los Anteproyectos de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses.

La sustitución legal en la sucesión legal se regula en el artículo 23 de la nueva Ley introduciendo una diferenciación según se trate de los descendientes de un descendiente del causante o de los de un hermano del mismo. Así, en el primer caso, como hemos visto, no se prevé ninguna limitación de grado; mientras que en el segundo, se consagra el de cuarto grado en los siguientes términos: «la sustitución legal en favor de los descendientes del hermano sustituido sólo llega hasta el cuarto grado a contar del propio causante y siempre que no concurren solamente hijos o solamente nietos del hermano sustituido».

Merece resaltar el acierto que, desde mi punto de vista, supone el límite del cuarto grado fijado para la sucesión legal cuando se trata de descendientes del hermano del causante, y ello porque considero que debe prevalecer en este punto el valor de la coherencia y armonización con las restantes normas vigentes, con la finalidad de introducir mayor claridad en la regulación de la sustitución legal.

La citada coordinación obliga a tener presentes, por una parte, el régimen de la sucesión troncal, cuyo artículo 211.3 establece para la línea colateral el cuarto grado; y por otra, la expresa limitación al cuarto grado prevista en el artículo 219⁸.

Éste es el criterio mantenido en una sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 20 de marzo de 1997 y que paso a transcribir. En el fundamento de derecho cuarto se afirma: «Una última cuestión surge en orden a la limitación de llamamientos en la línea colateral. El artículo 141 de la Compilación no efectúa ninguna limitación, sin embargo, ese silencio no debe entenderse en el sentido de que puede ser aplicada la sustitución legal indefinidamente, lo que supondría que nunca se produciría la delación de la herencia a favor de la CCAA, que establece el artículo 137 de la Compilación».

En esta misma sentencia se recoge una solución, que apoya la postura defendida en este trabajo, sobre el límite a establecer en la línea colateral. Se afirma en la sentencia que «habrá que acudir al artículo 135 de dicho texto

⁸ También en el artículo 954 del Código Civil se consagra el límite del cuarto grado en relación con los colaterales.

legal que remite a las disposiciones contenidas en los artículos 935 al 955 del Código Civil cuando se trata de la sucesión intestada en bienes no troncales. En consecuencia, dados los términos en que se halla redactado el artículo 954 del Código, mas allá del cuarto grado no se extiende el derecho a la sucesión intestada. Solución ésta acorde con la seguida por la propia Compilación en el artículo 132.2º, cuando se trata de la sucesión troncal».

Esta argumentación, aunque referida a los artículos de la Compilación aragonesa, es perfectamente trasladable a la nueva regulación recogida en la Ley de Sucesiones, en los artículos 201 y siguientes, en la medida en que la esencia de la misma no ha sufrido modificaciones.

Como se observa, la sentencia se refiere a la sucesión intestada (hoy, como hemos visto, arts. 201 y ss. de la nueva Ley), ámbito en el que se ubican los citados preceptos limitativos. Este hecho obliga a considerar el *problema sobre si debería existir diferencia de tratamiento entre la sucesión voluntaria y la legal*.

Nos encontramos, a mi juicio, con uno de los puntos mas difíciles de resolver puesto que existen argumentos sólidos en favor de ambas posturas (homogeneidad/diferencia de tratamiento).

Nuevamente la discusión se centra respecto de los descendientes de un llamado-hermano del causante, es decir, en la línea colateral. No existe, en cambio, discrepancia en relación con la línea recta descendente puesto que, como hemos visto, la doctrina unánimemente defiende la ilimitación de grado tanto en la sucesión testada o paccionada como en la legal, siendo ésta la solución de la nueva Ley.

Dejando a un lado, por tanto, la línea recta descendente, las dos posturas divergentes en torno a la línea colateral son:

A) Extender la limitación del cuarto grado a la sucesión testada.

Esta opción supone conceder primacía al valor de la coherencia y coordinación del sistema sucesorio aragonés. Es asimismo favorable a una mayor claridad en la regulación de una institución compleja como es la sustitución legal, en la medida en que estaríamos dando un tratamiento uniforme a las dos clases de sucesión (voluntaria e intestada).

Estos dos motivos son los que me llevan a decantarme por esta solución como más deseable para la regulación de la sustitución legal.

No obstante, soy consciente de las críticas que pueden hacerse a la misma y que constituyen los argumentos de apoyo de la postura contraria, que paso a exponer.

⁹ Parece que existía un error y debía haberse referido al apartado tercero de este artículo, hoy derogado.

B) Mantener la diferencia de tratamiento entre los dos tipos de sucesión.

Este es el criterio establecido en la nueva Ley de Sucesiones por causa de muerte. En él, como hemos visto, se establece la ilimitación de grado en la línea colateral en la sucesión voluntaria y paccionada (arts. 21 y 22), mientras que se fija el del cuarto grado en la sucesión legal (art. 23).

En la Memoria que el Profesor SERRANO GARCÍA elaboró sobre un primer borrador de Anteproyecto de un Proyecto de la referida Ley explicaba la razón de esta diferencia de tratamiento con estas palabras: «En la sucesión voluntaria la sustitución legal opera en favor de los hijos y descendientes sin limitación de grado. No hay razón para establecer límites similares a los de la intestada en la línea colateral».

Además de no existir un motivo de peso para extender las limitaciones de grado de la sucesión intestada a la voluntaria y paccionada, podrían esgrimirse otras dos razones para defender la diferenciación.

Por una parte, el hecho de que las normas limitativas (arts. 211.3 y 219 de la nueva Ley de Sucesiones) en las que se apoya el criterio restrictivo de la sucesión intestada se circunscriben precisamente a esta clase de sucesión. Sería contrario al principio jurídico general sobre la no extensión de limitaciones defender una solución extensiva de las mismas.

Por otra parte, la solución extensiva del límite del cuarto grado en la línea colateral supondría una ruptura radical con los precedentes legislativos aragoneses, en los que imperaba un sistema de ilimitación absoluta.

Encontramos aquí tres razones de gran fuerza contrarias a la extensión del límite del cuarto grado a la sucesión testada (y siempre en relación a la línea colateral). Sin embargo, *personalmente considero que en este punto debería haber prevalecido la primera de las opciones, extensiva de la limitación del cuarto grado a la sucesión voluntaria en la línea colateral. A mi juicio, razones de homogeneidad y coherencia de todo el sistema sucesorio aragonés lo justifican.*

III. LA FACULTAD DE EXCLUSIÓN DEL CAUSAHABIENTE

El concepto de sustitución legal que recoge la nueva Ley de Sucesiones por causa de muerte elimina la facultad concedida por el hoy derogado artículo 141 de la Compilación aragonesa al causahabiente.

Comienza su artículo 19, cuya rúbrica es «Concepto», diciendo: «Salvo disposición en contrario del disponente». Como se observa, se ha modificado asimismo la denominación introduciéndose el término «disponente» en lugar de «causante».

Se vuelve, con ello, a la fórmula tradicional consagrada en la Compilación de 1967.

Supone esta eliminación, a mi juicio, y por las razones que a continuación expondré, un acierto pleno del legislador aragonés puesto que dicha facultad chiriaba con la finalidad de la sustitución legal, esto es, con el respeto por una voluntad del causante consistente en que sean los descendientes del llamado a la herencia que finalmente no puede heredar los que reciban su parte.

1. CRÍTICA DE LA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 141 DE LA COMPILACIÓN

Bajo la fórmula «*Salvo previsión en contrario de causante o causahabiente*», se consagró, por primera vez, en la regulación del hoy derogado artículo 141 de la Compilación aragonesa un régimen de gran flexibilidad consistente en que, además de mantener el criterio tradicional de ser el causante el que podía ordenar un destino de la herencia distinto al establecido en este artículo, se otorgaba también al propio causahabiente una posibilidad de decisión.

Constituía, en efecto, una novedad ya que, desde los primeros trabajos de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses en 1962, la estructura de esta institución permitía en exclusividad al causante el impedir que se produjesen los efectos propios de la sustitución legal, siendo este esquema el que se plasmó definitivamente en la Compilación de 1967¹⁰ cuyo artículo 141 comenzaba con la expresión «*Salvo disposición del causante*».

Dicha regulación encerraba, a mi juicio, una contradicción al conceder al causahabiente la referida facultad de poder excluir que entrase en juego el mecanismo sustitutorio.

En efecto, tomando como parámetros de referencia ineludibles la *finalidad* perseguida con la introducción de dicho mecanismo, por un lado; y, por otro lado, la idea básica de que *la sucesión de la que se trata es la del causante y que, en virtud del principio que proclama que la voluntad de éste es la ley en la sucesión*, la facultad de exclusión del causahabiente del régimen anterior no encajaba con la naturaleza propia de la sustitución legal.

Entrando ya en el análisis concreto, y por lo que respecta a la *finalidad* perseguida con la introducción de la institución «sustitución legal», hay que comenzar diciendo, como ha indicado Adolfo CALATAYUD¹¹, que ésta no es sino *suplir la presumible voluntad del testador*. En consecuencia, todas las previsiones legales debían ir orientadas precisamente a tratar, en la medida de lo posible, de reflejar cuál sería esa voluntad.

¹⁰ Más adelante expondré los motivos que llevaron al legislador aragonés a introducir la facultad de exclusión del causahabiente a través de la Ley de reforma de la Compilación de 21 de mayo de 1985.

¹¹ A. CALATAYUD SIERRA, *op. cit.*, p. 165.

Esta primera determinación no resultaba nada sencilla puesto que las circunstancias particulares de cada caso concreto pueden dar lugar a tantas voluntades diferentes como causantes.

Por ello, y ante la imposibilidad de establecer una regulación que se ajuste a los deseos de todos y cada uno de los causantes, la única vía posible era tratar de llegar a una fórmula que satisficiera a la mayoría de los causantes. En esta tarea, de gran complejidad pero a la vez de enorme trascendencia, no había más remedio que acudir a la aplicación de reglas de la lógica. Es decir, ante la imposibilidad de atender a todas y cada una de las demandas individuales había que intentar plasmar qué es lo que, con carácter general, desearían la mayoría de los causantes en los supuestos de no haber hecho previsiones para cuando los llamados a heredar no pudieran o no quisieran hacerlo.

Si atendemos a la redacción del hoy derogado artículo 141 de la Compilación observamos que el *legislador aragonés había optado por una solución específica*, entre las varias posibles, que era la de entender que en estos casos de imprevisión por el causante, su voluntad habría sido que *la parte del llamado que finalmente no llega a heredar pasase a sus hijos o ulteriores descendientes*.

En concreto, la fórmula empleada era «al heredero o legitimario premuerto o incapaz de heredar o renunciante a la herencia le sustituirán en la porción correspondiente sus hijos o ulteriores descendientes».

Por tanto, y tomando como base la propia fórmula recogida en dicho artículo 141, *el análisis de la regulación de la institución «sustitución legal» debía tener como punto de mira que el destino final de esa parte de la herencia que el llamado no había llegado a adquirir fuera su entrada en el patrimonio de los hijos o ulteriores descendientes de éste*.

El respeto a esta solución por la que se había inclinado el legislador (que fueran los hijos o ulteriores descendientes los que recibieran por sustitución la parte que no quiere o puede adquirir su ascendiente), conllevaba necesariamente a un tipo de regulación determinada (que expondré a continuación) y excluía, por el contrario, otras posibilidades jurídicas que, sin embargo, con otro punto de partida hubieran sido igualmente válidas.

Es decir, si la opción del legislador aragonés en la configuración de la sustitución legal hubiera sido distinta, la regulación tendría que ser, asimismo diferente. En este sentido, el legislador podría haber entendido que lo que desearían la mayor parte de los causantes no es que la parte del llamado fuera, en su caso, a sus hijos y descendientes, sino que fuese el propio llamado el que decidiese el destino de la parte que él no quiere o no puede heredar.

El tomar como punto de inicio esta otra presunta voluntad del causante habría exigido necesariamente otorgar al causahabiente la facultad de excluir el mecanismo de la sustitución legal, puesto que sólo de este modo podría decidir el destino de la parte de herencia a él deferida: Si hubiera decidido que fuera a sus hijos y descendientes, no ejercitaría esta facultad de exclusión; si,

por el contrario, hubiera preferido que esa parte acreciera la de sus coherederos, habría hecho uso de esta facultad.

Esta opción a favor de conceder al causahabiente la facultad de excluir el juego de la sustitución legal era apoyada por autores como CALATAYUD. Son varias las razones que daba este autor para defender el mantenimiento de esta facultad¹², que pueden sintetizarse así:

- La experiencia práctica demuestra que esta solución ha dado un mayor grado de flexibilidad.
- Este mecanismo se encontraba ya asimilado.
- En la sucesión testada, si los testadores, habiendo sido previsores, pudieran elegir entre destinar la parte que el llamado no quiere o no puede heredar a los descendientes de éste; o que esa parte acrezca a los coherederos del llamado; o que sea el propio llamado¹³ el que decida el destino de esa parte, la mayoría de los causantes hubieran preferido esta última opción.

Otros autores, en cambio, defendían la necesidad de su supresión. Entre ellos se encontraba MARTÍNEZ DE AGUIRRE quien argumentaba que «La facultad del causahabiente de poder excluir el juego de la sustitución legal implica que éste puede decidir sobre el destino de la parte vacante, decantándose por que la misma vaya a sus descendientes, o bien, que siga el destino que la ley marque (generalmente será el acrecimiento a favor de los coherederos, por entrar en juego el artículo 981 del Código Civil como derecho supletorio). Es obvio que tal facultad interfiere, de ser ejercitada, la voluntad inicial del causante de la que hemos partido».

Personalmente, estoy completamente a favor de esta postura puesto que no hay que olvidar, por lo demás, e insisto en esta idea, que *la sucesión de la que se está tratando es la del causante y no la del llamado* y que existe un principio en el derecho sucesorio aragonés que proclama que *la voluntad del causante es la Ley en la sucesión*.

En palabras del propio MARTÍNEZ DE AGUIRRE¹⁴: «el causahabiente que excluyera la sustitución estaría contraviniendo esa (presunta) voluntad del causante sobre la que reposaría la figura».

En conclusión, y con base en las razones expuestas, sumándome a la postura sostenida por el citado autor, considero que, presumiendo la Ley que la

¹² A. CALATAYUD SIERRA, *op. cit.*, pp. 173 y 174.

¹³ CALATAYUD se refiere sólo al renunciante, no a los otros dos supuestos contemplados en el hoy derogado artículo 141.

¹⁴ C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «Nuevas (y no tan nuevas) consideraciones sobre la sustitución legal del artículo 141 de la Compilación aragonesa» en *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1996, edit. El Justicia de Aragón, p. 210.

voluntad del causante sería que la parte vacante fuera a los descendientes del llamado, todo mecanismo legal, -como es en este caso la facultad de exclusión del juego de la sustitución legal por el causahabiente-, que permitía la posibilidad de desvirtuar este destino no podía tener cabida.

Por consiguiente, con base en las precedentes consideraciones, estimo prudente poner de manifiesto que, a mi juicio, la *regulación del hoy derogado artículo 141 de la Compilación aragonesa contenía una contradicción al tomar como referencia la primacía de la voluntad del causante, entendida en el sentido de favorecer a los descendientes del llamado que no llega a heredar, y permitiendo, sin embargo, dejar en segundo plano tal presunta voluntad a través de la concesión al causahabiente de la facultad de exclusión de la sustitución legal. En este sentido, habría bastado que el causahabiente ejercitase dicha facultad para que la presunta voluntad del causante se viese desplazada.*

Además de la falta de consistencia que la referida facultad tenía en la anterior regulación de la sustitución legal, es preciso aludir también a los motivos que llevaron al legislador aragonés a introducir en la Reforma de 1985 dicha facultad.

Como es sabido, esta posibilidad de exclusión por parte del causahabiente se introdujo en atención a una constatación práctica como era el deseo de los renunciantes de que su parte de la herencia acreciera a sus coherederos antes de que pasase a sus hijos y descendientes.

En palabras de MERINO HERNÁNDEZ: «... el verdadero motivo de la introducción de esta segunda posibilidad, no contemplada en el texto foral del 67: fundamentalmente, evitar que en Aragón la renuncia de herencia supusiera el pase necesario de la porción renunciada a los descendientes del renunciante, partiendo de la base de que muchas de estas renunciaciones van acompañadas normalmente del deseo, por parte del heredero renunciante, de que su porción hereditaria acrezca al resto de los coherederos»¹⁵.

Se trataba, por tanto, de evitar que la renuncia tuviera como consecuencia inexorable, por el juego de la sustitución legal, el paso de la parte renunciada a los descendientes del renunciante, siempre y cuando el causante no hubiera hecho previsión específica.

Respecto a la finalidad que constituye el motor de esta reforma se podían hacer dos matizaciones:

- *Detrás de la misma se encontraban motivos fiscales.* Es decir, el renunciante que pretendía que el destino de su parte renunciada fuera el beneficiar a sus coherederos, debía aceptar su parte de la herencia y luego transmitirla a los mismos. Dado que estas operaciones suponían elevados cos-

¹⁵ J. L. MERINO HERNÁNDEZ, «Comentario al artículo 141 de la Compilación», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXXIV, vol. 2.º, Madrid, 1988, edit. Revista de Derecho Privado, p. 171.

tes fiscales por el pago de los respectivos impuestos, se consideró como una buena solución la inclusión de esta facultad del causahabiente. Sobre todo, considerando la imposibilidad de suprimir el supuesto de la renuncia como uno en los que jugase la sustitución legal, por falta de acuerdo en la doctrina.

MERINO HERNÁNDEZ, en sus *Comentarios al artículo 141 de la Compilación*¹⁶, pone de manifiesto toda esta problemática fiscal, terminando con la conclusión siguiente: «se obligaba a todos los interesados a unos pagos fiscales innecesarios, no queridos y, en algunos casos, gravemente onerosos».

— *El motivo de la incorporación de esta facultad contenía en sí mismo una contradicción con relación a lo que constituía la presunta voluntad del causante imprevisor.*

La base de la que el legislador aragonés había partido al establecer el concreto contenido de la sustitución legal era, como he indicado en párrafos precedentes, el destino de la parte vacante a los descendientes del llamado, como voluntad presunta del causante.

En cambio, la inclusión de la facultad de exclusión se debía a una presunta voluntad del causahabiente, no del causante. Por tanto, al dar entrada a esta facultad se estaba haciendo primar una voluntad distinta a la de la persona de cuya sucesión se trataba, vulnerándose de esta forma la reiterada máxima de que la voluntad del causante (en este caso, la presunta, tal y como la entiende el legislador) es la Ley en la sucesión.

Es precisamente esta última reflexión la que refuerza la postura sostenida sobre la incompatibilidad de conservar la facultad de exclusión del causahabiente con la presunta voluntad del causante entendida en los términos elegidos por el legislador (que sean los descendiente los destinatarios de esa parte vacante de la herencia).

La reforma de la Compilación aragonesa de 1985 estuvo impulsada, como hemos visto, por el deseo de un sector de la doctrina, entre ellos MERINO, de suprimir el mecanismo de la sustitución legal respecto del supuesto de renuncia¹⁷.

Esta propuesta sigue la línea vigente en el Código Civil (arts. 923 y 928), así como en el Derecho Sucesorio catalán (art. 328) y el Navarro (Ley 308), cuyas

¹⁶ J. L. MERINO HERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 166.

¹⁷ El propio MERINO explica en la obra referida la enmienda que propuso él mismo dirigida a suprimir el supuesto de la renuncia de la fórmula del artículo 141 en la redacción de 1967. Con ello pretendía hacer frente al problema fiscal que existía en la práctica.

Sin embargo, esta enmienda fue rechazada por los representantes de los demás Grupos Parlamentarios con base en que «en algún caso puede interesar al renunciante de una herencia el que su porción en la misma pase a sus descendientes», *op. cit.*, p. 167.

regulaciones no incluyen la renuncia como una de las circunstancias en las que deba jugar el derecho de representación¹⁸.

Como puede observarse, existe una estrecha relación entre el problema de mantener la facultad de exclusión que el derogado artículo 141 de la Compilación concede al causahabiente y la conservación o eliminación del supuesto de la renuncia del mismo.

Personalmente, considero que el supuesto de la renuncia no debía de haber desaparecido de la regulación de la sustitución legal, y a estos efectos, me remito a la exposición que sobre el particular hago en el epígrafe siguiente.

Esta postura favorable al mantenimiento del supuesto de la renuncia constituye otro argumento a favor de la postura de excluir la facultad que el artículo 141 de la Compilación otorgaba al causahabiente. Es decir, fundándose la incorporación de dicha facultad única y exclusivamente en el intento de encontrar una solución a los deseos de la mayoría de los renunciantes en torno a favorecer con su renuncia a los coherederos, y como punto intermedio a la propuesta originaria de suprimir la renuncia del mecanismo de la sustitución legal, *la defensa del mantenimiento de este supuesto como originario de la sustitución legal conducía, necesariamente, a la negación de proporcionar al causahabiente la facultad de excluir este mecanismo.*

2. CONCLUSIONES

Con base en los argumentos expuestos anteriormente, personalmente *considero un acierto la supresión de la facultad de exclusión del causahabiente realizada por la nueva Ley* y ello con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, esta regulación contiene el valor, imprescindible en Derecho, de la *seguridad jurídica*. Efectivamente, la supresión de la facultad de exclusión de la sustitución legal por el causahabiente supone que en todos los casos la parte de herencia correspondiente irá a parar a los descendientes del llamado que no llega a heredar, salvo previsión en contra expresa del causante.

En segundo término, considero que *la sustitución legal*, configurada en favor de los descendientes del llamado que no llega a heredar, *tiene un fundamento familiar, social e incluso humanitario*¹⁹ *al que se debe dar prioridad*. Me estoy refiriendo a la injusticia que supondría para los descendientes del premuerto que la parte de la herencia que le hubiese correspondido a él tuviese como destinatarios a los coherederos. No parece defendible, desde mi punto de vista, y siempre bajo una perspectiva moral, que estos descendientes sumasen a la desgracia del fallecimiento de su padre la de quedar excluidos de su parte en la herencia del causante.

¹⁸ Ya vimos en el epígrafe anterior cómo ésta es la denominación que recibe el mecanismo de la sustitución legal en los citados textos legislativos.

¹⁹ J. CASTÁN TOBEÑAS, «El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1992, p. 161.

En el supuesto del que repudia, que a mi juicio debería haberse mantenido, la herencia podría pensarse, como pone de relieve MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en los casos en que la enemistad entre padres e hijos es la motora de la exclusión de la sustitución legal a favor de estos últimos. Pero, ¿puede quedar el destino definitivo de una parte de la herencia que en principio está pensada para beneficiar a unos determinados familiares (descendientes) al arbitrio de un sentimiento enfrentado entre los sujetos intervinientes en este mecanismo? A mi juicio, no. Por lo demás, no podemos considerar esta posibilidad como meramente hipotética y casi inexistente sino muy al contrario como razonablemente posible y frecuente.

Además de estos dos motivos, que si bien admito son partidarios no por ello carentes de sentido, creo que hay una razón de fuerza, relacionada con el origen del problema, que apoya de forma contundente la eliminación de la facultad de exclusión del causahabiente.

Como ya he explicado en las reflexiones, esta facultad tenía su origen en una transacción entre las posturas doctrinales que se inclinaban por la supresión de la renuncia como uno de los supuestos en los que no debía jugar la sustitución legal, y aquellos otros sectores que defendían su aplicación también al renunciante. Desde mi punto de vista, y como anteriormente he expuesto, estimo que la sustitución legal debería seguir jugando en los supuestos de renuncia. Consecuentemente, si el fundamento de la introducción de la citada facultad de exclusión estaba en los deseos de parte de la doctrina (CALATAYUD, MERINO) de eliminar la renuncia del artículo 141 de la Compilación, y ésta, a mi juicio, debía haber sido mantenida, desaparece todo apoyo para la conservación de esta facultad.

La regulación existente en el derogado artículo 141 de la Compilación encerraba en sus propios planteamientos una evidente *contradicción interna*: Por una parte, se estaba protegiendo un presunto deseo del causante y, por otro lado, se estaba desvirtuando totalmente dicha protección puesto que bastaba la voluntad del llamado para que, mediante la exclusión de la sustitución legal, esos descendientes no recibieran la parte de la herencia vacante. Claramente se estaba incumpliendo la voluntad del causante.

IV. EL SUPUESTO DE LA RENUNCIA

1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

La renuncia estaba prevista desde el inicio de los trabajos del Seminario de la Comisión de Jurisconsultos aragoneses como uno de los casos en los que debía jugar el mecanismo de la sustitución legal. Tanto la expresión «o renun-

cie a la herencia», utilizada hasta el Anteproyecto de la Comisión de 1963, como la actual «o renunciante a la herencia», variante introducida en el Anteproyecto de la Sección especial de la Comisión General de Codificación en 1965 y mantenida en la redacción definitiva de la Compilación de 1967, son incisos constantes en la fórmula de esta institución.

La problemática en torno a la conveniencia o no de mantener esta circunstancia en la regulación de la sustitución legal surge tras la entrada en vigor de la Compilación de 1967²⁰, siendo los profesionales del Derecho en el ámbito práctico (básicamente Notarios), los que ponen de relieve las dificultades que este supuesto planteaba.

Considero muy ilustrativo reproducir, a estos efectos, las palabras de MERINO HERNÁNDEZ que reflejan las voces de queja provenientes de este sector profesional, sacando a la luz el verdadero problema que subyace en torno al supuesto de la renuncia:

«Cuando un heredero aragonés quiere renunciar en beneficio de sus hermanos, los notarios tenemos que acudir a un subterfugio; aconsejamos al posible renunciante que, en lugar de renunciar, acepte su porción de herencia y una vez verificado ello transmita dicha porción a sus hermanos»²¹.

Como se desprende de esta queja formulada por MERINO, *el fondo de la cuestión estaba en los problemas que producía en la práctica este supuesto de la renuncia*.

Se generó, en consecuencia, una división en la doctrina entre dos posturas contrapuestas: Los autores que defendían la supresión de la renuncia del juego de la sustitución legal (MERINO, entre otros) se basaban en la constatación práctica de que en la mayor parte de los supuestos de renuncia el renunciante tenía la intención de que su parte acreciese a los coherederos, antes de que pasase a sus propios descendientes. En cambio, el sector doctrinal que se inclinaba por mantener la renuncia argumentaba que en algunas ocasiones también podía interesar a los renunciantes que esa parte beneficiase a sus descendientes.

Entre los autores que se mostraban a favor de mantener el supuesto de la renuncia se encontraba GARCÍA ALMAZOR²² quien, en relación con el hoy derogado artículo 141, sostenía que «debe mantenerse también el supuesto para el caso de renuncia, es decir, incluir la renuncia dentro de los supuestos a que da lugar la aplicación de la sustitución del artículo 141...».

Este debate trajo como consecuencia la plasmación en dicho artículo 141 de la Compilación de una postura transaccional entre las dos corrientes doc-

²⁰ Así lo constata MARTÍNEZ DE AGUIRRE en su trabajo «Algunas consideraciones sobre la sustitución legal.....», *op. cit.*, p. 593, en estos términos: «Tras la entrada en vigor de la Compilación aragonesa se comenzó a formar una opinión crítica respecto a la inclusión como uno de los presupuestos de la sustitución legal, de la renuncia del primer llamado».

²¹ J. L. MERINO HERNÁNDEZ, *Aragón y su Derecho*, Zaragoza, 1978, pp. 151 y ss.

²² J. GARCÍA ALMAZOR, *op. cit.*, p. 213.

trinales contrapuestas²³: el legislador aragonés había optado por otorgar al propio renunciante la facultad de decidir, mediante la posibilidad de excluir el mecanismo de la sustitución legal, el destino de esa parte vacante (en favor de los coherederos, o para sus descendientes por sustitución legal).

Sin embargo, la solución transaccional adoptada por el artículo 141 de la Compilación no tenía *ningún sentido si tenemos en cuenta que, por una parte se estaba permitiendo al llamado repudiar su parte de la herencia y, por otro lado, se le estaba otorgando la facultad de decidir sobre esa parte de herencia que él no quería.*

A mi juicio, existía en esa facultad a favor del renunciante una vulneración de las reglas de la lógica, que impiden a alguien que renuncia a una herencia decidir sobre el destino de la misma.

Por ello, desde mi punto de vista, *la solución a la regulación de la sustitución legal en este concreto aspecto no podía encontrarse en una postura transaccional como la inmediatamente anterior, puesto que conducía a una contradicción intrínseca desde un punto de vista lógico.*

Con base en lo dicho hasta ahora, *el problema se reducía, a mi juicio, a tomar una opción tajante a favor o en contra de mantener la renuncia como supuesto incluido en la sustitución legal y, una vez elegida una de las dos vías, a establecer una regulación consecuente con ella.*

Esta decisión dependía del valor que el legislador aragonés le diese a la praxis puesto que la supresión de la renuncia no tenía otro fundamento que la mencionada constatación práctica de los deseos reales de algunos renunciantes en el momento de renunciar: que la parte de herencia que ellos no querían acreciese a sus coherederos.

Así, en el supuesto de dar prioridad a estas intenciones de los renunciantes, por entender que las mismas son el motor de la inmensa mayoría de las renunciaciones, la regulación legal debía eliminar el supuesto de la renuncia de la sustitución legal.

Con esta supresión, al impedir que operase la sustitución legal, entrarían en juego los siguientes mecanismos legales y, en concreto, el derecho de acrecer a favor de los coherederos²⁴.

²³ La introducción de la facultad de exclusión del causahabiente es debida precisamente a esta polémica doctrinal y tiene su origen en esta solución transaccional.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en la obra *Algunas consideraciones sobre la sustitución legal...*, plasma esta relación causa-efecto: «La reforma del artículos 141 Comp. Ar. intenta dar satisfacción, simultáneamente, a quienes querían suprimir la renuncia como determinante de la sustitución legal. y a quienes preferían mantenerla. Para ello, se ha dispuesto de un mecanismo peculiar, de tipo transaccional, que deja a la voluntad del causahabiente la decisión sobre si procede o no la sustitución», *op. cit.*, p. 596.

²⁴ MERINO HERNÁNDEZ explica la entrada de la normativa del Código Civil como derecho supletorio: «al quedar excluida la sustitución foral, deberá entrar en juego la norma supletoria, que no es otra que el Código Civil en su artículo 981, determinando el derecho de acrecer», «Comentario al art. 141...», *op. cit.*, p. 171.

2. LA NUEVA REGULACIÓN

La nueva Ley de Sucesiones por causa de muerte ha excluido de forma expresa el supuesto de la renuncia como uno en los que puede jugar la sustitución legal. Adelanto ya que esta solución, a parte de ser contraria a los precedentes legislativos, constituye una restricción a la eficacia de esta institución, a mi juicio, innecesaria y ello por las razones que expondré a continuación.

Desde mi punto de vista, por tanto, a la hora de determinar si la sustitución legal debía ser aplicada también al supuesto de la renuncia había que moverse entre dos polos claramente diferenciados, ambos igual de legítimos, pero irreconciliables. Me estoy refiriendo a la confrontación, a la que antes he aludido, entre régimen estrictamente jurídico o prelación de un sistema más flexible y, quizá, más acorde con la realidad práctica.

Son dos los ámbitos en los que se podía indagar para inclinarse al final por una vía o por la otra:

1. Proyección de la *finalidad* de la institución «sustitución legal» al análisis del supuesto de la renuncia.

2. Análisis de cuáles pueden ser los *supuestos de la vida real* en los que un llamado renuncie a su parte en la herencia en favor de sus coherederos.

3. LA FINALIDAD DE LA SUSTITUCIÓN LEGAL Y EL SUPUESTO DE LA RENUNCIA

La voluntad del legislador aragonés al reconstruir nuevamente el régimen de la sustitución legal ha sido que el *destino de la parte de la herencia vacante fuera a los descendientes del llamado*. Ya hemos visto cómo el artículo 19 de la nueva Ley atribuye a los descendientes del llamado el derecho a sustituir a éste.

Con este punto de partida de respeto absoluto a la voluntad del causante de que sean los descendientes del llamado los que adquieran, en su caso, la parte vacante de éste, *no cabe duda alguna sobre el encaje perfecto del supuesto de renuncia en cuanto a la aplicación del mecanismo de la sustitución legal*.

Son varias las argumentaciones que pueden apoyar esta postura.

1. Pensemos en un supuesto de sucesión intestada. Si la sustitución legal no fuese de aplicación a la renuncia, se daría la siguiente incongruencia y falta de lógica: si el causante tiene dos hijos legítimos, ambos a su vez con descendientes, y uno de ellos renuncia a su parte de la herencia, entra en juego el derecho de acrecer en favor del otro hijo legítimo de tal forma que los descendientes del renunciante no recibirían nada. En cambio, si el causante sólo tuviera un hijo legítimo y éste a su vez tuviera descendientes, éstos, ante la renuncia de su ascendiente no recibirían nada por sustitución pero sí por derecho propio como descendientes legítimos del causante.

No parece congruente esta diferenciación de efectos de la renuncia dependiendo de si los llamados son varios o bien uno solo²⁵.

La inclusión de la renuncia como circunstancia en la que juega el derecho de representación está contemplada por el Código italiano de 1942 en su artículo 467.1.

2. El motivo en el que se apoyaba la doctrina para suprimir la renuncia del mecanismo de la sustitución legal (la constatación práctica de la presunta voluntad de los renunciantes a favor del acrecimiento a los coherederos), carece totalmente de fuerza ante la presunta voluntad del causante que, no hay que olvidar, constituye la ley en su sucesión.

3. La presunta voluntad del causante, tal y como la entiende el legislador aragonés, en el sentido de la preferencia hacia los descendientes del llamado que no llega a heredar, implica una apuesta de éste por proteger los vínculos de familia con un criterio igualitario entre las diferentes stirpes. Ante esta finalidad, no parece que del mero hecho de la renuncia del llamado pueda deducirse que la voluntad del causante cambiaría en el sentido de no querer ya favorecer tampoco a los descendientes del renunciante.

Vuelvo a insistir en que *una cosa es la voluntad (o presunta) del causante y otra muy distinta los motivos (frecuentemente fiscales) que pueden llevar al llamado a renunciar su parte de la herencia*. El deseo del causante debe seguir interpretándose del mismo modo que al inicio, es decir, en el sentido de favorecer a los descendientes del llamado que no llega a heredar.

4. En línea con la razón precedente, es interesante analizar el supuesto de la indignidad para, a través de un criterio comparativo, sostener la aplicación de la sustitución legal al caso de renuncia.

La indignidad del llamado es una circunstancia que todas las legislaciones y la doctrina admiten como supuesto indiscutible en el que juega la sustitución legal. Así, el Código Civil, en su artículo 929; el Código de Sucesiones catalán, en su artículo 328; la ley 308 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra; Código Civil italiano en su artículo 467.1 —«en todos los casos en que éste no puede o no quiere aceptar la herencia o legado»—.

Asimismo, la nueva Ley de forma expresa, tanto en sede de sucesión voluntaria como en sede de sucesión legal, hace jugar el mecanismo de la sustitución legal en los supuestos de indignidad. Dice el artículo 21.1 que: «En las sucesiones voluntarias la sustitución legal tiene lugar cuando el llamado ha premuerto o ha sido declarado ausente o indigno de suceder». La misma fórmula emplea el artículo 23.1 en relación con la sucesión legal.

²⁵ Este ejemplo está tomado del trabajo del autor J. CASTÁN TOBEÑAS, titulado «El derecho de representación y ...», *op. cit.*, p. 163.

La indignidad es una sanción civil que el ordenamiento impone al llamado como consecuencia de la realización por éste de conductas tipificadas expresamente como ilícitas. La indignidad supone una verdadera infracción jurídica culpable y, por tanto, imputable al sujeto. Se funda en una presunción *iuris tantum* consistente en que el causante habría excluido de la sucesión al indigno de haber tenido conocimiento del hecho constitutivo de la indignidad.

Entre las causas de indignidad, tipificadas en el artículo 756 del Código Civil, se encuentran actos tan reprobables socialmente como atentar contra la vida del testador; intentar captar con amenaza, fraude o violencia la voluntad del testador, etc.

Si comparamos este supuesto de la indignidad con el de la renuncia, nos encontramos con que en el primero el llamado no puede llegar a adquirir su parte de la herencia por un acto ilícito que él mismo y de forma voluntaria ha realizado; mientras que en el caso de la renuncia, si bien es así mismo un acto voluntario del llamado, no existe ninguna conducta reprobable al mismo.

En un sentido amplio, se puede considerar que el indigno, con su conducta ilícita está renunciando a la herencia, máxime cuando esta actuación es plenamente consciente y voluntaria. La única diferencia con el supuesto de la renuncia en sentido estricto radicaría en que el indigno renuncia a través de un comportamiento ilícito, mientras que el renunciante lo hace mediante una declaración de voluntad expresa.

Si aplicásemos el mismo criterio que en el supuesto de renuncia según el cual el que renuncia lo hace por sí y por sus descendientes, deberíamos llegar a la conclusión de que el indigno, poniéndolo de manifiesto con su conducta, está excluyendo así mismo a sus descendientes de la parte de herencia que a él se le priva.

Sin embargo, a pesar de esta voluntariedad en la actuación del indigno, la legislación sigue presumiendo que la voluntad del causante no varía y que deben ser los descendientes del indigno los que sustituyan a éste en la parte que no puede heredar por la sanción civil.

¿Existe algún elemento en el supuesto de renuncia que lleve a pensar que la voluntad del causante variará en detrimento de los descendientes del repudiante? Parece que, al igual que en el caso de indignidad el legislador se ha inclinado por la negativa. Esta debe ser la respuesta para el caso de renuncia, sobre todo teniendo en cuenta que también el indigno es el que no «quiere» heredar.

Considero, con base en estas razones y teniendo como referencia la primacía de la presunta voluntad del causante sobre la del llamado, que *el mecanismo de la sustitución legal debe aplicarse también al supuesto de la renuncia.*

Del mismo modo, con este concreto punto de referencia, no estimo defendible la supresión del supuesto de la renuncia como uno en los que juega la sustitución legal y ello porque, como he expuesto en las reflexiones anteriores,

nada indica que la mera renuncia del llamado implique el cambio de voluntad del causante, voluntad que debe ser en todo caso respetada.

4. SUPUESTOS DE RENUNCIA MÁS FRECUENTES

La finalidad de analizar cuáles son los supuestos de renuncia que se dan con mayor frecuencia en la vida real no es otra que la de configurar el régimen de la sustitución legal de forma que el mismo pueda satisfacer los deseos del mayor porcentaje de causantes.

Y ello porque, a mi juicio, si bien el Derecho debe estar atento a las exigencias de la realidad práctica, también es cierto que el mismo no puede consagrar una regulación que no refleje un porcentaje elevado, mayoritario, de supuestos de hecho reales que resulten beneficiados con esa regulación.

Por otra parte, personalmente considero que otro aspecto que el legislador debe valorar para decidirse por una alternativa u otra (mantenimiento/eliminación de la renuncia) es la naturaleza de los motivos que respaldan cada una de las dos posturas enfrentadas.

Con el objeto de plasmar, de la forma más fiable, los supuestos de renuncia que han tenido lugar en Aragón en los últimos años, realizamos una encuesta consistente en seis cuestiones que fue enviada a través del Colegio Notarial de Zaragoza a Notarios del territorio.

Aprovechamos la ocasión para obtener así mismo datos sobre la facultad de exclusión del causahabiente, aspecto íntimamente ligado, como hemos tenido oportunidad de comprobar, al problema de la renuncia y fuente también de polémica entre los autores.

Adelanto ya que el motor de este análisis lo constituye el examen de los datos que nos proporcionan las encuestas realizadas para descubrir si los motivos que son favorables a la postura de la conservación de la sustitución legal tienen la suficiente consistencia como para que el Derecho los tenga en consideración.

Quiero advertir, no obstante, que, como podremos comprobar en las siguientes líneas, los resultados obtenidos no son favorables de forma contundente a una u otra de las posturas, lo que hace más complejo el análisis de los datos.

Un factor muy positivo, a la vez que satisfactorio, es que el número de Notarios que nos han contestado ha sido muy elevado, en concreto 27. Ello ha permitido jugar con una gran cantidad de información de gran valor para nuestra finalidad de reestructurar el esquema de la sustitución legal.

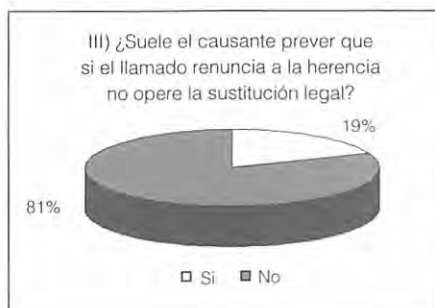
Gráfica 1



Gráfica 2



Gráfica 3



Un primer dato a destacar lo es el elevado número de supuestos de renuncia que han tenido lugar en Aragón. Como se refleja en la gráfica número 1, un 89% de notarios ha atendido, alguna vez, casos de renuncia. Este porcentaje puede entenderse todavía en un nivel más alto si tenemos en cuenta que la causa por la que los dos notarios que han respondido negativamente a la primera pregunta es, en el primer caso, por el escaso tiempo de ejercicio como notario (este Notario comenzó en diciembre de 1997); y en el segundo caso, si bien no ha intervenido en ningún caso de renuncia en Aragón, sí lo ha hecho en el resto de España.

Por lo que respecta a la frecuencia con la que se han enfrentado a este tipo de supuestos, observamos (gráfica 2) cómo un 78% (48% + 30%) lo han hecho en numerosas ocasiones. Más de un notario, incluso, ha participado en más de 100 actos de renuncia.

Del resultado que refleja la tercera gráfica se desprende que la mayor parte de los causantes (un 81%) no realizan previsión alguna en el testamento sobre el destino de la herencia en caso de que la persona designada como heredero por él no quiera heredar.

De este dato se deduce una consecuencia, a mi juicio bastante próxima a lo que de hecho ocurre en la realidad:

El hecho de que la mayor parte de los causantes no prevean ulteriores destinos a su herencia para el caso de que el primero (heredero designado) falle puede deberse a que el causante, al dejar su herencia a una persona/s determinada/s (generalmente sus hijos), lo que realmente desea es que esa porción quede integrada en el patrimonio de cada hijo, de tal forma que, si estos no llegasen a adquirirla (por renuncia en este caso), no salga de la línea, descendente, que él ha elegido.

Si la mayor parte de los causantes, por el contrario, previeran que en el caso de que el llamado renuncie no opere la sustitución legal, nos encontraríamos con que sólo desearían que la herencia fuese a parar al llamado por ellos designados, pero no estarían conformes con que esa herencia siguiese descendiendo entre los hijos, nietos, etc., de aquéllos.

El resultado de esta tercera gráfica *apoya la tesis de que el contenido más probable de la presunta voluntad de los causantes es que la parte de herencia que el llamado finalmente no llega a heredar, pase a sus ulteriores descendientes*.

Las gráficas siguientes reflejan datos relativos a dos de los puntos más polémicos de la sustitución legal: la utilización de la facultad de exclusión por parte del causahabiente y los motivos de renuncia, respectivamente.

Gráfica 4



Gráfica 5



Los datos reflejados en la Gráfica 4 corroboran la afirmación hecha por CALATAYUD²⁶ referente a la facultad de exclusión del causahabiente: «el mecanismo se encuentra ya asimilado». Esta es una de las razones por las que este autor considera que debe conservarse esta posibilidad.

²⁶ A. CALATAYUD SIERRA, *op. cit.*, p. 173.

Sin embargo, y reconociendo que el porcentaje de aceptación de esta facultad concedida por el artículo 141 es muy elevado (un 57% de los Notarios encuestados ha respondido que los renunciantes a los que han atendido han utilizado siempre esta facultad), *me mantengo firme en la convicción de que no es coherente que una persona que renuncia a una herencia pueda tener en sus manos el destino de la misma.*

Por otra parte, no resulta extraño que los renunciantes, en su mayoría, hagan uso de esta facultad puesto que es una posibilidad muy generosa que el ordenamiento les concede sin que ellos se vean gravados de ningún modo. Es decir, una vez que el llamado decide renunciar a la parte de herencia correspondiente, ¿qué perjuicio puede ocasionarle dirigir esa parte de herencia a donde él considere? Ninguno.

En este caso, la única voluntad que podría quedar desvirtuada es la del causante y ya me he pronunciado sobre cómo, a mi juicio, esta posibilidad no debe permitirse.

En suma, *considero que el simple hecho de que esta facultad de exclusión sea utilizada ampliamente por los renunciantes no es suficiente para justificar su mantenimiento puesto que debe prevalecer siempre el respeto por la más lógica presunta voluntad del causante, como parece deducirse de los datos de la gráfica 3: que la parte renunciada vaya a los descendientes del renunciante.*

Las dos últimas preguntas de la encuesta realizada iban dirigidas a conocer cuáles son los motivos de renuncia que con más frecuencia se producen en Aragón. El total de las razones dadas sumaba 41, reiterándose muchas de ellas, lo que ha permitido agrupar las contestaciones en seis categorías diferentes:

1. *De carácter moral (24%).*

Dentro de este grupo se encuentran diferentes supuestos, alguno de ellos gratamente sorprendente aunque, he de reconocer, personalmente no esperado.

Por una parte, se incluyen los supuestos en los que uno de los hijos, generalmente hija y soltera, se ha ocupado del cuidado de los padres durante los últimos años de enfermedad de éstos y, al fallecimiento de los padres, el resto de hermanos renuncian a su parte de la herencia en favor de este hijo.

Más sorprendente, en cambio, resulta el otro supuesto: (*sic*) «el o los renunciantes entienden que otro u otros coherederos lo necesitan más o lo merecen moralmente más que ellos y desean que su parte renunciada les acrezca».

Esta contestación, con otras palabras, se ha reiterado en cuatro ocasiones. Es decir, según estos datos, parece ser que un porcentaje, si bien no muy alto (un 10%, aprox.), de llamados renuncian porque consideran que moralmente no deben aceptar la parte de herencia que les toca, sin otro tipo de impulsos.

Ya he adelantado que personalmente me sorprende, a la vez que me alegra, conocer que todavía hay casos de renuncia puramente altruista. Desde luego

que, a mi juicio, si fueran estos los motivos predominantes de renuncia, podría incluso pensarse en admitir que este concreto renunciante pudiera hacer uso de la facultad de exclusión del vigente artículo 141, si entendiésemos que sus coherederos realmente necesitan más la herencia que sus propios descendientes.

No obstante, tanto los datos reflejados como la propia realidad me hacen pensar que, lamentablemente, estos supuestos serán cada vez menos frecuentes, y en consecuencia, no considero que tengan la fuerza suficiente, por supuesto en número que no en calidad, como para justificar la conservación de la facultad de exclusión del artículo 141.

Soy, no obstante, consciente de que constituye ésta una reflexión muy negativa sobre la condición humana. Quizá resulte un tanto extremista esta posición reveladora de tan poca fe en la humanidad. Aceptando por consiguiente esta posible crítica que se me puede hacer, sólo quiero recordar que en este trabajo estoy exponiendo una interpretación (la que más me convence, eso sí) de las muchas posibles.

2. Pactos internos entre coherederos (27%).

Este es el motivo de renuncia que se produce en mayor número de ocasiones quedando encubiertos, generalmente, estos pactos entre coherederos.

El supuesto de hecho puede ser variado (venta encubierta anterior, donaciones previas, etc.) pero el común denominador es el mismo: el renunciante se considera ya satisfecho en vida en virtud de lo recibido y ahora «renuncia» a favor de los restantes coherederos.

Uno de los notarios encuestados afirma que: «Formalmente es una renuncia pura y simple, pero internamente los herederos a quienes va a favorecer esa renuncia han llegado a un acuerdo para pagar al renunciante una cantidad por esa renuncia».

Otras fórmulas que se reiteran en las contestaciones que nos han aportado los notarios son «haber recibido por otras vías lo que le correspondía», «haber recibido bienes en vida».

Nos encontramos, por tanto, con unos negocios entre coherederos (generalmente hermanos), que han tenido lugar con carácter previo a la aceptación o repudiación de la herencia. Tales negocios son, en principio, perfectamente legítimos. Sin embargo, ¿justifican el poder que se otorga a estos llamados-coherederos de privar de esa parte a sus descendientes?. A mi juicio, no. Sigo considerando que, para mantener la coherencia del sistema sucesorio, la voluntad del causante debe estar por encima de estos posibles pactos internos.

Podemos pensar, en este sentido que, en el ámbito de la sucesión testamentaria, el testador podría conocer la existencia de estos negocios entre sus futuros herederos y, a pesar de ello, realizar un testamento en el que distribuyese su herencia a partes iguales. ¿Debería darse más fuerza también en estos casos al empeño de un coheredero de renunciar por entender que él

ya ha recibido lo suyo a través de estos pactos internos?, ¿o debería prevalecer la voluntad del causante aunque el resultado del reparto fuera más injusto?. Personalmente considero que *no podemos perder nunca de vista que es el causante el que debe decidir el destino de su herencia, lleve a resultados más o menos equitativos*.

Podría pensarse que esta afirmación contradice la conclusión expuesta en relación con los motivos de carácter moral, sin embargo no es así puesto que, personalmente, sólo admitiría que el renunciante utilizara la facultad de exclusión del artículo 141 por entender que otro hermano está en estado de mayor necesidad que él (por razones como la expuesta sobre la dedicación al cuidado de los padres enfermos, por ejemplo).

En este caso de pactos internos entre coherederos, y sobre todo existiendo un testamento, se produciría la pugna entre las voluntades de los coherederos y la del causante, siendo ésta la prevalente en todo caso, en mi opinión, como vengo defendiendo a lo largo de este trabajo.

3. De carácter fiscal (20%).

Constituye este motivo una de las causas por las cuales se introdujo, como vimos, la facultad de exclusión del causahabiente en el artículo 141 de la Compilación. Se trataba de evitar de esta forma una doble tributación.

He de admitir que los motivos de carácter fiscal constituyen un porcentaje importante en número como para poder ser tenidos en cuenta por el legislador. Sin embargo, personalmente, *considero que el deseo de reducir pagos de impuestos no puede ser finalmente atendido por el Derecho en este concreto caso puesto que, a mi juicio, deben primar otros factores como la voluntad del causante y la protección de los descendientes de los renunciantes*.

Estos dos últimos valores son de mayor peso, desde mi punto de vista, que la circunstancia de poder eludir una carga fiscal mayor.

Como ya he señalado, el porcentaje que representa este motivo es bastante elevado. Por ello, al estimar que las razones fiscales no deben ser protegidas en la regulación de la sustitución legal, en la tesis que sostengo queda desvirtuado el apoyo que este porcentaje alto de renunciantes podría dar al mantenimiento de la facultad de exclusión del artículo 141 de la Compilación.

4. Desinterés por la herencia (22%).

El supuesto de hecho más característico es aquel en el que la herencia tiene cuantiosas deudas de tal forma que no sale rentable aceptarla.

En estos casos, los efectos de la sustitución legal harán que esa misma herencia renunciada sea deferida a los descendientes del renunciante. Pues bien, en este caso, considero que no habría problema alguno por que estos descendientes renuncien a su vez si no les interesa tampoco la herencia.

Parece que en estos supuestos no tendría sentido que el renunciante lo hiciese «en favor de sus coherederos» y ello porque el mismo argumento que sirve para defender que no quiere perjudicar a sus descendientes se puede utilizar para decir que, en buena lógica, tampoco querrá el renunciante perjudicar a sus coherederos, máxime cuando, en la mayoría de los casos, éstos serán hermanos suyos.

Con base en estas razones, tampoco en este caso tendría sentido mantener la facultad de exclusión del renunciante.

5. *Privar a los descendientes de la herencia (2%).*

Como se desprende del reducido porcentaje que representa este motivo de renuncia, son escasos los supuestos en los que los llamados renuncian movidos por enemistades familiares.

Afortunadamente, no parece que la causa motor de la renuncia sea perjudicar a sus descendientes.

Dado el escaso número de supuestos reales de este tipo, no considero que sea representativo como para modificar la regulación de la sustitución legal.

6. *Conseguir un único heredero (5%).*

Este motivo de renuncia se da fundamentalmente en los ámbitos rurales y tiene como finalidad que las tierras no se dividan entre los coherederos puesto que ello reduciría, frecuentemente, su valor.

Uno de los notarios lo explica con estos términos: «En casos de fincas rústicas suelen quedar éstas para aquel de los herederos que vivan en la localidad donde radican aquellas, originándose esta situación mediante la renuncia de los demás».

Nos encontramos en este caso con un factor añadido, la protección de la tierra, que justifica la renuncia a favor del heredero que la trabaja. Muy probablemente la voluntad del causante no diste mucho de esta idea de protección de los terrenos por lo que, éste es otro de los casos en los que, a mi juicio, podría sostenerse la facultad de exclusión del renunciante.

No obstante, nos encontramos con el mismo problema que en el supuesto de los motivos de carácter moral: *La escasa representatividad de estos supuestos hace que no tengan la fuerza suficiente como para justificar la conservación de la facultad de exclusión del artículo 141 por parte de estos renunciantes.*

5. CONCLUSIONES

El debate sobre la conveniencia de mantener o suprimir el supuesto de la renuncia de la regulación de la sustitución legal ha sido uno de los más polémicos.

Son muy distintos los puntos de vista que se defienden por los diferentes autores y en todos ellos se puede encontrar argumentaciones muy sólidas para sostener sus posturas. Finalmente, el legislador aragonés se ha decantado por la supresión de la renuncia.

Hemos visto, a través de los datos de la encuesta, cómo los motivos de renuncia son muy variados y no a todos ellos se les puede otorgar la misma fuerza para conseguir la finalidad de configurar la estructura de la sustitución legal.

Ya he puesto de manifiesto mi postura personal sobre los mismos. Considero, a riesgo de ser reiterativa, que únicamente en los supuestos de renuncia por motivos de carácter estrictamente moral y en los supuestos de renuncia para proteger la unidad de la tierra, objeto central ésta de la herencia, podría defenderse la opción de que el renunciante excluyera los efectos de la sustitución legal.

Si bien, insisto, el escaso porcentaje que representan impide, a mi juicio, el que sean tenidos en cuenta como factores determinantes para la nueva regulación de la sustitución legal.

Por otra parte, también hemos podido apreciar cómo los motivos de carácter fiscal, y en concreto, el hecho de evitar una doble tributación, son los que predominan como motores de la renuncia. Constituyen estos motivos un porcentaje elevado (20%), que puede considerarse incluso mayor si tenemos en cuenta que detrás de los pactos internos entre coherederos (por diversas razones como ventas encubiertas previas, donaciones anteriormente hechas, etc.) muchas veces se esconden también motivos de naturaleza fiscal.

Así mismo, son argumentos de naturaleza práctica, como la gran incomodidad que suponen todos los trámites de una doble tributación, los que se encuentran en el origen del debate mantenido sobre la conservación o no de la renuncia, y los utilizados por el sector de la doctrina que se inclina por la eliminación de la renuncia de la configuración de la sustitución legal.

Sin embargo, y a pesar de esta tendencia doctrinal a suprimir el supuesto de la renuncia que es la que ha triunfado en la nueva Ley de Sucesiones por causa de muerte, desde mi punto de vista, y siendo consciente del alcance de estas palabras, sigo defendiendo la tesis de que *el mantenimiento de la renuncia hubiera sido la solución más respetuosa y acorde con la naturaleza real de la sustitución legal y, sobre todo, con la voluntad del causante, eje constante a tener presente en la configuración de esta institución.*

No considero que, por una parte, la circunstancia de poder evitarse unos costes económicos y, por otra, de reducir tramitaciones, tuviera entidad suficiente como para supeditar a las mismas la configuración de la sustitución legal, por muy tentadora, tanto desde el punto de vista económico como práctico, que esta vía pudiera parecer.

Con base en las razones expuestas, *considero que la renuncia debería haberse mantenido como supuesto en el que debía ser de aplicación la sustitución legal.*

V. CONCLUSIONES

La regulación de la sustitución legal en la nueva Ley de Sucesiones por causa de muerte es un ejemplo de buena técnica legislativa constituyendo un avance muy importante en la reestructuración de la sustitución legal. No sólo se ha atendido a la demanda de la doctrina dedicándole un capítulo entero sino que se ha hecho un gran esfuerzo en regular de forma clara y concisa los diferentes elementos que integran esta institución. En este sentido, el legislador aragonés ha logrado sintetizar toda la normativa de esta institución en ocho artículos que, de forma organizada y sistemática, vienen a cubrir el vacío legislativo existente en la Compilación del Derecho civil de Aragón.

Son muchos los problemas que planteaba esta institución y demasiados los interrogantes que exigían una respuesta inmediata bajo el anterior régimen. La nueva Ley ha venido a dar respuesta, de una forma más o menos acertada en algunos extremos, a estas inquietudes.

Personalmente, ya he manifestado a lo largo de los distintos epígrafes del trabajo que no comparto todas las opciones legislativas que finalmente se han recogido en esta Ley. En particular, por una parte, el ámbito subjetivo que he sugerido en este trabajo difiere al finalmente consagrado. Creo que en este punto, el legislador aragonés podría haber optado por un ámbito subjetivo que guardase una mayor coherencia con el resto de la normativa que configura esta institución.

Pero si el tema de extender en mayor o menor medida el ámbito subjetivo de la sustitución legal es en definitiva, y dicho por supuesto en términos relativos, de menor trascendencia, lo que sí considero un error grave de la nueva regulación es la supresión del supuesto de la renuncia. A mi juicio, esta eliminación supone un recorte innecesario en la eficacia de la sustitución legal, amén de suponer una clara ruptura con los antecedentes legislativos aragoneses. No existe, a mi juicio, ningún elemento, fuera de los puramente prácticos de orden fiscal, que permita pensar que el deseo del causante de que sean los descendientes del llamado que finalmente no llega a heredar los que reciban esa parte de la herencia, variaría en el supuesto de que dicho llamado renunciase a la misma. Y, como ya he puesto de manifiesto, los motivos de carácter fiscal no merecían, frente al respeto a la voluntad del causante (ley en la sucesión, como tantas veces se ha repetido en este trabajo), gozar de una fuerza mayor que esta última.

Otras decisiones, en cambio, son, a mi juicio, más acertadas. Por una parte, y dentro del ámbito subjetivo, se ha vuelto a introducir la tan deseada relación de parentesco entre causante y llamado devolviendo el sentido que tradicionalmente tenía este mecanismo sustitutorio. Otra de las decisiones acertadas, desde mi punto de vista, lo es la eliminación de la facultad que el hoy derogado artículo 141 de la Compilación aragonesa concedía al causahabiente. Esta facultad, manifestación de una postura transaccional entre las teorías enfrentadas de la doctrina en torno al problema del mantenimiento o supresión del

supuesto de la renuncia, constituía un elemento extraño en la regulación tradicional de la sustitución legal y distorsionaba el sentido propio de este mecanismo. En efecto, la sustitución legal, por su propia naturaleza, es una institución que entra en juego cuando el causante no ha previsto nada y el designado por éste para sucederle no llega a hacerlo por alguna de las circunstancias expresamente contempladas en la norma. En este contexto, el otorgar la facultad de decidir el destino de la herencia precisamente al causahabiente podía desvirtuar lo que el legislador aragonés había presumido sería la voluntad del causante: que esa parte de la herencia fuera a los descendientes del llamado. Bastaba con que el causahabiente ejercitara esta facultad en otro sentido para que la referida presunta voluntad del causante quedara totalmente burlada.

Constituye, asimismo, un gran aportación, aunque no haya sido objeto del presente trabajo, la regulación expresa de la aplicación de la sustitución legal a la sucesión paccionada, en el artículo 22 de la nueva Ley. En efecto, otro de los grandes interrogantes que surgían bajo la normativa anterior, y que dio lugar a posturas doctrinales enfrentadas, era cómo debía jugar el hoy derogado artículo 141 de la Compilación aragonesa con el artículo 105 del mismo cuerpo legislativo. Pues bien, las dudas han quedado despejadas con esta regulación expresa, siendo un signo más de la pretensión de claridad que preside la normativa en esta materia.

En resumen, aunque, desde mi punto de vista, la nueva Ley de Sucesiones por causa de muerte podía haber adoptado otros criterios en aspectos como la renuncia, básicamente, considero que merece una crítica positiva y que constituye un nuevo ejemplo del buen hacer del legislador aragonés.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BELLED HEREDIA, José M.³, «La sucesión intestada en el Derecho aragonés», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 465, marzo-abril, 1968, pp. 469 y ss.
- CALATAYUD SIERRA, Adolfo, «La sustitución legal en Aragón», *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1996, edit. El Justicia de Aragón, pp. 159 y ss.
- CALATAYUD SIERRA, Adolfo, «La sustitución legal en Aragón», *Boletín de los Colegios de Abogados de Aragón*, núm. 120, de 1 de enero de 1991, edit. Colegio de Abogados de Zaragoza, pp. 7 y ss.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, «El derecho de representación y mecanismos jurídicos afines en la sucesión testamentaria», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 1992, pp. 137 y ss.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, *Derecho Civil español común y foral*, t. 6, vol. III, pp. 244 y ss.
- CRISTÓBAL. MONTES, Ángel, «Comentarios a la Compilación del Derecho Civil de Aragón», vol. III, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo y Jesús Delgado Echevarría, Zaragoza, edit. Diputación General de Aragón, p. 327 y ss.

- GARCÍA ALMAZOR, José, *Actas de los V Encuentros del Foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1996, edit. El Justicia de Aragón, pp. 213 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Obligaciones y sucesiones», *Estudios de Derecho Privado común y foral*, t. II, Barcelona, 1992, edit. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y José M.^a Bosch, editor, S.A., pp. 432 y ss.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Derecho de sucesiones», *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1993, 5.^a edición, edit. José M.^a Bosch editor, S.A., pp. 291 y 328.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, «Nuevas (y no tan nuevas) consideraciones sobre la sustitución legal del artículo 141 de la Compilación aragonesa», *Actas de los V Encuentros del foro de Derecho aragonés*, Zaragoza, 1996, edit. El Justicia de Aragón, pp. 195 y ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, Carlos, «Algunas consideraciones sobre la sustitución legal del artículo 141 de la Compilación aragonesa», *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 1.^o, Barcelona, 1992, edit. José M.^a Bosch, editor, S.A., pp. 581 y ss.
- MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, *Aragón y su Derecho*, Zaragoza, 1978, pp. 151 y ss.
- MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, «Comentario al artículo 141 de la Compilación», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXXIV, vol. 2.^o, Madrid, 1988, Edersa, edit. Revista de Derecho Privado, pp. 163 y ss.
- RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, «Derecho de sucesiones común y foral», t. I, 2.^a edición, Madrid, 1997, edit. Dykinson, pp. 707 y ss.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio, Borrador del Anteproyecto del Proyecto de Ley de sucesiones por causa de muerte.

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.

DOS MODELOS DE FIDUCIA EN TESTAMENTO MANCOMUNADO

FERNANDO GIMÉNEZ VILLAR

Notario de Tarazona

Se trata con estas notas de comentar aspectos prácticos del testamento mancomunado con fiducia recíproca entre cónyuges, uno de los más frecuentes en la práctica aragonesa, a la luz de la nueva Ley de sucesiones por causa de muerte.

Así como el paciente lector de Borges se resigna a las previsibles espadas, espejos y laberintos, o el aficionado al fútbol confirma semanalmente su sospecha de que los partidos duran noventa minutos, y que lo que hay que hacer con las camisetas es empaparlas en sudor, así el funcionario o profesional que se dedica a redactar y autorizar testamentos sabe con una certeza casi matemática lo que van a decir los cónyuges testadores, si están bien avenidos, al preguntarles sobre su intención: según los casos, temperamentos o usos de la familia, contestará el marido, la esposa o ambos a la par; pero las palabras que saldrán de sus labios serán, en esencia, cinco: «del uno para el otro».

A partir de tal afirmación, suele iniciarse en los despachos notariales un diálogo más o menos cordial, y de duración variable en función de las distintas aptitudes y curiosidades, dirigido a aclarar conceptos como los de legítima, usufructo y fiducia, siempre gratos al profesional, pero que acaban dibujando en el rostro de los testadores un cierto rictus de frustración.

Y al llegar aquí, quiero reiterar la opinión, si no unánime sí mayoritaria entre los compañeros de función/profesión, de que la reforma del Derecho de sucesiones aragonés, y en particular de la legítima, ha quedado corta en su recorte. Es auténtico clamor social el que pide libertad absoluta para testar, y su falta se vive como un agravio comparativo en zonas como la que habito, lindante con las distintas y no distantes tierras de Navarra.

Pero no voy a fatigar al lector con referencias a los cambios en la realidad social y familiar, o en las relaciones entre padres e hijos. Vuelvo al punto donde

habíamos dejado a nuestros desechados testadores, intentando trabajosamente adecuar su voluntad a los cauces permitidos por la ley.

Ya aquí la previsibilidad de los acontecimientos se desdibuja, de forma que tanto puede ocurrir que los frustrados testadores se levanten y se vayan, tal vez en busca de otra Notaría donde les dejen hacer lo que quieren, o que persistan en su decisión de otorgar testamento, que para eso han salido de casa. El contenido de ese testamento puede ser tan vario como diverso es nuestro material genético; pero, ya que estamos en el intento de hacer una fórmula o modelo que tenga cierta utilidad práctica, nos centraremos en el supuesto que es más habitual: que los cónyuges se nombren fiduciarios, y prevean la institución hereditaria en favor de sus hijos.

Teniendo en cuenta las novedades, aparentes o reales, que ha supuesto la Ley 1/1999 de 24 de Febrero, un primer modelo que recoge el esquema indicado sería el siguiente:

«...³) Los testadores se nombran recíprocamente fiduciarios, con facultad de disposición inter vivos a título oneroso.

«...⁴) A resultas de lo anterior, instituyen herederos de todos sus bienes, derechos y acciones presentes y futuros, a sus hijos, A y B, por iguales partes».

Hay que reconocer que, aparte de otras virtudes, el modelo anterior destaca por su brevedad. Podríamos llamarle «Modelo Conciso», en contraposición con el «Modelo Enciso», dada la afición de los Notarios de este nombre a utilizar fórmulas que son un estímulo para la industria papelera y una amenaza para los escasos bosques del planeta.

El modelo cumple el requisito exigido por el artículo 127 de la nueva Ley, al producirse la designación de fiduciario en escritura pública. Las consecuencias de la designación, sin necesidad de reflejarlas expresamente en el testamento, vendrán dadas por lo previsto en los artículos 124 a 133 de la misma. Así, se entenderá implícitamente que la actuación del fiduciario será individual (art. 124); que el nombramiento quedará sin efecto en caso de nulidad, separación o divorcio, o inicio de sus trámites (art. 125); que puede ser revocado (art. 128); que se entiende hecho por plazo de por vida (art. 129.2); y que la delación de la herencia se producirá en el momento de ejecución o extinción de la fiducia (art. 133). El fiduciario podrá ordenar la sucesión del comitente (art. 124), haciendo cualquier tipo de disposiciones sucesorias (art. 126), ya que la institución posterior se hace a resultas del ejercicio de la fiducia. Y todo ello quedará sujeto al respeto de los derechos legítimos de los descendientes (arts. 171 y siguientes).

Sí se menciona expresamente la facultad de disposición de bienes y derechos inter vivos a título oneroso, por cuanto el art. 138 deja a la voluntad del comitente tal autorización. Pese a ello, la enajenación de inmuebles requerirá autorización de cualquiera de los legítimos (art. 139).

Sin perjuicio de que personalmente me resultan preferibles los textos breves (por afición o por escasa paciencia), puede ser aconsejable utilizar una fór-

mula más amplia que la anterior, que sea más aclaratoria para los testadores cuando llegue el momento de repasar en su domicilio el testamento otorgado, ya perdidas en un limbo remoto las explicaciones verbales del Notario. Así, por ejemplo:

«...^a) Los testadores se nombran recíprocamente fiduciarios de por vida, de modo que el sobreviviente de ellos, siempre que no contraiga nuevas nupcias o lleve vida marital de hecho, pueda ordenar la sucesión del premuerto, por sí solo, tanto por actos inter vivos como mortis causa, en una o varias veces, y con las condiciones y limitaciones que estime oportuno, dejando a salvo la legítima colectiva de los descendientes.

Asímismo podrá el fiduciario disponer a título oneroso de los bienes y derechos sujetos a fiducia; si bien la enajenación de bienes inmuebles requerirá la autorización de cualquiera de los legitimarios, si existieren.

...^a) Para el caso de conmorienencia de los testadores, y para el supuesto de que el sobreviviente de ellos pierda la condición de fiduciario sin haber ordenado de otro modo la sucesión, los testadores instituyen herederos de todos sus bienes, derechos y acciones, presentes y futuros, a sus hijos, A y B, por iguales partes».

En esta fórmula, se explicita el carácter individual del cargo y su duración de por vida; se menciona, de entre las causas de extinción de la fiducia, la del apartado e) del artículo 147 de la Ley, que es, por oscuras razones psico/sociológicas, algo que los testadores quieren escuchar y poner por escrito; y se explica y determina someramente el contenido de la fiducia. La institución posterior se prevé para el caso de conmorienencia, y para los demás supuestos en que no tenga lugar la fiducia, sea por no haberla ejercitado en vida el cónyuge supérstite, o por haberse producido alguna otra de las causas que menciona el indicado art. 147 y el 148, cuya inclusión expresa resultaría poco útil y morosa.

Ambos modelos se centran en las cláusulas dispositivas centrales del testamento; lógicamente, se añadirán las demás menciones que resulten de la voluntad de los testadores o de la regulación legal en la materia. Conforme a la línea jurisprudencial reciente, que entiende dividido o divisible el testamento en varias partes, de diferente alcance cada una de ellas, distinguiríamos: «parte numerativa» (número de protocolo); «parte de indicación espacio-temporal» (lugar y fecha); «parte identificativa» (datos de los testadores); «parte propiamente expositiva» (ampliación de filiación y composición familiar, régimen legal aplicable, etc); «parte propiamente dispositiva» (en la que se incluirán las cláusulas anteriores); y «parte conclusiva», «final», o «despedida» (otorgamiento y autorización).

Y hablando de despedida...

Tarazona, Junio de 1999

SUGERENCIAS SOBRE UNA POSIBLE MODIFICACIÓN DEL «PACTO AL MAS VIVIENTE»

ANA SORIA MONEVA

Abogada

El presente estudio se realizó en el año 1996, por tanto el lector deberá trasladarse a dichas fechas para comprender lo que mediante estas páginas yo quería transmitir.

Hoy día, con la nueva Ley de Sucesiones, cuya entrada en vigor se produjo el día 23 de Abril de 1999, este estudio ya no tiene cabida. Pero no la tiene, como bien digo, en la actualidad, ya que espero sirva de sugerencia para posibles modificaciones del sistema sucesorio de nuestro Derecho.

Este trabajo, como bien decía se realizó en 1996, con la finalidad de colaborar en la actual redacción de la nueva Ley de Sucesiones. Como es obvio, no se tuvo en cuenta, tal vez mis teorías sean un poco «avanzadas», pero creo que sí puede ser interesante para su utilización, como ya he dicho, en cualquier posterior reforma.

Deberá partir pues el lector, para una mejor comprensión, de lo establecido en el antiguo artículo 108 de la Compilación Foral y tener en cuenta que durante toda la exposición, las referencias lo son a dicho artículo 108.

Artículo 108:

1. La recíproca institución hereditaria entre cónyuges, ó pacto al más viviente, no surtirá efecto cuando al momento de la apertura de la sucesión sobrevivan hijos no comunes.

2. Habiendo sólo hijos comunes a la disolución del matrimonio, el pacto equivale a la concesión de viudedad universal y de la facultad de distribuir la herencia.

3. No habiendo hijos, o fallecidos todos ellos antes de llegar a la edad para poder testar, el sobreviviente heredará los bienes del premuerto. En tal caso, fallecido a su vez aquél

sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, pasarán los que quedaren a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido.

El pacto al más viviente se trata de una institución consuetudinaria familiar, de gran carácter e importancia.

Su origen es antiguo dado su carácter consuetudinario. A mi entender se trata de una culminación de la autonomía de la voluntad, llevada hasta sus últimos extremos.

Se le conoce como pacto al más viviente siendo una institución sucesoria.

Hoy día el pacto al más viviente se conoce con tres acepciones:

1. Pacto al más viviente.
2. Agermanamiento.
3. Casamiento en casa.

Las tres situaciones jurídicas a través de las cuales podemos encontrar en la Compilación el pacto al más viviente son:

1. Capitulaciones matrimoniales.
2. Testamento mancomunado.
3. Pacto sucesorio.

Las capitulaciones matrimoniales y el pacto sucesorio son más comunes en los pueblos del Alto Aragón; mientras que el testamento mancomunado es más típico de las zonas urbanas. Ello es debido a las situaciones patrimoniales y sociales de las distintas zonas, que hacen más utilizable ó aconsejable una de las fórmulas jurídicas que las otras.

Entiendo que el art. 108.3 aunque en su fondo tiene una buena orientación jurídica, debería ser modificado en algunos de sus aspectos de redacción y ello en base a la conservación, a perpetuidad, de uno de los pilares básicos de la Compilación y por ende del Derecho Aragonés en toda su extensión, tanto humana como jurídica y es la conservación de la «Casa» ó patrimonio familiar, produciendo así el efecto jurídico de troncalidad, la más pura institución conservadurista y a mi entender, del Derecho Foral Aragonés.

La actual redacción en su primera parte establece que «No habiendo hijos ó fallecidos todos ellos antes de la edad para poder testar, el sobreviviente heredará los bienes del premuerto». Entiendo en este caso, que habiendo existido hijos y habiendo premuerto a uno de sus padres, sin otorgar testamento (aún teniendo la edad para hacerlo) y habiendo dejado descendientes (hijos), éstos heredarán los bienes del ascendiente fallecido y no su cónyuge. Por ley natural sucesoria debe ser así.

Continúa la segunda parte del art. 108.3: «En tal caso, fallecido a su vez aquel sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, pasarán los que quedaren a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge

primeramente fallecido». Creo que en cuanto a este segundo párrafo, debe realizarse una distinción muy clara: Los bienes que el cónyuge sobreviviente puede heredar del fallecido, en el caso de no existencia de hijos ó que éstos hayan fallecido sin tener la edad para testar ó aún teniéndola, sin hijos, ó descendientes de cualquier tipo, pueden ser ó son de dos clases: 1. Consorciales ó gananciales, en su mitad, ya que en la otra mitad ya eran propiedad del supérstite, y 2. Privativos del cónyuge premuerto. Dentro de estos privativos, puede haber y de hecho hay en muchas zonas del Alto Aragón, bienes troncales, ya que le han provenido al premuerto de sus ascendientes. La segunda parte del art. 108.3 concede la facultad al supérstite de disponer de todos los bienes, privativos y consorciales, heredados del premuerto, «... por cualquier título». Es decir, puede donarlos, venderlos, permutarlos ó simplemente deshacerse de ellos, a su entera voluntad. Ello puede llevar a situaciones muy extremas ó de auténtica dilapidación de bienes que deberían permanecer en el tronco familiar de donde proceden. Si esos bienes eran privativos del cónyuge fallecido, pertenecen a su tronco familiar y no al de su viudo ó viuda.

Así propondría una alternativa a la redacción de este artículo, respetando su espíritu. Establecería una garantía jurídica en el sentido de que heredando el cónyuge supérstite todos los bienes del fallecido, tendrá libre disposición sobre la mitad de los consorciales, pero en cuanto a los privativos, en tanto en cuanto éstos tengan carácter de troncalidad, no podrá acceder libremente a los mismos, es decir no tendrá libre disposición, si no es con la autorización de la Junta de Pariente.

Esta idea de conservación de los bienes y de reversión al tronco familiar de donde proceden está en el espíritu de esta norma, en sus últimas frases «...fallecido éste sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, pasarán los que quedaren a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido».

Esta última frase denota que en el espíritu de la norma, se encuentra la conservación de los bienes, que retornen al tronco de donde proceden; pero tal y como se encuentra redactado, me temo que muy pocos de esos bienes pueden retornar al tronco familiar del primer cónyuge fallecido.

Tal y como se nos presenta la redacción actual del art. 108. 3, se dá la oportunidad al supérstite de disponer a su antojo de los bienes privativos troncales heredados, de forma que ó bien éstos desaparezcan en manos extrañas (si los vende por ej.) ó bien puedan pasar a otros troncos familiares, diferentes del que provienen (si los dona, ó realiza instituciones hereditarias a favor de miembros de su propia familia, que evidentemente forman parte de otro tronco).

Como comentaba anteriormente, la actual redacción puede dar lugar a situaciones muy sospechosas e incluso comprometidas:

1. Si el cónyuge heredero supérstite hereda los privativos con carácter de troncalidad, puede determinar venderlos, para vivir de la renta obtenida y seguir conservando los consorciales, con lo cual los privativos troncales here-

dados, pasarán a otros troncos familiares, distintos y ajenos. Se rompería el efecto conservador de nuestro Derecho. Ello siempre pensando en que se vendieran a particulares, porque si se vendiesen tal y como está configurada la estructura economico-social hoy día, a empresas, sociedades, consorcios, fundaciones, etc., el hecho sería todavía más lamentable.

2. Si el cónyuge beneficiario de los bienes, por las razones que sean, al heredar decidiese deshacerse de los bienes privativos, estaríamos ante idéntica situación.

3. Si el cónyuge supérstite, mostrase signos de incapacidad y no se le declarase así legalmente, podría disponer de los bienes a su antojo, realizando ventas, donaciones, etc. y haciendo que todos los bienes, tanto los consorciales como los privativos, pasasen a distintas manos. No nos preocupan los consorciales, sino los privativos con carácter de troncalidad.

De esta forma, fallecido el supérstite heredero, los herederos llamados en el orden de suceder al premuerto, encontrarían que el patrimonio de su «Casa», ha resultado nulo, ó lo que es lo mismo, es inexistente.

4. Puede darse así mismo el caso de que el supérstite contraiga nuevas nupcias, teniendo hijos de dicho nuevo matrimonio. Los bienes que heredó del primer matrimonio, siempre serán privativos, ya que los obtuvo a título gratuito y antes del segundo matrimonio. De esos bienes, tal como establece la actual redacción del art. 108.3 puede disponer por cualquier título hasta su muerte, en que los recobrarían los herederos del cónyuge primeramente fallecido. Supongamos que realiza disposición de nombramiento de herederos a sus hijos (los del segundo matrimonio). Los bienes privativos troncales del primer matrimonio pasarían a un nuevo tronco, que nada tiene que ver con el originario, entrando a formar parte de una nueva «Casa» jurídicamente hablando, ajena totalmente a su tronco de procedencia.

Así podríamos establecer varios ejemplos de lo que sucede ó puede suceder con los bienes privativos troncales en los casos de existencia de pacto al más viviente.

Debemos de tener muy presente y muy clara la idea de que la «Casa» aragonesa, en el sentido patrimonial y jurídico de la troncalidad, que es la que ordena todo el espíritu de nuestro ordenamiento jurídico foral.

Estimo que con la propuesta realizada, en ningún momento se está vulnerando la voluntad del cónyuge premuerto, ni ninguno de los principios que inspiran el «pacto al más viviente», la idea es que el cónyuge que sobreviva, sea el fiduciario de los bienes y que por tanto pueda disponer de ellos, pero pienso que así mismo, la idea que existe en los cónyuges al realizar el pacto, ó el espíritu que les guía, es además del propio provecho, la conservación de los mismos y por tanto la permanencia dentro de la familia. Si se consiente que determinado tipo de bienes (privativos troncales) puedan perder dicho carácter, se está vulnerando uno de los principios fundamentales de nuestro Dere-

cho Foral. Amén de que establecer la cláusula que propongo, no vulnera ninguna de las normas dispositivas de nuestra Compilación.

Estimo acertada la intervención de la Junta de Parientes porque precisamente se trata de una institución consuetudinaria creada para ello. En cuanto a la práctica de su intervención, debería regularse por lo establecido en el art. 22 de la Compilación Foral.

Hay un punto, que no se debería dejar sin prestarle atención y es en relación con el último párrafo del art. 108.3 «... en tal caso, fallecido a su vez aquél sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, pasarán los que quedaren a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido».

Se ha de distinguir en este caso, al igual que se ha hecho con anterioridad, entre bienes heredados privativos y consorciales.

En cuanto a los privativos ya se ha opinado: deberán revertir al tronco familiar de donde proceden por los métodos ya expuestos, pero no considero justo que la mitad de los consorciales heredados del premuerto, además de la otra mitad que pertenecían al supérstite ahora fallecido, hayan de revertir al tronco familiar del premuerto. Pienso que en este caso, al no tratarse de bienes privativos y no tener por tanto carácter de troncalidad, éstos deberían pasar a las personas llamadas legalmente a suceder al último fallecido. Con ello se consigue un doble efecto:

1. Respeto total al pacto al más viviente establecido por los cónyuges en su día, ya que el supérstite hereda los bienes del premuerto.

2. Que el último que fallece puede disponer a su antojo de los bienes heredados de su cónyuge fallecido, siempre que se trate claro de la mitad de los gananciales.

Considero esta situación justa y coherente porque en el caso en que nos encontramos, esos bienes, que son adquiridos constante el matrimonio, no tienen porqué revertir al tronco de uno de los cónyuges, si ni en sentido práctico ni teórico, han salido del mismo. Son bienes que yo calificaría de «libres», puesto que no tienen la cualificación de privativos, ni tampoco de troncales y por tanto deberían distribuirse según voluntad del último cónyuge fallecido ó si éste muriese sin testar, entre los llamados legalmente a sucederlos, ya que si cuando fallezca, todavía continúa conservando dichos bienes, significa que ha invertido en ellos, ha trabajado, se ha preocupado de su conservación y por tanto, por ley natural deben de ser transmitidos a quien él designe testamentariamente ó bien a los de su propia sangre ó tronco familiar.

La alternativa que se propone para la libre disposición en cuanto a los bienes privativos del cónyuge premuerto, es decir, el establecimiento de una cláusula de seguridad, como es la intervención de la Junta de Parientes, para cualquier acto de libre disposición de este tipo de bienes, me parece la más adecuada. En primer lugar porque la Junta de Parientes es una institución pre-

cisamente ideada y creada para la toma de las importantes decisiones familiares; En segundo lugar porque estimo que dicha intervención no significa un «no» ya de entrada a la libre disposición de los bienes privativos heredados, sino un control, de forma que si alguno de los bienes de ese carácter tiene que ser vendido, sea la Junta quien dé su autorización y sea por causa justa; si ha de ser permutado, al menos que otro bien de las mismas características quede dentro del tronco familiar y lo que se ha de evitar a toda costa, según mi opinión, es que los bienes sean «dilapidados», es decir, donados, mal vendidos, etc., sólo por la voluntad del supérstite, en los casos, como ya hemos comentado, de una incapacidad, nuevo matrimonio ó simple decisión personal.

Y digo que la Junta de Parientes actuará aquí simplemente como controladora de la libre disposición de bienes privativos, porque su formación estará constituida por miembros de las familias de ambos cónyuges, por lo que el supérstite tendrá también su apoyo familiar y porque su actuación, será según viene regulado para la fiducia sucesoria en el art. 22 en relación con el art. 177 de la Compilación Foral aragonesa, en cuanto a las reglas supletorias establecidas en dicho art. 117.

En fin, se trata exclusivamente de intentar que los bienes privativos troncales queden ó permanezcan en el tronco de donde proceden y los consorciales puedan ser heredados por quien el cónyuge supérstite decida.

De esta forma y de conformidad con la teoría expuesta, el antiguo artículo 108 de la Compilación Foral Aragonesa, debería quedar redactado como sigue:

1. La recíproca institución hereditaria entre cónyuges, o pacto al más viviente, no surtirá efecto cuando al momento de la apertura de la sucesión sobrevivan hijos no comunes.

2. Habiendo solo hijos comunes a la disolución del matrimonio, el pacto equivale a la concesión de viudedad universal y de la facultad de distribuir la herencia.

3. No habiendo hijos ó fallecidos todos ellos antes de llegar a la edad para poder testar, el sobreviviente heredará los bienes del premuerto.

Habiendo fallecido sin testar los hijos, heredarán los descendientes de éstos.

Si no se da el caso y hereda el cónyuge supérstite, fallecido éste sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, pasaran los que quedaren a las personas que éste disponga, ó que legalmente estén llamadas a sucederle.

En el caso de que la herencia la compongan bienes privativos del cónyuge premuerto y consorciales, se actuará de la siguiente forma:

A) Los privativos los heredará el cónyuge supérstite, pero no podrá disponer de ellos, ni por actos inter vivos ni mortis causa, si no es con la autorización de la Junta de parientes.

B) Los consorciales, que sean heredados, podrá el supérstite disponer de ellos a su libre voluntad, tanto por actos inter vivos como mortis causa.

En fin en realidad lo que debería de resumir o de ser colofón de estas reflexiones es que el «pacto al más viviente», podría quedar reflejado en nuestra Compilación, algún día, espero que en fechas no muy lejanas, tal como se acaba de reseñar en el párrafo anterior, bajo la forma de artículo 108.

Huesca, agosto de 1996

Reformas realizadas en septiembre de 1999

BIBLIOGRAFÍA

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis, *«Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Compilación de Aragón»*. Tomo XXXIV. Volumen 2º. Editorial Revista de Derecho Privado.

VARIOS, *Anuario de Derecho Aragonés*.

**COMENTARIOS
DE
JURISPRUDENCIA**

LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE CONFLICTO DEL DERECHO INTERREGIONAL. (A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA DEL TSJ DE ARAGÓN DE 10 DE MARZO DE 1999)

M.^a Elena ZABALO ESCUDERO

1. La sentencia del TSJ de Aragón de 10 de marzo de 1999 llama a la reflexión sobre dos cuestiones esenciales, que son condicionantes de la correcta aplicación de las normas de conflicto en los supuestos de interregionalidad:

A. LA SITUACIÓN DE INTERREGIONALIDAD

La cuestión de fondo que se debate en los autos es la liquidación del régimen económico matrimonial derivada de la anterior separación judicial de los cónyuges. Presentada ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Zaragoza la demanda, interpuesta por el esposo, solicitando la liquidación de su «sociedad de gananciales», se dicta sentencia acordando la liquidación del «consorcio matrimonial» en los términos contenidos en el Fallo, y aplicando los artículos 37 y ss de la Compilación de Derecho Civil de Aragón (Sta. de 17 de mayo de 1996). Recurrida la sentencia en apelación conoce de los autos la Audiencia provincial de Zaragoza (sección 4ª), que en sentencia de 11 de febrero de 1997, y al amparo de la misma normativa, modifica en parte el activo de la sociedad consorcial. No estando conforme la esposa con la inclusión de algunos de los bienes en el activo, interpone recurso de casación, del que finalmente conoce el TSJ de Aragón resolviendo en la sentencia objeto de este comentario.

2. Si la decisión merece ser comentada desde el punto de mira del Derecho interregional es por el hecho de que la relación jurídica en litigio pudiera ser calificada de heterogénea, esto es, presentara elementos de contacto con ordenamientos jurídicos distintos. La presencia de algún elemento de heterogeneidad (si se tratara de una relación privada internacional hablaríamos de

elemento de extranjería), va a provocar un tratamiento jurídico diferente, pues, al estar diversificada la localización de la relación jurídica en ordenamientos civiles distintos, el derecho material a aplicar va a depender del previo juego de la norma de conflicto (Derecho interregional) que, en función del punto de conexión que retenga, designará el ordenamiento conforme al cual ha de resolverse el litigio. En consecuencia, el derecho así designado como competente para regir el régimen económico matrimonial entre los cónyuges será el único aplicable a su liquidación.

La relación jurídica de base no presenta elementos extranjeros; seguramente, si en los hechos se hubiera acreditado que los cónyuges, o alguno de ellos, fueran extranjeros, se hubiera despertado la atención del Juez al objeto de ubicar la solución en el ámbito del Derecho Internacional Privado. Sin embargo, se trataba de un matrimonio de españoles, aragoneses, al parecer, en el momento de la presentación de la demanda, ya que, como se desprende de los hechos recogidos en la sentencia del Juzgado, residieron en Zaragoza desde que contrajeron matrimonio en 1969, por lo que «debe presumirse que ahora los cónyuges son aragoneses» (Fto.de Dcho. 2º, aptdo.F). Pero al Juzgado no le pasó inadvertida la posibilidad de que existiera algún elemento externo al orden jurídico aragonés, ya que en el citado Fundamento de Derecho, y en relación con el carácter privativo del algunos de los bienes, se «plantea el problema de si los cónyuges ostentan la vecindad civil aragonesa o la navarra».

Abierta la duda sobre la vecindad civil de los cónyuges, el Juzgado concluye que son aragoneses, por la continuada residencia del matrimonio en Aragón, aunque, como constaba en autos, ambos cónyuges eran hijos de padres navarros, naturales y vecinos de Cascante. La consecuencia de considerar aragoneses a los cónyuges lleva a la afirmación de que «serán aplicables los artículos 57 y 58 de la Compilación de Aragón y se habrán de considerar todos los bienes muebles del matrimonio como de naturaleza común, con independencia de su origen.....».

3. En tal razonamiento se encuentra el origen del problema jurídico que se arrastra hasta el TSJ de Aragón, debido a una incorrecta y defectuosa aplicación, o mejor, inaplicación del Derecho Interregional. Efectivamente cuando el propio Juzgado plantea la cuestión relativa a la posible vecindad navarra o aragonesa de los cónyuges, es porque constan en Autos datos suficientes para concluir que la vecindad civil «originaria» de los cónyuges era la navarra, por *ius sanguinis*, y esta era su vecindad al contraer matrimonio.

La vecindad civil es un elemento relevante en el Derecho Interregional, tanto como para calificar la situación jurídica de heterogénea como para determinar el derecho aplicable a la misma. En este caso la heterogeneidad es provocada por el cambio de vecindad de los cónyuges, eran navarros y posteriormente, por residencia, adquirieron la vecindad aragonesa que es la que tenían en el momento de iniciarse el litigio. El Derecho Internacional Privado denomina conflicto móvil al problema de determinación del derecho aplicable que se produce cuando el elemento retenido por la norma de conflicto

como punto de conexión cambia, por ej. cambios de nacionalidad, o como en este caso particular de vecindad civil.

Podría, por tanto, afirmarse que los hechos relacionados en la sentencia contienen un eventual conflicto móvil susceptible de afectar a la situación matrimonial de los litigantes, navarros en el momento de contraer matrimonio, aragoneses a la hora de su separación. Pero la norma de conflicto aplicable a los efectos del matrimonio tiene la virtualidad de atajar ese problema, al fijar en el tiempo el momento en que ha de tomarse en consideración el punto de conexión, en este caso, la vecindad civil, y ese momento es el de la celebración del matrimonio. Con razón, el TSJ de Aragón afirma en el Fundamento Quinto que «la cuestión a dilucidar no es si los cónyuges son aragoneses al momento de plantearse el litigio, por haber adquirido la vecindad civil en este territorio por residencia durante mas de diez años, sino cual era su vecindad al momento de contraer matrimonio...».

Si el TSJ hace esta referencia al momento de la celebración, es por aplicación de «las normas contenidas en el capítulo IV del título preliminar del Código civil –arts.8 al 12-, a las que remite el art. 16.1 del mismo cuerpo legal». A partir de ahí da entrada al art. 9.2 del Código civil concluyendo que «el régimen económico matrimonial no es alterado por el cambio de vecindad civil consiguiente a la residencia continuada en otro territorio, sino que permanece inmutado, sin perjuicio de la facultad que los cónyuges tienen de modificarlo».

4. Constatado que se esta en presencia de una situación privada heterogénea, estando dicha heterogeneidad motivada por el cambio de vecindad civil de los cónyuges, es de aplicación para su resolución la norma de conflicto cuyo supuesto de hecho incluya la liquidación del régimen matrimonial, esto es, la correspondiente a los efectos del matrimonio.

La llamada al artículo 9.2 del Código Civil que hace el TSJ esta fundamentada en la remisión general que el artículo 16.1 hace a las normas de Derecho Internacional Privado para solucionar los conflictos de leyes internos. Pero, dada la fecha de celebración del matrimonio (9 de octubre de 1969), la determinación de la ley aplicable al régimen matrimonial ha de realizarse conforme al derecho vigente en aquel momento, que es incluso anterior a la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974, y que ya se entendía referida a la ley personal común, sobre la base del art. 9 del Código Civil. Así, cuando el matrimonio se celebró la ley rectora del régimen matrimonial era la navarra.

La reforma del Título preliminar de 1974 introduce los apartados 2 y 3 del artículo 9, con la novedad de recoger la solución al conflicto móvil producido por los cambios de nacionalidad (igualmente vecindad civil en la dimensión interna), basada en la inalterabilidad de la ley aplicable, que solo podía modificarse por voluntad de los cónyuges (art.9.3). Es por ello cierto que la adquisición de la vecindad civil aragonesa, derivada de la residencia continuada en Aragón de los cónyuges durante mas de diez años, no modifica, en defecto de

pacto o capitulación, el régimen matrimonial. Ha de resultar así irrelevante que cuando los cónyuges se separan y proceden a la liquidación del régimen matrimonial sean aragoneses, pues el régimen económico sujeto a liquidación es del derecho navarro.

Según la legislación vigente, resultante de la reforma del Código Civil de 15 de octubre de 1990, que da nueva redacción a los artículos 9.2 y 9.3, así como al artículo 16, y en la que se basa el TSJ, la norma de conflicto que subsumiría la relación jurídica objeto de litigio, sería el apartado 3 del artículo 16, establecida para los matrimonios de españoles y que remite a la ley que resulte aplicable según el art. 9. Como en este caso los cónyuges tienen y han tenido la misma vecindad, no cabe duda que sería aplicable el derecho navarro, ley de la vecindad civil común en el momento de la celebración del matrimonio.

Como solución de fondo al problema planteado en la sentencia comentada, tanto aplicando el derecho vigente, como el que corresponde aplicar temporalmente, no cabe duda de que, si la vecindad de los cónyuges al contraer matrimonio era la navarra, el régimen matrimonial ha de quedar determinado por el derecho navarro, y a falta de capitulaciones, será la sociedad de conquistas, la que deberá ser objeto de liquidación, y no la sociedad de gananciales o el consorcio foral aragonés que nunca han existido entre los cónyuges por no pertenecer al derecho material de aplicación.

Por ello es plenamente correcta la afirmación con que comienza el Fundamento de Derecho Séptimo: «Partiendo de tales hechos, esta Sala concluye en que el régimen económico matrimonial de los litigantes era el de la sociedad conyugal de conquistas, regulado en la Ley 82 y siguientes del Fuero de Navarra».

B. LA APLICACIÓN DE OFICIO DE LAS NORMAS DE CONFLICTO

5. A partir de ahí se plantea el segundo de los problemas apuntados al comienzo de este comentario, relativo a la aplicación de oficio de la norma de conflicto. Cuando el TSJ concluye con la afirmación recogida en el párrafo anterior, añade que «dichas normas (las del Derecho civil de Navarra) podían haber sido aplicadas por el Juez y Tribunal de primera y segunda instancia, respectivamente, conforme al principio *da mihi factum dabo tibi ius*».

El recurso a dicho principio, en una relación privada heterogénea como la que es objeto de esta sentencia, pasa a un segundo plano por la fuerza del mandato legal establecido en el art. 12.6 párrafo 1º del Código Civil que dispone la aplicación de oficio de las normas de conflicto del Derecho español. Si la norma de conflicto es aplicable de oficio, igualmente deberá aplicarse el derecho material a que conduce, en este caso el Fuero Nuevo de Navarra, sin que se presenten en la dimensión interna los problemas relativos a la aplicación del derecho extranjero, que provocan la intervención procesal de las partes en su alegación y prueba, puesto que en el Derecho interregional el derecho a apli-

car es siempre español (uno de los derechos coexistentes), y por tanto sometido al conocimiento del Juez. Así, uno de los factores que mas comprometen la imperatividad del sistema conflictual, cual es el tratamiento procesal del derecho extranjero, desaparece, por su propia naturaleza en el ámbito propio de los conflictos de leyes internos.

6. La aplicación de oficio de la norma de conflicto tiene también un *prius* que la condiciona, y es que exista alguna constancia en autos de la existencia de algún elemento extranjero, o tratándose de la dimensión interna del Derecho Internacional Privado de algún elemento de heterogeneidad. Si los hechos no proporcionan al Juzgador ni siquiera la sospecha de que la relación sometida a su decisión es internacional o heterogénea, resolverá, seguramente, aplicando su propio derecho material como si se tratara de una relación homogénea. Si, por el contrario, queda constancia en autos del elemento extranjero o externo, surge la obligación procesal, impuesta por el art. 12.6 del Código Civil, de aplicar, para solucionar el litigio, la correspondiente norma de conflicto y fallar conforme al derecho que la misma designe. Como afirma GARCIMARTÍN ALFÉREZ *la servidumbre del Derecho procesal impone al Juez la obligación de verificar los hechos que son condición de aplicabilidad de la norma de ius cogens, aunque hayan sido planteados de forma accesoria* (*Sobre la norma de conflicto y su aplicación judicial*, Madrid 1994, p. 23).

En el caso objeto de este comentario no pasaron nunca inadvertidas las circunstancias relativas a la vecindad civil navarra originaria de los cónyuges, y así lo reconoce el TSJ en el Fundamento Sexto, y el propio Juzgado de I Instancia lo plantea en el apartado F del Fundamento 2º, como se ha indicado anteriormente. Por ello, ciertamente deberían haber sido aplicadas las normas de conflicto a las que se ha hecho referencia. Pero no ha sido así, y al ser los cónyuges aragoneses en el momento de la presentación de la demanda no se ha concedido relevancia alguna a su vecindad navarra anterior y existente en el momento de la celebración del matrimonio. Tampoco, al parecer, los propios cónyuges han basado sus pretensiones en ningún momento en el Derecho civil de Navarra.

7. Es con ocasión del recurso de casación ante el TSJ de Aragón, cuando se denuncia la infracción del artículo 47.1 de la Compilación Aragonesa por su incorrecta aplicación en el procedimiento de liquidación. Dicho motivo casacional, por infracción de norma jurídica, provoca el discurso del Tribunal sobre la determinación del derecho aplicable, llegando a la conclusión de que no debiera haber sido el aragonés, sino el navarro.

Pero no corrige el Tribunal Superior el fallo de los Tribunales de Instancia, pese a reconocer la carencia de base legal para aplicar el derecho aragonés, basándose en los condicionantes procesales atinentes al recurso de casación, y el resultado es que no se aplica el derecho navarro, a la vez que, «no siendo de aplicación al caso los preceptos cuya infracción denuncia, por no regirse el matrimonio por el Derecho civil de Aragón, el motivo del recurso necesariamente ha de decaer».

Es cierto que en el recurso de casación el Tribunal, como se afirma en la sentencia, está vinculado a la resolución de los motivos formulados por la parte recurrente (*el recurso de casación esta doblemente limitado: primero, por los motivos legales dentro de estos, por los concretamente propuestos por el recurrente*. ORTELLS RAMOS, en *Derecho Jurisdiccional II. Proceso civil*, Valencia 1998, p. 343) y esta en ningún momento denuncia la infracción de la norma de conflicto, sino la del derecho material aragonés, cuya aplicación a la resolución del caso no cuestiona. Y no se denuncia, según se desprende del Fundamento de Derecho Séptimo, por haber sido indebidamente aplicada, sino por las consecuencias de su aplicación respecto a determinados bienes de los cónyuges.

Llegar a la conclusión de que es aplicable el derecho navarro, y no aplicarlo, parece contradecir el mandato del artículo 12.6 del Código Civil, pues dicho mandato va igualmente dirigido a los Tribunales encargados de la casación; desestimar el recurso por entender que la norma aragonesa no es aplicable, parece contradecir la justicia material. Pero lo cierto es que la aplicación del derecho navarro es ajena al debate procesal, y el Tribunal entraría en una cuestión no planteada por el recurrente. Si la explicación es que procesalmente no es posible se llegaría a la conclusión de que la imperatividad del sistema de Derecho Internacional Privado es solo relativa.

Pero, si se ha denunciado la infracción de una norma de derecho material que ha sido aplicada en instancia, y el Tribunal comprueba que dicha aplicación se encuentra viciada en origen, por inaplicación de la norma de conflicto, debería corregir tal error, sobre todo, siempre que influyera en el Fallo o parte dispositiva de la sentencia. (*las consecuencias de la infracción de la norma de conflicto dependen en todo caso del resultado material. Si el resultado hubiere sido el mismo no cabe casar la sentencia ya que se ataca su parte dispositiva, en caso contrario corresponde al TS resolver sobre el fondo del asunto dentro de los términos en que aparece planteado el debate* GARCIMARTÍN ALFÉREZ; *op. cit.* p. 85). La cuestión se resolvería entendiendo que la denuncia por infracción del derecho material aplicable a una relación privada heterogénea lleva consigo la revisión de la norma que es presupuesto para la aplicación de aquel, y que no es otra sino la norma de conflicto, aplicable de oficio.

8. La solución que adopta en este caso el TSJ de Aragón, desestimar el recurso, sin entrar en el resultado material al que conduce la correcta aplicación del derecho aplicado o del aplicable, reafirmando, por tanto, la decisión recurrida, no parece ser la solución mas correcta desde los presupuestos del Derecho Interregional. Con carácter general, y aunque no suceda necesariamente en este caso concreto, la seguridad jurídica y los derechos de terceros pueden quedar perjudicados por una incorrecta designación del derecho aplicable, incluso aunque ello haya pasado inadvertido a los propios litigantes.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LUCES Y VISTAS EN EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS: ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

Dr. Rafael BERNAD MAINAR
*Universidad Central de Venezuela
y Católica «Andrés Bello» Caracas*

SUMARIO: I. Introducción. II. Luces y vistas como limitación del dominio. III. Regimen normal de luces y vistas en la Compilación del Derecho civil de Aragón. IV. Servidumbres. VI Panorámica jurisprudencial en materia de luces y vistas. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Antes de abordar el tema de las luces y vistas en el Derecho Civil aragonés, parece oportuno proceder a una diferenciación previa entre el concepto de luces y vistas como mera limitación del dominio, o bien como servidumbre, que serán los supuestos bajo los que se puede presentar esta figura en la realidad cotidiana.

Por tanto, comenzaremos por establecer los caracteres de distinción más importantes entre ambas modalidades propias del Derecho de bienes:

- 1.º Mientras que la limitación del dominio es una consecuencia del régimen normal de la propiedad, puesto que son inherentes al dominio, y nacen espontáneamente, las servidumbres constituyen una derogación del mismo;
- 2.º Por otra parte, la servidumbre implica la existencia de dos fondos, jerarquizados, uno dominante y otro sirviente, lo cual no sucede en la limitación del dominio, que actúa sobre todos los propietarios de bienes inmuebles por igual;

- 3.º Las servidumbres pueden extinguirse por prescripción, esto es, por el no uso durante un período de tiempo, mientras que ello no ocurre, por lo general, en las limitaciones del dominio;
- 4.º A su vez, las limitaciones del dominio no producen derecho a indemnización alguno, si bien las servidumbres, sí;
- 5.º Las limitaciones del dominio gozan de exención de prueba de existencia, dado su carácter público, pero las servidumbres han de probarse, puesto que el principio general es la presunción de la libertad de cargas de los fundos;
- 6.º Además, las limitaciones del dominio son oponibles frente a terceros, sin precisar inscripción en el Registro de la Propiedad;
- 7.º Las relaciones jurídicas emanadas de las servidumbres generan una relación real entre los propietarios de los predios; por contra, las derivadas de las limitaciones del dominio compelen a un comportamiento o conducta entre los interesados, cuyo cumplimiento y exigencia se ubica en el campo de las relaciones jurídicas obligatorias.

La Compilación aragonesa trata el régimen de luces y vistas en dos apartados distintos: el art. 144, dentro del Título Primero del Libro I, como relación de vecindad, y el art. 145, en el Título Segundo, correspondiente a las servidumbres. A continuación abordaremos ambos preceptos para, cotejándolos, llevar a cabo su delimitación y diferenciación.

II. LUCES Y VISTAS COMO LIMITACIÓN DEL DOMINIO

EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Se entiende mayoritariamente como antecedente más remoto de esta limitación del dominio, encuadrada dentro de las relaciones de vecindad, la *Observancia 6.ª De aqua pluviari arcenda*¹, según la cual *cualquiera puede, según sea su voluntad, abrir ventanas en pared común, no sólo para luces, sino también para vis-*

¹ «Item observatur, quod quilibet pro libito voluntatis in pariete communi facit fieri fenestras, non solum ad lucem, sed etiam ad prospectum, quamvis dominus domorum vicinarum, si aedificium construxerit, quos emineat super talem fenestram claudere eam possit: quod habet locum ubi vicina domus de se, vel aliunde, lumen habere potest: quia alias si propter diutae fenestras clausuram domus luminibus privaretur, et aliunde lumen habere non posset; tunc per ipsam fenestram, vel per alia lumen competens arbitrio iudicis domui vicinae praefatae dare, aut dimittere tenetur, ne in totum luminibus obscurata domus, inutilis ipsi domino reddatur, secundum usum Regni, et bonam aequitatem». Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón, SAVALL Y DRONDA y PENEN Y DEBESA, tomo II, libro VII, Zaragoza, 1866.

tas, si bien el dueño de las casas vecinas puede cerrar aquellas edificando a mayor altura de las mismas. Habrá lugar a esto cuando la clausura de las ventanas no deja privada de luz la casa por poder recibirla de otra parte; no siendo así, el dueño de la casa vecina está obligado a darle o dejarle, por la misma ventana, o por otra a juicio del Juez según uso del Reino y buena equidad, luz suficiente para evitar que quedando completamente a oscuras resulte inútil para su dueño².

Es decir, cualquier persona puede abrir ventanas a su libre voluntad en pared común, no sólo para luces, sino también para vistas, aunque el dueño de la casa vecina puede cerrarlas si construyera un edificio que sobresalga sobre tal ventana, siempre que la casa vecina pudiera recibir luz por sí o por otro sitio; porque si a causa de la clausura de la mencionada ventana, la casa vecina fuera privada de luces, entonces por la misma ventana o por otra debe darse la luz oportuna a través de las casas vecinas, al arbitrio del Juez, que están obligadas a tolerar a fin de que la casa no quede oscura totalmente de luces y se convierta en inútil para este dueño, según el uso del Reino y la buena equidad. La facultad atribuida al propietario de abrir ventanas no implica que haya de hacerlo de un modo concreto, esto es, colocando reja o red, sino que será la costumbre del lugar la que establecerá los requisitos de la apertura e, incluso, los materiales que se utilicen, así como sus dimensiones (más grandes cuando son para vistas), y su ubicación con relación al tejado (más cercana al mismo cuando son solamente de luces).

Este antecedente legislativo del ordenamiento aragonés instaura un sistema basado en la libertad para los propietarios de casas en Aragón a la hora de abrir huecos o ventanas con la finalidad de tomar luz del predio ajeno, así como para gozar de las vistas a través del fundo vecino. Dicha especialidad difiere del contenido y espíritu de otras legislaciones, como la romana³, la catalana⁴, la navarra⁵, o la propia del Derecho de Castilla⁶.

² Exposición y Comentario del Cuerpo legal Fueros y Observancias del Reino de Aragón, 1925-1985, ISABAI., pg. 203.

³ El Digesto (VIII, 2, 40) recoge un texto de Paulo: «Eos, qui ius luminis immitendi non habuerunt, aperto pariete communi nullo iure fenestras immisisse respondit».

⁴ El Derecho catalán, con influencia romana, se pronuncia por un criterio restrictivo respecto a la apertura de huecos para luces y vistas, salvo que exista una servidumbre que atribuya tal facultad. Así las Ordenaciones de Sanctacilia establecen que «nadie puede tener vista sobre predio de otro si antes no mira sobre el suyo».

⁵ El Fuero Reducido de Navarra bajo el epígrafe «Como el vecino no debe tener ventanas para la casa del vecino», se indica «si dos vecinos tienen casas la una acerca de la otra no deben tener ventanas el uno contra el otro en casa ni en cámara ni en corral por donde haya enojo a su vecino, y si lo hicieren puede aquel que recibe agravio o enojo compelerlo mediante justicia que las cierre enteramente».

⁶ El Fuero Viejo de Castilla adopta un criterio limitativo en el tema de la apertura de ventanas: «Si un home ha una casa e quier facer finiestras en la pared, e a cabo de aquellas casas, hay otras, e corrales tras las casas, adelante facer tamaño finiestra que non suque la cabeza por ella. E si ovier fecha de ante gran finiestra, e veyendolo el otro estovier año e dia, probandol, ansi como es fuero, puede la finiestra tener hasta quel otro alce la sua pared». No obstante la Ley 2ª, Título 31, de la Partida 3ª mantiene el principio prohibitivo, partiendo de que dicha apertura se configura como una servidumbre urbana.

Incluso el texto emblemático de los primeros tiempos del Derecho aragonés, la Compilación de Huesca de 1247, de fuerte inspiración romanista, se aparta claramente del tenor y finalidad de la Observancia 6.^a analizada⁷.

En la obra de MONSURIU *Suma de Fueros y Observancias*, 1589, se incluye la citada Observancia en los siguientes términos: «*En pared común se puede hazer ventanas para luz y miraderas, y el otro vezino subiendo su casa las puede cerrar, si tiene por donde dar lumbre, alias no: porq no es equidad que por subir el otro su casa quede inutil a este la que tiene fin lubre*».

La interpretación de la Observancia 6.^a ha suscitado muchas opiniones y debates, pues múltiples han sido las cuestiones que al respecto se plantearon. Así, se discute cuál es el significado de la expresión *in pariete communi*, si ha de entenderse como pared común en el sentido de medianera, o también la divisoria, pues dependiendo de una u otra opción, se limita o recorta el derecho de abrir ventanas para luces y vistas.

Parece primar una visión amplia en esta polémica y se prefiere su extensión a toda pared común existente entre dos edificios, tanto divisoria como medianera, con base en los siguientes argumentos:

1. Una tradición histórica que permite abrir toda clase de huecos en pared propia, lo que justifica la inexistencia de un precepto que dé respuesta al caso concreto, por no conocerse limitaciones legales al derecho de propiedad en Aragón;
2. El principio lógico según el cual cualquiera puede hacer en su pared lo que quiera, siempre que no lo haga con daño para el otro;
3. Otro principio no menos básico, cual es el hecho de que no se puede prohibir la apertura de ventanas en pared propia y, a la vez, permitir las en pared común medianera, según el axioma jurídico «*quien puede lo más, puede lo menos*», y así la Observancia 1.^a *De aqua pluvis arcenda* ordenaba tolerar a los que hagan obras y actúen en la posesión ajena mientras no originen ningún daño, lo cual implica reconocer la facultad para lo mismo en posesión y dominio exclusivo.

Otro punto de controversia interpretativa es el referente al término *domus*, pues hace dudar si el respeto a los huecos para luces se entiende en los supuestos en que quede toda la casa a oscuras, o bien bastaría con que quedara una habitación o departamento interior de la casa sin luz para impedir que se cierren dichos huecos. Se trataba de evitar que la casa del vecino quedara completamente a oscuras, por lo que, de seguir esa tendencia, entenderíamos que

⁷ «*Si la mi heredit urbana se atiene con la tu heredit urbana et entre mí et tú aia paret o muro, non devo io abrir puerta sin finiestra escontra tú por la quaal abertura pueda caber la cabeca del omne, empero puedo abrir el aver escontra tú finiestra estreita, maquer luengua, como sayetera, o otro forado chico, empero unos o muitos. Empero tales finiestras non deven ser feitas con entendimiento que por aqueillas parezcan los secretos o los espaios d'aquella casa cerquana*».

siempre que la casa pueda obtener luces, aunque se prive de luz alguna habitación o departamento, el dueño de la finca vecina podrá cerrar las ya abiertas, pues no pierde con ello enteramente las luces y, por tanto, su casa, no queda privada de ellas en su totalidad.

Tema apasionante, digno del mejor debate, es el que trata la naturaleza jurídica de la institución incluida en la Observancia 6.^a, que discute si nos hallamos ante una expresión del derecho común de propiedad, o bien frente a una servidumbre. Desde el momento en que la facultad concedida al propietario de abrir huecos para luces y vistas se contrarresta y compensa con el derecho otorgado al dueño del suelo contiguo de obstruirlos mediante edificación, nos encontramos con un conjunto de facultades *iure proprietatis*, excluyendo la noción de *iure servitutis*, que, de configurarse como tal servidumbre, no permitiría dicho acto obstativo, una vez constituida.

Durante el siglo XIX, la doctrina aragonesa, en su afán de preservar las instituciones del Derecho aragonés, frente a la uniformidad implantada por el pujante Código civil general, declara manifiestamente el principio autóctono de nuestro Derecho aragonés de libertad de apertura de huecos con relación al Derecho común, pero de manera desacertada incluye la institución dentro las servidumbres reales, con lo que, de entrada, le confiere una naturaleza jurídica errónea, lo cual contribuye, sin duda, a la confusión y desvirtuación de la figura⁸.

El Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880 supuso un verdadero cedazo en materia de servidumbres y aunque mantuvo la de luces⁹, precisó «*ser conveniente prescindir por completo del derecho especial de Aragón en materia de prescripciones*»¹⁰.

El Código civil español de 1889 dedica a la materia una sección, que comprende seis artículos, bajo el epígrafe de la servidumbre legal de luces y vistas, con unos principios de signo contrario a los del Derecho aragonés, pues prohíbe a todo propietario medianero abrir en pared medianera ventana o hueco sin consentimiento del otro, así como establece unas distancias mínimas que han de ser respetadas, una vez adquirida la servidumbre¹¹.

⁸ Así FRANCO Y GUILLEN que en su obra *Instituciones* la encuadran dentro de las servidumbres reales y personales, lo mismo que DIESTE y ANDRÉS BLAS que en sus respectivos trabajos *Diccionario civil aragonés, Madrid, 1869*, y *Derecho civil aragonés, Madrid, 1873*, parten en su definición de su configuración como servidumbre urbana.

⁹ Conclusiones del Congreso, Capítulo VI, Tema III: «1ª. *Deben conservarse las servidumbres especiales de nuestro derecho foral consignadas en los fueros..., así como la establecida en la observancia 6ª del mismo título, ...*». COSTA, La Libertad civil y el Congreso de Jurisconsultos Aragoneses, Guara Editorial, Zaragoza, 1981, pgs. 110 -111.

¹⁰ COSTA, op. cit., Cap. VI, Tema II, pg. 110.

¹¹ Capítulo II, Título VII, Libro II.

La elaboración del Apéndice trató de aunar esfuerzos frente a un pujante Código civil general, a la vez que intentó reunir las instituciones típicamente aragonesas. El Proyecto Ripollés de 1899, inspirado en la *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes del Derecho civil aragonés y reformas y adiciones que en ellas es conveniente establecer*, de 1886, extiende la facultad de apertura de huecos al poseedor, además del propietario, y detalla pormenorizadamente la longitud y colocación de las rejas¹².

El Proyecto Gil Berges de 1904 conecta la Observancia 6.^a *De aqua pluviatili arcenda* con la Observancia 7.^a *De praescriptionibus*, y opta por reconocer la adquisición de la servidumbre por prescripción sin precisar acto obstativo alguno¹³. Así, el artículo 236 del Proyecto faculta al condueño de una pared medianera para abrir cuantos huecos le convengan con destino a luces o vistas, siendo lícito para los comuneros obstruirlos con edificaciones si el primero no hubiera adquirido por prescripción su derecho, transcurridos los plazos de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, siendo computados desde el día en que el dueño del predio dominante hubiera comenzado a servirse de las luces o las vistas sobre el predio contiguo. El artículo 237 establecía los mismos plazos de adquisición de la servidumbre para el dueño exclusivo del muro, si bien comienza el cómputo desde que se hubiera prohibido al vecino, por acto formal, cosas que serían lícitas de no existir el gravamen¹⁴.

¹² El art. 44 del citado Proyecto indica: «1. El poseedor de un edificio puede abrir en la pared propia, medianera o común, contigua a predio ajeno, ventanas de las dimensiones y a la altura que quiera para luces y vistas, pero deberá colocar en ellas rejas de hierro y red de alambre cuyas mallas tengan a lo más dos centímetros de longitud. 2. El dueño del predio contiguo podrá en cualquier tiempo edificar en él y cerrar las ventanas, y aun sin edificar podrá oponerse a que por ellas se domine el predio, si lo destinase a huerto o jardín». El primer párrafo contraviene lo dictado por el art. 41 del mismo texto, que se remite a la costumbre: «Las servidumbres legales se registrarán por lo expuesto en este título, sin perjuicio de lo que se observe en cada caso de las antiguas ordenanzas y costumbres locales y generales y de lo que en defecto de éstas se establezca en las leyes». El párrafo segundo es criticable, toda vez que adopta un criterio que no responde a la tradición histórica, admitiendo la oposición del dueño del fundo contiguo, si éste lo destina a huerto o jardín, como dando a entender que tales instalaciones fueran propias para el recreo y esparcimiento, y, por tanto, más dignas de protección en cuanto a la intimidad que otras bien distintas, que no tuvieran ese cometido y destino.

¹³ La Exposición de Motivos del Proyecto expresaba: «No merecía menos ese precioso elemento de vida con que prodigiosamente nos obsequia el sol de los espacios; que el hecho de recibirlo a diario durante diez o veinte años, según los casos de presencia o ausencia, sin protesta ni cortapisa por parte del dueño, cuyos son en absoluto el suelo o el tejado sobre el que pasa y la mitad en sentido vertical de la pared en que existen patentes los huecos a través de los cuales llega hasta nuestro edificio, pueda convertirse en derecho real de servidumbre de luces, legítimamente ganado por la acción del tiempo, pues no se trata de mera tolerancia de buena vecindad, sino de un abandono o de un consentimiento tácito que entran en la esencia de toda prescripción».

¹⁴ ALONSO LAMBAN criticó acerbamente este precepto por entender que «incurre en la incomprensible torpeza de considerar sutileza la distinción entre servidumbres positivas y negativas, y se estima absurdo apellidar negativa a la servidumbre de luces y vistas» (Anotaciones a las Observancias 6.^a *De aqua pluviatili arcenda* y 7.^a *De praescriptionibus*, Universidad, Zaragoza, 1960, pg. 631, nota 7). De la misma manera, PALA MEDIANO se suma a la crítica por afirmar que el Proyecto adolece del «grave error de confundir los conceptos de apariencia y positividad» (*Observaciones al Proyecto de Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho foral de Aragón*, Barbastro, s.d.).

El Apéndice foral de 1925 regula esta materia en los artículos 14 y 15, siguiendo, aunque de forma fragmentaria e incompleta, los artículos 236 y 237 del Proyecto Gil Berges.

El primero de tales preceptos reproducía el espíritu y tenor del artículo 237 del año 1904, si bien profundizaba más en cuanto a la forma de la apertura de los huecos susceptibles de adquirirse por prescripción, pues impedía que lo fueran por medio de balcones o voladizos.

El artículo 15 acogía abiertamente el principio típicamente aragonés de la libertad de apertura de huecos para luces y vistas, si bien con la condición de colocar rejas de hierro remetidas y redes de alambre, y tolerando la facultad del dueño del fundo contiguo para obstruir en cualquier momento con nuevas construcciones los huecos abiertos.

Del examen pormenorizado del Apéndice se deduce que, a pesar de que de la disposición final del mismo resulta la derogación de la Observancia 6.^a, se conserva el espíritu esencial de la institución que nos ocupa; sin embargo, como analizaremos en el apartado correspondiente, la jurisprudencia de la época desvirtuó su sentido desde el instante en que acudió a la legislación del Código civil para resolver cualquier laguna normativa, con lo que enfrentó dos sistemas, el aragonés y el general, más que contradictorios. Será la doctrina aragonesa la que se pronunciará por la vigencia del espíritu de la Observancia 6.^a en nuestro territorio, así como por la interpretación extensiva del concepto de pared común para toda pared existente entre dos fundos, sea propia o medianera¹⁵.

III. RÉGIMEN NORMAL DE LUCES Y VISTAS EN LA COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE ARAGÓN

Artículo 144.— Régimen normal de luces y vistas.

1. Tanto en pared propia, y a cualquier distancia de predio ajeno, como en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas.

2. Dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código Civil, los huecos carecerán de balcones y otros voladizos y deberán estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente.

3. La facultad concedida en este artículo no limita el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna.

¹⁵ ISABAI. (ART. 50, *Exposición y Comentario del Cuerpo Legal denominado Fueros y Observancias del Reino de Aragón*, Zaragoza, 1926); GIL Y GIL. (*Discurso leído en la solemne apertura de los Estudios, Universidad Literaria de Zaragoza*, 1928); CASTAÑ TOBENAS (*Jurisprudencia del Tribunal Supremo, servidumbre de luces y vistas en Aragón*, R.D.P., 1933).

Este precepto alude a las denominadas relaciones de vecindad, mientras que el siguiente en el articulado ordena la servidumbre de luces y vistas, tratando la Compilación de responder frente al confusionismo introducido por el Apéndice, así como la visión distorsionadora de la jurisprudencia.

El apartado primero recalca y declara expresamente el principio foral tradicional del Derecho aragonés en materia de luces y vistas, puesto que autoriza a abrir huecos para luces y vistas, tanto en pared propia como medianera, sin sujeción a dimensiones determinadas, si bien el párrafo tercero establece que dicha facultad no limita el derecho del propietario del fundo vecino a construir en él sin sujetarse distancia alguna. Es decir, de una manera clara y categórica se otorga tanto al dueño exclusivo de un fundo, como al condueño de una pared, el derecho a abrir huecos con el objeto de disfrutar de luces y vistas, dentro de la configuración del estatuto normal de la propiedad inmobiliaria, sin perjuicio de reconocer al dueño del fundo contiguo el que pueda obstruir los huecos en cualquier momento, si construyere.

Se instaura en el texto legal un régimen, con clara inspiración en la tradición de las Observancias, que dista mucho del previsto en legislaciones cercanas en el espacio, tales como la del Código Civil¹⁶, la catalana¹⁷ y navarra¹⁸, caracterizadas todas ellas por recortar la amplitud y flexibilidad que el

¹⁶ Arts. 580-585 de dicho cuerpo legal, que las encuadra dentro del apartado de las servidumbres legales, divergiendo de la legislación aragonesa en que ésta tolera la apertura de huecos para vistas a cualquier distancia de la finca vecina, y no establecer limitación alguna sobre las dimensiones de los huecos.

¹⁷ El art. 293 de la Compilación catalana de 21 de Julio de 1960 (reformada por el Texto Refundido de 19 de Junio de 1984) establecía: «*Nadie podrá tener vistas ni luces sobre predio vecino si antes no mira sobre el propio, a menos de tener constituida servidumbre a su favor*», prohibiendo el abrir ventanas o construir voladizos, ni aun en la propia pared lindante, a menos de una andorna de la distancia fijada en las Ordenanzas o por las costumbres locales, o, en su defecto, de un metro cuadrado, o 60 centímetros en pared contigua o que forme ángulo.

La Ley de la Acción Negatoria, Inmisiones, Servidumbres y Relaciones de Vecindad, de 9 de Julio de 1990 distingue entre las servidumbres y las relaciones de vecindad en materia de luces y vistas. Así, el art. 26, por lo que respecta a las servidumbres establece: «*1. Si un predio tiene constituida a su favor una servidumbre de luces y vistas, el dueño del predio sirviente que quiere edificar deberá dejar ante la abertura la androna a que se refiere el art. 40, excepto que el título constitutivo establezca otra cosa; no obstante, podrá abrir ventanas que reciban la luz por dicha androna. 2. Si la servidumbre es solamente de luces, el dueño del predio sirviente podrá también edificar dentro del espacio de la androna hasta el borde inferior del hueco que da luces*». En cuanto a las relaciones de vecindad, el art. 40 reza: «*1. Nadie podrá tener vistas ni luces sobre el predio vecino ni abrir ventana alguna o construir voladizo, ni tampoco en la pared propia que confronte con la del vecino, si no tiene construida una servidumbre a su favor, sin dejar en el terreno propio una androna de anchura fijada por las Ordenanzas o costumbres locales o, a falta de éstos, de un metro cuadrado como mínimo, a partir de la pared o desde la línea de salida si existe voladizo. 2. No se podrá abrir ninguna ventana en una pared contigua a la del vecino o que forme ángulo de sesenta grados con ésta si no es a una distancia mínima de un metro y medio contado a partir de la línea de unión de ambas paredes*».

¹⁸ La Ley 404 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra señala: «*el propietario de un fundo podrá abrir, en su pared contigua a otro fundo, huecos hasta de una vara en cuadro, cerrados mediante barrotes remetidos y con red metálica, salvo la costumbre local. Estos huecos podrán ser cerrados cuando se edifique en la finca vecina, y no serán tomados como signos de aparente servidumbre a efectos de la prescripción*».

Derecho aragonés concede en esta materia, exigiendo una serie de requisitos, limitativos, en el ejercicio del derecho de propiedad.

El apartado segundo del artículo 144 permite que los huecos consten de balcones u otros voladizos a una distancia superior a dos metros de la finca del vecino, o sesenta centímetros, si se tratara de huecos con vistas oblicuas o de costado, con la prohibición terminante que se construyan balcones o voladizos dentro de las referidas distancias, esto es, a menos de dos metros o sesenta centímetros, según los casos, con la obligación para el propietario que abre tales huecos dentro de dichas distancias de que coloque reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o cualquier otra protección semejante.

Por tanto, siguiendo con el desglose e interpretación de este inciso del precepto, cuál sería la posible solución o respuesta que pudiera adoptar un vecino respecto del otro que incumpliere lo dispuesto con anterioridad, o sea, que no respete las distancias de los voladizos, o no protegiere, si estuviera obligado, los huecos con reja de hierro o red de alambre, dando lugar a la constitución de un signo aparente de servidumbre de luces y vistas, según dicta el artículo 145 de la Compilación. Una contestación sería compeler al agraviado al presunto transgresor a observar las limitaciones descritas y, en su caso, exigirle la indemnización de daños y perjuicios, porque, de lo contrario, se corre el riesgo de perder el derecho a exigir la colocación de defensas o la demolición de los voladizos por al adquisición de la contraparte del correspondiente derecho de servidumbre, pasados los plazos que la Compilación prevé en los artículos 147 y 148. Otra solución, más expeditiva, pero no por ello menos legal, sería la edificación sin sujeción a las distancias del artículo 585 del Código Civil, en virtud del artículo 144, 3 de la Compilación, antes de la adquisición de la servidumbre por usucapión por el que no ha observado las previsiones legales.

IV. SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS

Artículo 145.— *Luces y vistas.*

Los voladizos, en pared propia o medianera, que caigan sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbres de luces y vistas. No lo son la falta de protección señalada en el artículo anterior ni tampoco los voladizos sobre fundo propio. Queda a salvo lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil.

La interpretación de este precepto de la Compilación aconseja su íntima relación con el artículo que le precede en la numeración y que hemos analizado anteriormente, partiendo claramente de la distinción ya apuntada entre el concepto de las relaciones de vecindad, insertas en el ejercicio normal del derecho de propiedad, y las servidumbres, como una derogación del régimen normal de dicho derecho de propiedad. Reflejada esta diferenciación aclara-

toria, hemos de afirmar que la servidumbre constituye un estadio más respecto al ejercicio normal del derecho de propiedad, pues permite y faculta el surrimiento de un derecho real de servidumbre en favor del propietario del fundo que cuenta con los huecos abiertos. En la medida que no se observen los requisitos del régimen normal de luces y vistas, se propicia la constitución de la servidumbre.

En primer lugar, se nos dice que *los voladizos sobre fundo ajeno son signos aparentes de servidumbre*. Este supuesto contempla el hecho de que los huecos abiertos, tanto en pared propia como medianera, cuentan con balcones o voladizos y recaen directamente sobre un fundo contiguo. Tal apariencia o signo exterior implica una consecuencia legal importante, cual es la posibilidad de adquirir el derecho real de servidumbre mediante la usucapión o el paso del tiempo, con los requisitos y plazos del artículo 147 de la Compilación; sin embargo, la simple existencia del voladizo no supone el nacimiento automático de la servidumbre, sino que requiere el transcurso del tiempo, de no haber un acto voluntario de constitución.

Por lo tanto, durante el periodo de cadencia, mientras no haya nacido este derecho real limitado, actuará plenamente y sin recortes la facultad otorgada al propietario del fundo ajeno de edificar, conforme al artículo 144.3 de la Compilación, incluso a menos de dos metros o sesenta centímetros, respectivamente, por no estar sujeto a distancia alguna; no obstante, una vez constituida la servidumbre, deberá guardar las referidas distancias en el artículo 585 del Código Civil, que se aplicará con carácter supletorio.

Continúa el precepto expresando que *la falta de protección en los huecos no es signo aparente de servidumbre*. Es decir, los huecos que se hallen a una distancia inferior a dos metros o sesenta centímetros del fundo contiguo, según se traten de vistas rectas u oblicuas, deberán contar con protección de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, u otra semejante, según resulta del artículo 144.2 de la Compilación. La infracción o contravención de esta disposición es sancionada legalmente con la negación de ser signo constitutivo de servidumbre, lo que permitirá al propietario afectado exigir del contiguo infractor la colocación de tales medios de defensa, sin obviar una posible indemnización de daños y perjuicios, e, incluso, edificar sobre su propio terreno a cualquier distancia.

Esto es, ni aun por el paso del tiempo, esos actos contrarios al ejercicio normal del derecho de propiedad del titular del fundo anejo derivarán o generarán una servidumbre, partiendo de un criterio conexo al de la nulidad absoluta, según el cual, los actos nulos de pleno derecho en modo alguno pueden convalidarse o confirmarse, sino que arrastran su nulidad durante toda su existencia, e impedirá su eficacia, con arreglo al axioma jurídico *«quod nullum est, nullum effectum producit»*. De tal manera, nunca el propietario del inmueble que tenga tales huecos podrá alegar que no hubiera protección para basar el nacimiento de su derecho de servidumbre, que pudiera impedir al vecino la edificación o construcción sobre su terreno.

Siguiendo tal línea interpretativa, y con una visión extensiva, podríamos sostener el mismo efecto para otro ejemplo de incumplimiento del régimen normal de la propiedad, dentro de las relaciones de vecindad, como sería la colocación de huecos con balcones, voladizos o semejantes en una distancia inferior a dos metros o sesenta centímetros, según los casos. Tampoco aquí el transcurso del tiempo legitimaría la constitución de servidumbre y, por tanto, el dueño agraviado podría solicitar en cualquier tiempo la demolición de la obra efectuada, sin obviar el derecho que le asiste, sin límite temporal, para edificar o construir sin sujeción a distancia alguna.

Tampoco constituye signo aparente de servidumbre *los voladizos sobre fundo propio*, por lo que, *sensu contrario*, para que el signo aparente que representa el voladizo se origine y pueda derivar, por el paso del tiempo en una servidumbre, habrá de recaer directamente sobre la propiedad contigua, y no sobre la propia.

Por último, este precepto destaca una excepción al tenor de lo dispuesto anteriormente, cual es la denominada servidumbre constituida por el padre de familia del artículo 541 del Código Civil¹⁹, si bien su redacción un tanto escueta y cicatera suscita un mar de dudas interpretativas, pues, una visión simple nos puede conducir al entendimiento de que la denominada servidumbre del padre de familia también es posible en Aragón, lo cual, tomando en consideración el sistema de fuentes del Derecho aragonés, ya resulta de los artículos 2 y 3 de la propia Compilación aragonesa.

Otro enfoque, más profundo y acertado a nuestro juicio, es el de afirmar que ciertos balcones o voladizos, que según el régimen aragonés analizado, no constituyen signo aparente de servidumbre, por no observar las distancias mínimas, pueden adquirir tal catalogación, por disposición del padre de familia; y lo mismo sería aplicable respecto de los huecos que caen sobre fundo ajeno y no guardan la protección debida (red y reja) que, a pesar de que legalmente no tienen declarada la categoría de signo aparente de servidumbre, el padre de familia podría otorgarle tal cualidad al tiempo de constituir la servidumbre.

Es decir, cuando un propietario separa dos propiedades y entre ellas exista un hito de separación (huecos sin reja o red, o con balcones o voladizos no colocados a la distancia debida) deberá considerarse como signo aparente de servidumbre de luces y vistas entre ambas fincas, salvo que el propio enajenante haga desaparecer antes del otorgamiento de la escritura tales huecos y voladizos, o disponga lo contrario al tiempo de la enajenación. Sin embargo, en este caso específico del artículo 541 del Código civil, no se adquiere un título para usucapir la servidumbre, sino que se produce la constitución de la misma *ipso iure*, automáticamente, siempre que la no protección de los huecos o el establecimiento de los voladizos no distanciados se produce por el pro-

¹⁹ «La existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que, al tiempo se separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura».

pietario único que luego segrega o divide y enajena por separado las fincas o una de ellas, según reza el referido precepto del Código Civil.

Por tanto, y a modo de conclusión, si se ha adquirido la servidumbre de luces y vistas, conforme a lo explicado a lo largo de este trabajo, el efecto será, en primer lugar, el que derive y emane del pacto, puesto que cabe la constitución voluntaria de las servidumbres, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, consagrado en Derecho aragonés por el *standum est chartae* y, en su defecto, con el contenido previsto en el supletorio artículo 585 del Código Civil, según el cual el dueño del fundo sirviente no podrá edificar *a menos de tres metros de distancia*, contados desde la línea externa del voladizo.

V. USUCAPIÓN DE LAS SERVIDUMBRES

Artículo 147.— *Usucapión de las servidumbres aparentes.*

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.

Artículo 148.— *Usucapión de las no aparentes.*

Las servidumbres no aparentes, susceptibles de posesión, pueden adquirirse por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título. En todo caso, la posesión inmemorial, pacífica y no interrumpida produce, sin otro requisito, los efectos de la prescripción adquisitiva.

Son servidumbres aparentes, según el Código Civil²⁰, las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas. En el Derecho aragonés, la usucapión de esta modalidad de servidumbres no requieren ni justo título ni buena fe, esto es, se asimila en esta exigencia a lo que en el campo doctrinal se entiende por usucapión extraordinaria, sin perjuicio de que en el ordenamiento aragonés el plazo de usucapión de las servidumbres sea único (diez años entre presentes y veinte entre ausentes).

El cómputo del plazo de prescripción de estas servidumbres no queda expresado en la Compilación y, a pesar de que el régimen aragonés es contrario a la distinción tradicional entre servidumbres positivas y negativas, lo cierto es que la supletoriedad del Código Civil, así como la aplicación extensiva de la vía analógica, puede ayudarnos a sostener que el cómputo del plazo se iniciará desde que el titular de la servidumbre hubiera empezado a ejercerla sobre el fundo sirviente, si bien, la prueba del término inicial del ejercicio corresponderá al que alegue la servidumbre a su favor, pues se parte de la presunción de libertad de cargas y gravámenes de las fincas.

²⁰ Artículo 532.

La posesión de la servidumbre habrá de ser ininterrumpida o continua para que pueda operar la usucapión de la misma y, en consecuencia, adquirirse por usucapión.

Por otro lado, son servidumbres no aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de existencia²¹, si bien el precepto referido a ellas en la Compilación aragonesa exige que se trate de servidumbres «*susceptibles de posesión*», con lo que *sensu contrario* quedan excluidas las servidumbres no aparentes que no sean poseíbles.

Este tipo de servidumbres precisa para ser adquiridas por usucapión el suplemento del justo título y la buena fe, puesto que la inexistencia de ese indicio exterior se trata de compensar con la exigencia de este doble requisito, que habrá de entenderse cumulativamente y no alternativamente, de modo que la carencia de uno de los dos (o justo título, o buena fe) será causa para que no tenga lugar la usucapión.

Tanto en el caso de las servidumbres aparentes, como en el de las no aparentes, la usucapión está referida a todas las servidumbres que puedan darse en el territorio aragonés, sean o no reguladas en la Compilación, según se deriva e infiere del término «*todas*» que emplea el artículo 147 del texto foral aragonés.

Concluye este Libro III la Compilación con una referencia a la denominada posesión inmemorial, a la que le atribuye, cuando cumpla las notas de pacífica e ininterrumpida, los efectos de la prescripción adquisitiva. No le requiere, por tanto, las premisas del justo título ni la buena fe.

Tiene su antecedente legislativo en el artículo 14 del Apéndice de 1925, sobre el que se han basado los trabajos preparatorios de la Compilación²², si bien la redacción definitiva limitó más la posibilidad de la usucapión por posesión inmemorial, al circunscribirla a las no aparentes solamente. De tal forma, que habrá de ser interpretada restrictivamente la posesión inmemorial para las servidumbres no aparentes, puesto que las aparentes ya gozan del beneficio de la usucapión sin necesidad de justo título ni buena fe, con lo que parece apropiado que repercuta en las no aparentes que precisan del plus del justo título y de la buena fe, dulcificando, por tanto, el carácter inmemorial este requisito añadido para surtir efecto.

Tema distinto es la determinación de qué se entiende por posesión inmemorial, puesto que los criterios son diversos a la hora de su delimitación²³.

²¹ Art. 532 del Código Civil.

²² «*La posesión inmemorial, pacífica y nunca interrumpida produce los efectos jurídicos de la prescripción adquisitiva*».

²³ La Compilación catalana de 21 de Julio de 1960 (reformada por la Ley de 19 de Julio de 1984 para adaptarla a la Constitución) establecía en su artículo 343 derogado por la Ley 13/1990, de 9 de Julio que la posesión inmemorial tendría lugar «*cuando la actual generación, ni por sí misma ni por tradición de la anterior, haya conocido otro estado de cosas*».

VI. PANORÁMICA JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE LUCES Y VISTAS

EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Hasta la promulgación del Código Civil

En primer lugar, se planteó la vigencia o no de la citada Observancia 6.^a *De aqua pluviali arcenda*, a lo que el Tribunal Supremo respondió afirmativamente, entendiendo que «*por atendibles y recomendables que sean las Ordenanzas de Madrid, como reglas facultativas, no pueden equipararse a una ley expresa, cual es la Observancia 6.^a, De aqua pluviali arcenda, vigente en el Reino de Aragón...*»²⁴.

Reconocida su existencia y aplicación en el Reino de Aragón se suscitó el tema de la naturaleza jurídica, esto es, la calificación del derecho contenido en dicha Observancia, así como las consecuencias derivadas del encuadramiento en una u otra categoría. En este caso la Judicatura se decanta por un camino erróneo, pues apunta que nos hallamos ante una servidumbre continua²⁵ y negativa, en la que no comienza el cómputo de la prescripción hasta que el que pretende prescribir impide a otro usar de su derecho²⁶.

La jurisprudencia estima de manera mayoritaria que la Observancia 6.^a permite además de abrir huecos para recibir luces y vistas el cerrar los huecos al dueño de la finca contigua, salvo que la persona que los abrió presente un título que lo impida, si bien se cuestiona qué título será idóneo para impedir la obstrucción de los huecos por parte del titular contiguo, dictando los Tribunales que será título suficiente a tal efecto la adquisición del derecho de servidumbre por parte del aperturista²⁷. El contenido de la facultad otorgada por esta Observancia 6.^a es para los jueces bastante aproximado, por no decir

La Compilación navarra alude al *largo tiempo* en materia de prescripción en la Ley 397: «*En todo caso, se respetará el uso de una servidumbre aparente cuyo ejercicio indiscutido durante largo tiempo se estime que puede continuar sin perjuicio para la finca que lo padece*».

En Aragón, el Fuero 6º *De praescriptionibus* entendía que la posesión inmemorial exigía treinta años y un día, lo mismo que la doctrina que, ante la ausencia de legislación foral al respecto, acudía al criterio impuesto por el Derecho común de las Partidas (Partida III, Libro XV, Tomo XXXI). La jurisprudencia aragonesa también se pronuncia por este periodo de tiempo de treinta años y un día (sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza, de 6 de Junio de 1923).

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Mayo de 1861.

²⁵ Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 8 de Noviembre de 1861.

²⁶ La Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 28 de Octubre de 1872 expresa que no basta para la adquisición de esta servidumbre con justificar la posesión por más de treinta años, sino que por ser negativa, el cómputo había de comenzar desde la fecha del hecho obstructivo.

²⁷ Así, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 17 de Enero de 1866 afirma que el dueño de un vago o corral al edificar un piso puede cerrar una de las ventanas de la casa contigua, si el dueño de ésta no presenta título que justifique la imposición de una servidumbre sobre el predio del primero.

muy parecido al literal de la misma, puesto que permiten que se abra en ejercicio de tal derecho ventanas, pero no balcones, ni corredores, ni voladizos, siguiendo la costumbre general observada consuetudinariamente en territorio aragonés, según la cual, tales huecos deben tener reja y red de alambre²⁸, así como la facultad que tiene el colindante de cerrar ventanas, siempre que no prive enteramente de luces a la casa vecina, de modo que quede inútil²⁹.

Otra cuestión importante que se debate en esta materia es la manera de constituir las servidumbres que impiden obstruir los huecos abiertos como expresión del régimen normal de luces y vistas, puesto que aquí luchan y concurren dos posiciones doctrinales bien distintas: de una parte, la que considera que basta el transcurso del tiempo para adquirir la servidumbre, sin precisar otro requisito; de otra, la que entiende que el cómputo del tiempo habrá de producirse desde la existencia de un hecho obstativo.

La línea jurisprudencial que exige el mero paso del tiempo³⁰ se basa en la interpretación literal de la Observancia 7.^a del Libro II *De praescriptionibus*³¹, según la cual la prescripción en servidumbres en los predios ajenos, como en un riego o camino se produce a los diez años entre presentes, mientras lo ve y lo sabe el demandante, y a los veinte entre ausentes.

No obstante, en el sentido contrario de requerir un acto obstativo para constituir una servidumbre, se pronuncian los Tribunales en otra serie de sentencias³².

La Sentencia de la Audiencia de 1 de Diciembre de 1876 también declara: «*para que deje de tener aplicación la Observancia 6.^a en cuanto el derecho del vecino de cerrar las ventanas abiertas en la pared común, es indispensable haber adquirido, por alguno de los medios que reconoce el derecho la servidumbre de luces*».

Más detallada es la Sentencia de la Audiencia de 28 de Octubre de 1872: «*Por costumbre de este Reino de Aragón y según se infiere de la Observancia 6.^a y de la Sentencia de casación de 14 de Mayo de 1861, cualquier dueño en pared común o medianera tiene el derecho a edificar sobre ella, aún privando de vistas y luces a su condueño, con tal que pueda recibirlas de otro punto, y a no ser que el condueño hubiera adquirido el derecho de impedir al otro que levante más su casa, o sea, la servidumbre de altius non tollendi*».

²⁸ Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 11 de Julio de 1908.

²⁹ Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 13 de Diciembre de 1859.

³⁰ La Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 8 de Noviembre de 1861 estima que «*la servidumbre de luces y vistas es de las que se conocen como continuas y se adquieren por la prescripción de diez y veinte años, y hallándose el dueño de una casa en posesión de una ventana por la que recibe luces de una habitación, desde hace más tiempo, carece el dueño de la casa vecina de derecho para levantar la suya, por cuanto al adquirirla se hallaba abierta dicha ventana en la misma forma*».

³¹ *Praescriptio in servitutibus in praediis alienis: ut in riguo, vel carreria habet locum inter praesentes per decem annos, si possederint pacificè vidente et sciente petitore, inter absentes per viginti annos.*

³² Así la Sentencia de 14 de Mayo de 1861 del Tribunal Supremo opina que nos encontramos ante una servidumbre de luces, que no se prescribe sin que medie un acto obstativo por parte del que trata de adquirir el derecho a luces, contra el que intenta obstruirlas. Lo mismo ocurre con la Sentencia de 25 de Junio de 1859, al afirmar que el hecho de haber consentido las luces del edificio colindante no prescribe la acción para cerrarlas edificando, porque «*en los actos potestativos no se reconoce prescripción sino desde el momento en que, principiando a obrar, es impedida o resistida la obra que pueda perjudicar al que la impide o resiste*».

Por último, en esta primera etapa analizada, la labor jurisprudencial se detuvo sobremanera en la interpretación de la mencionada Observancia 6.^a, sobre todo para concretar y desmenuzar el sentido aplicable a algunos de los vocablos utilizados. Así sucede con la voz *in pariete communi*, cuya repercusión según se le atribuya el sentido de pared común o medianera supone una mayor o menor extensión de la facultad normal derivada del derecho de propiedad. En una solución errónea y contraria a la mayoría doctrinal, la jurisprudencia de la época limitó la extensión de la facultad a las paredes medianeras y no a las comunes, sean divisorias o medianeras³³.

La misma labor interpretativa se emprendió en cuanto a la palabra *domus*, pues se dudó de si el impedimento para el propietario de la casa vecina de cerrar la ventana lo era cuando se privaba de luces a toda la casa, quedando completamente a oscuras, o bien solamente a alguna habitación de la casa contigua. En este caso, la jurisprudencia coincidió con el mayor sentir de la doctrina y concluyó que la obstrucción de los huecos no se permitiría si con ello se privaba de luces enteramente a la casa colindante, y sí permitirlo en el supuesto de que sólo con la clausura quedara sin luz alguna habitación de la casa vecina³⁴.

Año 1889: Promulgación del Código Civil

La jurisprudencia de este periodo trata de conjugar y armonizar el régimen normal del derecho de propiedad y el derecho real de servidumbre, cuando coinciden en inmuebles colindantes, optando los Tribunales por la solución de armonizar ambas modalidades de una misma realidad, entendiendo que el derecho a cerrar ventanas en pared común no está limitado por el mero paso del tiempo, sino, acaso, por la constitución de un derecho de servidumbre, que no se adquirirá por prescripción por el simple hecho de construir y exis-

³³ En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 1 de Julio de 1861 declara: «No es aplicable la Observancia 6.^a para fundar en ella el derecho a cerrar una ventana por la que recibe luz y tiene vistas una habitación sobre el solar de otro, cuando resulta justificado que la ventana está abierta no en pared común, como expresa la citada Observancia, en cuyo caso tendría el dueño del solar aquel derecho, edificando en él si la casa no quedaba privada absolutamente de luces, sino en la pared propia del dueño de la casa». Siguen esta tendencia otro grupo de Sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza (9 de Diciembre de 1879, 28 de Octubre de 1872, 21 de Agosto de 1875, 21 de Enero de 1874, 10 de Marzo de 1886, 14 de Abril de 1882, 23 de Marzo de 1891). La Sentencia de 9 de Diciembre de 1879 establece que la Observancia 6.^a sólo concedía el derecho a abrir ventanas, por lo que procede «derribar unos balcones, corredores o voladizos, contruidos hacia cuatro años en una pared medianil».

³⁴ En la Sentencia de 29 de Abril de 1862 de la Audiencia Territorial se indica que la palabra casa se refiere a todo el edificio y no a departamentos o a determinadas habitaciones, «de manera que si éstas pueden recibir luces, aunque sean secundarias... no hay duda de que pueden ser obstruidas las ventanas abiertas en pared medianil». En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias de 21 de Agosto de 1875, 21 de Enero de 1884, y 1 de Diciembre de 1876.

La Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 3 de Julio de 1907 adopta un criterio extensivo del concepto de edificación, pues no lo limita a construcciones determinadas, sino que también es aplicable además de a las viviendas a los templos, o a simples muros o paredes.

tir las ventanas, sino que además precisará la ausencia de la reclamación por el que legalmente puede oponerse a ella³⁵.

Continúa en esta época la persistencia en el error por parte de los Tribunales al considerar que la Observancia 6.^a no rige respecto de los huecos y ventanas realizados en pared propia sobre la finca contigua, aplicándose en estos casos el Código Civil (artículo 582), con carácter supletorio, por no existir regulación. Por contra, cuando se refiere a un supuesto de pared medianera o común, era viable la especialidad del Derecho aragonés³⁶. Fue destacable la opinión doctrinal contraria a esta posición de autores tan reputados como TEIXEIRA GRACIANETA³⁷, LORENTE SANZ³⁸, NAVARRO AZPÉTTIA³⁹, o el mismo LACRUZ BERDEJO⁴⁰.

La pujanza de un Código Civil reciente y flamante trató de relegar la regulación aragonesa en esta materia, si bien aquí la jurisprudencia mantuvo la vigencia del ordenamiento aragonés por contar con normativa propia al respecto⁴¹.

El Apéndice aragonés de 7 de diciembre de 1925

Pese a que, como hemos visto, los autores pensaban que, ateniéndonos a la regulación histórica así como a la literalidad del artículo 15 del Apéndice, era posible abrir huecos en pared propia, la jurisprudencia se mantuvo en su tesis opuesta, por lo que ordenaba que, ante la inexistencia de una regulación específica para el caso tratado, era preciso aplicar el contenido del Código Civil⁴².

³⁵ En este sentido se manifiesta la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 16 de Abril de 1903, con lo que se contraviene el sentir de la Comisión redactora del Proyecto de Apéndice de 1904.

La Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 3 de Julio de 1907 redunda en la necesidad de un acto obstativo en la servidumbre para que se gane por prescripción.

³⁶ Esta distinción en cuanto a la naturaleza de la pared para aplicar o no el régimen aragonés se vislumbra en la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 25 de Febrero de 1922, que autoriza la apertura de unos huecos en pared, pues si es medianera así lo permite la Observancia 6.^a, y si no lo es, también cabría hacerlos con base en el Código.

³⁷ *Apertura de huecos para luces y vistas en muro propio contiguo a suelo ajeno*, A.D.A., 1942.

³⁸ *Crónica de Jurisprudencia*, A.D.A. 1944, 1945, 1947-1948.

³⁹ *Huecos para luces y vistas en pared propia sobre suelo ajeno en Aragón*, A.D.A. 1959-1960.

⁴⁰ *La interpretación histórica y el Derecho aragonés de luces y vistas*, A.H.D.E., 1961.

⁴¹ Sigue esta tesis la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 11 de Julio de 1908, al dictar que «*habiéndose previsto y regulado el derecho de que se trata en el Derecho foral aragonés, y el consuetudinario de esta comarca, no son aplicables las disposiciones del Código Civil*». Del mismo tenor es la Sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 26 de Enero de 1917.

⁴² Sentencias de la Audiencia de Zaragoza de 20 de marzo de 1942, así como las de 20 de diciembre de 1927, 22 de octubre de 1929, 21 de julio de 1937, 13 de diciembre de 1937, 12 de marzo de 1942, 18 de octubre de 1950, 23 de mayo de 1955, 19 de diciembre de 1955, 28 de enero de 1957, 5 de febrero de 1957, 11 de noviembre de 1957, 17 de enero de 1958, 5 de marzo de 1958, 24 de abril de 1958, 2 de febrero de 1962, 17 de noviembre de 1964, 3 de mayo de 1966, 15 y 29 de noviembre de 1966, 18 de marzo de 1967.

No obstante, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 2 de mayo de 1967 supone un cambio de rumbo importante respecto a la jurisprudencia anterior, toda vez que declara que la verdadera naturaleza del régimen de luces y vistas constituye una restricción del dominio en virtud de la cual se toleran las vistas mientras no edifique el vecino y, sin que nos hallemos, por tanto, ante la figura de un derecho real de servidumbre⁴³.

En lo atinente al problema de la adquisición de la servidumbre, la jurisprudencia continúa manifestando las dudas de épocas pasadas, pero a la vez de una manera desconcertante puesto que, en ciertos supuestos que el artículo 14 del Apéndice admitía la adquisición de la servidumbre, como lo eran los de luces y vistas en pared medianera, le aplica el régimen prohibitivo atribuido para el caso de pared propia o común, negando, por consiguiente, la existencia de la prescripción como título hábil constitutivo de la servidumbre⁴⁴. Por tanto, el Apéndice no contribuyó a aclarar el sentido de la tan manida Observancia 6.^a, ya que distaban sus dictados de la tradicional regulación aragonesa, así como de las nuevas orientaciones modernas.

La entrada en vigor del Apéndice aragonés aportó problemas de Derecho Transitorio y la Judicatura se pronunció y aplicó el principio de la irretroactividad de las normas, de manera que las ventanas abiertas cuando no lo prohibía el ordenamiento jurídico generan un estado de hecho y de derecho que ha de ser respetado y, por tanto, aquéllas no habían de ser clausuradas⁴⁵.

El mismo género de controversias suscitaba la flamante Compilación de Derecho Civil a su entrada en vigor respecto al Apéndice, si bien el nuevo texto, con ánimo laudable de evitar la inseguridad jurídica en este apartado,

⁴³ La referida Sentencia (Ponente REVUELTA GOMEZ PLATERO) explicaba: «...aparece que la tolerancia obligatoria de soportar vistas mientras no edifique es sólo una restricción del dominio en Aragón y no una servidumbre: 1º porque éstas necesitan una especial demostración, no se presumen, y la existencia de las ventanas en este territorio no pueden constituir un signo inequívoco de derecho real en cosa ajena; 2º porque la limitación del derecho del demandado al haber soportado vistas, sólo es uno de los contornos hasta el que llegan los derechos dominicales, en tanto que la servidumbre es una brecha o rotura de este contorno en favor de otro, que no pueden confundirse; 3º porque las restricciones legales al dominio sólo son una forma normal de ser la propiedad que la lleva aneja desde que la finca se adscribe a su titular, en tanto que la servidumbre ha de ser originada por acto especial que le dé vida, y en este caso falta, por no existir título escrito, inscripción en el Registro, y aun prescripción, por carecer de acto obstativo al derecho tolerado; 4º porque, además de lo dicho, en esta región foral aragonesa la diferenciación entre las restricciones legales de la propiedad y las servidumbres verdaderas -como derechos limitativos del dominio- tiene mayor trascendencia todavía, porque en aquéllas preside el principio de la función social de la propiedad urbana, en el sentido de no tener limitaciones sino perjudican intereses ajenos, y cesar tal libertad cuando colisionan intereses extraños, como está proclamado desde las antiguas Observancias del Reino... , principio que ha de presidir la interpretación del Derecho de este territorio, y no siendo lícito confundir la excepción con la regla, tampoco es recto calificar de servidumbre los antiguos huecos, y no modo de ser de la propiedad urbana...». *Foro Aragonés*, 1967, nº 84.

⁴⁴ Así, la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 13 de Septiembre de 1937, y en el mismo sentido la de 8 de Abril de 1946 de la propia Audiencia.

⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1944.

opta por el criterio de la retroactividad en grado máximo⁴⁶ (es decir, la nueva ley se aplica a los hechos futuros, pendientes y consumados producidos bajo el imperio de la anterior), por lo que la entrada en vigor de la Compilación de 1967 suponía la derogación automática del polémico régimen del Apéndice foral de 1925.

A partir de la Compilación aragonesa de 1967

Tras la promulgación de la Compilación aragonesa la jurisprudencia emprendió un nuevo camino que distaba mucho del recorrido hasta entonces. En primer lugar, se trató de aclarar nítidamente la existencia de dos relaciones jurídicas bien diferenciadas a la luz de los recientes artículos 144 y 145 del texto compilado, y se concedió preferencia en caso de duda a la aplicación del primero de ellos, puesto que la parte que alegue la presunta existencia de servidumbre quedará obligado con la carga de su prueba con mayor intensidad que la parte que se opone y argumenta la aplicación de las normas relativas a las relaciones de vecindad dentro del régimen normal de la propiedad en Aragón⁴⁷.

En la época inmediatamente posterior a la Constitución surgió la polémica entre dos bienes jurídicos difíciles de conciliar: el servicio de los bienes propios siempre que no perjudique a terceros, y el derecho inviolable a la intimidad; la jurisprudencia detectó la polémica⁴⁸ pero no es en esta primera etapa, sino ya en nuestros días, como más adelante se analizará, cuando se resuelve de manera satisfactoria la cuestión.

Además, siguiendo con este razonamiento esgrimido, si no se acredita la existencia de la servidumbre, los huecos deben tenerse como meramente tolerados y no impiden el derecho del propietario vecino a obstruirlos⁴⁹. No obs-

⁴⁶ La disposición transitoria novena de la Compilación de 1967 reza: «*las disposiciones relativas a apertura de huecos en pared propia o medianera serán también aplicables a las ya construidas al tiempo de entrar en vigor la Compilación*».

⁴⁷ Así se constata en la Sentencia de 26 de Junio de 1978: «*...hace que esta doble designación aplicada al presente caso origine aparente confusión de conceptos, de si corresponde a los de una u otra clase, pero que bien examinada la cuestión a la vista de la génesis de dichos preceptos actuales, revela a las claras su referencia a dos instituciones distintas, una como régimen normal de la propiedad y otra como limitaciones del dominio...*». *Jurisprudencia aragonesa*, nº 322-C, 1978.

El mismo argumento utiliza la Sentencia de 1 de Junio de 1979: «*... queda bien patente que las tres ventanas del piso alzado no constituyen el derecho real de servidumbre, sino el régimen normal de la propiedad en Aragón y que pueden ser tapadas edificando, sin que el tabique que las obstruye merezca el concepto de edificación, por lo que debe ser demolido; que por el contrario, las dos ventanas inferiores merecen la calificación legal de luces y vistas, por lo que los demandados deben demoler lo edificado a menor distancia de la legal...*».

⁴⁸ Sentencia de la Audiencia Territorial de 1 de Junio de 1979, *Jurisprudencia aragonesa*, nº 348-C, 1979, que advierte la existencia de una confrontación entre el art. 144 de la Compilación y el art. 18, 1 de la Constitución, «*lo que requiere un examen atento respecto a si ambos son coherentes o se repelen en este caso concreto*».

⁴⁹ Así la Sentencia de 20 de Febrero de 1981: «*...como ...se revela que ambos demandados abrieron en pared propia, pero sin la existencia de voladizos sobre el fundo ajeno colindante..., es claro que se trata*

tante, sentada esta interpretación, se aplica indistintamente a los supuestos que constituyen relación de vecindad y a los que por no cumplir las condiciones de apertura del artículo 144, superan la mera relación de vecindad, aunque no constituyan apariencia alguna⁵⁰.

Por tanto, si no se acredita suficientemente que los huecos están provistos de balcones o voladizos, único signo aparente de servidumbre, han de ser tenidos por meramente tolerados, por lo que el paso de un mayor o menor lapso de tiempo desde su apertura no limita el derecho del propietario a edificar o construir, obstruyéndolas⁵¹. De manera que, ejercitado el derecho derivado de las meras relaciones de vecindad de la tradición aragonesa, mediante la apertura de huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas sobre fundo ajeno, sin que constituya mero indicio o signo aparente de servidumbre, el colindante podría exigir la adopción de la protección ordenada, de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre o protección semejante o equivalente⁵².

Nuestra legislación autoriza la práctica de huecos a cualquier distancia, considerando que ello no supone ningún perjuicio al vecino, pues éste conserva el imprescriptible derecho a construir o edificar; es decir, la apertura de los huecos no conlleva una posición ventajosa que restrinja o recorte derecho alguno al vecino para realizar en su propia finca cuantas le convengan, aunque con ello perjudique al vecino obstruyendo los huecos⁵³. No cabe, sin embargo, equiparar a los huecos las construcciones con materiales vítreos que aporten una cierta claridad y que cabe reputarse como toleradas dentro de la Compilación⁵⁴.

La Compilación establece la prohibición de que los huecos, dentro de las distancias del artículo 582 del Código Civil, constituyan balcones o voladizos, y

de un simple relación de vecindad, acto meramente tolerado o potestativo (...), acto que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta, por lo que en cualquier momento puede hacer cesar la situación, que es el contenido de la acción ejercitada, y por eso muy claramente dispone el art. 144, 3 de la Compilación foral (...) y, por tanto, pudiendo obturar los huecos tolerados». En este mismo planteamiento, la Sentencia de la Audiencia de 27 de Febrero de 1981.

⁵⁰ Esto ocurre en la Sentencia de la Audiencia Territorial de 30 de Septiembre de 1981, en la que se afirma que cuando no existe reja y red, no hay signo aparente de servidumbre y, por tanto, debe considerarse mera relación de vecindad.

⁵¹ Sentencia de la Audiencia de 27 de Enero de 1982 (*Jurisprudencia aragonesa*, nº 21-C, 1982) y siguiendo esta tendencia la de 1 de Julio de 1985 (*Jurisprudencia aragonesa*, nº 385-C, 1985).

⁵² Sentencia de la Audiencia Territorial de 9 de Mayo de 1984.

⁵³ Esta visión doctrinal basada en la teoría clásica del «*ius usus inocui*» es sostenida por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Octubre de 1983, que trae a colación el tenor literal de la Observancia 1ª *De aqua pluviatili arcenda* «...Y está allí el mejor argumento de que cada uno puede obrar a su voluntad en la posesión ajena mientras eso se haga sin daño de aquél de quien es la posesión».

⁵⁴ LACRUZ BERDEJO, en *La aplicación del material vítreo a la construcción y a las luces y vistas*, Temis, 1967, al comentar una sentencia de la Audiencia de Zaragoza de 15 de Noviembre de 1966.

que han de protegerse por reja de hierro y red de alambre remetida en la pared. Se ha definido el término voladizo o balcón como «*lo que vuela o sale de lo macizo de un muro o edificio*», en un sentido muy literal⁵⁵, negando tal concepto a un rudimentario cubrimiento de una ventana compuesto por una chapa metálica con un resto de bidón sujeta con alambres⁵⁶. No obstante, la jurisprudencia resuelve casos puntuales en cuanto a la consideración o no de voladizos de ciertos salientes (alféizar⁵⁷, terraza⁵⁸).

En suma, la jurisprudencia se hace eco del doble juego aportado por la Compilación: de una parte, muy permisivo en cuanto a los huecos en pared propia o medianera, para luces y vistas; de otro lado, en lo que se refiere a balcones u otros voladizos se adscribe al régimen restrictivo del Código Civil que establece unas distancias mínimas en su artículo 582, que deben ser respetadas⁵⁹.

La Jurisprudencia en nuestros días

A continuación se va a realizar un recorrido pormenorizado de la jurisprudencia más reciente sobre la materia que nos ocupa, siguiendo un orden cronológico en los pronunciamientos judiciales hasta nuestros días, con el fin de conocer cuál es la tendencia última de los Tribunales sobre luces y vistas y, con ello, poderla comparar con la de etapas pasadas, ya analizadas en los apartados anteriores.

Sentencia de la A. T. Z. de 30 de junio de 1987⁶⁰

Determina el sentido que debe atribuirse al término «*edificar*», al objeto de acotar cuál es el lícito ejercicio de los derechos dominicales, frente al posible abuso de derecho que tratara de frenar e impedir aquéllos. A tal efecto, declara la sentencia que se debe considerar por edificar la realización de obras u objetivación que sirvan para habitación o usos análogos.

Sentencia del J. P. I. de Teruel de 21 de enero de 1988⁶¹

Define qué debe entenderse por voladizo, todo elemento que sirve para apoyarse, asomarse, favoreciendo de este modo el ejercicio de las luces y de las

⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Territorial de 11 de Diciembre de 1985, *Jurisprudencia aragonesa*, n.º 673-C, 1985, que niega tal calificación a un vierteaguas.

⁵⁶ Sentencia de la Audiencia de 26 de Junio de 1978, *Jurisprudencia aragonesa*, n.º 323-C, 1978.

⁵⁷ La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de Octubre 1987 consideró como voladizo un alféizar que presentaba un saliente de treinta centímetros.

⁵⁸ La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de Noviembre de 1983 niega que pueda equipararse al concepto de voladizo o balcón una terraza, desestimando la pretensión del actor que consideraba que la terraza se podía asimilar a un balcón de grandes dimensiones. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Diciembre de 1986.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Junio de 1969.

⁶⁰ Informe Especial 1994. El Justicia de Aragón, pg. 239. LÓPEZ LÓPEZ.

⁶¹ Informe Especial 1994. El Justicia de Aragón, pg. 238. LÓPEZ LÓPEZ.

vistas, de manera que el disfrute no se limite a la mera percepción de éstas. «El término voladizo no puede entenderse en un sentido usual como cualquier elemento que sobresalga del paramento vertical, sino que es un concepto más restringido referido al resalte del hueco de ventana o balcón respecto al paramento de la pared en que se hallan, determinando un sobrevuelo sobre terreno contiguo a la pared y facilitando con ello el ejercicio de luces y vistas sobre finca ajena, siendo un elemento equiparable a los balcones, miradores o similares, como así se desprende de lo establecido por el artículo 144 de la Compilación y 582 del Código Civil, no pudiendo por ello estimar que la existencia de alféizares en las ventanas cuestionadas puedan ser consideradas como voladizos, ya que de ningún modo permiten o facilitan el ejercicio de las luces y las vistas».

Sentencia de la A.P.Z. de 12 de enero de 1990⁶²

Constituye una exposición general de luces y vistas, así como transcribe la Observancia 6.^a, los artículos 14 y 15 del Apéndice, y los artículos 144, 145, y 147 de la Compilación. «Todos los precedentes legislativos transcritos indican doctrinal y legislativamente la coexistencia en esta Comunidad Foral de dos instituciones que parecidas no deben confundirse: a) las relaciones de vecindad como régimen normal; b) las servidumbres con carácter excepcional. Son notas diferenciadas entre relaciones de vecindad y servidumbres, entre otras, las siguientes: a) las primeras forman parte del régimen normal de la propiedad inmobiliaria, las segundas suponen una limitación normal del dominio; b) las primeras se establecen con carácter igualitario o recíproco, mientras que las segundas constituyen un gravamen; c) en aquéllas no existe ventaja para uno y obligación para otro, y, por el contrario, en éstas existen un predio dominante y otro sirviente; d) en las relaciones de vecindad no existe derecho de indemnización y en las servidumbres, sí; e) las primeras no se extinguen por prescripción, lo que sí acontece con las servidumbres».

Sentencia del J.P.I. de Ejea de los Caballeros de 20 de febrero de 1990

La Sentencia sigue aclarando el concepto de voladizo, pues señala como requisitos mínimos para que exista voladizo «que sirva para apoyarse, sacar el cuerpo y observar mejor», añadiendo que «hacer sombra, resguardar del agua de lluvia no es la función de lo que la jurisprudencia llama voladizo. Un voladizo o alféizar no es un resalte; es un resalte con función de favorecer la vista; es decir: se trata de elemento físico unido a utilidad».

Sentencia de la A.P.T. de 14 de abril de 1990

Se ratifica la concepción ya consolidada de que los voladizos son signos aparentes de servidumbre. «Voladizos que, conforme a la interpretación doctrinal de los especialistas en Derecho Foral, de los artículos 14 y 15 del Apéndice de 1925 y hoy por aplicación de los artículos 145, 147, 148 y Disposiciones Transitorias 9 y 10 de la Compilación Foral y estimó la Sentencia de la A.T.Z. de 11 de Diciembre de 1985 con-

⁶² Las Sentencias del año 1990 proceden del Informe Anual del Justicia de Aragón. Año 1990, pgs. 394 y ss.

firmada por la del T.S. de 20 de Octubre de 1987, son signos aparentes de servidumbre, los que al haber transcurrido, incluso desde 1967, más de diez años al momento actual sin que se haya solicitado su desaparición, llevarían como consecuencia a la conclusión de estimar haberse adquirido dicha servidumbre cuando menos por usucapión».

Sentencia de la A.P.T. de 30 de mayo de 1990

Se sigue una interpretación literal de la Compilación en cuanto al concepto de signo aparente de servidumbre, pues se dicta que *«la carencia en esa ventana de dichos elementos (reja de hierro remetida en la pared y red de alambre), conforme determina el inciso 2º del artículo 145, no es signo aparente de servidumbre de luces y vistas, de modo que, por mucho tiempo que pase, no podrá adquirirse servidumbre alguna por este solo hecho».*

Sentencia de la A.P.Z. de 27 de junio de 1990

Se procede a diferenciar las denominadas relaciones de vecindad de las servidumbres, y así define las primeras como *«la amplia liberalidad existente en Aragón, mayor que en territorio de Derecho Común, la que permite las aberturas sin sujeción a dimensiones determinadas, pero con la obligación de la reja y red remetidas. La actual regulación de la Compilación de 21 de Mayo de 1985 no ha introducido modificación sobre la anterior en el Libro III al regular las relaciones de vecindad y servidumbres, y no existiendo voladizos ni signos aparentes sobre el fundo de los actores, falta para que pueda comenzar el término de usucapión el acto obstativo o prohibición formal demostrado en autos cumplidamente por los demandados, reputando la situación de autos incardinada en las relaciones de vecindad. El artículo 145 de la Compilación es bien expresivo al preceptuar que no son signos aparentes de luces y vistas la falta de protección señalada en el artículo anterior ni tampoco los voladizos sobre fundo propio».*

La misma Sentencia, en cuanto al procedimiento para exigir la colocación de reja y red frente al argumento de que debe ventilarse en juicio declarativo de menor cuantía, declara que *«si nos atenemos a la petición de la demanda, consistente en una condena a colocar reja y red en unas ventanas, es una pretensión de hacer, siendo la argumentación del juzgador de instancia correcta, debiendo añadirse solamente que el perito tasa en 56.015.- pesetas el valor de la obra (juicio de cognición). No se trata, pues, de una acción negatoria de servidumbre sino de una condena de hacer o ejecutar un derecho reconocido en el artículo 144, 2 de la Compilación, régimen normal de luces y vistas incluido en el Título «De las relaciones de vecindad».*

Sentencia de la A.P.T. de 31 de octubre de 1990

Se conjuga claramente en este pronunciamiento jurisprudencial el ejercicio del derecho dominical frente a quien no guarda las distancias debidas, y la consideración que la defensa de un derecho legítimo se puede encuadrar en el supuesto del abuso de derecho: *«Si, como ha quedado evidenciado por la prueba practicada, la edificación que lleva a cabo la entidad demandada en la finca colindante con la de los actores, no guarda distancia alguna respecto de ésta, y menos la prevista en el artículo 582 del Código Civil (...), era obligación de inexcusable cumplimiento para la mercantil demandada, conforme a lo preceptuado en el artículo 144, 2 de la*

Compilación de Derecho Civil de Aragón, colocar en dichos huecos reja de hierro remeti-da en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente, obligación incum-plida por aquélla. En manera alguna cabe calificar tal pretensión de la actora como un supuesto de abuso de derecho, que proscribe el artículo 7.2 del Código Civil, (...) los requi-sitos del abuso de derecho no concurren, en el caso que se enjuicia en el que la actora, al ejercitar dicha acción de condena frente a la mercantil demandada, no hace sino defender sus derechos dominicales respecto a la mentada finca urbana frente a la actuación desa-rrollada por aquélla en flagrante infracción de norma legal que le imponía el deber inex-cusable de colocar en los huecos de ventana de dicha pared del edificio reja de hierro reme-tida y red de alambre o similar, y ello como protección del fundo colindante, por lo que en manera alguna cabe deducir que dicha pretensión de la actora sea contraria al criterio finalista o teleológico de dicho precepto legal, sino, por el contrario, plenamente aco-modada al mismo».

Sentencia de la A.P.Z. de 6 de noviembre de 1990

Aquí se nos muestra otra interpretación del artículo 144 en cuanto a la expresión *abrir*, entendida en huecos para luces y vistas, desde una perspectiva amplia, pues «no debe ser interpretada únicamente como demolición de una parte de pared para entrada de luz, sino que debe extenderse al supuesto de construir dejando huecos para recibir luces y poder ver».

Sentencia del J.P.I. de Caspe de 21 de febrero de 1991⁶³

Parte dicha Sentencia de la distinción de régimen jurídico entre la legisla-ción común y la aragonesa respecto al derecho de abrir huecos para luces y vis-tas, «ya que en el Código Civil se establece que el dueño de la finca o propiedad contigua a la pared en que estuvieran abiertos los huecos...también podrá cubrirlos edificando en su terreno o levantando pared contigua a la que tenga dicho hueco o ventana mientras que en la Compilación del Derecho Civil de Aragón se refiere tan sólo al derecho que tiene el propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia algu-na».

Sentencia del J.P.I. de Alcañiz de 15 de marzo de 1991

Se desestima el interdicto de obra nueva y se acuerda alzar la suspensión decretada con la interposición del interdicto de la obra paralizada consistente en la ampliación de una construcción anterior, que ha supuesto tapar las vistas y la luz de dos ventanas. «Al respecto...hay que precisar que si bien los huecos de las dos ventanas fueron tapados con edificación construida por el demandado, el actor no tenía más que una posición tolerada, inhábil para la prescripción; y por tanto, no podrá decirse que fue adquirida por él dicha servidumbre, cuando su posesión dependía de los actos del demandado, ya que con arreglo a lo dispuesto en los artículos 144 y 145 de la Compilación del Derecho Civil Aragonés, autorizan sin limitaciones la apertura del

⁶³ Las Sentencias del año 1991 se han obtenido del Informe Anual del Justicia de Aragón de 1991, pgs. 467 y ss, salvo la de 12 de Noviembre del J.P.I de Barbastro, que se reseña en el Informe Especial del Justicia de Aragón de 1994, pg. 240. (LOPEZ LOPEZ)

huelco, tanto en pared propia como en divisoria, pero sometidas al condicionamiento de ser cerradas en todo momento por el colindante con nuevas construcciones». Por ello, aunque tales preceptos reconocen ciertos derechos dominicales, están condicionados a los actos del dueño de la finca colindante, que podrá cerrar en cualquier momento, por tratarse de una posesión tolerada y efímera.

Sentencia de la A.P.T de 18 de mayo de 1991

El artículo 144 de la Compilación aragonesa es interpretado en su justa medida, considerando que la facultad del propietario del fundo vecino de edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna (ex artículo 144, 2) «no legitima el ejercicio antisocial del derecho que otorga a cerrar mediante obra en fundo propio los huecos abiertos dando la vista al mismo desde el colindante».

Sentencia del J.P.I. de La Almunia de D.^a Godina de 8 de junio de 1991

La estimación de que no existe acreditado un acto obstativo a partir del que iniciar el cómputo para la prescripción de una servidumbre negativa, así como la inexistencia del transcurso del plazo legal para adquirir tal derecho impiden aplicar el supuesto del artículo 147 de la Compilación, o la simple prescripción adquisitiva de la pretendida servidumbre.

Sentencia de la A.P.Z. de 9 de octubre de 1991

Confirma la del J.P.I. de La Almunia de D.^a Godina de 8 de Junio de 1991 anterior, ya que «la no probada existencia de un hecho obstativo a partir del cual pudiera iniciarse el cómputo para la prescripción de la servidumbre ni apareciendo signos aparentes de servidumbres ante la ausencia de voladizos y balcones, no es de aplicación lo dispuesto en el artículo 147 del mismo texto foral...».

Sentencia del J.P.I. de Barbastro de 12 de noviembre de 1991

Se había abierto huecos en pared propia contigua a fundo ajeno con voladizos, y el juzgador estima que toda servidumbre de luces es continua y aparente, y en el caso concreto, además y contradictoriamente, es negativa, por lo que no ha existido la usucapión del artículo 147 de la Compilación, al no quedar constatado el acto obstativo.

Sentencia de la A.P.Z. de 24 de junio de 1992⁶⁴

Se estima una demanda que solicita la demolición de la techumbre-terraza que se introduce bajo los voladizos de un balcón, quebrantando así la prohibición legal de construir a menos de tres metros de distancia, puesto que «la existencia de huecos con balcones es, por sí misma, signo aparente de servidumbre, al no haberse dispuesto otra cosa en el título de enajenación y ello impide la construcción a menos de tres metros de una terraza como la litigiosa que, dadas sus características,

⁶⁴ Obtenidas todas las sentencias del año 92 del Informe Anual del Justicia de Aragón. Año 1992, pgs. 507 y ss.

menoscaba el derecho de luces y vistas del predio dominante porque no se trata de un mero tejado o elemento inaccesible, (...) ya que toda servidumbre legítimamente adquirida entraña, presupone y exige la posibilidad de su uso normal».

Sentencia de la A.P.H. de 26 de junio de 1992

Esta Sentencia aclara y concreta más la de la Audiencia Territorial de 1 de Junio de 1979 respecto al derecho a la intimidad: «... *pues las relaciones de vecindad y servidumbres existentes en esta materia, ...no suponen agresión o restricción alguna a dicho derecho, desde el momento que únicamente inciden sobre la configuración física de las fincas, cuyos propietarios, si desean que un determinado acto permanezca reservado..., deben proceder a realizarlo en aquella parte de su finca que no sea visible desde la del vecino o en otro lugar que estimen suficientemente discreto. ...Por ello, dada la permisibilidad existente en esta materia en Aragón para abrir huecos para luces y vistas sobre el fundo vecino, que no constituyen una servidumbre sino una regla de tolerancia y de buena vecindad aragonesa inspirada en el ius usus inocui, no puede prosperar la pretensión del actor de que se realicen obras que impidan las vistas desde la terraza o azotea controvertida...*».

Sentencia de la A.P.H. de 28 de julio de 1992

Aplica el régimen normal de luces y vistas del artículo 144 de la Compilación por no haber aportado datos convincentes que permitan estimar la existencia de la servidumbre de luces y vistas, «*dado que en la pared del actor únicamente existen unos reducidos huecos, sin voladizo de ningún tipo por lo que deben estimarse meramente tolerados...y sin que la falta de protección pueda variar el concepto de tolerados de aquéllos, puesto que dicha falta únicamente confiere al propietario del terreno la facultad de exigir la instalación de tales resguardos o defensas*».

Sentencia de la A.P.Z. de 3 de diciembre de 1992

Aborda el mismo problema anterior desestimando la consideración de un hueco sin salientes porque «*la propiedad tiene un marcado carácter social en el Derecho aragonés, que determina la regulación de las relaciones de vecindad contenida en los artículos 143 y 144 de la Compilación en que se impone al propietario de un fundo la obligación de tolerar que del fundo contiguo abra huecos para luces y vistas en pared propia o medianera sin sujeción a dimensiones, siempre que los provea de las defensas o protecciones que se describen en el artículo 144, 2...*».

Sentencia del J.P.I. de Caspe de 20 de enero de 1993⁶⁵

Se reconoce el derecho del propietario del predio colindante a edificar y construir en él sin sujeción a distancia alguna, porque «*lo que existe en la pared del actor no es un derecho real de servidumbre de luces y vistas sino una limitación intrínseca de la propiedad denominada ordinariamente «hueco de ordenanza», determinada legalmente en los artículos 144 y 145 de la Compilación aragonesa*».

⁶⁵ Obtenidas todas las sentencias del año 93 del Informe Anual del Justicia de Aragón. Año 1993, pgs. 685 y ss.

Sentencia de la A.P.H. de 21 de enero de 1993

Se niega la existencia de una servidumbre de luces y vistas, ya que *«el hecho de que en un muro propio que recaiga en finca ajena existan huecos de cualquier dimensión no puede presuponer la existencia de servidumbre, puesto que al abrirlos se ejercitó un derecho y ello aun cuando carezcan de toda protección, pues realmente tal apertura representa una mera tolerancia del dueño de la finca sobre la que recaen los huecos, quien en cualquier momento puede exigir la colocación de las mencionadas protecciones»*.

Sentencia del J.P.I. de La Almunia de D.^a Godina de 15 de marzo de 1993

Estudia un supuesto de usucapión de servidumbre de luces y vistas, por lo que *«la parte demandada...no tenía ...derecho a clausurar con su obra las ventanas de la actora...la finca de la actora tenía adquirida por usucapión servidumbre de luces y vistas sobre la finca de los demandados...»*.

Sentencia de la A.P.Z. de 22 de marzo de 1993

Conecta el artículo 147 de la Compilación aragonesa con la regulación general del Código Civil en materia de prescripción, por lo que dicho precepto *«no puede entenderse desconectado del resto de los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico que regulan con carácter general el instituto de la prescripción...en consecuencia...sólo la posesión en concepto de dueño es susceptible de generar la usucapión...»*.

Sentencia de la A.P.H. de 29 de abril de 1993

Se rechaza la demolición de una pared elevada y el cerramiento de una ventana en dicha pared, pretensiones ambas de los apelantes, ya que *«tal apertura está autorizada por el artículo 144 de la Compilación aragonesa, que establece que tanto en pared propia y a cualquier distancia de predio ajeno, como en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a distancias determinadas»*.

Sentencia del J.P.I. de La Almunia de D.^a Godina de 3 de junio de 1993

Analiza el abuso de derecho como límite al contenido del artículo 144, 3 de la Compilación: *«...la construcción del murete por el demandado supone un daño a un interés no específicamente protegido del actor...y tal daño resulta de todo punto antisocial, al suponer una actuación que ningún beneficio o ventaja otorga a su actor, resultando por ende un ejercicio excesivo y anormal de sus derechos a construir que no utiliza de acuerdo con la ratio legis que inspira el mentado precepto de la Compilación aragonesa y careciendo de todo interés legítimo para el demandado»*.

Sentencia del J.P.I. de La Almunia de D.^a Godina de 28 de julio de 1993

Se delimita el alcance del régimen de luces y vistas regulado en el artículo 144 de la Compilación, *«...estimamos que la parte demandada sólo tiene una mera facultad de abrir un hueco en su fachada, pero dicho hueco carecerá de balcón u otro voladizo, y deberá estar protegido de reja de hierro y red o protección semejante, no estando gravada la propiedad de los actores por servidumbre de luces y vistas en cuanto al referido hueco recientemente abierto, que en ningún caso podrá constituir un balcón, ya que ello conllevaría la infracción de lo establecido en el Derecho foral de Aragón...»*.

Sentencia de la A.P.H. de 29 de septiembre de 1993

Prima la aplicación del artículo 144 de la Compilación aragonesa, al entender que la apertura de huecos no es un signo contrario a la medianería, pues esta apertura es una facultad del propietario de dicho muro (*«la apertura de huecos o ventanas en paredes medianeras está autorizada por el artículo 144.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón»*).

Sentencia del J.P.I. 13 de Zaragoza de 28 de enero de 1994⁶⁶

Se desestima el interdicto de obra nueva interpuesto con el objeto de paralizar las obras del vecino, que tapaba un pretendido derecho de servidumbre de luces y vistas adquirido, ya que *«el demandado interdictal al obrar en su finca no tiene obligación de respetar distancia alguna con el fundo del actor que pueda surgir de la previa existencia de servidumbres de vistas, caso de que la misma existiera»*.

Sentencia de la A.P.H. de 7 de marzo de 1994⁶⁷

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. *«En el caso que nos ocupa...aparece claro que el Sr....ha realizado una construcción en su terreno que, sin duda, obedece, siquiera en parte, a ornamentar su terraza, que dio lugar al cerramiento de las ventanas abiertas; con ello entendemos que no hizo otra cosa que hacer uso del derecho que le concede el repetido nº 3 del artículo 144, sin que pueda hacérsele reproche alguno, que cabría en el supuesto de que se hubiera levantado un tabique que, sin reportarle beneficio de ninguna clase, fuese destinado exclusivamente a perjudicar a quienes habían abierto las ventanas...»*.

Sentencia del J.P.I. 13 de Zaragoza de 9 de marzo de 1994⁶⁸

Se aplica el artículo 541 del Código Civil (servidumbre de destino por el padre de familia) y, a pesar de la salvedad prevista en este caso, respecto de la inexistencia de signo aparente si falta reja y red, como regla general, se estima también que la falta de reja y red no es signo aparente de servidumbre de luces y vistas a los efectos de su adquisición por destino del dueño, por adolecer del principal y primer requisito del artículo 541 del Código para entender creada una servidumbre. Si existiendo tales protecciones, fuera aplicable el precepto referido (artículo 541 del Código Civil), no podría invocarse la facultad reconocida en el artículo 144, 3 de la Compilación, produciéndose la conversión propia de las relaciones de vecindad a la vigencia de un derecho real de servidumbre.

⁶⁶ Revista de de Derecho Civil Aragonés (R.D.C.A.) II, 1996, nº 2, pg. 250.

⁶⁷ R.D.C.A. II, 1996, nº 1, pg. 295.

⁶⁸ R.D.C.A. II, 1996, nº 2, pg. 263.

Sentencia del J.P.I. 14 de Zaragoza de 8 de abril de 1994⁶⁹

La facultad de abrir huecos tanto en pared propia como medianera, en virtud del artículo 144 de la Compilación, constituye una relación de vecindad, un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta que, por su parte, conserva el pleno derecho a edificar sin sujeción a distancia alguna. Por tanto, 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.

Sentencia de la A.P.Z. de 20 de abril de 1994⁷⁰

La apertura de huecos para recibir luces y vistas desde el otro fundo constituye una expresión de las denominadas relaciones de vecindad. La falta de reja y red en los mismos no es signo aparente de servidumbre que permita su adquisición por prescripción de la misma. Por contra, no prescribe la facultad del dueño del predio colindante para exigir la protección de tales huecos.

Sentencia de la A.P.Z. de 2 de mayo de 1994⁷¹

La apertura de dos agujeros con salida a la superficie, a través de los cuales recibe aire y luz, con una antigüedad superior a cincuenta años, «*deben entenderse constitutivos de servidumbre*», por lo que con las obras cuya realización han de atribuirse al demandado, «*el ejercicio de aquella servidumbre se ha obstaculizado*».

Sentencia de la A.P.H. de 6 de mayo de 1994⁷²

El régimen normal de luces y vistas faculta al vecino para edificar o construir sin sujeción a distancia alguna, aunque ello suponga taponar parte de una ventana que no constituye servidumbre de luces y vistas, sin perjuicio de que, si con motivo de las referidas obras se provoca cualquier daño al fundo colindante, se haya de reparar los perjuicios ocasionados.

Sentencia del J.P.I. de Ejea de los Caballeros de 9 de mayo de 1994⁷³

El vecino puede edificar cerrando los huecos abiertos en pared medianera, que tenían reja y red, pero no voladizo. No habiéndose alegado por la parte demandante la existencia de servidumbre de luces y vistas favorable a su predio, se entiende que los demandados han actuado en ejercicio de su derecho, y no cabe la demolición de la obra que obstruye las ventanas de la casa de la parte actora al no concurrir el requisito necesario de ilicitud concreta de los demandados.

⁶⁹ R.D.C.A. II, 1996, nº 2, pg. 265.

⁷⁰ R.D.C.A. II, 1996, nº 1, pg. 335.

⁷¹ Jurisprudencia Aragonesa, Año 1994, nº 1115, pgs. 1106 y 1107.

⁷² R.D.C.A. II, 1996, nº 1, pg. 298.

⁷³ R.D.C.A. II, 1996, nº 2, pg. 269.

Sentencia de la A.P.H. de 30 de mayo de 1994⁷⁴

Pese a la permisibilidad en Aragón para abrir huecos para luces y vistas sobre el fundo vecino, que no constituye una servidumbre sino una regla de tolerancia y de buena vecindad aragonesa inspirada en el *ius usus innocui*, no cabe que prospere la demanda pues el hueco abierto no lo es para luces o vistas, sino que se trata de una puerta cuya finalidad es la de pasar.

Sentencia de la A.P.Z. de 9 de julio de 1994⁷⁵

«La vigente *Compilación* sigue una tercera vía para la aplicación en Aragón del artículo 541 del Código Civil cuando se refiere a la adquisición de la servidumbre de luces y vistas por destino del padre de familia: ni una remisión al Código Civil para la apreciación de los signos aparentes de servidumbre como hacía el proyecto del año 1962, ni la inaplicabilidad de aquel precepto referido a la servidumbre de luces y vistas, como pretendía el proyecto de 1965, sino la vigencia del artículo 541 en Aragón, pero respetando su peculiar derecho en la regulación de los signos aparentes de servidumbre de luces y vistas». No ha lugar a la servidumbre prevista en el artículo 541 del Código Civil, 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*.

Sentencia del J.P.I. de La Almunia de D.ª Godina de 5 de octubre de 1994⁷⁶

El disfrute de unas ventanas y vistas sobre el solar vecino, más o menos duradero, supone un mero y simple hecho posesorio, de mera tolerancia, y por sí solo no constituye derecho de servidumbre, según deriva del artículo 444 del Código Civil. No prospera, por tanto, el interdicto de obra nueva ante la construcción de un muro que cierra huecos de luces y vistas, cuando ni se acredita, ni siquiera se alega la existencia de una servidumbre de luces y vistas.

Sentencia de la A.P.Z. de 17 de octubre de 1994⁷⁷

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. Al tratarse la servidumbre de luces de una modalidad de servidumbre negativa, se exige la existencia de un acto obstativo para el cómputo del dies a quo de los diez años precisos para su adquisición por usucapión.

Sentencia de la A.P.Z. de 18 de octubre de 1994⁷⁸

La falta de voladizos excluye la constancia de signo aparente de servidumbre, y la mera apertura de los huecos sobre predio antiguo, así como la cons-

⁷⁴ R.D.C.A. II, 1996, nº 1, pg. 299.

⁷⁵ R.D.C.A. II, 1996, nº 1, pg. 339.

⁷⁶ R.D.C.A. II, 1996, nº 2, pg. 289.

⁷⁷ R.D.C.A. II, 1996, nº 1, pg. 347.

⁷⁸ R.D.C.A. II, 1996, nº 1, pg. 348.

trucción sobre él cerrándolos, son relaciones de vecindad legalmente permitidas.

Sentencia de la A.P.T. de 25 de octubre de 1994⁷⁹

La existencia de verdaderos voladizos en pared propia sobre finca ajena, invadiendo su vuelo, implica que la servidumbre constituida es de naturaleza positiva, mientras que la simple apertura de huecos o ventanales habría de estimarse como servidumbre negativa.

Sentencia del J.P.I. de 15 de diciembre de 1994⁸⁰

El derecho del vecino a edificar cuenta con los límites del ejercicio del mismo conforme a las exigencias de la buena fe y a la prohibición del abuso de derecho, por lo que sólo cabe ampararse en tal derecho cuando, pese a suponer un perjuicio para el colindante, represente un claro beneficio para quien lo efectúa, y no cuando solamente tenga por finalidad el obstruir el derecho del colindante a abrir huecos en pared propia o medianera.

Sentencia de la A.P.Z. (5.ª) de 27 de diciembre de 1994⁸¹

El derecho del vecino a construir no conlleva que la referida construcción sea de una determinada importancia o alcance, sino que bastaría, como sucede en el caso específico, la construcción metálica con uralita que cierra los huecos abiertos en la pared de la finca colindante, en respuesta a la relación de vecindad existente, puesto que no se aprecia ni demuestra perjuicio alguno.

Sentencia de la A.P.Z. (2.ª) de 27 de diciembre de 1994⁸²

Los voladizos que recaen sobre fundo ajeno constituyen signo aparente de servidumbre, que permiten su adquisición por el paso de diez años. Sin embargo, los huecos abiertos en pared propia sin estar protegidos con reja y red no suponen signo aparente de servidumbre, sino sólo incumplimiento del régimen ordinario de propiedad, lo cual implica el derecho a exigir la colocación de la protección adecuada.

Sentencia de la A.P.H. de 12 de enero de 1995⁸³

La permisibilidad para abrir huecos para luces y vistas sobre fundo ajeno no constituye una servidumbre, sino una regla de tolerancia y buena vecindad aragonesa inspirada en el ius usus innocui. La ventana, al carecer de voladizos u

⁷⁹ R.D.C.A. II, 1996, nº 1, pg. 326.

⁸⁰ R.D.C.A. II, 1996, nº 2, pg. 306.

⁸¹ R.D.C.A. II, 1996, nº 1, pg. 356.

⁸² R.D.C.A. II, 1996, nº 1, pg. 355.

⁸³ Obtenidas las sentencias del año 95 del Informe Especial del Justicia de Aragón. Año 1995, pgs. 149 y ss.

otros signos aparentes de servidumbre, sería un hueco meramente tolerado en aras de las buenas relaciones de vecindad; y es que el voladizo de la terraza no puede estimarse como signo de servidumbre respecto de la ventana, porque *«para que se diese ese signo, los voladizos o balconadas deberían afectar directamente a los huecos abiertos»*.

Sentencia del J.P.I. de La Almunia de D.^a Godina de 4 de febrero de 1995

El derecho del propietario del fundo vecino no tiene otro requisito que el de que la obra realizada sea 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. La prohibición de los actos de emulación constituye el antecedente histórico de la teoría moderna del abuso de derecho. Por tanto, *«han de considerarse ilícitos aquellos actos de quien, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de derecho, traspasa en realidad los linderos impuestos por la equidad y la buena fe, persiguiendo exclusivamente el daño de un tercero sin un verdadero y protegible interés propio»*.

Sentencia del J.P.I. 13 de Zaragoza de 17 de febrero de 1995

El contenido del derecho de luces y vistas regulado en el artículo 144 de la Compilación otorga *«libertad al que construye en su propiedad de privar al otro de luces o vistas de que había venido disfrutando como vecino»*.

Sentencia de la A.P.H. de 8 de marzo de 1995

Procede a diferenciar las vistas rectas y de costado, entendiendo que las primeras son aquéllas en que para divisar el predio ajeno no es necesario asomar la cabeza al exterior.

Sentencia del J.P.I. de La Almunia de D.^a Godina de 15 de abril de 1995

Los restos de lo que pudieron ser en su día marquesinas o viseras en la parte superior de las ventanas para la protección del calor y otros restos de antepecho de ventana que aparecen como salientes debidos al propio deterioro del revestimiento de la fachada no constituyen signos aparentes de servidumbre, al no ser considerados elementos constructivos volados.

Sentencia de la A.P.H. de 17 de mayo de 1995

En lo que a balcones o voladizos se refiere, si no hay dos metros de distancia entre la pared que se construyen y la propiedad del vecino, no cabe que los huecos dispongan de balcones u otro tipo de voladizos, según se deriva del artículo 144 de la Compilación aragonesa en relación con el artículo 582 del Código Civil.

Sentencia de la A.P.H. de 13 de septiembre de 1995

La existencia de un voladizo en pared ajena como signo aparente de servidumbre impediría edificar sin sujetarse a las distancias expuestas en los

artículos 583 y ss. del Código. No obstante, la propia naturaleza de la servidumbre exige su ejercicio, y cuando éste no se produce o es imposible su existencia, pierde virtualidad y se extingue la referida servidumbre.

Por otro lado, para que el signo del voladizo o balcón evidencie la existencia de la servidumbre es requisito imprescindible que recaiga sobre finca ajena, por lo que si recae sobre fundo propio o común, tal signo desapareció.

Sentencia de la A.P.T. de 14 de diciembre de 1995

Las azoteas y barandillas en las terrazas se consideran como equivalentes a grandes balcones, incluidas, por tanto, en la prohibición del artículo 583 del Código Civil, sin merma 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». Además, el párrafo 2º del artículo 144 de la Compilación regula la permisividad solamente de huecos carentes de balcones y otros voladizos que habrán de estar provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre.

Sentencia de la A.P.T. de 9 de enero de 1996⁸⁴

Se analiza el concepto de voladizo, aludiendo para ello al sentido gramatical del término, esto es, «lo que vuela o sale de lo macizo de un muro o edificio», si bien se considera dicha significación como insuficiente por descansar meramente en una configuración física, por lo que se ha negado tal consideración en ocasiones a un vierteaguas, o una chapa metálica sujeta con alambre.

El caso concreto presenta la existencia de rejas en las dos ventanas abiertas en la planta baja de la casa de los actores, que sobrevuelan el fundo vecino. No se considera signo aparente de servidumbre puesto que «además de sus notas de orden puramente físico, ha de relacionarse con la virtualidad idónea para el ejercicio de facto de la servidumbre, y 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...». Sin embargo, el caso que nos ocupa parece indicar lo contrario: «una especie de protección, aunque irregular, indicativa de prevenciones o, en cualquier caso, un puro embellecimiento como elemento arquitectónico adicional». Así, el comienzo de los lapsos temporales a efectos de usucapión «habría de situarse en la realización del acto obstativo a que se refiere el artículo 583 del Código Civil, al ser negativa esta índole de gravamen».

⁸⁴ Obtenidas las sentencias del año 96 de los Informes Especiales del Justicia de Aragón. Año 1996, pgs. 139 y ss.

Sentencia de la A.P.H. de 19 de enero de 1996

El abuso de derecho constituye un límite al ejercicio de las facultades emanadas del régimen normal de luces y vistas del artículo 144 de la Compilación, entendiéndose por acto abusivo *«aquel que por la intención de su autor sobrepasa manifestamente los límites normales de actuación de un derecho con daños para tercero y tal intención se puede descubrir cuando el derecho se actúa con el propósito de perjudicar, propósito que se obtiene a su vez valorando el fin perseguido o las circunstancias del acto tendente a causar un perjuicio para otro sin beneficio propio...»*.

«...Las razones expuestas por la hoy apelante para la colocación de tales lonas las fundamentó en la necesidad de cubrir el tejado del cobertizo para proceder al secado de higos, ciruelas y demás frutos, evitar que los vecinos, a través de las ventanas, arrojaran polvo y desperdicios en su propiedad y asimismo el poder substraerse de las miradas y fiscalizaciones que los vecinos realizaban desde la ventana, al no poseer ni reja de hierro ni red de alambre les permitían una amplia panorámica de su propiedad...El tejado del cobertizo no es utilizable como secadero de frutos por ser lugar sombrío con poco sol y que los toldos levantados no protegen el secado y no tienen, en ese sentido, ninguna utilidad práctica».

En cuanto al derecho a la intimidad como justificante para excluir la aplicación del abuso de derecho, *«dicha finalidad es perfectamente lícita y protegible jurídicamente, y excluye la aplicación de la teoría del abuso de derecho al no ejercitarse con el fin de perjudicar a un tercero, sino para obtener un beneficio propio»*. No obstante, *«si la finalidad perseguida por los apelantes hubiera sido la de proteger aquel derecho a la intimidad, ésta se hubiera logrado en idéntica forma y sin perjuicio para los actores colocando la misma instalación que existe, no en la parte posterior e izquierda de la cubierta de la caseta, sino simplemente en la parte frontal de la misma, ...con lo que su intimidad hubiera quedado protegida sin perjuicio alguno para la propiedad vecina»*.

Sentencia del J.P.I. de Barbastro de 26 de febrero de 1996

Se contempla un supuesto de régimen normal de luces y vistas, con base en el artículo 144 de la Compilación aragonesa, en el que se autoriza la apertura de ventanas en paredes medianeras, que recaigan sobre fondo ajeno.

Sentencia de la A.P.T. de 8 de mayo de 1996

Se delimita nítidamente el concepto de régimen normal de luces y vistas y el de servidumbre para luces y vistas, al entender que *«los voladizos, como signos aparentes de servidumbre, se limitan a aquéllos que puedan tener las ventanas o los huecos que en la pared existan abiertos para facilitar la entrada de 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»*. Las ventanas de este supuesto carecen de cualquier balcón o voladizo y están provistas de reja remetida en la pared y red de alambre, signo evidente, 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»*.

Sentencia de la A.P.Z. (5.ª) de 8 de julio de 1996

Se describe de manera clara el derecho contenido en el régimen normal de luces y vistas del Derecho aragonés, partiendo de su delimitación con la legislación común. Se concibe el primero como la pugna entre los principios contrapuestos de servirse al máximo de los bienes propios y el de no perjudicar el derecho del vecino, permitiéndose la apertura de huecos en pared propia con vistas sobre suelo ajeno, mientras no se perjudique el derecho a edificar el predio vecino, si bien el derecho a construir o edificar por éste último «*no ampara a levantar tabiques, o simples paredes, sin ninguna utilidad para quien los levante, o persigan sólo la finalidad, abusiva y contraria al artículo 7 del Código Civil, de privar de luces y vistas a quien abrió huecos en pared propia o medianera*».

Sentencia del J.P.I. de Jaca de 12 de noviembre de 1996

Además de abordar el concepto de «voladizo», se realizan una serie de consideraciones sobre el término «acto obstativo». Así, siguiendo la tesis del Tribunal Supremo de 30 de Octubre de 1983, «*en Aragón, al lado de las reglas de buena vecindad a las que se refiere el artículo 144 de la Compilación, subsistía y subsiste el régimen tradicional y normas de constitución y adquisición de servidumbre, persistiendo en materia de luces y vistas la necesidad del acto obstativo del dueño del presunto fundo dominante dirigido al del sirviente para que no obstruyera las luces y vistas*». En este caso nos hallamos con unas ventanas que omiten las protecciones legales, lo cual no implica que el vecino que las ha abierto haya ganado algún derecho de servidumbre de luces y vistas; antes al contrario, no gana ninguno por este solo hecho. «*Lo único a que da lugar es que desde el mismo momento en que son abiertos irregularmente, comienza el cómputo del plazo de prescripción extintiva de 30 años que fija el Código Civil...Es decir, aunque efectivamente hubieran transcurrido treinta años desde su apertura y el dueño del fundo al que dan los huecos hubiera perdido el derecho a exigir la protección del artículo 144 de la Compilación, no por ello el vecino que los abre goza de derecho de servidumbre, sino sólo el derecho a no colocar tal protección, de suerte que si su vecino decide edificar tapando esos huecos, quien los abrió, no puede oponer la existencia de servidumbre alguna en su favor para impedirlo...*».

VII. CONCLUSIONES

Primera.— La Observancia 6.^a *De aqua pluviali arcenda* instaaura un principio basado en la libertad de apertura de huecos o ventanas para los propietarios en las casas en Aragón con la finalidad de tomar luz del predio ajeno, así como para gozar de las vistas a través del fundo vecino. No obstante, la interpretación de este precedente legislativo planteó problemas en cuanto a la expresiones *in pariete communi, domus*, así como lo relativo a la naturaleza de la relación jurídica emanada de la mencionada facultad.

El error mantenido por la jurisprudencia en cuanto a la consideración como servidumbre y no como mera relación de vecindad, así como la limita-

ción del derecho de apertura para las paredes medianeras, y no para las comunes o propias, contribuyó a distorsionar y desvirtuar la verdadera esencia de la modalidad aragonesa frente al Derecho común, a pesar de que, paradójicamente al error apuntado, los Tribunales se afirmaban en la diferenciación del régimen jurídico aragonés sobre el común en esta materia.

En lo atinente al problema de la adquisición de la servidumbre, la jurisprudencia continúa manifestando las dudas de épocas pasadas, pero a la vez de una manera desconcertante puesto que, en ciertos supuestos que el artículo 14 del Apéndice admitía la adquisición de la servidumbre, como lo eran los de luces y vistas en pared medianera, le aplica el régimen prohibitivo atribuido para el caso de pared propia o común, negando, por consiguiente, la existencia de la prescripción como título hábil constitutivo de la servidumbre. Por tanto, el Apéndice no contribuyó a aclarar el sentido de la tan manida Observancia 6.^a, ya que distaban sus dictados de la tradicional regulación aragonesa, así como de las nuevas orientaciones modernas.

Esta situación subsiste hasta la Compilación de 1967, si bien ya la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 2 de Abril de 1967 supuso un giro importante respecto de la tendencia equivocada sostenida por la jurisprudencia anterior.

Segunda.— Tras la promulgación de la Compilación aragonesa la jurisprudencia emprendió un nuevo camino que distaba mucho del recorrido hasta entonces. En primer lugar, se trató de aclarar nítidamente la existencia de dos relaciones jurídicas bien diferenciadas.

En la época inmediatamente posterior a la Constitución surgió la polémica entre dos bienes jurídicos difíciles de conciliar: el servicio de los bienes propios siempre que no perjudique a terceros, y el derecho inviolable a la intimidad.

Además, se entiende que si no se acredita la existencia de la servidumbre, los huecos deben tenerse como meramente tolerados y no impiden el derecho del propietario vecino a obstruirlos. No obstante, sentada esta interpretación, se aplica indistintamente a los supuestos que constituyen relación de vecindad y a los que por no cumplir las condiciones de apertura del artículo 144, superan la mera relación de vecindad, aunque no constituyan apariencia alguna.

Por tanto, si no se acredita suficientemente que los huecos están provistos de balcones o voladizos, único signo aparente de servidumbre, han de ser tenidos por meramente tolerados, por lo que el paso de un mayor o menor lapso de tiempo desde su apertura no limita el derecho del propietario a edificar o construir, obstruyéndolas.

Nuestra legislación autoriza, por tanto, la práctica de huecos a cualquier distancia, considerando que ello no supone ningún perjuicio al vecino, pues éste conserva el imprescriptible derecho a construir o edificar; es decir, la apertura de los huecos no conlleva una posición ventajosa que restrinja o recorte

derecho alguno al vecino para realizar en su propia finca cuantas le convengan, aunque con ello perjudique al vecino obstruyendo los huecos.

En suma, la jurisprudencia se hace eco del doble juego aportado por la Compilación: de una parte, muy permisivo en cuanto a los huecos en pared propia o medianera, para luces y vistas; de otro lado, en lo que se refiere a balcones u otros voladizos se adscribe al régimen restrictivo del Código Civil que establece unas distancias mínimas en su artículo 582, que deben ser respetadas.

Tercera.— Partiendo de la distinción entre las dos relaciones e instituciones parecidas que no han de confundirse, la servidumbre de luces y vistas se reputa de naturaleza continua, aparente y negativa, por lo que precisa para su adquisición por prescripción un acto obstructivo del dueño del presunto fundo dominante dirigido al del sirviente para que no obstruyera las luces y vistas, y una vez adquirida legítimamente entraña, presupone y exige la posibilidad de su uso normal.

Cuarta.— En lo referente al contenido de las facultades derivadas del régimen normal de luces y vistas en Aragón, hemos de destacar lo siguiente:

- a) Los derechos dominicales están condicionados a los actos del dueño de la finca colindante, que podrá cerrar en cualquier momento, por tratarse de una posesión tolerada y efímera, sin que dicha construcción deba ser de una determinada importancia o alcance. Dicha facultad de apertura de huecos constituye una relación de vecindad, un acto meramente tolerado y potestativo, fundado en las reglas de la tolerancia y buena vecindad aragonesa inspirada en el *ius usus innocui*, que no genera derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta.
- b) La expresión *abrir* entendida para huecos y luces será interpretada no sólo como la demolición de una parte de la pared para entrada de luz, sino también al supuesto de construir dejando huecos para recibir luces y poder ver.
- c) La propia naturaleza de la servidumbre exige su ejercicio, y cuando éste no se produce o es imposible su existencia, pierde virtualidad y se extingue la referida servidumbre.
- d) La falta de protección en los huecos confiere únicamente al propietario del terreno la facultad de exigir la instalación de tales resguardos o defensas. El procedimiento idóneo para compeler a su colocación será el juicio declarativo de menor cuantía, basado no en una acción negatoria de servidumbre, sino en una pretensión de hacer y, por tanto, en una acción de condena de hacer o ejecutar un derecho reconocido legalmente.
- e) El derecho del vecino a edificar cuenta con los límites del ejercicio del mismo conforme a las exigencias de la buena fe y a la prohibición del abuso de derecho, por lo que sólo cabe ampararse en tal derecho cuando, pese a suponer un perjuicio para el colindante, represente un claro

beneficio para quien lo efectúa, y no cuando solamente tenga por finalidad el obstruir el derecho del colindante a abrir huecos en pared propia o medianera.

En cuanto al derecho a la intimidad como justificante para excluir la aplicación del abuso de derecho, *«dicha finalidad es perfectamente lícita y protegible jurídicamente, y excluye la aplicación de la teoría del abuso de derecho al no ejercitarse con el fin de perjudicar a un tercero, sino para obtener un beneficio propio»*. No obstante, *«si la finalidad perseguida por los apelantes hubiera sido la de proteger aquel derecho a la intimidad, ésta se hubiera logrado en idéntica forma y sin perjuicio para los actores colocando la misma instalación que existe, no en la parte posterior e izquierda de la cubierta de la caseta, sino simplemente en la parte frontal de la misma, ...con lo que su intimidad hubiera quedado protegida sin perjuicio alguno para la propiedad vecina»*.

Quinta.— A la hora de aclarar el concepto de *voladizo*, apuntamos las siguientes precisiones:

El término *voladizo* no puede entenderse en un sentido usual como cualquier elemento que sobresalga del paramento vertical, sino que es un concepto más restringido referido al resalte del hueco de ventana o balcón respecto al paramento de la pared en que se hallan, determinando un sobrevuelo sobre terreno contiguo a la pared y facilitando con ello el ejercicio de luces y vistas sobre finca ajena, siendo un elemento equiparable a los balcones, miradores o similares, como así se desprende de lo establecido por el artículo 144 de la Compilación y 582 del Código Civil, no pudiendo por ello estimar que la existencia de alféizares en las ventanas cuestionadas puedan ser consideradas como *voladizos*, ya que de ningún modo permiten o facilitan el ejercicio de las luces y las vistas. Además, se requiere que sirva para apoyarse, sacar el cuerpo y observar mejor, añadiendo que hacer sombra, resguardar del agua de lluvia no es la función de lo que la jurisprudencia llama *voladizo*. Un *voladizo* o alféizar no es un resalte; es un resalte con función de favorecer la vista; es decir: se trata de elemento físico unido a utilidad.

No se entiende como tal los restos de lo que pudieron ser en su día marquesinas o viseras en la parte superior de las ventanas para la protección del calor y otros restos de antepecho de ventana que aparecen como salientes debidos al propio deterioro del revestimiento de la fachada no constituyen signos aparentes de servidumbre, al no ser considerados elementos constructivos volados. Tampoco se concede tal virtualidad a un mero vierteaguas, o una chapa metálica sujeta con alambre.

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) Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía
para la reintroducción del art. 29***

***1. Propuesta de reforma de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto,
de Estatuto de Autonomía de Aragón, modificada por la Ley Orgánica
6/1994, de 24 de marzo, y por la Ley Orgánica 5/1996,
de 30 de diciembre, de reforma de dicho Estatuto
(BOCA núm. 9, de 5 de octubre de 1999)***

**PRESIDENCIA DE LAS CORTES
DE ARAGÓN:**

La Mesa de las Cortes de Aragón, en sesión celebrada el día 24 de septiembre de 1999, ha admitido a trámite la Propuesta de reforma de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón, modificada por la Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo, y por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de reforma de dicho Estatuto, que ha sido presentada por 22 Diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, del Partido Aragonés, Chunta Aragonesista y Mixto. La Mesa, de conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 del Reglamento de la Cámara, ha ordenado su publicación y su remisión a la Diputación General para que manifieste su criterio respecto a la toma en consideración de esta iniciativa legislativa.

Zaragoza, 24 de septiembre de 1999.

El Presidente de las Cortes
JOSÉ MARÍA MUR BERNAD

A LA MESA DE LAS CORTES DE ARAGÓN:

Los Diputados abajo firmantes, al amparo de lo establecido en los artículos 61 de la Ley Orgánica 5/96, de 30 de diciembre, y 150 y siguientes del Reglamento de las Cortes de Aragón, presentan la propuesta de reforma al Estatuto de Autonomía de Aragón, que al final del escrito se indica y que tiene como antecedentes los siguientes fundamentos:

Por iniciativa unánime de todos los Grupos Parlamentarios de las Cortes de Aragón, se promovió, en la III Legislatura, la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón de 1982.

La reforma propuesta, previos los trámites preceptivos, fue aprobada con las modificaciones introducidas en el Congreso de los Diputados mediante Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre.

La Comisión especial constituida al efecto en las Cortes de Aragón, con participación de todos

los Grupos Parlamentarios, elaboró el correspondiente proyecto en el que se modificaban, total o parcialmente, algunos artículos del texto a reformar, al mismo tiempo que se mantenía la redacción íntegra de algunos otros.

La voluntad de la Comisión fue evidentemente la de ampliar el nivel de autogobierno y, en ningún caso, suprimir, mermar o renunciar a las competencias ya atribuidas.

Al reordenar entonces la enumeración de los artículos, se sufrió un error material, consistente en la omisión del artículo 29 de la redacción del texto a reformar, error que subsistió en los trámites seguidos en el Congreso y en el Senado y sin que a lo largo del debate, tanto de las Cortes de Aragón como en las Cortes Generales, se advierta intervención alguna que pudiera ser consecuencia de una voluntad política opuesta a la subsistencia del artículo 29 antes mencionado.

La supresión del citado artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón ha creado desconcierto e inseguridad, ya que la realidad es que, a pesar de que distintas opiniones sostienen que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón mantiene la totalidad de las competencias que venía ejerciendo con anterioridad a la Ley Orgánica 5/1999, lo cierto es que el propio Tribunal de Justicia de Aragón se ha declarado incompetente para entender en casación de los asuntos en que se discute nuestro Derecho Civil propio, por entender que es indispensable que nuestro Estatuto contemple, de forma expresa y fuera de toda duda, las competencias, para resolver en última

instancia, los asuntos en los que debe aplicarse el Derecho Aragonés.

Por otra parte, la Ley Orgánica del Poder Judicial, al enumerar las competencias que corresponden en su caso a los Tribunales Superiores de Justicia en las materias que le son propias, menciona como necesaria la concurrencia de dos requisitos: el primero, que se funde en infracción de normas de Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad; y, segundo, que además el Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución, circunstancia que, con claridad se daba en la redacción del tan mentado artículo 29 de nuestro Estatuto, pero que, sin embargo, no parece claro en la redacción actual, en la que, por error, no figura dicho texto.

De lo hasta aquí expuesto se deduce con claridad que la eliminación del artículo 29 del texto de 1982 fue un error material ajeno a la voluntad de esta Cámara y que es preciso corregir en defensa de la seguridad jurídica y de nuestro Derecho Civil propio.

Por ello, y en aras de estos principios, procede incorporar a nuestro Estatuto vigente, como artículo 28 bis, el texto literal del artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón aprobado por Ley Orgánica 8/1982.

Por todo ello, se propone la siguiente Reforma de nuestro Estatuto de Autonomía aprobado por Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, consistente en la incorporación de nuevo:

«Artículo 28 bis:

Uno. 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 revisión, en las materias de Derecho Civil foral aragonesas.

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 y 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 aragones, que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad.

Dos. 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 Estatuto 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, 13 de septiembre de 1999.

El Portavoz del G.P. Socialista
FRANCISCO PINA CUENCA

La Portavoz del G.P.
del Partido Aragonés
BLANCA BLASCO NOGUÉS

El Portavoz del G.P.
Chunta Aragonesista
CHESÚS BERNAL BERNAL

El Portavoz del G.P. Mixto
JESÚS LACASA VIDAL

Los Diputados
del G.P. Socialista
JOSÉ MARÍA BECANA SANAHUJA
ROSA PONS SERENA
RAFAEL LASMARÍAS LACUEVA
MARÍA PELLICER RASO
JUANA BARRERAS FALO

Los Diputados del G.P.
del Partido Aragonés
JAVIER ALLUÉ SUS
TRINIDAD AULLÓ ALDUNATE
MONTSERRAT COSTA VILLAMAYOR
JOSÉ ÁNGEL BIEL RIVERA
EMILIO EIROA GARCÍA
INOCENCIO MARTÍNEZ SÁNCHEZ
JOSÉ MARÍA MUR BERNAD
MIGUEL PAMPLONA ABAD
MIGUEL ÁNGEL USÓN EZQUERRA

Los Diputados del G.P.
Chunta Aragonesista
YOLANDA ECHEVERRÍA GOROSPE
BIZÉN FUSTER SANTALIESTRA
JOSÉ ANTONIO LABORDETA SUBÍAS
CHESÚS YUSTE CABELLO

2. Criterio de la Diputación General en relación con la toma en consideración de la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.
(BOCA núm. 13, de 3 de noviembre de 1999)

**PRESIDENCIA DE LAS CORTES
DE ARAGÓN**

La Mesa de las Cortes, en sesión celebrada el día 28 de octubre de 1999, ha conocido la certificación remitida por el señor Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales, relativa al acuerdo adoptado por el Consejo de Gobierno de la Diputación General de no manifestar objeción alguna a la toma en consideración de la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, presentada por veintidós Diputados de los GG.PP. Socialista, del Partido Aragonés, Chunta Aragonesista y Mixto, y publicada en el BOCA núm. 9, de 5 de octubre de 1999.

Zaragoza, 28 de octubre de 1999.

El Presidente de las Cortes
JOSÉ MARÍA MUR BERNAD

CERTIFICO

Que la Diputación General, en su reunión celebrada el día 19 de octubre de 1999, adoptó, entre otros, un acuerdo que, copiado literalmente, dice lo siguiente:

«Se acuerda:

Primero.— No manifestar objeción a la toma en consideración por las Cortes de Aragón de la de la Propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Segundo.— Dar traslado de este Acuerdo a las Cortes de Aragón.»

Y para que así conste y su remisión al Excmo. Sr. Presidente de las Cortes de Aragón, expido la presente certificación, en Zaragoza y en la sede de la Diputación General de Aragón, a veinte de octubre de mil novecientos noventa y nueve.

El Secretario del Gobierno
de Aragón
JOSÉ ÁNGEL BIEL RIVERA

3. Debate y votación sobre la toma en consideración de la proposición de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.
(Diario de sesiones de las Cortes de Aragón núm. 7)

El señor secretario primero FUSTER SANTALIESTRA: Gracias, señor presidente.

«Don José Ángel Biel Rivera, secretario del Gobierno de Aragón, certifico que la Diputación General, en su reunión celebrada el día 19 de octubre de 1999, adoptó, entre otros, un acuerdo que, copiado literalmente, dice lo siguiente:

“Se acuerda:

Primero.— No manifestar objeción a la toma en consideración por las Cortes de Aragón de la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Segundo.— Dar traslado de este acuerdo a las Cortes de Aragón, y su remisión al excelentísimo señor presidente de las Cortes de Aragón.”

Y, para que así conste, expido la presente certificación en Zaragoza y en la sede de la Diputación General de Aragón, a veinte de octubre de 1999.»

El señor PRESIDENTE: Gracias, señor secretario.

Para la presentación y defensa de la proposición de reforma tiene la palabra, en representación de los diputados proponentes, el diputado don Emilio Eiroa.

El señor diputado EIROA GARCÍA: Señor presidente. Señorías.

Comparecemos hoy en esta tribuna al objeto de debatir y de votar una propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón. Más exactamente yo diría que no se trata de una reforma al uso, ni de una reforma solicitando ampliación de competencias, ya que, en definitiva, lo que entendemos, con respecto a otros criterios, es que de lo que se trata es de corregir un error que se sufrió en la redacción de la reforma de nuestro Estatuto y que suprimió el artículo 29 que figuraba en aquel texto.

Esta supresión ha planteado problemas de interpretación de nuestro Estatuto, y entendemos que lo más conveniente, lo más correcto, lo más práctico, sería corregir ese error. Corregir ese error que lógicamente lleva consigo esta tramitación, que es una tramitación de reforma del Estatuto, pero circunstancia exclusivamente a incorporar, a reincorporar el artículo 29 antiguo de nuestro Estatuto al texto actual.

Se ha intentado restarle importancia al problema planteado con esta modificación, con esta supre-

sión. Hemos de decir que, posiblemente, este tema no produzca grandes manifestaciones, ni produzca tampoco cortes de vías; lo único que nos puede cortar es un poco el camino de la construcción de nuestro Derecho. Pero es un tema importante, porque afecta en definitiva a la construcción de una de las señas de identidad aragonesa, que es la construcción de nuestro Derecho, del Derecho civil, del Derecho foral aragonés.

Permítanme que, aunque sea reiterativo, hagamos un planteamiento de la cuestión (un planteamiento —yo diría— histórico) de cómo y por qué se plantea este problema. La competencia de la Sala de lo Civil y Penal de los tribunales superiores de justicia viene atribuida en el artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del año ochenta y cinco. Conforme al apartado primero de aquel texto, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón conocerá del recurso de casación que establezca la ley contra las resoluciones y órganos jurisdiccionales en el orden civil con sede en las comunidades autónomas, siempre que se cumplan dos condicionamientos. Uno de ellos, que 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. Son dos condiciones que se exigen para la posibilidad de formalización de este recurso.

También conocerá la Sala de lo Civil del recurso extraordinario de revisión. Porque muchas veces este problema lo estamos circunscribiendo al recurso de casación, y el

recurso de revisión es un recurso importantísimo, es un recurso excepcional, que lo que trata es de modificar una sentencia firme. Por tanto, es una cuestión que tiene una tremenda transcendencia, sobre todo para los justiciables. Es indiferente que haya uno, dos, tres o veinte casos en el tema; pero ocurre con este recurso algo parecido —y es un tema que está hoy de moda— como con la pena de muerte: con que haya un único error a lo largo del tiempo, justifica la anulación de esa pena de muerte. El recurso de revisión no digo que sea igual, pero podía parecer algo singular: es que todos esos recursos en los que se juegan importantes temas debían resolverse con la rapidez con que hoy, por la circunstancia que estamos debatiendo, no se resuelven.

Para conocer de este recurso de revisión se necesitan también, según la Ley Orgánica del Poder Judicial, las dos condiciones a las que antes he hecho mención: que sea en materia de Derecho civil, foral o especial, propio de la comunidad autónoma, y también que el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución. Atribución que se preveía ya en el artículo 29 de nuestro Estatuto anterior.

Y una cosa de la que también nos olvidamos cuando se plantea este problema, que son los recursos contra las calificaciones de los registradores de la propiedad, que también queda atribuida, en el marco de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al presidente del respectivo Tribunal Superior de Justicia, siempre que el correspondiente Estatuto de Auto-

nomía encomendara esa misma competencia genéricamente a los órganos jurisdiccionales radicados en la misma comunidad.

Por tanto, vemos que es un tema que abarca tres cuestiones: el recurso de casación, el recurso extraordinario de revisión y también los recursos contra las calificaciones de los registradores de la propiedad.

El Estatuto de Autonomía de Aragón, en su redacción de 1982, disponía en su artículo 29 (ese artículo que quedó suprimido en nuestra reforma) que, «de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial —a la que acabo de hacer mención—, las competencias de los órganos jurisdiccionales en Aragón se extendían —“se extienden” decía el texto; “se extendían” digo yo— 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». Es decir, había una competencia atribuida expresamente en este artículo 29.

En la reforma de 1996 se suprimió este artículo. Todos recordamos cómo se gestionó aquella reforma en esta cámara. A raíz de las manifestaciones del 23 de abril de los años noventa y dos y noventa y tres, hubo un sentimiento, quizá, en aquellos momentos que hoy no existe: un sentimiento de autogobierno, un sentimiento que propulsó de alguna forma aquella reforma. Una reforma con un texto inicial elaborado por el gobierno anterior, el gobierno de Gómez de las Rocas, que no obtuvo la mayoría ni en la comisión ni obtuvo la mayo-

ría en esta cámara, y, por tanto, no fue tramitado. Pero el presidente de esta cámara, con muy buen criterio en aquella ocasión, y después de estas manifestaciones, resucitó —por decirlo así— aquella ponencia, que elaboró un texto que hemos de decir que fue un texto de acuerdo, donde las distintas fuerzas políticas de esta comunidad autónoma transigieron y llegaron a entendimientos que parecían difíciles al principio, y, al final, salió un texto, que se aprueba en junio del noventa y cuatro en estas Cortes, y ese texto es aprobado en el Congreso de los Diputados.

A partir de ahí, y con la aprobación de ese texto, se produce el problema cuando, conocida la ley de reforma (es decir, el nuevo Estatuto), se observa, nos damos cuenta de que ha desaparecido ese artículo 29, que atribuía al Tribunal Superior de Justicia de Aragón las resoluciones de los recursos de casación, de revisión y también la competencia para resolver las calificaciones de los registradores de la propiedad. En ese momento, ese artículo 29, que desaparece y queda suprimido del texto expresamente, es sustituido de alguna forma por el artículo 28, que nos dice 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».

He de decir que este texto, el texto que figura actualmente en el Estatuto, es el mismo texto que tie-

nen otros estatutos de autonomía de España, que, en estos momentos, no tienen ni van a poder tener competencias en el recurso de casación. Es decir, según este texto, nosotros tenemos las mismas competencias que estos otros estatutos a los que luego me referiré.

A partir de este momento, el Tribunal Superior de Justicia, a partir de la aprobación del Estatuto, entiende que ha perdido las competencias en materia casacional y en materia de revisión que el Estatuto anterior le atribuía, por desaparecer uno de los requisitos que exige la Ley Orgánica del Poder Judicial: que sean temas de Derecho civil, foral o especial, de Aragón y que figure en el Estatuto. Pues bien, la segunda condición, la de que figure en el Estatuto, ha desaparecido, y el Tribunal Superior de Justicia entiende que esa competencia que había tenido hasta ese momento desaparece y que esa competencia le es atribuida a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que es quien debe de conocer de estos recursos.

Esto, que dicho así parece que no tiene importancia, tiene dos puntos que deberíamos de analizar. Uno de ellos es que arrebata a esta comunidad la atribución de esa competencia directa, y, segundo, el perjuicio que supone para los justiciables la pérdida de tiempo que en la actualidad se está produciendo al remitir el Tribunal Superior de Justicia de Aragón los autos al Tribunal Supremo, y el Tribunal Supremo, al cabo del tiempo, entienda que la competencia es del Tribunal Superior de Justicia; que el Tribunal

Superior de Justicia dicte la sentencia correspondiente admitiendo la casación en esos momentos, y que, al cabo del tiempo, se proceda a la resolución de este recurso. Sin perjuicio, como ha ocurrido ya, de que alguno de los justiciables recurra al Tribunal Constitucional, que ya ha ocurrido, en cuyo caso, el procedimiento de un recurso de casación o de revisión, que se podría resolver en Aragón en el Tribunal Superior de Justicia en un término que no me atrevería a decir si es de ocho meses o un año, se puede llegar a tramitar en siete, ocho o nueve años, si tenemos en cuenta los plazos que se van produciendo en cada uno de los tribunales.

Decía que a partir de aquí se han producido dos situaciones. Una, el Tribunal Superior de Justicia, que dice que no tiene competencias y manda los asuntos a Madrid. Y, por otra parte, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en un recurso de revisión, que no de casación (el primero en el que no admitió la competencia el Tribunal Superior de Aragón fue un recurso de revisión), lo envía al Tribunal Supremo por entender que no tiene atribuida esta competencia, y remite los autos a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Otro tipo de actuaciones: en la Sala Cuarta de la Audiencia, que no la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo; el Juzgado de Primera Instancia número dos, de Zaragoza, envía los autos al Supremo; la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en mayo del noventa y siete, en un asunto de Calatayud, precisamente, lo manda también al Supremo, y así

una serie de actuaciones que están llegando todas a este tribunal.

¿Qué ocurre entonces? Ocurre que el Tribunal Supremo, a la vista de la situación, analiza la situación y emite un auto, del 10 de febrero del noventa y siete, y luego lo repite en marzo, en mayo, en junio, en septiembre y, el último, en marzo del noventa y nueve. Son reiterativos. Dice siempre lo mismo porque es lógico que el Tribunal Supremo, si es la misma Sala, actúe de igual manera. Este auto ¿qué es lo que dice? Dice tres cosas para mi interesantes, sin perjuicio de otras afirmaciones que hace. Dice textualmente: «En el estado de cosas anterior a la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, la Ley Orgánica 5/96, de 30 de diciembre, la cuestión no suscitaba dudas en tal caso de la competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, ya que dicho Estatuto de Autonomía, en su redacción del ochenta y dos, asumía las dos condiciones que son necesarias para conocer el recurso. Primera de ellas, que sean temas de Derecho especial, civil o foral; y, segundo, que estaba incluida en el Estatuto». Esto lo dice claramente el Tribunal Supremo. Dice: si las cosas hubiesen estado como estaban anteriormente, no hay ningún problema, no hay ninguna duda. Añade este auto, a continuación de la relación del artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que la competencia discutida se encuentra en el Estatuto. Y también dice que tiene que ser así. Dice que, en referencia a la Ley Orgánica del Poder Judicial, que exige estas dos condiciones, tiene

que estar reconocida la competencia del conocimiento de estos recursos en el Estatuto de Autonomía.

Y se centra en un asunto que fue discutido en su momento, y yo reconozco también que en aquella ocasión, quizá por buscar una solución rápida al tema, en cierto modo apostamos, hubo personas que apostamos por buscar la fórmula de que era igual la disyunción que la copulativa; pero yo creo que este tema hoy está superado y nadie en estos momentos duda de que esas competencias necesiten los dos requisitos, que son requisitos conjuntos y que no son alternativos. Es decir, se interpretaba en principio que podía ser que hiciese referencia a temas de Derecho civil foral o especial de Aragón, o que estuviese reconocido en el Estatuto. Hoy este tema creo que no tiene discusión, y todo el mundo estima que son requisitos conjuntos y que no son alternativos.

Lo más interesante de este auto del Supremo, que —vuelvo a repetir— reitera luego en sucesivas ocasiones, es la tarea interpretativa en base al artículo 3.1 del Código Civil, considerando que dicho sea de paso, lo que hace es una tremenda loa del Derecho aragonés y de la vocación jurídica aragonesa. Y yo creo que es precisamente por la generosidad en la evaluación de este tema por lo que este considerando prácticamente anula a los anteriores. Hay en este auto un sesgo. Lo empiezas a leer y parece que el auto del Supremo va a dar la razón al Tribunal Superior de Justicia de Aragón: primero, que

tiene que estar en el Estatuto; segundo, que son alternativas; tercero, que... Pero, en la interpretación, en la que analiza los elementos sintácticos, el histórico, el sociológico, y a la vez impone sobre todo ello fundamentalmente el del espíritu de la finalidad de la norma, es decir, el elemento teleológico, termina diciendo el auto que, sobre todo, por la previsión del artículo 29 actual —al que antes he hecho referencia, y luego me voy a referir también, porque ese artículo 29 actual, tal como nosotros lo tenemos redactado lo tienen redactado bastantes comunidades autónomas que no tienen en estos momentos la competencia—... Y eso le permite decir al Tribunal Supremo al final (por más que evidentemente el recurso de casación no sea una instancia y que en el Tribunal Superior de Justicia de Aragón se agotan todas las instancias; vuelvo a decir que es una interpretación discutida entre los juristas) que «el presente recurso de casación —el que se había recurrido, el que se había mandado al Supremo— es competencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón».

El Tribunal Superior de Justicia de Aragón asume, obedece —por decirlo de alguna forma— esa indicación del Supremo y admite ese recurso, pero discute nuevamente, en sucesivas ocasiones, la interpretación que el Tribunal Supremo da en este auto en el que habla de la interpretación, discute de nuevo esa decisión del Tribunal Supremo.

A partir de esta situación, y sin perjuicio de que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón

acepte para cada caso concreto... Es decir, para que la situación se normalice es necesario que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón (cosa que va a ocurrir) mande cada asunto en el que crea que no es competente al Tribunal Supremo, y que el Tribunal Supremo emita auto diciendo que es competencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, uno por uno, y los admite el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, admite estos autos; pero se sigue afirmando la carencia de competencias para conocer de los recursos, y además advierte a las partes litigantes de la posible nulidad de esa resolución. Obedece al Tribunal Supremo, pero manifiesta su opinión.

Esta situación, como acabo de decir, ha dado ya lugar a un recurso en el Tribunal Constitucional, que está en trámite, y, según tengo conocimiento, el anuncio de otro nuevo recurso al Tribunal Constitucional; con lo cual, estos dos recursos tardarán el tiempo que tardan en resolverse.

La situación no puede ser más compleja para los justiciables en tiempo y en economía, y no puede ser más compleja para el desarrollo de nuestro Derecho.

Decía Ramón J. Sender, en *Los cinco libros de Ariadna*, «nadie tiene la verdad, sólo tenemos opiniones». Y yo, aquí, en mi intervención, quisiera decir lo mismo: que nadie se crea en posesión de la verdad, sobre todo en un tema tan discutible, tan discutido y en el que ha habido tantas cosas y se han dicho tantas cosas; pero la cuestión no es un

tema baladí. Y, al mismo tiempo, es complicada porque creo que han entrado en juego factores que nos pueden hacer ver las cosas sin demasiado objetividad.

Es evidente que las consecuencias de la supresión del artículo 29 de nuestro Estatuto nos ha colocado en una situación compleja que sólo esta cámara puede resolver de manera definitiva, dicho esto con todos los respetos al poder judicial, porque esta cámara no debería admitir la interpretación que le dé un órgano del poder judicial. Creo que estaríamos ante una interpretación correctora, que podría ser una inmisión del poder judicial en la potestad legislativa.

Para mí, el asunto es muy claro. Yo diría que el error, en palabras de Calderón, que el error en lo menos no importa si acierto lo principal. Vuelvo a repetir que éste ha sido un error confesado. Si es un error material, corriámoslo, porque — vuelvo a repetir— esta reforma no tiene más alcance que corregir este error. Si esta supresión fue consiguiente, porque se llegó a la conclusión de que el Estatuto era reiterativo y que, por mor de la *lealté iuris*, la supresión no le restaba ni un ápice a la competencia del Tribunal Superior de Justicia, vemos ahora que no era así, que ha producido, está produciendo problemas y, por tanto, creo que corresponde a esta cámara encontrar una solución. Una solución en la que salgamos todos... no digo beneficiados, pero que quedemos todos bien.

El error no es de esta cámara. El error fue un error de todos, fue un

error de las Cortes de Aragón, fue un error del Congreso, fue un error del Senado, fue un error de todos los que intervinimos en el tema, si no fuimos capaces de darnos cuenta de hasta dónde podíamos llegar con esta cuestión. Pero yo también diría que —según el refrán— quien ha cometido un error, y no lo corrige, comete otro error mayor. Corrijamos el error, que no tiene mayor importancia ni tiene mayor transcendencia.

Yo creo que éste es el camino, y esto es lo que pediría yo hoy a esta cámara. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón —y esto es algo que quizá también alarme, a la vista de la voluntad mayoritaria manifestada en el Pleno de 16 de abril del noventa y ocho, donde se debatió ya este tema, y no se aprobó— pone en duda que lo que pudo ser un error material no se pueda interpretar como una consciente dejación de competencias. A mí esto me preocupa y me duele que se pueda decir, incluso como posibilidad. Pero lo cierto es que este tema lo que comporta al ciudadano aragonés es una insoportable inseguridad jurídica y unos trastornos que —repito una vez más— creo que sólo debe corregir; sólo le cabe corregir a esta cámara.

Inseguridad jurídica porque el auto del Tribunal Supremo no es unánime (el primer auto del Tribunal Supremo es un auto que no es por mayoría, no es unánime); también he de decir que la remisión del Tribunal Superior de Justicia al Tribunal Supremo tampoco es unánime, también es por mayoría; y que hemos de estar pendientes de

la resolución en cada tema, en cada uno de los temas que el Tribunal Superior envíe a Madrid para poder resolver las cuestiones. Esta resolución del Tribunal Supremo no garantiza jurídicamente nada. Sólo el hecho puntual de cada caso, que puede variar con el tiempo, y porque las secciones del Tribunal Supremo disponen de criterio independiente y no están vinculadas por el criterio de otras secciones.

Hay una cuestión en la que al final parece haber acuerdo: que con haber mantenido el texto del artículo 29, como decía antes, no habría habido problemas; que la supresión da lugar a interpretaciones que no son asumidas por todos, y ante esta situación yo haría una pregunta lógica: ¿no es lógico también, y prudente, poner remedio legislativo a un problema que está causando —como he reiterado— problemas de todo tipo, y sobre todo a nuestro Derecho, seña de identidad de Aragón?

¿No es hora de que esta cámara, que tiene en su mano la solución, alcance un acuerdo reconociendo, si es necesario, un error o una deficiencia que reconocemos todos, de la que todos nos hacemos responsables, una deficiencia de técnica legislativa, como dice el Tribunal Supremo, que ha de ser compartida, como antes he afirmado, por otros estamentos, y corregir este error? No es lo más concreto y lo más claro decir este error.

Hoy, lo contrario podría interpretarse como un deseo de no resolver esta cuestión, eternizando un problema —y con esto termino,

señor presidente— que sólo consecuencias negativas puede tener, no digo ya para nuestra autonomía, sino, exclusivamente —y me ciño a ello— para nuestro Derecho y, lógicamente, para los habitantes de esta comunidad autónoma.

El señor PRESIDENTE: Gracias, señor Eiroa.

Para el turno en contra, tiene la palabra el diputado del Grupo Parlamentario Popular don Ángel Cristóbal Montes.

El señor diputado CRISTÓBAL MONTES: Señor presidente. Señoras y señores diputados, decíamos ayer... Viejo tema este, como un Guadiana, que periódicamente vuelve a la Cámara, y tenemos que abrir nuevos debates sobre un tema que, como decía el señor Eiroa, es ciertamente importante, pero que está perfectamente resuelto.

Dice el señor Eiroa en su intervención (intervención ponderada, equilibrada, pacífica) que nuestro artículo 29, tal como está redactado después de la reforma de 30 de diciembre de 1996, es el mismo artículo que está en otros estatutos que no tienen competencia en materia de casación.

Pero, señor Eiroa, no tienen competencia en materia de casación porque no tienen Derecho foral civil propio. No pueden tenerla, pero no porque no se mencione su competencia en materia de casación, sino sencillamente porque no tienen Derecho civil propio, porque no son ninguno de los seis ordenamientos en los cuales hay Derecho civil propio.

Dice también que con la reforma del noventa y seis, y la nueva redacción del artículo 29, ha desaparecido el segundo de los requisitos del artículo 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que, como sabido es, dice que conste de manera expresa la atribución de la competencia en materia de casación y de conocimiento en los recursos de casación y de revisión. Y da por resuelto el tema de si el «y» es copulativo o alternativo en el artículo 85, que no es un tema tan fácil de resolver. La prueba es que hay dictámenes e informes en un sentido y en otro.

Pero, en cualquier caso, señor Eiroa, aunque hubiera desaparecido este supuesto segundo requisito, que es discutible que sea un genuino requisito autónomo, la Ley Orgánica del Poder Judicial del año ochenta y cinco es una ley orgánica del Estado; pero resulta que la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón del año noventa y seis es también una ley orgánica, y, además, en esta materia, una ley orgánica especial. Y, como usted bien sabe —porque es abogado—, ley especial deroga la ley general. La ley orgánica del ochenta y cinco en este punto es una ley general, y, por lo tanto, hay una ley especial tan orgánica como ella, que es la de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón de 30 de diciembre de 1996, y, por lo tanto, en buena técnica interpretativa, en buena técnica hermenéutica, prepondera sobre lo dispuesto en el artículo 85, caso de que hiciera falta (que no hace falta).

Dice el señor Eiroa también que esta cámara no debía admitir una

interpretación del Tribunal Supremo, que está diciendo reiteradamente en sus autos que el competente para conocer de los recursos de casación y revisión es el Tribunal Superior de Justicia. ¡Señor Eiroa, esto es muy grave! Que esta cámara no deba admitir una interpretación del Tribunal Supremo, en tema estrictamente judicial, ¡esto es muy grave!, ¡esto es muy serio! Porque, si es serio que el poder judicial interfiera al poder legislativo (y lo es), tan serio es que el poder legislativo interfiera al poder judicial, porque el alma de nuestro sistema (como en todo sistema democrático) es muy clara: separación, equilibrio y respeto de los poderes; ni judicializar las cosas, ni politizar los actos judiciales.

Indudablemente, esta cámara tiene que admitir la interpretación que el Tribunal Supremo está dando, en forma reiterada, al asunto, en el sentido de que el competente en materia de recursos de casación y revisión en temas atinentes al Derecho civil aragonés es el Tribunal Superior de Justicia, y eso no tiene vuelta de hoja, señor Eiroa.

Dice también el señor Eiroa que éste es un error confesado; se refiere a la supresión del viejo precepto, del viejo artículo 29 del Estatuto de 1982. Un error confesado, no, señor Eiroa; no es un error confesado: es una gran duda que tenemos —y lo hemos dicho aquí, y lo vamos a repetir esta mañana—, es una gran duda de si el artículo se nos cayó, lo perdimos durante el camino o el artículo fue explícitamente sacado, y, en consecuencia, no habría ningún

error, ni siquiera error material. Y hablaremos largo y tendido sobre esta materia. No hay ningún error confesado.

Y además añade: aunque la exclusión de ese artículo hubiera sido consciente, estaríamos de nuevo en un error. Pues no, señor Eiroa, no estaríamos de nuevo en un error, no estaríamos de nuevo en un error porque volvemos a lo mismo: si el Tribunal Supremo, que es la máxima instancia judicial, el que crea doctrina, el que crea jurisprudencia, el único intérprete del Derecho privado español, incluidos los forales, dice una cosa, no hay posibilidad de decir que, si nosotros, conscientemente, excluimos eso, incurrimos en un error. ¡Al revés!: nos anticipamos a una doctrina correcta, que es la que está sentando el Tribunal Supremo en reiterados autos.

Y, finalmente, usted dice, señor Eiroa, que los autos del Tribunal Supremo, que devuelven la competencia, que reconocen la competencia, que estiman la competencia del Tribunal Superior de Justicia en materia de casación y revisión no son autos unánimes. Y ¿qué falta hace que sean unánimes?, ¿es que acaso son unánimes los autos del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que dicen que no tienen competencia para conocer? Son tres contra dos, ¡tres contra dos!, y, de esos tres (sin entrar y sin que implique ninguna minusvaloración ni ningún juicio de valor), dos no son jueces de carrera, son jueces de origen político, y los dos que se oponen son jueces de carrera.

Y no hago ninguna valoración y ninguna estima. Si no, simplemente, un señalamiento: de los tres que en Aragón están diciendo que no tenemos competencia para conocer de los recursos de casación, dos no son jueces de carrera; son dos jueces que propusimos desde aquí, desde la cámara: uno a propuesta del CDS y otro a propuesta de ustedes mismos, del PAR.

Por lo tanto, ese argumento no me sirve. Y no es porque en las resoluciones judiciales, la mayoría no impere, ¡claro que impera! Recuerden lo que pasa en Estados Unidos: en Estados Unidos, a la Corte Suprema, que está compuesta sólo por nueve miembros vitalicios, le llaman «el tribunal de los nueve hombres viejos», porque normalmente son muy viejos. Y dicen que muchas sentencias se toman —y es una frase adoptada en el foro americano— de las famosas sentencias de cinco hombres viejos contra cuatro hombres viejos, de cinco contra cuatro. ¡Bueno!, cinco contra cuatro, y son perfectamente válidas.

Por lo tanto, en Madrid, aunque el Tribunal Supremo tome por mayoría las decisiones de los autos, eso no le quita, absolutamente, ningún valor, como no le quita ningún valor a las decisiones que se toman también aquí por simple mayoría en el Tribunal Superior de Justicia.

Pero vamos a la materia. Yo no he tenido nunca ninguna duda, y soy jurista de profesión, de que la supresión del artículo 29, del viejo artículo 29, del texto estatutario del ochenta y dos, no nos planteaba ningún problema en tema de casación y revisión en materia de

Derecho foral; no he tenido nunca ninguna duda.

Convoqué, creé, planteé la creación y presidí la comisión que redactó la reforma del Estatuto que cuajó en 1996; estuve presente en todas las reuniones. No lavaríamos acta —como he dicho aquí, y fue una equivocación—, no levantamos actas, y fue una equivocación, que ésa sí que hay que subsanarla, para que no vuelva a suceder nunca más que en esta cámara funcione un grupo de trabajo y no se levanten actas. Y lo hicimos para facilitar la negociación política, para que nadie se sintiese prisionero de las palabras escritas y pudiera tener una libertad que después no sirvió para nada, como comentaré.

Pero sí tengo claro algunas cosas, porque estuve presente, y tengo claro una cosa sencillísima, y es que dijimos: en el nuevo texto de autonomía que vamos a tener para Aragón vamos a evitar las reiteraciones, vamos a evitar las repeticiones. El año ochenta y dos —y formé parte de la comisión redactora que elaboró el texto del año ochenta y dos—, el año ochenta y dos no había todavía leyes orgánicas de desarrollo de la Constitución. En los años noventa y dos, noventa y tres, noventa y cuatro, cuando estábamos trabajando sobre la reforma, había tres leyes orgánicas que incidían directamente en los contenidos, en la letra y en el espíritu del Estatuto de Autonomía; era la Ley Orgánica del Poder Judicial del año ochenta y cinco; la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado; y la Ley de financiación, también orgánica, de las comunidades autónomas.

Y dijimos: muchos de los preceptos que hoy están en esas leyes están en el Estatuto; saquémoslos. E hicimos una verdadera poda: todo lo que estuviera en las leyes orgánicas no había por qué repetirlo en el Estatuto de Autonomía de Aragón. Y esto pudo suceder perfectamente con la materia que nos ocupa.

En la Ley Orgánica del Poder Judicial ya estaba prevista la competencia, y aunque se diga que conste expresamente en el texto, tenía una lectura, y puede tenerla —lo he comentado antes— perfectamente de elemento conjuntivo, sino disyuntivo, y, por lo tanto, no planteaba ningún problema.

El nuevo texto del artículo 29, a mi modesto entender, da perfectamente cobertura, interpretado con los otros textos del Estatuto, para resolver el problema.

Lo ha leído usted, señor Eiroa, y lo vuelvo a leer yo también. Dice el actual artículo 29 del Estatuto que el Tribunal Superior de Justicia culmina el esquema judicial en Aragón, y añade, y dice: «y ante él se agotan las sucesivas instancias procesales»... No dice «instancias y grados», que eso sí que es un *handicap*, sino que dice simplemente: «las sucesivas instancias procesales en los términos del artículo 152 de la Constitución y de acuerdo con el presente Estatuto».

Y ¿qué dice el artículo 152 de la Constitución? Pues dice, nada más y nada menos, que las comunidades autónomas culminarán su estructura judicial con un Tribunal Superior de Justicia, en el que se acabarán todas las instancias procesales.

Ese artículo 29, con su remisión al artículo 152 que le da cobertura, que le da fuerza, hay que entenderlo compaginado con el artículo 35 del Estatuto en su regla cuarta, que atribuye, en competencia exclusiva, a la Comunidad Autónoma de Aragón la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, así como —esto es muy importante, y nuestro Tribunal Superior de Justicia no se ha paseado por este tema— del Derecho procesal civil derivado de las peculiaridades del Derecho sustantivo aragonés.

Ahí hay un encaje, ahí hay una posibilidad de introducir (una más, si hiciera falta, que no hace falta) los recursos de casación y revisión; las peculiaridades, la existencia de una competencia exclusiva en materia de Derecho procesal civil (porque los recursos son Derecho procesal civil, no son Derecho sustantivo, tanto el de casación como el de revisión) derivado de las peculiaridades del Derecho sustantivo aragonés.

En consecuencia: posibilidad legal de conocer, aunque no se diga expresamente, de los recursos de casación y revisión en temas atinentes a Derecho civil especial aragonés o Derecho foral.

¿Qué ha pasado aquí? Pues ha pasado una cosa bastante singular. Nosotros redactamos el texto que redactamos, lo aprobamos aquí unánimemente el 30 de junio de 1994, llegó a Madrid (con gobierno socialista), durmió el sueño de los justos en Madrid durante bastante tiempo; con el nuevo gobierno, a partir del noventa y seis, se despertó

(el presidente Lanzuela prometió que en seis meses se aprobaría el Estatuto y se aprobó), y el 30 de diciembre de 1996 se aprobó el Estatuto, y nadie dijo nada en el Congreso de los Diputados, y nadie dijo nada después en el Senado respecto a esta supuesta caída, respecto a esta eliminación de la competencia aragonesa en materia de recurso de casación y revisión.

Y ¿por qué no dijeron nada? Pues porque no hacía falta decir nada, igual que no dijimos nada aquí, porque no hacía falta decir nada porque el tema estaba perfectamente resuelto; porque —doctores tiene la Iglesia— ya es llamativo que en un trámite parlamentario en Madrid, en el Congreso de los Diputados y en el Senado, con muchas enmiendas, pactadas unas y otras no, pactadas unas entre el PP y el PSOE, y con ojos que miraban con lupa este Estatuto, porque era la primera reforma en profundidad de un estatuto del artículo 143, ¡que nadie advirtiera nada!, ¡que nadie levantara la liebre!

¿Quién levantó la liebre? La levantó un profesor, aquí, en Aragón, años después. Un gran profesor, ciertamente; un gran especialista: el primer especialista en Derecho foral aragonés, el profesor Jesús Delgado Echeverría, que un buen día, en una conferencia en el Colegio de Abogados, dijo: «¡Oiga!, se han dado cuenta ustedes de que no existe el artículo 29 del viejo Estatuto...». ¡Gran polvareda! Se levantó una gran polvareda, gran tema en una materia pacífica. Y entonces empezó la gente (algu-

nos) a rasgarse las vestiduras. «Pero ¡qué barbaridad hemos hecho! Pero si hemos perdido la competencia en un tema que es identificatorio de lo aragonés, como es el Derecho. Pero ¿cómo podemos mutilarnos de esta manera?».

Y, sobre todo, los nacionalistas lanzaron su voz de trueno diciendo: «¡Oh!, ¡cómo es posible que estos gobiernos de derechas cometan semejantes tropelías, y corten y recorten cosas tradicionales, vivas, eternas y heroicas de una comunidad, como la aragonesa, en que el Derecho prima y debe primar sobre todo». Y a ese foro se suelen sumar muchos, porque ustedes, los nacionalistas, aunque no son muchos en número, son bastantes en agrupaciones. El otro día comentaba que yo he tenido durante mucho tiempo una gran frustración, y es que como aragonés me sentía terriblemente dolido de que otras comunidades históricas, como la nuestra, que otras nacionalidades históricas, como la nuestra (caso de la catalana; caso de la vasca) tuvieran nada menos que tres partidos nacionalistas, y nosotros estáramos con dos pobres partidos nacionalistas. Y me sentía tremendamente mal. Y, por fin, ya tenemos tres partidos nacionalistas, estamos en plano de igualdad, estamos igual de grandes que cualquier otra comunidad histórica, y, en consecuencia, hemos alcanzado el *status*, casi, de beatitud nacionalista, que dentro de la religión nacionalista es de las mejores cosas que pueden pasar. Pero, en fin, perdonen esta divagación.

¿Qué pasó? Pues el Tribunal Superior de Justicia, al que le habían

abierto los ojos desde fuera, porque él no se había dado cuenta... Este gran estudioso de los temas forales aragoneses no se había dado cuenta del defecto; se lo advirtió un profesor desde fuera. Y entonces dijo: efectivamente —y lo dijo por mayoría—, nos han quitado la competencia, porque no aparece en forma expresa. Y no se ha sabido nunca bien si se sintieron ofendidos —perdonen: lo digo a título de humor—, no se ha sabido nunca bien si se sintieron ofendidos porque en el Estatuto había desaparecido la competencia —«desaparecido» entre comillas—, o porque darlo como presente, en caso de no estar textualmente recogido, aumentaba su trabajo (que nunca fue mucho). Éste es un interrogante que queda ahí. Algún día lo sabremos.

Se negaron a conocer los sucesivos recursos que se planteaban y tuvo que intervenir el Tribunal Supremo, porque ellos remitían los autos a Madrid, y en Madrid lo estudiaron.

Y el Tribunal Supremo no es cualquier cosa en este país. No lo es, ni ahora ni hace cien años. Es una cosa muy seria. El Tribunal Supremo culmina la organización judicial española, y no es cualquier cosa. No ha sido nunca cualquier cosa. Los juicios del Tribunal Supremo no son asuntos baladíes, no son asuntos a la ligera, no están hechos a humos de paja; están estudiados y a fondo, y tienen gran repercusión. Crean doctrina, crean jurisprudencia, y hoy está admitida en España la posibilidad de presentar un recurso de casación contra sentencias judiciales por infracción de jurispru-

dencia. Con lo cual se coloca la jurisprudencia al mismo rango que la ley. Cabe recurso de casación por infracción de ley, y cabe recurso de casación por infracción de jurisprudencia, que no es cualquier cosa.

Y estos señores, benditos señores del Tribunal Supremo, que aquí parecen valorar muy poco nuestra instancia judicial aragonesa, han decidido, reiteradamente, que la competencia no la ha perdido Aragón, diga lo que diga el Estatuto, que la competencia la seguimos teniendo, y, por lo tanto, devuelven los autos al Tribunal Superior de Justicia, y el Tribunal Superior de Justicia tiene que sentenciar, en acatamiento, la decisión, aunque al siguiente caso vuelve a plantear la misma cuestión, que ya es obcecación, porque van unos cuantos autos del Tribunal Supremo, y saben que cada remisión que hagan se lo va a devolver, y, sin embargo, siguen insistiendo, que es un planteamiento muy particular. Y ¿por qué es muy particular? Pues es muy particular porque el Tribunal Supremo no se ha inventado nada.

Señor Eiroa, llevo sólo cuarenta años explicando Derecho civil, y cada vez que me toca explicar la parte general del Derecho civil, a partir de la reforma del título preliminar de los años setenta y tres y setenta y cuatro, se me llena la boca y la cabeza de alegría ante mis alumnos, cuando les tengo que explicar el nuevo artículo tercero del Código Civil, que es una auténtica maravilla jurídica. No en balde, salió de la pluma del —posiblemente— más grande civilista que ha habido en España en todos los siglos, que fue

don Federico de Castro; este artículo lo redactó don Federico de Castro de su puño y letra.

Este artículo es una maravilla porque toca, primero, uno de los puntos básicos del Derecho, que es la interpretación de la norma jurídica. El Derecho no es la norma; el Derecho es la interpretación de la norma. Mucho más importante que la norma es la interpretación. Porque no hay ninguna norma que para aplicarla no haya que, previamente, interpretarla.

Los doctores del Derecho común medieval decían, tenían uno de esos apotegmas, *in claris non fit interpretatio* (en lo claro no hace falta interpretación). Pues hoy eso ya no existe. Hoy todo se interpreta: cualquier norma, incluso para saber si es clara o no, hay que interpretarla. Toda la norma hay que interpretarla, y sin interpretación no hay norma. Decía el filósofo del Derecho Gustavo Radbruch que la interpretación es la búsqueda del sentido, objetivamente válido, de un precepto jurídico.

Este artículo tercero, que es, repito, una maravilla, dice lo siguiente: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras —es la llamada interpretación gramatical, que es la que está haciendo el Tribunal Superior de Justicia y que no pasa de ahí— en relación con el contexto —la llamada interpretación sistemática—, los antecedentes históricos y legislativos —la llamada interpretación histórica— y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas —la llamada interpretación sociológica, factor progresista

donde los haya—, atendiendo fundamentalmente —y subrayo lo de «fundamentalmente», porque indica que es lo primario— al espíritu y finalidad de dichas normas». Ésta es la llamada interpretación finalista, interpretación teleológica o interpretación basada en la *ratio iuris* de las normas, que es la interpretación por antonomasia, y que hoy todos los juristas reconocen que es la genuina interpretación, la básica interpretación. Y aquí se apoyaba y se apoya el Tribunal Supremo.

¿Creen ustedes que en una comunidad como la aragonesa, en que un rasgo distintivo es el Derecho, que reforma su Estatuto, que tiene atribuido en su Estatuto la conservación, modificación y desarrollo del Derecho especial, que tenía atribuidos expresamente el recurso de casación y revisión, en una reforma del Estatuto que se plantea para aumentar el autogobierno, para ampliar sensiblemente las competencias —y basta leer el nuevo artículo 35—, creen ustedes racional que estas Cortes, que este Aragón, que se plantea la reforma en profundidad y en altura de su Estatuto en una materia básica como el Derecho, se va a cortar la yugular, y va a decir: «no queremos, eliminamos el recurso del casación y revisión»? Es una contradicción tan flagrante, es una hipótesis tan inadmisible, es un supuesto tan esotérico, tan extravagante, que al Tribunal Supremo no le ha quedado más remedio que decir: diga lo que diga el Estatuto, y aunque no lo hubiera (que lo hay) apoyo textual en el mismo, la interpretación finalista, la interpretación teleológica, la interpretación racio-

nalista del mismo debe conducir, y conduce, a que Aragón mantiene su competencia en materia de recurso de casación y revisión en temas de Derecho foral.

Hasta aquí —termino enseguida, señor presidente— lo estrictamente jurídico; pero creo que por ser reforma del Estatuto, y el Estatuto es la norma institucional básica de esta región, hay que hacer también algún comentario político.

Porque la política es la madre de todas las cosas. Heráclito decía que la guerra es la madre de todas las cosas. No; la madre de todas las cosas es la política, y, no en balde, nosotros pertenecemos al segundo oficio más viejo de la humanidad, y, aunque sólo sea por respeto a eso, debemos dedicarnos a hablar de vez en cuando de política.

Los estatutos de autonomía son pequeñas constituciones, son constituciones territoriales. Y los estatutos, como las constituciones, no tienen que ser objeto de manoseo. No hay que manosearlas. Primero, porque se ajan, segundo, porque se degradan y, tercero, porque la gente se enfada y le sienta mal. Y nosotros estamos manoseando en demasía nuestro Estatuto. Lo hemos reformado ya dos veces. Hay otros que no los han reformado ninguna, y les apetecería, y no lo consiguen. Lo hemos reformado en el noventa y cuatro y lo hemos reformado en el noventa y seis, y ahora queremos hacer una tercera reforma para un asunto baladí e intranscendente, como es la inclusión de un artículo que no hace falta. Tres reformas son muchas reformas.

Con una advertencia —también política—, el presidente Lanzuela dijo en su momento, en esta tribuna, que, si el Tribunal Supremo nos era adverso, era adverso a nuestra tesis, y el Tribunal Supremo reconocía que no teníamos competencia en esta materia, el Partido Popular sería el primero en plantear una proposición de ley de reforma del Estatuto —está en los diarios de sesiones y basta reflejarlo—. Si el Tribunal Supremo hubiera dicho que no tenemos las competencias, no haría falta que ustedes hubieran encabezado la manifestación: la hubiéramos encabezado nosotros también. Sin ningún problema. Hubiéramos sido los primeros, o los segundos o los terceros, pero al mismo tiempo. ¿Por qué? Pues porque, obviamente, no queremos perder esas competencias.

¿A quién se le ocurre? Éstas no son artimañas de la fastidiosa derecha de siempre dispuesta a mutilar el autogobierno. Ni remotamente. Queremos la competencia como el primero, y estamos convencidos de que la tenemos, y por eso nos comprometimos a que, si el Tribunal Supremo decía que no la teníamos, modificaríamos el Estatuto. Pero ha dicho lo contrario, ha dicho que sí la tenemos. Y en esto hay que ser coherentes.

Señores socialistas, ahora voy con ustedes. *[Risas.]*

El señor PRESIDENTE: Señor diputado, vaya concluyendo.

El señor diputado CRISTÓBAL MONTES: Ya concluyo, pero, un momento, que me voy a pasar por

la tolda socialista. Ahora voy con ustedes.

En esto hay que ser coherentes. En abril —no aguas mil—, en abril del año pasado tuvimos un debate similar al de hoy. Había una proposición también —y en esto el PAR fue coherente: respaldaba lo mismo que respalda hoy—, había una proposición de reforma del Estatuto para inclusión del nuevo artículo 29. Nosotros votamos que no. Ustedes votaron también que no. Hoy van a votar que sí, lo están afirmando. Muy bien. El rectificar es de sabios: todo lo que quieran. Les puedo decir todo lo que quieran; pero les voy a decir otras cosas, no precisamente lo de la sabiduría. Les voy a decir otras cosas.

A ustedes, en la última reforma del Estatuto, en la del noventa y seis, hubo que arrancarles el sí con fórceps. Con fórceps hubo que arrancarles el sí. Porque lo saben —y, si hay algunos presentes aquí, que me desmientan—: en la famosa comisión, que no quisimos levantar actas para que ustedes pudieran hablar con tranquilidad y no constara para la historia, y se les fuera la lengua, en la famosa comisión, cuando hubo que votar el texto final, ustedes dijeron que no, y por eso no pudo prosperar. Y hubo que esperar una bendita —maldita—, una bendita —maldita—moción de censura para que un señor llamado Marco viniera por la puerta de atrás a ser presidente de esta comunidad, con mala conciencia y queriendo hacer méritos, para decir que ahora sí estaríamos dispuestos. Y hubo que hacer renacer la comisión y volver a votar, y entonces el PSOE, que esta-

ba con muy mala conciencia, porque acaba de comprar una moción de censura —ahí están los treinta y dos millones volátiles del señor Gomáriz, que le acaban de coger, en una pequeña incidencia...

El señor PRESIDENTE: Señor diputado, vuelva a la cuestión, por favor.

El señor diputado CRISTÓBAL MONTES: ... que lo recibió posiblemente de su padre taxista—..., pues ése es el espíritu, sí.

Pues bien, ustedes, que admitieron tarde y mal la reforma del Estatuto, hoy, sin embargo, habiendo sido tan duros en su momento, hoy no se resisten prácticamente a nada. Hoy se han vuelto los más facilones y acomodaticios del mundo. A ustedes lo mismo les da abocarse a la construcción nacional aragonesa, que ofrecer cárceles para los presos etarras, cuando no se tiene competencia, a otro que tampoco tiene competencia y en una materia que es de exclusiva competencia del Estado, que reclamar un tratamiento de financiación diferenciado para Aragón, sin querer entender realmente lo que es el artículo 48 —¡bendito señor Andrés!—, que permitir la existencia de grupos parlamentarios con un solo diputado. Les da ya igual cualquier cosa. Pero ¡cómo es posible! Pero ¡cómo es posible que les dé igual cualquier cosa, después de lo que ha llovido, después de lo que ha pasado, después de lo que han visto, después de lo que han sufrido, y lo que les va a tocar sufrir?

En política —termino, señor presidente— se actúa cuando hay

necesidad al menor costo posible y con adecuada ponderación de esfuerzos y resultados. Nada de eso se da ahora. Ahora no hay ni necesidad, ahora no hay urgencia y ahora nos va a costar —nos costaría— un coste desmesurado una tercera reforma injustificada del Estatuto.

Decía el juez Marshall que la constitución americana, que cumple ahora doscientos once años de vida, tenía una característica fundamental: la magnífica ambigüedad. Y decía: si nuestra constitución no fuera magníficamente ambigua sería únicamente un farragoso código legal. No les preocupe a ustedes que nuestro Estatuto tenga alguna ambigüedad, como ésta que comentamos, y otras que puede tener y tendrá, no les preocupe, porque las normas se interpretan, y el Estatuto es lo que dicen los jueces (igual que dicen los americanos: la constitución es lo que dicen los jueces), y esas ambigüedades las cubre la interpretación, como en este caso lo ha cubierto a cabalidad la interpretación del Tribunal Supremo de España.

En consecuencia, no pasa absolutamente nada, salvo que se quiera hacer una montaña de un grano de arena y se quiera desviar la cuestión y se quieran pagar algunos tributos. Yo entiendo, porque soy político, y no se me rompen las vestiduras, que ustedes, que usted, señor Iglesias, que el otro día —por cierto— me desafiaba —no le pude replicar, le repliqué ahora—, me desafiaba a un debate sobre nación, estado, nacionalidad, federalismo... Cuando quiera usted, cuando quiera usted. Yo sé que

usted es un gran experto, cuando usted quiera. Y me recordaba a un autor llamado Jefferson, que no es autor, que fue presidente de Estados Unidos, el tercer presidente de Estados Unidos, el más grande presidente de los cuarenta y seis presidentes americanos. Cuando quiera, señor Iglesias.

Yo entiendo que ustedes tengan que pagar determinados tributos al PAR por el gobierno de coalición, pero ¡no hasta este extremo! No hasta el extremo de cambiar sus líneas de actuación coherente, no hasta el extremo de olvidarse de su historia, no hasta el extremo de hacer mutación, de hacer simplemente borrón y cuenta nueva de lo que ha sido hasta aquí. Eso se paga, señor Marcelino Iglesias. Usted ya lo está pagando. Usted, en estos momentos, tiene sentado a su izquierda lo que posiblemente es el gran visir del Gobierno de Aragón —supongo que sabe lo que es un visir—...

El señor PRESIDENTE: Señor diputado, su tiempo ha concluido con creces. Vaya terminando, por favor.

El señor diputado CRISTÓBAL MONTES: Dentro de poco usted será simplemente un edecán de ese gran visir. *[Aplausos desde los escaños del Grupo Parlamentario Popular.]*

El señor PRESIDENTE: Para replicar tiene la palabra el diputado don Emilio Eiroa.

El señor diputado EIROA GARCÍA: Señor presidente.

Señorías, muchas gracias como siempre, don Ángel Cristóbal, por

esas lecciones de Derecho, que son bien aceptadas, siempre son bien aceptadas. Pero, permítame, yo no quería entrar en temas políticos, pero solamente quiero hacerle un llamamiento también a la concordia y al estilo que, por lo menos, yo he intentado manifestar en mi intervención. No aplique usted a los partidos nacionalistas, del ámbito que sean, además el epíteto de pobres. Ya sabe aquello de que quien con un pobre va en pobre se convierte, y ustedes han ido entonces con pobres durante muchos años, y respetemos lo que se ha hecho en otros tiempos y no entremos en temas de este tipo.

Vuelvo a repetirle que no quiero entrar en este tipo de teorías, en este tipo de cuestiones porque, por encima de todo, yo creo que todas las teorías que se han emitido en este tema son teorías respetables. Yo las respeto, y, sobre todo, lo que quiero corregir, porque no lo he dicho —y si lo he dicho me ha interpretado mal—, lo de no respetar al Tribunal Supremo. Lo que he querido decir es que la actuación del Tribunal Supremo se puede interpretar como una injerencia en el poder legislativo. Eso es todo lo que he dicho y eso lo mantengo. Lo mismo que podrían interpretarse nuestras acciones o nuestras interpretaciones de la misma forma.

Pero es un tema quizá éste de más fondo que el que aparenta, don Ángel. Yo no voy a entrar tampoco en la discusión jurídica, exclusivamente, de si la ley especial deroga la ley ordinaria o no la deroga. Para eso hay teorías de todos los tipos

también. Y en el mismo informe en que se hablaba de esta teoría, de si la ley orgánica del poder judicial estaba derogada por la ley, también orgánica, de mayor rango, tal vez, del Estatuto, pues también decirle que hay teorías para todos, y en el mismo informe se dicen cosas que unos aceptan y otros no aceptan. En si son dos requisitos conjuntos o separados, el del Derecho civil aragonés y la referencia en el Estatuto, pues casi todo el mundo hoy no duda en que no es así, que son dos referencias que son conjuntas.

Y antes me refería, como tema, como informe, no por nada, sino por saberlo, que la previsión actual del 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, a la que usted ha hecho referencia, según la Sala, no les basta para amparar esa situación, y pone un ejemplo. Dicen: piénsese cómo en los estatutos de autonomía de Andalucía, Asturias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Canarias, Castilla y León y Madrid se dice que, ante sus respectivos tribunales superiores de justicia, se agotarán las sucesivas instancias procesales. Y no tienen las competencias en recurso de casación, porque no tienen Derecho foral, unas, y otras por otra circunstancia. Pero fíjese quién tiene reconocido en el estatuto la competencia en materias de casación y de revisión. Son, casualmente, el estatuto del País Vasco, artículo 34; el estatuto catalán, artículo 19; el estatuto gallego, artículo 21; el estatuto navarro, artículo 59, y el estatuto valenciano, artículo 21. Y el estatuto de

Extremadura también lo tiene reconocido, y el estatuto de Baleares.

Por tanto, yo acepto —¿cómo no?— esa visión del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de que no es suficiente. Seamos respetuosos con las opiniones. Yo vuelvo a decir que es un tema en que estaríamos discutiendo aquí posiblemente no un Pleno, dos, llevamos ya dos sesiones con este tema... Yo espero que a la tercera vaya la vencida. Pero sí me gustaría hacer ya también un aviso, y es que mi grupo parlamentario va a proponer en la Comisión Institucional la constitución de un grupo de trabajo que pueda, en aplicación o haciendo referencia al artículo 35 de nuestro Estatuto, iniciar los estudios para una ley procesal aragonesa. Lo anuncio aquí, y espero que todos los grupos nos puedan apoyar en esa cuestión.

Fíjense sus señorías en que, cuando se produjo el problema que suscitó el artículo 29, en esta cámara había ya un estudio, había un proyecto para intentar refrendar, a través de procedimientos procesales civiles, nuestro Derecho civil. Y fíjense en cómo otras comunidades, como ha sido Galicia, han legislado sobre materia procesal también, una legislación que —quiero recordarles— fue recurrida de inconstitucionalidad, y, casualmente, el gobierno retiró el recurso de inconstitucionalidad, y hoy Galicia tiene su ley procesal también.

Yo he de decirle —y respeto todo lo que nos dice y respeto el criterio que hace de la interpretación— que temo que nos pase

como en la fábula, que discutiendo si son galgos o si son podencos al final venga alguien y se nos coma por esta vía, por la vía del Derecho. Y esto es lo que ha ocurrido, que se nos están adelantando, se nos ha adelantado Galicia con la ley procesal. Bueno, ¿por qué no la podemos tener? Pues no la podíamos tener porque estaba en duda todo este problema.

Yo tenía hoy la esperanza de que esta cámara aprobase esta modificación, que no me atrevo a llamarla reforma, porque es que es una reforma de modificación. Y tengo la certeza, ante esos temores que se plantean muchas veces de que un Estatuto se sabe cómo entra en el Congreso y no se sabe cómo sale, de que a nosotros nos hubiesen aplicado el mismo criterio que aplicaron a Valencia y que aplicaron a Canarias, a quienes por una resolución de la Mesa del Congreso se advirtió que si la comunidad autónoma, al final del trámite, no estaba de acuerdo con lo que allí se iba a resolver, podía haber retirado su proyecto de ley. Eso es lo que hubiésemos hecho nosotros si alguien nos hubiese puesto alguna pega o quisiera aprovechar esta modificación para entrar en otras cuestiones.

El tema es más profundo —le decía antes— de lo que parece. Quizá no sea éste el momento de entrar en la cuestión, porque la competencia de los recursos de casación y de revisión en algunos tribunales superiores de justicia no ha sido una competencia pacífica. Recuértese que esa competencia fue prevista exclusivamente en

nuestra Constitución para aquellas comunidades que accediesen a la autonomía por la vía del 152, que, incluso en el proyecto de ley, entonces, se hablaba de cuando los recursos de casación o de revisión atendiesen exclusivamente a temas de Derecho civil o foral. Como exclusivamente iba a haber muy pocos temas que pudiesen salir adelante en recursos de casación, porque es muy difícil separar hoy un Derecho de otro, ahí hubo una concesión por parte del Partido Socialista en aquellos momentos, que fue quien hizo de árbitro entre las autonomías de la vía del 152 y las del 143, y entonces se moduló ese tema quitando la exclusividad del Derecho civil o foral, pero incluyendo la necesidad de que estuviese en el estatuto de autonomía de cada comunidad autónoma.

Por tanto, no es un tema baladí que esté o no esté, al margen de que lo discuta o no discuta el Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Es un tema que afecta a la autonomía, es un tema que califica nuestra autonomía, y, por tanto, yo vuelvo a hacer un llamamiento al Grupo Parlamentario del Partido Popular para que medite si no es en estos momentos (ya no me atrevo a decir si prudente, si bueno, si malo), si no sería beneficioso para esta comunidad que nos bajásemos un poco de estas posturas e intentásemos encontrar una solución a través de la aprobación de este Estatuto.

Fíjese si es tan así el tema —y ahí tienen ustedes que están gobernando en estos momentos en este Estado y tienen en el Congreso mayoría—, fíjese si es así el tema,

que, en el nuevo proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, el artículo 481 del proyecto y el 511 del proyecto, que hablan de los recursos de casación y de los recursos de revisión, vuelven a repetir el mismo texto, y dicen que, siempre que el recurso se funde exclusivamente, como decían anteriormente, antes de que la ley orgánica del poder judicial regulase las nuevas disposiciones de los estatutos, o junto a otros motivos e infracciones de normas de Derecho civil, el general o especial propio de la comunidad, y cuando el correspondiente estatuto de autonomía haya previsto esta atribución.

Si les parece fuerte que hagamos una reforma, modifíquese la Ley de Enjuiciamiento Civil. Quítese este requisito, y entonces, bueno, yo no sé lo que podrá ocurrir con la competencia de otras comunidades autónomas. Pero quiero decir que el concepto es un concepto filosófico, es un concepto político, y el que haya sido un error o no haya sido un error aquí yo eso no voy a discutirlo. Yo me refiero a palabras que he oído y a palabras que he leído en multitud de ocasiones, donde se ha dicho que el artículo 29 se cayó, que se perdió... Yo estoy convencido de que no se hizo con mala voluntad, y que lo que sí se trató de hacer es un Estatuto de Autonomía al alza, que luego fue recortado también en el Congreso de los Diputados y en el Senado, pero un Estatuto de Autonomía que, en estos momentos, es mejor que el que teníamos, que a nuestro grupo, a nuestro partido, no nos satisface todavía. Pero, claro, por eso nos duele perder una competencia como la que tiene el Tri-

bunal Superior de Justicia en estos momentos, siquiera sea por una interpretación del propio Tribunal Superior de Justicia.

Y es que no podemos hacer otra cosa. Usted sabe que a raíz de los problemas hubo reuniones; se llamó a quienes podían opinar sobre el tema, se llamó a catedráticos, a profesores; se habló con los parlamentarios que estuvieron en aquel grupo. Nadie recuerda, curiosamente, nada. No había actas. Nadie recuerda tampoco que hubiese voluntad expresa de quitar de en medio el artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón anterior.

Por tanto, don Ángel Cristóbal, yo creo que, en estos momentos, el planteamiento del tema no es un tema baladí —repito una vez—, aun a sabiendas que tiene dificultades en salir adelante. Esta propuesta está hecha con toda la mejor voluntad del mundo: con la voluntad de que los aragoneses, que están en estos momentos, lógicamente, pendientes de este tipo de actuaciones de nuestros tribunales, y que están pendientes de la resolución también de esta cámara, pudiesen encontrar, por este camino, por el camino de la reforma, subsanación —por decirlo de alguna forma, de alguna manera—, pudiésemos encontrar la solución a este problema, que es un problema que afecta a muchas personas, pero que yo temo que siga afectando, porque va a ser muy difícil bajar del burro —y permítanme la expresión— a unos y a otros. Ojalá hubiésemos encontrado una fórmula ecléctica, una fórmula que sirviese para todos; pero —vuelvo a repetirlo— yo creo que en estos

momentos la voluntad de esta cámara debiera de ir por buscar este tipo de reforma. Yo no sé si la propuesta que he hecho antes de trabajar en la ley procesal aragonesa puede resolver este problema; pero también he de decir que puede ser un problema, una situación mucho más larga, una situación que tarde más tiempo y que, en definitiva, yo creo que causará tremendos perjuicios.

Yo termino esta intervención, señorías, pidiéndoles a todos los grupos parlamentarios comprensión ante una situación que no ha sido querida por este parlamento, tengo la seguridad y la certeza. Que quizá se ha enconado demasiado a través de declaraciones y a través de aspectos que no debían de haber salido nunca de este parlamento. Que me he pronunciado con todo el respeto a los tribunales, de cualquier manera. Y que, de ninguna forma, pienso que lo que estoy defendiendo es algo que no tenga defensa. Porque, cuando se habla también de que en el artículo 35 de nuestro Estatuto esta comunidad autónoma o el Tribunal Superior de Justicia tiene..., la comunidad autónoma tiene competencias en todo lo que sea el cuidado y el mimo de nuestro Derecho, se refiere —y esto hay que matizarlo también— a competencias legislativas, nunca a competencias jurisdiccionales. Las competencias jurisdiccionales vienen marcadas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Yo lamento el anticipo que ha hecho el representante del Grupo Parlamentario del Partido Popular de votar en contra. Con ese voto en contra, incluso con la abstención,

esta propuesta no saldría, pero sí quiero agradecer al resto de grupos parlamentarios la buena disposición en el apoyo a esta proposición y el haber contado desde el principio con una propuesta favorable.

Muchas gracias, y esto es todo, señor presidente.

El señor PRESIDENTE: Gracias, señor diputado.

Para dúplica, el señor Cristóbal Montes tiene la palabra.

El señor diputado CRISTÓBAL MONTES: Señor presidente. Señoras y señores diputados.

Gracias, señor Eiroa, por su tono moderado, conciliador. No esperaba menos de usted, de un viejo amigo y un viejo colega en estas lides parlamentarias.

Señor presidente, le hago un señalamiento meramente procedimental. En la ordenación del debate se ha copiado, como pasa siempre, mecánicamente, el punto que hoy nos ocupa aquí sin discernir que la proposición no la presentaba un solo grupo, la presentaban cuatro grupos de esta cámara, y que, por lo tanto, la presentación correspondía a los cuatro grupos de la cámara, repartiéndose el tiempo correspondiente. Ha actuado un solo grupo, que puede perfectamente actuar por delegación de los otros. Lo que no cabe es que los demás vengan a fijar posiciones después, porque su momento ha desaparecido. *[Risas.]*

El señor PRESIDENTE: Señor diputado, quien ordena el debate es el presidente y la Junta de Portavoces, por favor.

El señor diputado CRISTÓBAL MONTES: Y lo reconozco y lo admito, pero le hago un señalamiento. Nosotros estamos abiertos a que hable todo el mundo, nos gusta hablar, y que hable todo el mundo *[rumores]*, pero tendré derecho a replicar, porque...

El señor PRESIDENTE: Señor diputado.

Si usted utiliza su tiempo, permitirá que otros puedan hablar.

Por favor, a la cuestión.

El señor diputado CRISTÓBAL MONTES: Bueno, a la cuestión.

Dice usted, señor Eiroa, que me he referido a partidos nacionalistas como partidos pobres... No, no; superrricos: son nada menos que tres: casi nada: el infinito en superrrico. Quizá no son tan ricos en votos, pero ricos son porque son plúrimos, y lo que es plúrimo es rico.

Ha hecho usted una matización en que la actuación del Tribunal Supremo se puede interpretar como una injerencia en el poder legislativo aragonés. Pues, aun con esa matización, no, señor Eiroa, no es una injerencia; está zapatero a tus zapatos, se está ocupando de lo que tiene que ocuparse: se está ocupando de una resolución del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y está diciendo que esa resolución no es ajustada a Derecho porque en el Estatuto de Autonomía esta reconocida, en interpretación del Tribunal Supremo, la competencia en materia de recurso de casación y revisión, y, por lo tanto, no está cometiendo ninguna injerencia en el poder legislativo.

Nosotros aprobamos el Estatuto, lo podemos reformar, lo podemos cambiar; pero la interpretación del Estatuto como norma no nos corresponde a nosotros, porque es una norma jurídica; les corresponde a los tribunales (el Tribunal Superior de Justicia ha decidido lo que ha decidido), y, sobre todo, porque culmina la pirámide judicial, al Tribunal Supremo de Justicia. Y lo que dice el Tribunal Supremo de Justicia en esta materia va a misa, y no hay ninguna injerencia en el poder legislativo. No podemos sentirnos ni vejados ni postergados ni olvidados ni trasladados, porque están haciendo lo que les corresponde hacer con plena competencia.

Volvemos a lo mismo, señor Eiroa. Estatutos que no tienen esta competencia: no la tienen porque no la pueden tener, porque no tienen Derecho propio, y, en consecuencia, ¿para qué hablar de un recurso de casación o revisión en Asturias o Murcia donde no tienen Derecho propio? En otros, que tienen Derecho propio, lo dicen —nosotros también lo decíamos—, pero si no lo dijeran pasaría lo mismo, pasaría exactamente lo mismo que ha pasado en Aragón. Que el Tribunal Supremo, si alguien planteara la cuestión —y no creo que la planteara—, diría: no, no, aunque no lo digan, tienen la competencia. Porque quien hace un cesto hace cientos, y lo dice en Aragón, lo diría igual en Cataluña y lo diría igual en el País Vasco.

Ha lanzado usted una idea muy interesante, muy positiva, a la que nos sumamos, y nos sumamos porque ya lo hemos dicho en otras oca-

siones, y lo hemos comentado —lo sabe usted—, cuando era presidente de las Cortes, que ésa podía ser la gran salida sin tocar el Estatuto: la elaboración de una pendiente ley procesal civil aragonesa, que es un asunto pendiente, que tenemos la competencia atribuida en el artículo 35, y no hemos sido todavía capaces de desarrollarla. Vayamos; créese un grupo de trabajo, al amparo del artículo 52 de nuestro Reglamento; créese una ponencia legislativa y elabórese un proyecto de ley procesal civil aragonesa, y ahí, como han hecho en Galicia, se puede meter perfectamente todo lo relativo al recursos de casación y revisión sin tocar el Estatuto. Sería una gran salida, y, desde luego, en ese grupo de trabajo y en esa salida nosotros colaboraríamos sin ningún problema. Ésa puede ser una salida honorable, ésa puede ser una salida adecuada, una salida ponderada, y no desproporcionada, porque la reforma del Estatuto para este menester sigue siendo absolutamente desproporcionada.

Les decía antes que en Estados Unidos tienen una constitución, la más vieja del mundo, que lleva doscientos once años de vigencia. Estados Unidos tiene un sistema constitucional que no es como el continental, que no es como el europeo, que no contempla la reforma de la constitución, pero contempla la puesta al día de la constitución, como no podría ser menos: en doscientos once años, ¿qué constitución no se queda vieja? La han adicionado. En Estados Unidos no se reforma la constitución: aprueban enmiendas, enmiendas a la

constitución, que pasan a formar parte como un anexo al texto constitucional.

¿Saben ustedes, en doscientos años de vigencia, cuántas enmiendas se han aprobado a la constitución de Estados Unidos?, ¿saben cuántas? Veintiséis, en doscientos once años. Y nosotros desde el ochenta y dos, de vigencia del Estatuto, si diéramos curso a esta iniciativa, tres reformas. ¿En cuántos años? En dieciséis, en diecisiete años. Eso es —repito— manosear el Estatuto, y el Estatuto no hay que manosearlo, aunque no se corra — y en eso le doy la razón— el riesgo de que si lo mandásemos se aprovechara para otras cosas, habría un pacto de caballeros y no se aprovecharía para otras cosas.

Pero no es bueno, no es bueno que el Estatuto esté —aunque tengamos ya próximamente el AVE— en ida y vuelta de Madrid a Zaragoza y de Zaragoza a Madrid por la vía rápida, y vuelva porque nos equivocamos, porque queremos, porque nos dejamos, porque pensamos, porque ahora lo vemos de otra forma... No es bueno. Eso no le da seriedad a la política aragonesa, esto no le da seriedad a esta cámara, que constantemente nos estemos rectificando nosotros mismos, y un día digamos: es que nos olvidamos de tal cosa, es que nos dejamos en el tintero la otra, es que podíamos haber dicho y no dijimos. Eso no es serio. Los parlamentos tienen que autorrespetarse para que los demás los respeten, y la mejor forma de autorrespetarse es ser consecuente con lo que aprueban y defender, por las vías posibles, y en este caso la hay, por la

vía interpretativa, el texto aprobado, y no reformarlo a la primera de cambio.

Y termino, señor presidente.

Ha dicho usted que a lo mejor nos estamos metiendo en unos líos gratuitos, y, por discutir si son galgos o podencos, venga alguien y se nos coma. No sé quién se nos puede... No sé, como no nos invadan, ¿verdad? En la primera república española, la de 1873, Granada declaró la guerra a Jaén, o Jaén declaró la guerra a Granada: el famoso cantonalismo. Bueno, ahora no estamos en eso, pero empieza a parecerse un poco también con estas construcciones nacionales que nos invaden por todos lados. Pero, claro, como no nos declare la guerra alguien, no sé quien se nos va a comer. Tenemos un Tribunal Superior de Justicia que ha adoptado un criterio, al que le ha enmendado la plana quien se la puede enmendar, no nosotros: el Tribunal Supremo de España, y el Tribunal Superior de Justicia tiene que entrar por el aro, le guste o no le guste, repique o no repique, patalee o no patalee. Ésa es la jerarquía judicial, que forma parte de la sustancia misma del aparato judicial, y aunque repateen tendrán una y otra vez que entrar por el aro y conocer lo recursos.

Y lo hace quien tiene que hacerlo, no las Cortes de Aragón, que eso sí sería una injerencia en el poder judicial, sino el Tribunal Supremo de España, al que no pueden ni deben desobedecer. La prueba es que están dictando las sentencias correspondientes, aunque sea con demora. Pues bien: ya se cansarán y entenderán, que repito además que

es un juicio de tres contra dos, y ésa es una mayoría tan precaria, que en cualquier momento puede cambiar.

Dice usted que va a ser muy difícil hacerles bajar del burro. Supongo que se refiere a nosotros o al Tribunal Superior de Justicia. Pues no sé. Nosotros nos bajamos del burro con gran facilidad —no tenga usted ningún problema—, cuando la causa es razonable y cuando no entra en juego la coherencia; otros respetan un poquito menos la coherencia. El Tribunal Superior de Justicia yo creo que al final acabará entrando en razón, estoy convencido de que acabará entrando en razón, porque algún juez se jubilará, y usted sabe perfectamente a quién me estoy refiriendo.

Muchas gracias.

El señor PRESIDENTE: Gracias, señor diputado.

Para la fijación de posiciones tiene la palabra el representante del Grupo Mixto (Izquierda Unida), señor Lacasa.

El señor diputado LACASA VIDAL: Muchas gracias, señor presidente.

Para defender en nombre del Grupo Parlamentario Izquierda Unida de Aragón la presentación de esta proposición de reforma del Estatuto de Autonomía de nuestra comunidad autónoma.

Señorías, yo creo que esta mañana, desde luego, no vamos por buen camino, si las alusiones que se han vertido en esta tribuna son del tipo: el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, algunos de sus componentes trabajan poco, tienen poca ciencia y, además, algunos de ellos son

de elección política, y, por lo tanto, dan un tinte posiblemente sesgado a sus decisiones.

Yo creo que esas acusaciones que se han formulado en la tribuna son acusaciones muy serias que ponen en entredicho ante la opinión pública aragonesa la validez de uno de los órganos judiciales importantes de esta comunidad autónoma, que está reflejado en el Estatuto de Autonomía de Aragón. Yo creo que por ese camino realmente vamos a avanzar muy poco.

Creo también que avanzamos poco diciendo que ésta es una propuesta de reforma de Estatuto de corte o tinte nacionalista. No; se equivocan, señores que han criticado esta opinión, porque, que yo sepa, esta propuesta de reforma viene avalada por cuatro grupos parlamentarios: dos de ellos nacionalistas, efectivamente, y dos de ellos no nacionalistas. Uno de ellos claramente, por el que puedo hablar en nombre propio y de mi grupo, de corte federalista, de un federalismo profundo, y otro grupo parlamentario, que calificará su posición, pero creo que, en principio, también es de corte federalista, aunque de un federalismo distinto.

Por lo tanto, no estamos ante una reforma nacionalista. Estamos ante una reforma —creo— sensata, razonable, con arreglo a la situación que tiene nuestra comunidad autónoma, avalada por cuatro de los cinco grupos de la cámara, y que va a tener mayoría probablemente en la votación, con la paradoja, evidentemente, de que, a pesar de tener mayoría en la cámara, a pesar de tener mayoría de cuatro grupos

parlamentarios, puede no prosperar por la actitud de otro grupo parlamentario.

Pero, señorías, yo no voy a entrar en redundar en argumentos que se han vertido ya en la tribuna, y por economía procesal y de tiempo. Pero, señorías: hay que decir todo lo que dice el Tribunal Supremo.

¿Qué dice el Tribunal Supremo? Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 10 de febrero del año noventa y ocho. «Fundamentos de Derecho. Fundamento quinto: La desaparición del contenido del antiguo artículo 29.1.a del Estatuto sólo puede tomarse como un defecto de técnica legislativa, tan patente como, sin embargo —dice efectivamente—, subsanable por vía interpretativa». Dice «defecto grave de técnica legislativa». Señor Cristóbal Montes: «defecto grave de técnica legislativa». Luego, si el Tribunal Supremo nos dice a esta cámara que hemos fallado legislando (que no estaba entonces en la cámara, pero asumo lógicamente el legado de mi grupo parlamentario entonces existente), hemos errado, y no era voluntario, porque no queríamos suprimir este artículo. ¿Por qué no hacemos caso también al Tribunal Supremo en esta materia?, ¿por qué no mejoramos nuestros defectos de técnica legislativa? Ahora lo podemos hacer, señorías, ahora. Y damos cumplimiento también a lo querido por el Tribunal Supremo, también querido por nosotros.

Cumplamos también ese mandato implícito que el Tribunal Supremo nos encomienda: mejoremos legislativamente las competencias de nuestra comunidad autónoma.

Porque, señorías, volveré la argumentación por pasiva: ¿en qué perjudica a Aragón completar el Estatuto de Autonomía de Aragón con la clara y taxativa disposición de que está la competencia de casación foral y de revisión foral, en este caso rescatando en parte el antiguo artículo 29?, ¿en qué nos perjudica? Es que no veo en qué nos perjudica.

Que efectivamente el Tribunal Supremo establece un criterio interpretativo, es verdad. Efectivamente, ese criterio interpretativo acaba imponiéndose al Tribunal Superior de Justicia de Aragón, también es verdad. Pero, señor Cristóbal Montes, permítame: no he querido tampoco hacer muchas alusiones a apelaciones personales, pero permítame que exprese una duda en voz alta: ¿qué sucedería si hubiera un cambio en los criterios interpretativos del Tribunal Supremo?, ¿no estamos abocados a la voluntad y a los criterios interpretativos, en definitiva, de personas que también componen, individuos que componen el Tribunal Supremo, que voluntariamente, lógicamente, pueden en un momento determinado cambiar o ser sustituidos por otras personas? Entonces, la Comunidad Autónoma de Aragón depende de la voluntad de determinadas personas que componen, muy legítimas, muy sensatas y muy razonables, que componen en Madrid el Tribunal Supremo, dependemos de su opinión doctrinal de cada momento. ¿No es mejor que no estemos dependientes de esa voluntad doctrinal expresada en estos momentos por los autos del Tribunal Supremo, y en esta comunidad autónoma, a través del mecanismo legislativo

que tenemos en nuestras manos, zanjemos de una vez por siempre esta cuestión? ¿No es mejor esto?

Porque yo lo voy a plantear también, señores del Grupo Popular. Permítanme esta personificación, pero no lo interpreten como una alusión, sino simplemente como un debate intelectual. Esto es un poco, me recuerda un poco aquello de «¿tú a quién quieres más?: ¿a papá o a mamá?». Yo lo voy a poner incluso en términos personales: un catedrático de Derecho civil, el profesor Delgado Echeverría, que dice, denuncia —como usted ha recordado— esta situación; otro catedrático de Derecho civil, usted mismo, que legítimamente opina lo contrario. Ambos, por cierto, profesores míos de la Facultad de Derecho; ambos dos, lo sé de tinta directa, magníficos catedráticos. Pero, entonces, ¿a quién atendemos?

Porque hay dos criterios, igualmente podemos atender a esos dos criterios. Hay dos criterios: el Tribunal Supremo, evidentemente, muy importante órgano jurisdiccional, y el Tribunal Superior de Justicia de Aragón. ¿A quién atendemos?: ¿a papá o a mamá?, ¿al catedrático A o al catedrático B?: ¿al Tribunal Supremo o al Tribunal Superior de Justicia?: ¿a los cambios doctrinales interpretativos que vayan emanando de estos órganos jurisdiccionales?

Yo creo que esa posición es una posición en falso, nos tiene continuamente en el vilo, y yo creo que en estos momentos, señorías, no perjudica en nada, por muchos fórceps que tuviera el Estatuto de Autonomía, por muchos cambios de otros grupos parlamentarios,

por todo lo que ustedes quieran, hoy en esta cámara podemos zanjar definitivamente la cuestión, sin provocar ningún perjuicio para nuestra comunidad autónoma, ningún perjuicio para la comunidad autónoma.

Reconozcámoslo. Fuimos partícipes de esa ponencia, apoyamos el Estatuto del año noventa y cuatro, y debemos reconocer que hubo un error, que podamos, sí, en exceso, que esto quizá fue un exceso de poda, que a los árboles es bueno que se les pode; pero, si se les poda demasiado, pueden llegar a morir, y esta rama puede empezar a estar muriendo, o, por lo menos, estar sometida a la voluntad externa que no controlamos desde esta comunidad autónoma y desde esta cámara.

Por lo tanto, en estos momentos, con lo que hay encima de la mesa, con la polémica doctrinal servida, con un Tribunal Superior de Justicia que opina una cosa, otros órganos judiciales de la comunidad autónoma que también se han pronunciado, doctrina respetable de catedráticos importantes y de juristas importantes de nuestra comunidad autónoma, magistrados que opinan, como el magistrado jubilado José Ramón San Román Moreno, en el último artículo que he tenido ocasión de leer sobre la supresión del artículo 29 en la *Revista de Derecho Civil Aragonés*.

Es decir, una plétora de argumentos doctrinales y jurídicos, que yo creo que también nos tienen que hacer reflexionar, frente a los cuales hay otra muy razonable y respetable plétora de argumentos jurídicos y jurisdiccionales, también enfrenta-

dos, que también tienen su lógica y pueden tener su sentido. Pero en estos momentos yo creo que no perjudica absolutamente nada la posibilidad de que nosotros tomemos hoy en consideración esta propuesta, la remitamos a las Cortes Generales; se va a entender perfectamente, porque es un asunto efectivamente que no afecta a lo sustancial, a la voluntad expresada en aquel momento en la reforma del Estatuto. No va a perjudicarnos absolutamente en nada y va a permitirnos salir adelante de un paso difícil, de un empeño que en estos momentos yo creo que tenemos la ocasión claramente de solucionar y la ocasión de enmendar.

Señores del Partido Popular —termino—, me decía en muchas ocasiones el anterior presidente de la comunidad autónoma, nos decía a nuestro grupo parlamentario, el señor Lanzuela nos decía en muchas ocasiones a nuestro grupo: «señores de Izquierda Unida, tienen la tendencia a quedarse muchas veces en solitario en esta cámara; no se queden siempre en solitario en esta cámara, no es bueno, porque, a veces, no será que ustedes siempre tengan la razón y todos los demás estén equivocados...».

Pues, bueno, en esta legislatura yo tengo la tentación de volverles el argumento al contrario: señores del Partido Popular, no persistan en su acierto, no; consideren que todas las veces están en la bendita soledad, en esa ardiente oscuridad, que decía Buero Vallejo, en estos momentos, en esta ardiente soledad. No crean que en estos momentos la soledad siempre es indicio de

lo lógico, lo razonable y lo más acertado, porque, a veces, no crean siempre lo que decía Sartre en *Huis-clos*: «el infierno está aquí, y son los demás». A veces el infierno somos nosotros mismos.

Muchas gracias.

El señor vicepresidente primero (ESTEBAN IZQUIERDO): Gracias, señor Lacasa.

Tiene la palabra el representante de Chunta Aragonesista: señor Bernal.

El señor diputado BERNAL BERNAL: Gracias, señor presidente. Señorías.

La posición de Chunta Aragonesista en relación con esta cuestión es ampliamente conocida porque no es la primera vez que debatimos sobre el Estatuto y sobre la reforma, y, en concreto, sobre esta reforma, no es la primera vez. Por eso, suscribimos en la anterior legislatura la iniciativa de reforma y la hemos vuelto a suscribir en esta ocasión.

De hecho, señorías, si tuviera que resumir de manera telegráfica lo que Chunta Aragonesista piensa, es muy fácil: esta iniciativa no debería ser debatida. Punto. *Stop*. Esta iniciativa no debería ser debatida porque es lamentable que a estas Cortes no se les caiga la cara de vergüenza de que ésto no esté ya aprobado por unanimidad hace muchos meses. Es lamentable, fue lamentable el debate del año noventa y ocho, en que las Cortes no quisieron ni entrar en una cuestión que supone la propia esencia de existencia de estas Cortes. Pero todavía es más lamentable lo que va a ocurrir hoy, que es que aparentemente las

Cortes no van a querer entrar en una cuestión por mor de uno solo de los grupos, por mor del Partido Popular va a parecer que las Cortes no quieren entrar en esta cuestión.

Sólo hay, señorías, un dato positivo respecto al debate que tuvimos en la sesión plenaria del 16 de abril de 1998, y lo tengo que decir: la lección de humildad que hoy va a dar y está dando el Grupo Socialista, la grandeza del Grupo Socialista de reconocer explícitamente su error. Porque en aquella ocasión decía don Francisco Pina, textualmente: «Yo no sé si hoy con un debate como éste estamos haciendo una labor constructiva para profundizar en el sentimiento autonomista de los aragoneses y en nuestra voluntad de autogobierno». Y hoy, el señor Pina, su grupo, reconoce que sí que es un debate constructivo sobre esta cuestión.

Decía el señor Pina en aquella ocasión, refiriéndose a don Hipólito Gómez de las Rocas, a quien agradezco y aprovecho esta ocasión para recordar su labor en estas Cortes y su labor en pro de esta reforma, le decía el señor Pina al señor Gómez de las Rocas: «Ha tenido usted que buscar a la izquierda más radical —refiriéndose a Izquierda Unida— y al nacionalismo más radical —Chunta Aragonesista— para que le apoyaran en su iniciativa y que tuviera lugar este debate, que a nosotros no nos parece trascendente».

Hoy, evidentemente, supongo que la opinión del señor Pina sobre Chunta Aragonesista y sobre Izquierda Unida ya es más moderada. Ya no es ni tan radical ni... Más bien dialo-

ga a menudo con Izquierda Unida, menos a menudo con Chunta Aragonesista, pero dialoga. Y, sin duda ya, este debate sí que le parece trascendente.

Decía el señor Pina: «Nosotros tenemos la plena seguridad y la consciencia de que mantener el Estatuto en sus términos actuales no reportará ningún perjuicio a los ciudadanos aragoneses, y que no vale la pena un procedimiento tan sumamente excepcional para corregir un error material». El señor Pina sabía entonces ya, y reconoce hoy, que la única manera de mantener el Estatuto en sus términos actuales era recuperar lo que nunca se debió perder: el texto del ochenta y dos. Y él sabía, y reconoce hoy, que no es un procedimiento tan sumamente excepcional el que se adopta, es el único posible; el único posible para reformar el Estatuto es acudir a una propuesta de reforma del Estatuto, aunque sea para cambiar una coma, hay que ir a eso.

Y, finalmente, acababa el señor Pina diciendo: «¿No esconde un afán de notoriedad excesivo esta iniciativa?, ¿no esconde crear una falsa polémica para los no iniciados, entre los reformistas ansiosos de más competencias y los centralistas, opuestos a toda ampliación competencial? Hablaba alguien —se refería a mí, que había dicho eso— de los efectos secundarios, de las contraindicaciones; pues, a lo mejor, éste es el fármaco que algunas de sus señorías nos quieren hacer tragar en la mañana de hoy». Y concluía: «No hay razones suficientes, señorías, para esta iniciativa legislativa, insisto y termino».

Hoy yo quiero reconocer aquí la grandeza del Grupo Socialista de reconocer aquel error, y hoy presentar esta reforma del Estatuto. A lo mejor, alguien que se va mucho de boca, dentro de unos meses o de una legislatura, tiene que comerse con patatas fritas algunas de las cosas que se han estado diciendo aquí. Podría ocurrir. Por lo tanto, prudencia, por si acaso. Porque, a lo mejor, puede cambiar otra coalición, y, a lo mejor, hay alguna exigencia a alguien, y, a lo mejor, tiene que salir alguien aquí bajando la cabeza y diciendo otras cosas.

Porque aquí se ha hablado de las bambalinas de la comisión parlamentaria del año noventa y cuatro. Pero vamos a hablar de todas las bambalinas. Vamos a hablar de que el Partido Popular, que hoy con voz tronante a través de su diputado, señor Cristóbal Montes, se opone a esta reforma, vamos a entrar en las bambalinas. Primeros de septiembre de este año en curso, noventa y nueve. Surge en el Partido Aragonés esta iniciativa y se pasa al resto de los grupos —vamos a contar todas las bambalinas—, y el Partido Popular no dice «no» tronante y radical. El Partido Popular abre un periodo de reflexión, de duda, sobre si firma o no firma esta iniciativa, y debate o no debate —no sé si allí se debate—, pero abren un período y pasan unos cuantos días hasta que el Partido Popular dice que no la suscribe. Y hablando de las bambalinas y de los pasillos, el señor Cristóbal Montes dice en los pasillos que no hay ningún motivo para no firmar esta iniciativa.

¿Por qué el Partido Popular no firma esta iniciativa y por qué el

Partido Popular adopta la actitud que está adoptando hoy? Señorías, vamos a ser muy claros, vamos a las bambalinas. Saben que a mí me gustan mucho las bambalinas. El motivo es un motivo político, de orgullo equivocado, de novia desechada equivocada. El motivo, señorías —hay que decirlo bien claro—, por el que el Partido Popular no suscribe esta reforma es porque forma parte del acuerdo de gobierno entre el PSOE y el PAR. Y como ése es el motivo fundamental y es una iniciativa del PAR que lleva a ese acuerdo de gobierno, y como el PAR no ha querido en esta ocasión esposar con el Partido Popular, el Partido Popular se siente desechado y dice: cualquier cosa que hagan éstos, me opongo a ello y no lo firmo. Ése es el motivo político, ése es el motivo de las bambalinas.

Sí, señor Cristóbal, ya que a usted le gusta entrar en las bambalinas, a mí mucho más.

Señorías, Chunta Aragonesista viene a defender esta reforma a pesar de que éste —y ustedes lo saben— no es nuestro Estatuto. Éste no es el Estatuto que satisface las aspiraciones aragonesas de autogobierno, ni supone la consecución del máximo techo competencial, ni garantiza la autosuficiencia financiera de Aragón.

Y, sin embargo, venimos solamente a decir «virgencita, virgencita, que me quede como estaba en el ochenta y dos». Hace falta valor para que estos partidos tan ferozmente nacionalistas vengán a decir que nos quedemos como estábamos, virgencita, en el año ochenta y dos, en lo que se refiere a las com-

petencias de los órganos jurisdiccionales de Aragón.

No es cierto que este Estatuto suponga el acceso a las mayores cotas de autogobierno, como reiteradamente manifestaron en esta cámara el ex presidente del gobierno y el Partido Popular (a las máximas cotas que permite la Constitución de 1978), no es cierto. No es cierto que este Estatuto sitúe a Aragón a la cabeza de las comunidades autónomas. No es cierto que este Estatuto nos equipare a las denominadas «comunidades de primera». Y no es cierto que se cumplieran los programas electorales del año noventa y cinco, porque en el año noventa y cinco el compromiso electoral era que el texto que había salido de esta cámara era el que iba a ser aprobado. Y bien saben sus señorías, y bien sabe toda la ciudadanía aragonesa, que ése no fue el texto aprobado, que hubo nuevos recortes, merced a alianzas en el Congreso y en el Senado del Partido Popular con el Partido Socialista.

Señorías, éste es un Estatuto que no contempla la facultad de una auténtica disolución de Cortes. Éste no es un Estatuto que nos otorgue una auténtica autonomía financiera, porque no contempla la asunción de competencias fiscales. Este Estatuto no nos ha permitido, por ejemplo, disponer de las competencias en interior, en orden público o en instituciones penitenciarias —aprovecho para recordárselo al señor Iglesias, que ahora no está presente—. Este Estatuto no es el que, con justicia y con reiteración, pedimos en la calle en el año noventa y dos y en el año noventa y tres. Ese texto rebajaba determinadas

reivindicaciones y dejaba de lado otras.

Pues, a pesar de todo eso, Chunta Aragonesista viene a plantear una reforma que no atañe a ninguna de esas cuestiones con las que tenemos problemas de fondo. Chunta Aragonesista viene simplemente a decir que los tiempos que vienen nos exigen disponer de todos los instrumentos de que podamos disponer.

A lo mejor, si hubiéramos dispuesto de más instrumentos para la financiación autonómica, no tendríamos que estar planteando las cosas que se plantean ahora. A lo mejor, si hubiéramos dispuesto de otros instrumentos, no nos tendríamos que estar quejando a *posteriori*.

El señor Cristóbal Montes, con ocasión de la celebración del vigésimo aniversario de la Constitución, y hablando del título VIII, y hablando del Estatuto de Autonomía, decía que lamentablemente fue un error que al final Aragón hubiera ido por el artículo 143, pero que la situación política de aquel momento, entre UCD y PSOE, había abocado a que Aragón quedara encallado en esa vía.

Y eso se dice ahora, porque estoy seguro —no lo he hecho— de que, si acudo a los diarios de sesiones de entonces, no era eso lo que decía el señor Cristóbal; entonces, debió defender con muchísima pasión que no se podía ir más que por el 143, y que eso era lo mejor para Aragón. Pero veinte años después ya se dicen otras cosas. Pues, a lo mejor, lo que hoy se está diciendo (no dentro de veinte años, bastante antes) habrá que analizarlo de otra manera.

Señorías, lo que estamos planteando es una reforma no manoseada, que no pretende manosear. Efectivamente, ésta sería la tercera reforma; pero sólo ha habido dos hasta ahora. Y, de las dos, una proviene de Madrid, provino de Madrid, provino de las Cortes Generales; en consecuencia, vamos a ver aquí quién manosea: en todo caso al 50%; pero no creo que éste sea el verbo más indicado para referirse a lo que estamos planteando.

Lo que estamos planteando es una reforma rápida para subsanar errores. Lo que estamos planteando es reconocer, con gallardía, que se cometió un error en esta cámara, y no voy a empezar, ni siquiera, a decir, con nombre y apellidos, quiénes lo cometieron los primeros de todos; ni quién era el letrado mayor de la cámara, que asistía a aquellas sesiones —no lo voy a recordar: todo el mundo puede saberlo y acudir a ello— y quién presidía esas sesiones. No lo voy a recordar. Ni voy a recordar cómo es posible que tantos errores, porque fueron errores, en distintas instancias y ámbitos (Congreso, Senado)... La conclusión que yo saco no es muy recomendable de por qué nadie se dio cuenta en el Congreso y en el Senado. No es muy recomendable. Eso significa el tiempo que se le dedicó y con qué fruición se miró el Estatuto.

Y quien hoy dice que eso ya se sabía, nos dice *ex cathedra*, que eso ya se sabía, ya se veía venir que muchos doctores tenía la Iglesia, y ninguno entró en ello, sin embargo, la misma persona que *ex cathedra*

nos dice eso, que ya lo veía venir, y ya lo sabía, con una proyección cronológica envidiable, esa misma persona declaraba, cuando se inició este problema, que había un problema: que sólo cabía esperar a saber si el Tribunal Supremo devolvía los casos de casación y revisión o no.

Luego había que esperar a que el Tribunal Supremo lo hiciera. Si el Tribunal Supremo no lo hiciera, entonces sí que habría que reformar. Luego no estaba tan claro, previamente a eso. Luego no estaba tan estudiado por los ingenieros de esa altísima política lo que iba a ocurrir. Tan alta, tan alta, que a veces no aterriza.

Señorías, si nadie quería suprimir esa competencia, ¿cuál es el problema de que figure expresamente? Porque, citando al señor Gómez de las Rocas, recordaré otra vez que él en esta tribuna sí que dijo que se plantearon en aquella comisión especial unos temas, respecto a los cuales habría que entrar, y sólo el PAR, a través del señor Gómez de las Rocas, presentó una relación de temas, y en éstos no figuraba el artículo 29.

Vamos a decir todo lo que había en las bambalinas. El artículo 29 no figuraba entre los temas a analizar. Luego es evidente —y todos los sabemos, por más que alguien tenga que hacer aquí el teatro—, todos sabemos que el artículo 29 no lo quería quitar nadie. Y eso lo ha dicho el Partido Popular por activa y por pasiva en el debate anterior. Y eso lo dijo el señor Pina en el debate anterior, y, evidentemente, nadie lo quería quitar.

Pues si nadie lo quería quitar, ¿para que vamos a gastar no sólo esta sesión? Porque yo ya les adelanto: dentro de un año volveremos a la carga, y, a lo mejor, antes de que cante un gallo, a lo mejor, para el año que viene, alguien tiene que venir a la unanimidad de la cámara. ¡Cómo me lo pasaré yo entonces! Espero estar sano y fuerte para poder salir aquel día.

Señorías, lo único que se pretende con esta reforma es que quede mejor garantizada la seguridad jurídica. Eso, desde el punto de vista jurídico, desde el punto de vista de las competencias de los órganos jurisdiccionales. Pero es que, desde el punto de vista político, es lamentable que podamos permitir que, algo que figuraba ya expresamente, nos quedemos tan contentos o toleremos que desaparezca. Pero si estaba en el Estatuto del año ochenta y dos, ¿por qué va a desaparecer? ¿Porque se han hecho leyes de desarrollo orgánico? ¿Por eso?

No; ésa es la vía de recorte de la autonomía, precisamente: los desarrollos y la creación de legislación básica, que acaba recortando leyes orgánicas, como son los estatutos de autonomía. Ésa es la mejor garantía para no seguir ese camino.

Señorías, las Cortes también cometen errores. Y es bueno que la ciudadanía, quienes nos puedan ver, oír, leer, o quienes asistan a estas sesiones, sepan que quienes aquí estamos somos humanos, y quienes estaban en el año noventa y dos y noventa y tres también eran humanos, y cometieron un error. Subsánese. Todos cometemos errores: *Errare humanum est* —para no

dejar de estar aquí al tono de las citas—.

¿Nadie cuestiona, señorías, el control judicial último sobre la interpretación de nuestro Derecho propio?, ¿nadie la cuestiona?, ¡muy bien! ¿Sobre la interpretación de nuestro Derecho foral? ¿Nadie la cuestiona!

Puesto que no está, pues, en juego el fuero propio en nuestras propias leyes, ¿por qué esta resistencia empecinada, el empecinamiento, a que no figure en nuestra Carta Magna? Y no he sido yo quien lo ha dicho. Lo llevo diciendo mucho tiempo, pero hoy ha dicho otra persona que esto es nuestra pequeña Constitución.

¿Por qué no va a figurar en nuestra pequeña Constitución la referencia a las competencias del Tribunal Superior de Justicia en Derecho foral? Entre otras cosas, para que se cumpla el artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que fija dos condiciones, como aquí se ha indicado. Fija dos: una, en relación con las competencias de los tribunales superiores de Justicia: que para poder tener competencias en Derecho foral será necesario que esa comunidad disponga de Derecho foral (primera condición); y, segunda, que figuren esas competencias en el estatuto respectivo. En estos momentos, no figura esta segunda condición en nuestro Estatuto. Luego, el artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial no se está cumpliendo.

Pero voy a ir a otros argumentos, señorías. Si se está hablando de la irresponsabilidad que pueden cometer o el empecinamiento de deter-

minados... ¿La vía correcta para solucionar el problema es que las Cortes se empecinen más todavía? ¿La vía correcta de las Cortes, que cometieron el error, es que irresponsablemente no saquen la patita de donde la metieron?

Señorías, el señor Lacasa ha citado el texto de la sentencia del Tribunal Supremo; es como para que se nos caiga la cara de vergüenza, efectivamente. Sólo puede tomarse como un defecto de técnica legislativa tan patente...: «patente defecto de técnica legislativa», en un grupo que estaba presidido por el señor Cristóbal, esto va a hacer rebajar su altura. Y, cuando se habla de la reforma técnicamente desahogada de su Estatuto —por lo tanto, vamos a citar bien la sentencia del Tribunal Supremo, vamos a citarla bien— hay un rapapolvo aquí para alguien, para ustedes dos que están hablando, precisamente.

Señorías, quien habla de potenciar la justicia rápida, entre otras cosas, lo que va a hacer es poner zancadillas a la justicia rápida. Y no me sirve si son pocos los casos de recursos de casación y de revisión que se planteen en el Tribunal Superior de Justicia; con uno que se plantee es suficiente: es el derecho de un ciudadano —son más de uno, por supuesto—, que tiene el derecho a que su caso se resuelva con la agilidad más rápida posible de la justicia. De esta manera, lo que estamos haciendo desde las Cortes de Aragón es ralentizar la justicia, porque ustedes saben lo que va a ocurrir: el Tribunal Superior de Justicia va a remitir los casos al tribunal Supremo; el Tribunal Supremo los

volverá a remitir al Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y, entre tanto, en el camino, la ganancia no es para el ciudadano que plantea el recurso.

Señorías, yo estoy encantado de pertenecer a un partido nacionalista que respalda esta iniciativa. Yo soy un nacionalista democrático. Por eso no tengo miedo a que haya partidos políticos; cuantos más partidos políticos haya, no hay problema. ¿Cuántos obtienen representación? Aquellos que tienen el apoyo necesario de la ciudadanía; aquellos que responden a inquietudes, a grupos sociales que plantean determinadas propuestas a la ciudadanía. Eso es ser demócrata.

Otros fardan de democracia y de ser muy demócratas —¡ja!, ¡ja!, ¡ja!—, pero quieren que vayan desapareciendo partidos, por lo visto. ¡Qué lección de democracia, reverendo doctor! El que haya tantos partidos, le ha permitido a alguien, por ejemplo, al señor Cristóbal, que su carrera sea más dilatada. Su carrera política es más dilatada, merced a que ha habido muchos partidos. Así ha podido ir cambiando de uno a otro, y ampliar su carrera política, que es dilatada...

El señor vicepresidente primero (ESTEBAN IZQUIERDO): Señor Bernal, le recuerdo que está en el turno de fijación de posiciones.

El señor diputado BERNAL BERNAL: Sí; pero tengo que responder a algunas fijaciones anteriores, señor presidente, y además le digo que en bastante menos tiempo del que, alguna otra persona, ha utilizado.

Nosotros, sin embargo, no ponemos problemas a que otros partidos existan. Nos congratula que existan, que se presenten, incluso, por separado a las elecciones partidos españoles lo vemos normal, porque responden a posiciones ideológicas distintas. Por lo tanto, no sé por qué molesta que haya partidos nacionalistas y que se presenten por separado a elecciones.

A nosotros no nos molesta, y, por lo demás, estamos encantados de poder colaborar con satisfacer esa necesidad de quietud, de equilibrio, esa necesidad de paz. Nos alegramos de que la salud del señor Cristóbal no se estropee porque haya pocos partidos nacionalistas. Como dice que para él es una satisfacción, se quedó tranquilo, cuando ya vio que había tres, si a usted le tranquiliza que haya tres partidos nacionalistas en Aragón, no se preocupe, que no hay peligro a corto plazo de que vayamos a turbar la paz y la quietud de su espíritu, y de que se sienta tan contento.

¡No me nombre la moción de censura para hablar del Estatuto! Porque usted no fue víctima de la moción de censura, usted jugó más bien otro papel en aquella moción. En aquella función usted representó otro papel, no precisamente el de víctima.

Señorías, sería gravísimo que por segundo día en un año y pico, en un año y medio, perdamos otra sesión plenaria como la que vamos a perder hoy. Yo ya les adelanto que dentro de un año habrá aquí otra iniciativa legislativa para esta misma reforma, si hoy no sale adelante.

Y habrá que dejar muy claro a la ciudadanía que hay un partido que se niega a que Aragón recupere lo que ya obtuvo en el año ochenta y dos, y que no quiere que figure algo. A lo mejor es que prefiere algún partido que no figure por escrito algo, a ver si, poco a poco, se va perdiendo como se perdió el artículo 29. En esa lucha estaremos los nacionalistas y los no nacionalistas.

Y aventuro que a lo mejor dentro de un año o año y medio somos los cinco grupos parlamentarios los que tenemos que presentar esta iniciativa. Ahí queda el reto. Ya sabe, señor Cristóbal, que hoy no sería bueno que se deslengüe mucho, por si acaso dentro de año o año y medio, usted u otro representante de su grupo, tiene que envainársela y decir que está muy bien y que era muy necesario y que ahora sí que es oportuna la reforma.

Muchas gracias.

El señor vicepresidente primero (ESTEBAN IZQUIERDO): Gracias, señor Bernal.

En representación del Grupo Socialista, tiene la palabra el señor Catalá.

El señor diputado CATALÁ PARDO: Señor presidente.

Alguien dijo, en el anterior debate, hace año y medio, que éste iba a ser un debate bastante alejado de los ciudadanos. Yo creo que va a ser un debate técnico (es un debate técnico), pero en absoluto alejado de los ciudadanos.

Y no lo es porque tendremos que fijarnos más en el fondo del

debate que en la mera anécdota que ha servido para que este debate se pueda producir, la mera anécdota de la famosa pérdida del artículo 29, y vamos a quedarnos con el fondo del debate, que es la defensa de nuestro Derecho aragonés, la defensa de uno de los signos de identidad más propios de nuestro pueblo.

En origen, quiero creer que sí que se trató de un despiste —una gran duda, ha dicho Cristóbal Montes—: así lo reconocieron en su día los que participaron en su debate, así lo han reconocido hoy aquí, por lo que no creo que, si hace año y medio, no pudieron recordar lo que pasó con ese artículo, puedan en este momento hacerlo. Como todos estamos de acuerdo, no voy a perder un minuto más en este asunto, aunque sea un asunto —como ha dicho— esotérico y extravagante.

Pero lo que sí es trascendente, y mucho más de lo que algunos creímos en aquel anterior debate, son las consecuencias que puede acarrear al desarrollo de una de nuestras peculiaridades más importantes: nuestro Derecho foral.

Es evidente que hace año y medio se expusieron aquí argumentos en pro y en contra sobre la necesidad de incluir o no incluir el artículo 29. Y, transcurridos tres años, lo que parece opinión casi unánime es que en estos momentos no es que haya una cierta inseguridad jurídica, ¡es que hay una inseguridad jurídica cierta!, y además subsanable exclusivamente si nosotros, expresamente, hacemos mención de las competencias del Tribunal Superior de Justicia en nuestro Estatuto. Y,

mientras no lo hagamos, la inseguridad jurídica va a seguir perviviendo.

¿Que el procedimiento para conseguirlo es un procedimiento importante, es un procedimiento solemne, la reforma del Estatuto? ¡Pues sí! Pero es que no tenemos otro sistema, salvo esperar a que los tribunales, por interpretación, hagan lo que nosotros no supimos hacer como legisladores.

A mí también me hubiera gustado que el letrado que asesoraba a la comisión de reforma hubiera cumplido rigurosamente con su obligación, pero no fue así. Hasta el Tribunal Supremo lo ha reconocido, y, por tanto, tenemos la obligación de intentar subsanar esos errores. Y también me hubiera gustado, asimismo, que los eminentes juristas de la comisión hubieran caído en la famosa desaparición del 29, por muy sorprendente que pueda parecerle a alguno, y que nos deja, señorías —y lo digo con el máximo respeto—, a los pies de los tribunales, tribunales que, por otra parte, ya están poniendo de manifiesto la inseguridad jurídica a que antes hacía referencia.

La Audiencia Provincial de Zaragoza, año noventa y siete, ve un recurso de casación por infracción de normas de compilación de Derecho civil aragonés, y emplazó a las partes al Tribunal Supremo, cuando el propio recurrente había dicho expresamente que solicitaba que se hiciera ante el Tribunal Superior de Justicia.

Y ¿por qué no lo hace la Audiencia? Porque no reconoce la competencia al Tribunal Superior

de Justicia de Aragón, porque dice expresamente que, «a diferencia de lo que ocurría con el anterior Estatuto, ahora ha perdido dicha competencia».

Un mes más tarde, sólo un mes más tarde, es el Juzgado de Primera Instancia número dos de Zaragoza el que tampoco atribuye competencias al Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y sí a la Sala Primera del Tribunal Supremo, y lo hace argumentando, lógicamente, el artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que exige del correspondiente Estatuto de Autonomía, expresamente, dé la atribución para los tribunales superiores de justicia.

Y un mes más tarde, sólo un mes más tarde, la propia Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón no admite una demanda de revisión, y lo dice «al carecer esta Sala de jurisdicción para conocer recursos de revisión, al haber desaparecido el artículo 29.1.a, donde expresamente se atribuía la competencia».

Y este caso que acabo de comentar, además, es especialmente grave, porque el proceso de revisión ustedes saben que no es una instancia procesal, y, por tanto, no podemos argumentar el artículo 29 actual, que dice que el agotamiento de instancias se haga en el ámbito territorial. Ni podemos argumentar nada del Supremo, que tampoco ha dicho nada del tema de la revisión, por no mencionar, que se ha mencionado en esta tribuna, un tema menor, como es el tema de los recursos gubernativos en material registral e hipotecaria, que la Ley Orgánica del Poder Judicial dicta-

minaba que podían ser los presidentes de los tribunales superiores de justicia los que dictaminaran, siempre y cuando expresamente los estatutos de autonomía así lo reconocieran. Y el presidente del Tribunal Superior de Justicia el 19 de noviembre de 1997 no pudo entrar al fondo de ese tema porque consideró que no tenía la necesaria jurisdicción para ello.

Sí que es cierto que en el tema de casación ha habido..., a partir del 10 de febrero, el Tribunal Supremo ha dictado autos en los que, aparte de darnos un tirón de orejas, decía expresamente: «el vacío creado por la técnicamente desacertada reforma del Estatuto queda cubierto por la previsión del 29 de agotar instancias», y lo remitía a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia.

Pero esta Sala lo recoge, y expresamente lo recoge, exclusivamente, para ese asunto, y haciendo, además, argumentación del principio del artículo 24 de la Constitución, del principio de tutela judicial efectiva, y no sin antes decir que, expresamente, «la supresión del artículo 29 ha supuesto la pérdida competencial para conocer de recursos de casación y de revisión»; haciendo también, como es lógico, referencia al artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y al 1686 del la Ley de Enjuiciamiento Civil, que también dice lo mismo: que siempre que los correspondientes estatutos de autonomía así lo determinen pueden, de hecho, ejercer dichas competencias.

De todas maneras, si ése es el principal argumento de los que

defienden el no a la reforma, también tendría algo que decir. Porque, en definitiva, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, cuando recoge los autos del Tribunal Supremo, y lo hace con el argumento de tutela jurídica efectiva..., creo que no debía nunca un tribunal sometido al principio de la ley, al imperio de la ley, y en aras al principio de separación de poderes, no debería corregir la ley por vía de interpretación. La interpretación puede permitir arreglar algunos entuertos, como usted dijo en su día, pero no puede, no debe nunca resucitar una ley porque es el legislador el único que constituyentemente está capacitado para ello, para suprimirla expresamente.

Si la vigencia la perdió por decisión del órgano legislativo, sólo éste, exclusivamente éste, está capacitado para devolverle la vigencia que perdió, salvo que estemos todos locos, y estemos poniendo en cuestión el Estado de Derecho, que no creo que sea el caso.

Además, señorías, si los argumentos jurídicos no acabamos de compartirlos, compartamos algo en lo que estoy seguro que estamos de acuerdo: que nuestro Derecho es el más importante signo de identidad, el signo diferencial más básico del pueblo aragonés.

Señorías, a cualquier pueblo, a cualquier comunidad autónoma que viera mínimamente conculcado, puesto en duda, su hecho diferencial, no le dolerían prendas en exigir, si es necesario, la reforma constitucional, si eso fuera para corregir este error.

No seamos, pues, tan timoratos; no tengamos tanto miedo a molestar. Que ese reverencial miedo escénico a Madrid no influya nunca en la toma de posiciones, porque no me atrevería a pensar, en ningún caso, que, *vanitas vanitatum*, alguien quiere proteger su prestigio —bien ganado prestigio— a costa de esconder a nivel nacional un error, a mi entender, disculpable y además corregible, pero, en cualquier caso, nunca comparable con el bien que se quiere acometer con la reforma, que no es otro que nuestra peculiaridad, nuestro signo de identidad más concluyente, nuestro Derecho.

No lo pongamos en riesgo, señorías, por nimio que pueda ser ese riesgo —tres-dos, decía el señor Montes—, no lo pongamos en peligro. Demos seguridad jurídica a nuestro Derecho aragonés, o mejor dicho: devolvámosela. Por eso, el Grupo Socialista va a votar a favor de esta reforma. Y lo vamos a hacer, primero, porque he intentado dar, jurídicamente, algún tipo de argumentos en que nos basamos.

Efectivamente, en el año noventa y ocho, no valoramos suficientemente —y tengo que reconocerlo— la inseguridad jurídica que producía la medida. Han transcurrido tres años desde la reforma, y, en esos tres años, ni las posiciones de los tribunales aragoneses han cambiado lo más mínimo, ni el Tribunal Supremo ha entrado en todos los temas que concernían al artículo 29.

Y también por un asunto —y yo sé que eso es lo que a ustedes les da morbo—, y es por el famoso pacto con el Partido Aragonés. Efectiva-

mente, en el punto 20, con luz y taquígrafos, y después de estudiarlo el Partido Socialista, convinimos que podíamos poner de nuevo encima de la mesa el artículo 29. No creo que nadie pueda pensar que con eso el Partido Socialista se dejaba en la gatera todos los pelos ideológicos, por poner o dejar de poner el artículo 29. No me dirán que hay gran incoherencia ideológica porque digamos que el Tribunal Superior de Justicia tenga competencias expresas en el Estatuto de Autonomía. No me saquen eso, porque no tiene ningún sentido.

Además, ¡hombre!, señor Cristóbal Montes, el otro día le oí a usted un canto a lo que eran los cambios de posición; en la Comisión de Peticiones hizo usted una auténtica y encendida defensa de lo consustancial que es con la naturaleza humana el cambiar de posición. Y nos hablaba usted mismo de que, usted, personalmente, se puso de ejemplo —no es raro—, se puso de ejemplo diciendo que había pasado de furibundo castrista a un disciplinado militante del Partido Popular. Les parecerá a ustedes eso un cambio de posición correcta y les parecerá un cambio de posición espléndida; pero se hacía en el contexto de una comisión en que, al mismo tiempo que se ponían placas a los caídos por Dios y por España, les negaban ustedes en esa comisión el más mínimo homenaje a los perseguidos por el fascismo en los campos de concentración. Y eso es un triple salto mortal hacia atrás y en dirección contraria a su famoso viaje ideológico al centro de no sé dónde.

Muchas gracias.

El señor vicepresidente primero (ESTEBAN IZQUIERDO): Gracias, señor Catalá.

Señor Cristóbal, esta Presidencia le concede cinco minutos, ni uno más.

El señor diputado BERNAL BERNAL [desde el escaño]: Señor presidente.

Supongo que los demás tendremos también cinco minutos luego.

El señor vicepresidente primero (ESTEBAN IZQUIERDO): Esta Presidencia dirige el debate y concede cinco minutos, ni uno más, al señor Cristóbal Montes, si quiere hacer uso de la palabra.

El señor diputado BERNAL BERNAL [desde el escaño]: El portavoz de Chunta Aragonesista le pregunta en calidad de qué, si nos lo puede explicar a toda la cámara, porque no está previsto en la ordenación del debate.

El señor vicepresidente primero (ESTEBAN IZQUIERDO): Mire, señor Bernal, la ordenación del debate ha sufrido una modificación con respecto a lo que ha sido costumbre habitual en esta cámara, en un principio, dado que la presentación de la toma en consideración de la proposición ha sido hecha por un solo interviniente, utilizando también parte del turno de toma de posición para presentar también ese debate y establecer y reabrir el mismo.

En ese sentido, esta Presidencia concede cinco minutos al señor Cristóbal Montes. Si quiere hacer uso de ellos, cinco minutos, ni uno más.

El señor diputado BERNAL BERNAL [desde el escaño]: Señor presidente, señor presidente.

El señor vicepresidente primero (ESTEBAN IZQUIERDO): Han tenido suficiente tiempo por parte de todos los miembros de esta cámara.

Si algún miembro de la cámara tiene alguna objeción que hacer a la ordenación del debate, utilice los cauces reglamentarios.

El señor diputado BERNAL BERNAL [desde el escaño]: No; a la ordenación no: a lo que se nos ha indicado antes de comenzar el Pleno por parte del señor presidente. Se nos ha indicado que los grupos que habíamos firmado esta propuesta podíamos elegir o una o la otra de las vías, pero no dos. Lo mismo ocurre con el turno en contra. Y ha intervenido el señor Eiroa en representación de los grupos que hablamos presentado esta reforma, y el resto hemos tenido que participar en la fijación de posición. No se nos han dado las dos oportunidades.

Y se nos ha indicado por parte del señor letrado y por parte del señor presidente que una cosa o la otra. ¿Por qué el señor Cristóbal dos?, ¿porque tiene más edad que nosotros?

El señor vicepresidente primero (ESTEBAN IZQUIERDO): No. Vamos a ver, señor Bernal, el turno de todos los grupos no ha sido utilizado estrictamente para la manifestación de la posición de cada uno de los grupos, sino que yo creo que se han excedido todos los grupos —permitido por esta Presiden-

cia—, dada la liberalidad que se debe de establecer en este tipo de debates.

Entonces, señor Bernal, por favor, no tiene la palabra...

El señor diputado BERNAL BERNAL [desde el escaño]: Dejo que siga el debate. Pero ya le adelanto que mi grupo va a presentar una protesta formal por el hecho de que a los sesenta y siete diputados sistemáticamente no se les está tratando igual desde la presidencia, o ahora desde la vicepresidencia. El señor Cristóbal —y hay que decirlo— siempre está por encima de los otros sesenta y seis.

Muchas gracias.

El señor vicepresidente primero (ESTEBAN IZQUIERDO): Señor Cristóbal, tiene el uso de...

El señor diputado GIMENO FUSTER [desde el escaño]: Señor presidente.

Gracias; si me permite...

El señor vicepresidente primero (ESTEBAN IZQUIERDO): Pero ¿para qué quiere hacer uso de la palabra, señor...?

El señor diputado GIMENO FUSTER [desde el escaño]: Sencillamente, para intentar poner un grado de orden en este debate. *[Risas y rumores.]*

El señor vicepresidente primero (ESTEBAN IZQUIERDO): Señor Gimeno.

El orden lo pone esta presidencia, acertada o equivocadamente. No tiene la palabra.

Señor Cristóbal, tiene la palabra.

El señor diputado CRISTÓBAL MONTES: Señor presidente. Señoras y señores diputados.

Que no corra el tiempo todavía, señor presidente, los cinco minutos fatídicos, que no corran. Sólo le hago una pregunta, señor presidente: como podía haber contestado a cada uno de los grupos presentantes *a posteriori*, ¿cuánto tiempo habría tenido si hubiera contestado a cada uno en singular?, dígamelo.

El señor vicepresidente primero (ESTEBAN IZQUIERDO): Como no hay calculadora, le ruego que comience su turno de intervención.

El señor diputado CRISTÓBAL MONTES: Señor Bernal. Comenzando por el final, no estoy por encima, estoy sentado a la misma altura que usted. No es razón de edad, es que soy rubio y con los ojos azules, no hay otra razón; es por los rizos, la preferencia es por los rizos.

Señor representante del Grupo de Izquierda Unida. Dice usted que con qué catedrático se queda de los dos que disintimos; con ninguno. Decía el profesor Berlin que ha habido dos categorías de personas que han complicado siempre las cosas: los teólogos y los juristas. No haga caso a ninguno.

Se pueden quedar solos. Sí. Que a usted le decía el señor Lanzuela que se quedaban solos. Nosotros nos quedamos solos. Sí; pero nos quedamos solos con trescientos cincuenta mil votos que obtuvo la derecha. Lo que pasa es que después ha habido reacomodos, y de esos trescientos cincuenta mil votos algunos se han esfumado y han dado lugar a la creación de cuatro grupos de

izquierda. Bueno, ya hablaremos en otras llamadas electorales.

Señor Bernal, usted me dice que no sea deslenguado en mi intervención. Debe ser porque usted lo ha sido bastante, ¿verdad? Se ha pasado. A mí no me ofende eso. Yo soy un político del viejo estilo. Usted me llama viejo constantemente, y eso no es ningún insulto. La vejez es una maravilla en política, poder sobrevivir a los años. ¡Ojalá llegue usted a mi edad —y creo que llegará— siendo parlamentario en esta casa o en Madrid, como yo lo fui también; ojalá. Pero a mí no puede usted ofender aunque quiera, llamándome lo que me llame; no me puede ofender de ninguna manera. Lo que pasa es que hay un estilo. Yo soy muy viejo y usted es muy joven, y los viejos tenemos escamas —en Venezuela decían que «tiene más conchas que un galápagos»—, y los jóvenes tienen ustedes la epidermis demasiado débil, y, entonces, se les ven las venas y se nota que hay poca densidad debajo.

Usted no puede llegar a un debate en la cámara diciendo: «y he oído al señor Cristóbal Montes en los pasillos». Cuando sea usted parlamentario de verdad, y lo será, porque va en el buen camino, usted no dirá nunca «lo he oído en los pasillos», porque eso es quitarse fuerza, eso es quitarse argumentos, eso es quitarse enjundia parlamentaria.

Dice usted —y lo ha repetido también el portavoz del Partido Socialista, con lo cual contesto a los dos— que el motivo real de que nosotros nos opongamos a esto es que la presentación de esta propuesta de reforma del Estatuto

forma parte del pacto de coalición PSOE-PAR, y, por lo tanto, nosotros, como estamos rebrincados con ese pacto, nos vengamos, que es un motivo simplemente de irritación, de mal genio. ¡Qué poco nos conoce! Y ¡qué poco sabe de este mundo complicado de la política aragonesa! Al fin y al cabo es un recién llegado. Ya aprenderá. No es ése el motivo, ni remotamente.

Pero, al calor de todas estas cosas, ha dicho algunas que a mí no me irritan ni me ofenden —no ofende el que quiere, sino el que puede—, a mí no me ofenden, y me puede decir lo que quiera —de perro moro para abajo o para arriba—, me trae sin cuidado. Pero dice algunas cosas que es lamentable oír las en boca de un político. Porque usted ha dicho, aparte de que es poco democrático y no sé cuántas circunstancias más respecto a mi actuación política, usted me ha dicho que no mencione, que no se me ocurra mencionar más —y la volveré a mencionar las veces que me parezca, señor Bernal— la moción de censura, porque mi papel en esa moción de censura no fue el que parece, sino que fue otro. Bueno; usted debe estar muy enterado. Mi papel fue el de presidente de las Cortes de Aragón, y algún día, si quiere, le contaré cómo fue el papel, y le contaré cómo actuaron unos y otros. Y podría poner un testigo de excepción en este momento, que está sentado enfrente de mí, y que ha defendido la propuesta, señor Eiroa. Algún día contaré lo que hablamos el señor Eiroa y yo un día antes de presentarse la moción de censura. Y lo contaré para que usted, entre otros, esté enterado

alguna vez, que me parece que no se entera mucho.

Finalmente, señor representante del Partido Socialista, me ha gustado su estilo, es un estilo jurídico, es un estilo atinado, es un estilo con argumentos, con razones, no con apasionamiento, no con descalificaciones: es un punto de vista —usted lo ha dicho—, y hay dos puntos de vista, hay dos interpretaciones, y, por lo tanto, tan válida es una como la otra, y una no puede descalificar a la otra. A mí no se me ocurriría decir que usted está en un error hoy, como no se me ocurre decir que está en un error ayer, cuando coincidía con nosotros. No es razón de coincidencia o no coincidencia. Es simplemente función de interpretación. Los juristas somos así. Los hombres de Derecho somos así, porque la visión de las cosas desde el punto de vista jurídico es fluctuante, la verdad es relativa.

Aparte, para responder al latín del señor Bernal: *filia veritas temporis* (la verdad es hija del tiempo), y, en estos momentos, parece que esto es una verdad relativa, que no hace falta reformar el Estatuto para tener la competencia, porque nos la ha reconocido y nos la reconoce reiteradamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y, por lo tanto, para ese viaje no hacen falta semejantes alforjas.

No estoy de acuerdo, señor Catalá, en que la supresión del artículo 29 haya supuesto la pérdida de la competencia. Si tal fuere así, el Tribunal Supremo no podría estar diciendo lo que dice, y el Tribunal Supremo —repite, y no voy a repetir los argumentos— es

quien es en España. Si hubiéramos perdido la competencia, ¿cómo podía...? Que nos ha tirado las orejas legislativamente. Hay que entender al Tribunal Supremo. Los que llevamos leyendo sentencias del Tribunal Supremo desde hace muchísimos años sabemos leer entre líneas. Nos tira las orejas para no desairar al Tribunal Superior de Justicia, nos dice que cometimos un desliz legislativo, para después quitarle la razón. Y ¿qué es más importante? Ésa es la prudencia, ésa es la diplomacia, ése es el buen hacer, ésa es la mano izquierda de las puñetas —que no es una expresión vejatoria, sino lo que llevan los jueces—, ésa es una expresión diplomática. ¿Cómo le va a quitar la razón nada más y nada menos que a un Tribunal Superior de Justicia? Y se la quita, y bien que se la quita, nos da un rapapolvillo, una de cal y otra de arena, y dice que hubo un defecto técnico legislativo. Ésa es una excusilla; es simplemente un complemento: procurar hacer la menor sangre posible.

Y termino, señor presidente. No corregir, dice usted, la ley por vía de interpretación. Mire, señor Catalá, usted es hombre de leyes, es de leyes, y sabe perfectamente lo que es la interpretación. La interpretación no sólo de los tribunales, que crea jurisprudencia en el Tribunal Supremo, sino incluso la interpretación doctrinal, la interpretación, hoy y siempre, en Derecho, lo ha podido todo. La interpretación de verdad puede más incluso que las cámaras, puede más incluso que el legislativo, porque el legislativo aprueba normas, pero para aplicar esas normas a la vida real hay que

interpretarlas, y se llega a lo que usted sabe muy bien, que es la llamada interpretación correctora o abrogadora. Es decir, los tribunales y la doctrina pueden plantear y obtener la llamada interpretación correctora, es decir, que la ley diga una cosa y diga el intérprete: como si no la dijera: la corrijo, la abrogo, la dejo sin efecto. La interpretación correctora, que está admitida por toda la dogmática jurídica en todos los sitios, y le remito a que lea simplemente las magníficas páginas del tratadista Enneccerus.

Termino, ahora sí de verdad, señor presidente, simplemente con una pequeña matización, señor Catalá. No es cierto que yo dijera en la comisión que había pasado de ser furibundo castrista a militante del Partido Popular ¡Dios me libre! Yo dije: en mis tiempos jóvenes, allá en la lontananza, cuando vivía en Venezuela, uno de mis héroes juveniles fue Fidel Castro. Y no reniego de ello. Así como hoy digo que es un dictador, un auténtico dictador y un sátrapa, en mis tiempos fue un... Y el que venga a la Facultad —y se quedan muchas veces sorprendidos— verá en mi despacho, detrás de mi asiento, tengo un póster, comprado en La Habana, precisamente, en el que están recogidas las fotografías de Fidel Castro y de otro héroe de mi juventud, Salvador Allende, paseando en Valparaíso. Y no me lo he quitado, y nadie me ha dicho: pero ¡qué vergüenza, que este hombre...! ¡Ahí lo tengo! Porque son héroes de mi juventud, y nadie renuncia a sus héroes de juventud. Lo que pasa es que el paso del tiempo, obviamente, te muestra, te obliga a cambiar, y te

muestra quién es quién en cada cosa. Y Castro, que fue un idealista, acabó siendo un dictador comunista ¡Qué le vamos a hacer!

Y, por lo tanto, creo, señor Catalá, que no hay que exagerar las cosas. Uno da cambios, pero cambios pequeños, cambios matizados; porque, si das un cambio muy grande, te caes al hueco indefectiblemente.

Gracias.

El señor vicepresidente primero (ESTEBAN IZQUIERDO): Gracias, señor Cristóbal.

Se va a proceder a la votación. ¿Votos a favor? ¿Votos en contra? ¿Abstenciones? **Por treinta y siete votos a favor, veintiocho en contra y ninguna abstención, es tomada en consideración la proposición de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.**

Pasamos al turno de explicación de votos.

Señores portavoces que quieran hacer uso de la explicación de votos.

Señor Lacasa, en nombre del Grupo Mixto (Izquierda Unida), tiene la palabra.

El señor diputado LACASA VIDAL [desde el escaño]: Muchas gracias, señor presidente.

Con brevedad. Porque se han dicho muchas cosas ya en esta cámara esta mañana, y hay que dejar paso al pueblo, que se expresará a través de iniciativas populares. Pero sí queremos decir alguna cuestión.

Hemos votado a favor, y estamos satisfechos de que haya salido apro-

bada, tomada en consideración esta proposición de reforma del Estatuto de Autonomía. Hemos votado a favor de la seguridad jurídica, porque, si esta reforma finalmente llega a buen puerto —como ojalá esperamos que llegue, por un cambio de actitud del grupo que hoy ha votado en contra—, si esta reforma llega a buen puerto, sin duda, será un beneficio, porque nadie entonces podrá poner en duda la competencia que tendrá nuestro Tribunal Superior de Justicia para asumir los recursos de casación foral o de revisión. Esto es algo claro, meridiano. Nadie podrá discutir esta cuestión si esta reforma llega a buen puerto. Ningún perjuicio se derivará de su toma en consideración, ninguno. Sólo bondades. Porque es verdad que hay diferencias doctrinales, pero es que la doctrina se la puede llevar el viento, porque puede haber cambios doctrinales, como he señalado antes en mi intervención. Por tanto, vayamos a asegurar.

Y yo creo que este esfuerzo que hemos hecho los tres grupos que la presentamos la anterior vez (Chunta Aragonesista, el Partido Aragonés e Izquierda Unida de Aragón), a los cuales hoy felicito... Sinceramente, felicito la intervención del señor Catalá, porque creo que ha sido una buena intervención del Partido Socialista, rectificando —ahora sin ningún tipo de ironía—, sabiendo comprender la situación, viendo los problemas que se planteaban claramente de distintas interpretaciones, e intentando poner encima de todo la seguridad jurídica y el interés de los ciudadanos aragoneses por

encima de cualquier otra consideración.

Y una reflexión, un llamamiento a que, en el período que se abre, el Partido Popular sepa unirse a esta cámara, al conjunto de esta cámara, para poder sacar adelante una reforma del Estatuto que creo que no nos va a desprestigiar en Madrid, sino todo lo contrario. Es donde debemos estar defendiendo los intereses de nuestra comunidad autónoma y el pleno autogobierno, y, en este caso concreto, disolver cualquier duda interpretativa, porque la interpretación lo puede todo. Pero la ley, si es clara, es una ley que facilitará la interpretación y será mucho más positiva para el devenir de nuestra comunidad autónoma.

Nada más.

Muchas gracias.

El señor vicepresidente primero (ESTEBAN IZQUIERDO): Gracias, señor Lacasa.

En nombre del Grupo Chunta Aragonesista, tiene la palabra el señor Bernal.

El señor diputado BERNAL BERNAL [desde el escaño]: Señor presidente. Muchas gracias.

Señor presidente. Señorías.

Chunta Aragonesista ha votado «sí» porque queremos recuperar en nuestra pequeña constitución —aprendiendo del maestro que nos enseña a llamarla pequeña constitución, que a partir de ahora lo diré siempre ya—, queremos recuperar para nuestra pequeña constitución lo que teníamos en 1982 y se perdió

por el camino en 1996.

Hemos votado «sí» porque creemos que es bueno y saludable que nuestras Cortes reconozcan su error y reconozcan su humanidad.

Hemos votado «sí» porque queremos romper con el fomento del complejo de inferioridad de Aragón y de lo aragonés, cada vez que hay que levantar la voz para defender lo nuestro.

Hemos votado «sí» porque no queremos inhibirnos en la construcción de un verdadero y más profundo autogobierno para nuestra tierra.

Hemos votado «sí» porque queremos seguir aprendiendo a hacer Aragón, queremos seguir aprendiendo. Si bien, igual que no ofende quien puede, sino quien quiere, no enseña quien quiere, sino quien puede, y aquel que enseña no siempre todo lo que dice es enseñanza.

Bienvenido el Grupo Socialista a esta —yo creo— interesante y aventura apasionante de reformar nuestro Estatuto. Y espero que, como todos tenemos que aprender, los maestros y quienes se consideran maestros abran también una muestra, abran un pequeño portal para seguir aprendiendo y colaboren en esta reforma del Estatuto.

Muchas gracias.

El señor vicepresidente primero (ESTEBAN IZQUIERDO): Gracias, señor Bernal.

En nombre del Grupo del Partido Aragonés, señor Eiroa, tiene la palabra.

El señor diputado EIROA GARCÍA [desde el escaño]: Gracias, señor presidente.

Brevísimamente, para agradecer a aquellos que han apoyado en el debate la propuesta de reforma de este Estatuto, y quizá también para agradecer el tono del debate hasta el último momento, en que parece que ha ido por otro derrotero. Bueno, esto es otra cuestión.

Nosotros hemos propuesto y hemos votado a favor de esta cuestión porque creemos que es necesario corregir un error cometido por esta cámara, un error —vuelvo a reiterar— quizá no querido, pero cuyas consecuencias son graves, porque nos parecía que era el procedimiento más rápido, que no tiene ningún peligro, que no tiene ningún problema, puesto que incluso en el Congreso y en Senado se podía haber realizado, se podía haber llevado a cabo con gran rapidez, y porque nos parece que el hacerlo resultaba también una postura conciliadora —digamos— de la cámara, después del último debate sobre este mismo tema.

Yo no sé si al final prosperará la cuestión; pero sí tengo la esperanza de que, a la tercera, por lo menos, vaya la vencida. Va creciendo el grupo que apoya esta reforma, y espero que al final la apoyemos todos.

Pero a mí me gustaría terminar diciendo que fundamentalmente hemos apoyado también, en este debate, esta reforma porque entendemos que se ventila no sólo una cuestión correctora de un problema dentro del Estatuto, que se ventila un defecto de forma. Hago un

ruego a los señores diputados: que vean con tranquilidad —y no digo nada más— en qué comunidades autónomas se recoge el recurso de casación y de revisión, que se vea en cuáles se recoge. Y nosotros, que lo teníamos, lo hemos perdido del Estatuto. Procuremos recuperarlo.

Gracias.

El señor vicepresidente primero (ESTEBAN IZQUIERDO): Gracias, señor Eiroa.

En nombre del Grupo Parlamentario Popular, señor Cristóbal Montes, tiene la palabra.

El señor diputado CRISTÓBAL MONTES [desde el escaño]: Gracias, señor presidente.

Hemos votado, evidentemente, «no» por coherencia: porque votamos el año pasado «no» y porque seguimos viendo lo mismo que veíamos el año pasado: la no necesidad. No tenemos ningún prejuicio, no tenemos absolutamente ninguna voluntad de enconar nada, de oponernos a nadie, de negar nada, de dificultar las cosas; sino que simplemente tenemos todo el derecho del mundo a ser coherentes, todo el derecho del mundo a mantener una postura razonada y razonable. Tan razonada y razonable como puede ser la postura contraria.

A pesar de lo que piense el señor Bernal, pertenezco —como dice Popper— a la fraternidad de los racionalistas, que son los que creen en la argumentación y los que están siempre dispuestos a aprender los unos de los otros. Yo enseño poco y mal, pero aprendo mucho, de todos: hasta de usted, y sabe que se lo he reconocido en alguna ocasión.

Hemos votado «no» porque el Tribunal Supremo ha dicho la palabra, y hemos sido consecuentes con una propuesta que en su día hizo el jefe del gabinete aragonés, don Santiago Lanzuela, en el sentido de que, si había un pronunciamiento, una doctrina del Tribunal Supremo, de que la competencia se mantenía, no haría falta presentar la proposición, y, si era contraria, se presentaría.

Y alguien ha aventurado aquí: y ¿si cambia el Tribunal Supremo? Pues, si cambia el Tribunal Supremo, cambiaremos nosotros también, como es natural, y no pasará nada. Si el Tribunal Supremo un buen día dijera: «han perdido ustedes la competencia», al día siguiente estaría presentada la proposición de ley. Pero, como no lo dice, mientras no lo diga, no pasa nada. Y hay que ser respetuoso con las posturas mantenidas y hay que ser respetuoso con lo que se dijo en un momento ulterior.

¿Que cada uno puede cambiar? Los condicionantes políticos son fluctuantes —y nosotros entendemos perfectamente su posición, lo cual no quiere decir que la justifiquemos—, pero eso no quiere decir que, porque ustedes hayan cambiado, nosotros tengamos que cambiar también, entre otras cosas, porque nos hemos quedado fuera del gobierno, señor Catalá, y el caramelo no está en nuestra puerta. Ha estado en la puerta de ustedes.

Quiero aprovechar finalmente esta explicación de voto para salvar el buen nombre y el prestigio de una persona muy honorable de esta cámara, cuya mención directa o indirecta no debió hacerse por

nadie, y lo han hecho dos grupos. Me refiero al señor don Manuel Giménez Abad, antiguo letrado de esta casa, de quien se ha dicho que no vigiló suficientemente los trabajos de la comisión y que permitió que se deslizaran errores y que se nos cayeran artículos. En honor a la verdad, hay que decir lo siguiente —y de esto sí que sabré algo, porque era presidente de las Cortes en ese momento—: yo propuse a esta cámara la creación, sin asesorarme por nadie, ni siquiera por mi partido, señor Bernal —porque así soy de tonto a veces—, ni siquiera por mi partido, lo hice como presidente —esto que a usted no le entra en la cabeza de que una persona pueda actuar institucionalmente al margen de su partido, de sus bases, de su debate: yo lo hice sin consultar a mi partido—, porque, a raíz de la manifestación del noventa y dos, creí que el pueblo aragonés había pedido ciertas cosas, y dije: cuando el pueblo habla, los políticos callan. Y propuse la creación a este Pleno de una comisión, y se aprobó por unanimidad.

Y esa comisión fue una comisión completamente irregular, al margen por completo de cualquier pauta reglamentaria y de cualquier previsión estatutaria. Fue una comisión con dos miembros de cada grupo sin voto ponderado y en la que nunca se votó nada. Todo se hizo por consenso, por debate, todo se hizo por deliberación interna. Y el señor Giménez Abad estuvo allí no como letrado mayor. No quería estar porque era una comisión donde no le correspondía estar —probablemente, ni reglamentariamente podía estar—. Le pedimos por favor que, en aras a sus conoci-

mientos, que en aras de su experiencia —porque es un hombre que ha trabajado en Derecho público y conoce mucho del Derecho—, estuviera presente para... Y él quiso, tuvo la bondad de estar con nosotros, de trabajar, de alumbrarnos muchas cosas, y de facilitarnos... Y ése es un honor que debemos reconocerle —y que el presidente en funciones en este momento me desmienta, porque estaba él presente también, si me equivoco—, ése es un honor que debemos reconocerle

y que, obviamente, no debe empañarse en esta cámara.

Muchas gracias, presidente.

El señor vicepresidente primero (ESTEBAN IZQUIERDO): Gracias, señor Cristóbal.

Terminado el punto de la sesión extraordinaria, suspendemos durante cinco minutos el Pleno para reanudar la sesión ordinaria, dentro de cinco minutos estrictos. *[A las doce horas cincuenta minutos.]*

4. Toma en consideración de la propuesta de reforma de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón, modificada por la Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo, y por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de reforma de dicho Estatuto (BOCA núm. 15 de 10 de noviembre de 1999)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

El Pleno de las Cortes, en sesión celebrada los días 4 y 5 de noviembre de 1999, ha acordado tomar en consideración la propuesta de reforma de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón, modificada por la Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo, y por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de reforma de dicho Estatuto, presentada por veintidós Diputados de los Grupos Parlamentarios Socialista, del Partido Aragonés, Chunta Aragonesista y Mixto, y publicada en el BOCA núm. 9, de 5 de octubre de 1999.

La Mesa de las Cortes, en sesión celebrada el día 4 de noviembre de 1999, ha ordenado, de acuerdo con lo establecido en el artículo 140.2

del Reglamento de la Cámara, la remisión de esta propuesta de modificación a la Comisión Institucional para su tramitación y la apertura del plazo de presentación de enmiendas.

De conformidad con lo acordado por la Mesa de las Cortes, el citado plazo de presentación de enmiendas será de treinta días hábiles, por lo que finalizará el próximo día 13 de diciembre de 1999.

Se ordena la publicación de estos acuerdos en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, de conformidad con lo establecido en el artículo 111.1 del Reglamento de la Cámara.

Zaragoza, 4 de noviembre de 1999.

El Presidente de las Cortes
JOSÉ MARÍA MUR BERNAD

5. Dictamen de 1a Comisión Institucional sobre la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón de incorporación de un nuevo artículo 28 bis.
(*Diario de Sesiones de las Cortes de Aragón, núm. 14*)

El señor diputado EIROA GARCÍA [desde el escaño]: Señor presidente.

Como quiera que no ha habido enmiendas a la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía que se está tramitando y el dictamen de la Comisión prácticamente lo que hace es repetir lo que fue la propuesta, la Comisión ha estimado renunciar a la presentación del dictamen y remitirse, por evitar un procedimiento más largo, a lo que cada uno de los portavoces indique a lo largo de este debate.

El señor PRESIDENTE: Gracias, señor Eiroa.

Pasamos, pues, a la intervención de los grupos parlamentarios para que fijen su posición respecto de este debate.

En primer lugar, tiene la palabra el representante del Grupo Mixto (Izquierda Unida), don Jesús Lacasa.

El señor diputado LACASA VIDAL: Muchas gracias, señor presidente.

Buenos día, señorías.

Bien, realmente podríamos hacer un debate breve en este trámite parlamentario, puesto que las razones, todas las razones que argumentarnos a favor de la toma en consideración de esta propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía siguen plenamente vigentes, es decir: el rescatar el artículo 29 de aquel texto pactado en las Cortes de Aragón es una cosa que para nosotros es plenamente vigente; la potestad de casa-

ción foral, la necesidad de recuperarla para el Estatuto de Autonomía de Aragón, es algo absoluta y plenamente vigente, y no hemos encontrado ni un solo argumento en el trámite parlamentario que haya servido para desvirtuar ni una sola de estas cuestiones.

Sin embargo, sí quiero decir que hay una novedad, y una novedad que me parece importante reseñar en estos momentos.

Yo tengo una comunicación, que supongo que tendrán el resto de sus señorías, de fecha 16 de febrero de 2000, en la cual don Carlos Carnicer Díez, decano del colegio de abogados, del real e ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, nos envía a estas Cortes de Aragón una reflexión que dice lo siguiente: «Visto el contenido del artículo 478.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que entrará en vigor el día 8 de enero del año 2001, urge —dice este escrito del colegio de abogados— la inclusión en el Estatuto de Autonomía de Aragón de la expresa competencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para el conocimiento y la resolución de los recursos de casación en materia de Derecho Civil aragonés, so pena de vaciar de competencia casacional foral a nuestro Tribunal Superior de Justicia desde el próximo 8 de enero del año 2001».

La junta de gobierno del real e ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, ratificando las manifesta-

ciones públicas efectuadas por su decano, considera que debe procesarse de inmediato a la tramitación parlamentaria de la pertinente modificación de la Ley Orgánica reguladora del Estatuto de Autonomía de Aragón, a fin de conseguir una mayor aproximación de los tribunales de justicia a los justiciables y un mejor desarrollo de nuestro Derecho Civil peculiar.

Pues bien, señorías, si faltaba algún argumento para redondear lo que nosotros pretendíamos explicar, los grupos y los diputados firmantes de esta iniciativa, creo que está todo dicho, y creo que la aportación del colegio de abogados, teniendo en cuenta la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es lo suficientemente expresiva para hacer que las Cortes de Aragón, en estos momentos, votaran unánimemente la toma en consideración de esta propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía, de forma que nadie pueda discutir, que no se pueda poner en duda la competencia de nuestros tribunales y se pueda asegurar la plena competencia en materia de casación foral, para evitar los problemas que hemos conocido del peloteo entre el Tribunal Superior de Justicia y el Tribunal Supremo de este país.

Por lo tanto, entendemos que es una opción, una posibilidad que debe de aprobarse y que debe ser sometida a la consideración de esta cámara, para que sea —a ser posible— aprobada por unanimidad.

Nuestro grupo va a refrendar todos los argumentos, incorporando este nuevo, y va a votar, por supuesto, a favor de la toma en con-

sideración de esta aprobación de la reforma del Estatuto de Autonomía.

Muchas gracias.

El señor PRESIDENTE: Gracias, señor Lacasa.

Por el Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista, el señor Bernal tiene la palabra.

El señor diputado BERNAL BERNAL: Gracias, señor presidente.

Señorías, comenzaré por decir que Chunta Aragonesista suscribe plenamente las palabras, las posiciones y los argumentos que hemos defendido a lo largo de cada una de las iniciativas de reforma de este Estatuto referidas al antiguo artículo 29 del texto del ochenta y dos. Por lo tanto, me remito al *Diario de Sesiones* del mes de abril del año noventa y ocho y al *Diario de Sesiones* del mes de noviembre del año noventa y nueve.

En términos políticos, no voy a reiterar que éste no es el Estatuto de plena autonomía que Aragón necesita, no voy a reiterar cuales son las deficiencias que desde Chunta Aragonesista percibimos en este texto de Estatuto de Autonomía y ni siquiera voy a reiterar cuáles son las demandas que el pueblo de Aragón realizó en las calles de Zaragoza y de Madrid, ni voy a reiterar cuáles son nuestras posiciones en relación con el proceso de reforma de aquel Estatuto, que culminó de aquellas maneras en el texto de diciembre del noventa y seis del Congreso de los Diputados y del Senado.

Sin embargo, señorías, voy a insistir sólo en uno de los aspectos,

en uno de los aspectos novedosos: a lo largo de la tramitación anterior y de esta misma tramitación en la toma en consideración de este texto, se optó por parte de un grupo parlamentario (no sé si del grupo parlamentario o por parte del portavoz del Grupo Parlamentario Popular) por negar la evidencia, por negar, erre que erre, la evidencia. Y la evidencia, señorías, la conocemos todos y todas, quienes aquí estamos y la gente que hay fuera: que se produjo un error en el proceso de reforma del Estatuto en las Cortes de Aragón. Que se produjo ese error, y ésa es una evidencia que todos conocemos.

A través de distintas piruetas dialécticas, a través de distintas piruetas de razonamiento, se trató de justificar lo injustificable y de decir que no era necesario que en el texto de reforma del Estatuto aragonés figuraran expresamente las competencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en relación con el recurso de casación, sobre las materia que afectan a nuestro Derecho propio. Se dijo que ya se cansaría la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de remitir de nuevo los asuntos al Tribunal Supremo y que, al final, por el peso de la ley de la gravedad, se vería evidente que algo que no figuraba explícitamente en nuestro Estatuto era implícitamente competencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Nosotros insistimos en aquel momento en lo que también nos pareció una evidencia: el artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que fijaba dos condiciones para que esas competencias de Tribunal

Superior de Justicia en Derecho Foral fueran efectivas. Una, era en relación de las competencias de los tribunales superiores de Justicia, que para poder tener competencias en Derecho Foral era necesario, es necesario que esa comunidad—en este caso, Aragón— disponga de Derecho Foral: primera condición, que Aragón cumplía.

Y la segunda condición para ello era, y es y sigue siendo, en el artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que figuren esas competencias en el Estatuto respectivo. Había una «y», había una «y», pero negando la evidencia —una vez más—, se trató de interpretar en esta cámara que esa conjunción copulativa, en realidad, no obligaba a las dos condiciones.

Pues se abre, señorías, un nuevo capítulo. Un nuevo capítulo que viene a reflejar la evidencia de una manera todavía mas explícita.

Se reforma la Ley de Enjuiciamiento Civil, que entrará en vigor el 8 de enero (el día de mi cumpleaños, por cierto) del año 2001; y no me gustarla, señorías, que ese día, precisamente el día de mi cumpleaños, a Aragón y a mí mismo como aragonés se nos regale, nada más y nada menos, que la pérdida de una competencia aragonesa, pero no sólo para ese día, sino para mucho tiempo, para siempre, quizá; para siempre, hasta que no se haga una reforma del Estatuto.

El artículo 478 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que entrará en vigor el 8 de enero del año 2001, fija las competencias en torno al recurso de casación. Y dice muy claramente —ahora ya no hay

duda—: «El conocimiento del recurso de casación en materia civil corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo», punto; «... corresponde a la Sala del Tribunal Supremo», punto. Ya no va a haber que dirimir si el Tribunal Superior de Justicia de Aragón acoge o no acoge... Señorías: corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Y luego es cuando se añade: «No obstante, corresponderá a las salas de lo Civil y Penal de los tribunales superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones 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».

Señorías, el texto del año ochenta y dos del Estatuto de Autonomía de Aragón preveía esta atribución.

Nadie, en términos políticos, ha fijado por escrito ni de manera oral que quisiera y que siga queriendo atentar contra esta prerrogativa, contra esta competencia, de nuestro propio Estatuto. Y, sin embargo, en el texto del año noventa y seis, en el texto ahora vigente no figura esto, no figura la previsión de esta atribución para el Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Señorías, señores del Grupo Popular, y me refiero a toda la bancada del Grupo Popular, excluyendo en este caso al señor Cristóbal: me gustaría, señorías, que hoy, los

diputados y diputadas del Grupo Popular asuman políticamente una responsabilidad muy importante, que piensen como grupo, que no se dejen llevar de una única voz que, erre que erre, quiere salvar no sé qué muebles, porque de dignos es reconocer los errores; no sigan a pies juntillas lo que, erre que erre, lleva manteniendo, contra viento y marea, sin argumentos sólidos, el señor Cristóbal.

Si hoy el Grupo Popular no vota a favor de esta propuesta de reforma del Estatuto, señorías, serán ustedes —con nombres y apellidos— quienes habrán facilitado que para siempre, hasta una futura reforma, Aragón pierda, ahora ya de manera evidente y clara, una competencia de la que siempre hemos dispuesto desde el año ochenta y dos. Ustedes tienen ahí la responsabilidad, ustedes tienen la posibilidad de que nadie les tenga que recordar, con nombre y apellidos, que ustedes han colaborado activamente para que Aragón pierda una competencia más, para que nuestra comunidad autónoma y, en este caso, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón no pueda entrar en analizar los asuntos de nuestro propio Derecho Foral. Yo creo que esto sería para nota, señorías, sin llegar a cargar las tintas, sin llegar a insistir en discusiones que no vengán a cuento, como las que han tenido lugar en debates anteriores en esta cámara con respecto a esta cuestión.

Señorías, señor Cristóbal —ahora sí que me dirijo directamente a usted—, yo creo que usted debería hacer hoy un gesto de generosidad... [*El señor diputado Cristóbal*

Montes, desde el escaño y sin micrófono, se manifiesta en los siguientes términos: «si pudiera»], un gesto de altura, un gesto de que antes de un futuro más o menos próximo, hoy, con esa generosidad que tienen que dar las victorias—hay que ser muy generosos en las victorias—, hoy, con esas generosidades, reconozcan y hagan una fe también de apuesta por las competencias que Aragón nunca debió perder y que ahora ya, señor Cristóbal, sí, con este texto, Aragón las va a perder de manera definitiva.

Muchas gracias.

El señor PRESIDENTE: Gracias, señor Bernal.

Por el Grupo Parlamentario del Partido Aragonés, tiene la palabra don Emilio Eiroa.

El señor diputado EIROA GARCÍA: Señor presidente.

Señorías.

De nuevo viene a debate a este Pleno la propuesta de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón para corregir un problema—ya no me atrevo a decir que un error, ni quiero decirlo—, un problema que surgió en el trámite de reforma de nuestro Estatuto del año noventa y seis.

No quisiera cansar a sus señorías con una relación exhaustiva de los hechos, de todos conocidos, y que han sido narrados reiteradamente desde esta tribuna y creo que por todos los portavoces.

Únicamente, quiero recordar que la competencia expresa y reconocida en nuestro Estatuto de Autonomía de 1982, concretamente en su artículo 29, establecía que, de

acuerdo con la Ley Orgánica del Poder Judicial, las competencias de los órganos jurisdiccionales en Aragón se extienden o se extendían en el orden civil a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y revisión en materias de Derecho Civil, Foral aragonés.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, como hemos recordado tantas veces, también en su artículo 73, al hablar del recurso de casación, nos decía que cabía, contra las resoluciones de los órganos jurisdiccionales del orden civil, el recurso de casación en infracción de normas de Derecho Civil, Foral o Especial, cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía hubiese previsto esta atribución.

Hoy, la discusión —no quiero entrar en más recordatorios de orden histórico— está centrada en la cuestión de que si a pesar de que hoy nuestro Estatuto no reconozca explícitamente esta competencia por la supresión del anterior artículo 29, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón ¿tiene o no tiene competencias para conocer de este recurso? Nuestro Tribunal Superior de Justicia viene diciendo que no, que no tiene competencias de forma reiterada.

Pero aquí quiero hacer una aclaración que se ha escapado muchas veces de este debate: se ha centrado toda esta negativa en el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, pero no es así. No es así, porque también la sección cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza ha dicho que no tenía competencias de acuerdo con el nuevo texto del Estatuto. El Juzgado de Primera

Instancia número 2 de Zaragoza, en un recurso casacional *per saltum* dijo también que no tenía competencias de acuerdo con el nuevo Estatuto, y lo mismo la sección segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

Quiero decir que no es una perra, por entendernos y decirlo claramente, del Tribunal Superior de Justicia, sino que es algo más profundo.

Por otra parte, el Tribunal Supremo, también de forma reiterada, viene diciendo que sí, que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón tiene esa competencia, aunque no esté recogida en el Estatuto.

Y acabo de decir respecto a estos dos órganos jurisdiccionales que vienen manteniendo sus posturas de manera reiterada, pero esta forma de reiteración no soluciona en absoluto el problema. Porque si bien el Tribunal Superior de Justicia de Aragón acepta para cada caso en concreto—yo diría que a regañadientes—el mandato del más alto tribunal, sigue afirmando la carencia de competencias para conocer de los recursos de casación y revisión, es decir, no sólo recursos de casación, también los de revisión. Y advierte a las partes litigantes cuando empieza a conocer de este recurso de la posible nulidad de su resolución.

Quiero decir con esto que es un tema de bastante más profundidad de la que parece, que por una resolución del Tribunal Supremo se pueda cambiar una actitud del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

La situación es compleja, máxi-

me si se tiene en cuenta que la postura reiterada por el Tribunal Supremo deja también a salvo la independencia de cada sección para el enjuiciamiento y resolución de cada proceso en la forma que dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial. Es decir, que las resoluciones del Tribunal Supremo no nos dan la garantía de que siempre vayan a ser las mismas, aunque hasta ahora lo han sido, pero pueden cambiar en cualquier momento.

Es evidente, por otra parte, que el Tribunal Supremo, que ha venido haciendo una labor interpretativa, incluso he de decir una gran valoración de nuestro Derecho propio, en aras de esa interpretación, afirma la competencia en nuestro Tribunal Superior. Pero es en aras de una interpretación que yo no diría forzada, pero una interpretación que deja algunas cosas no lo suficientemente claras para el Tribunal Superior de Justicia de nuestra comunidad autónoma.

Pero desde el último debate, ha surgido un nuevo elemento que hay que tener en cuenta, y así lo ha expuesto ya el representante de Chunta Aragonesista: es la nueva Ley 12/00, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil, que entrará en vigor el día del cumpleaños de nuestro compañero de parlamento don Chesús Bernal. Yo espero que ese cumpleaños marque también la fecha de inicio de lo que resta del año para volver a plantear la nueva reforma. Espero que esa sea la fecha apropiada.

Ya se ha leído este artículo, y yo solamente quiero reiterar que la

base de la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón viene dada en cuanto los motivos de la infracción sean de Derecho Civil o Foral o Especial propio de la comunidad y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución, circunstancia que en estos momentos no se da.

Esta ley, como acabo de decir, entrará en vigor el 8 de enero del año 2001, de manera que la situación que debatimos, a mi manera de ver, y creo que a la manera de ver de algunos colectivos, pasará a complicarse todavía más.

Y lo cierto es que nuestro Estatuto de Autonomía no contempla de manera taxativa, como prevé esta ley, esta nueva ley, esa competencia que recogía el Estatuto del ochenta y dos. En el anterior debate ya hicimos mención a esta ley, y propusimos al Grupo Parlamentario Popular que si esto no era así, si esta ley no iba a implicar un perjuicio para nuestro Derecho y un perjuicio para la solución de las competencias en materia de Derecho Civil, Foral o Especial de Aragón, que se modificase la Ley de Enjuiciamiento Civil, porque no tiene sentido que una nueva ley cree una nueva condición si antes no existía.

Se podría interpretar —y creo que esto es así— que la previsión actual del artículo 29 viene modificada también por lo que dice nuestro Estatuto, que «ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón se agoten las sucesivas instancias», pero hay que partir de la base de que el recurso de casación, como dice la doctrina y lo dice tajantemente y de manera muy reiterativa,

que el recurso de casación no es una instancia más. A partir del 2001, del 8 de enero, el Tribunal Supremo tendrá que volver o a interpretar o a decir que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón no tiene esa competencia.

Y yo pregunto a qué interpretación va a recurrir el Tribunal Supremo, si a la gramatical, a la sistemática, a la histórica o a la sociológica. Porque la verdad es que la gramatical no tiene dudas, y cuando las normas se pueden interpretar por la claridad meridiana del artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es tal que no puede tener ninguna otra interpretación.

Se puede razonar también, como ya se ha hecho en otras ocasiones, por la expresión del legislador que determina que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón es el órgano jurisdiccional que culmina la organización judicial en su ámbito territorial. Eso también se ha alegado desde esta tribuna. Esto es una declaración de índole general relativa a la existencia y al ámbito territorial del Tribunal, concordante con la previsión normativa de la Ley Orgánica del Poder judicial en su artículo 70, pero no atribuye ninguna competencia al propio Tribunal.

También se nos podrá decir que existe el mandato de que ante el Tribunal Superior de Justicia se agoten las sucesivas instancias procesales, pero esto hay que ponerlo también en relación con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder judicial, que es norma estatal de carácter orgánico y de contenido orgánico judicial, lo que por otra

parte está previsto en el artículo 152 de la Constitución.

Tampoco la referencia a las sucesivas instancias procesales, que puede ser un elemento decisorio en este tema, puesto que el recurso de revisión o casación, como he dicho antes, no constituye una instancia.

Éstas son razones jurídicas, y podríamos debatir durante mucho tiempo las razones que ha dado el Tribunal Supremo y las razones que da el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y las razones que dan las salas de Zaragoza y que da algún juzgado de Zaragoza también. Pero han sido repetidas hasta la saciedad, y yo creo que con enumerarlas, como se ha hecho, es suficiente.

Lo que sí es cierto es que la reforma o corrección, tal como la proponemos, si hubiese sido aceptada en su día, nos hubiese llevado a la solución, ya que de haberse mantenido el artículo 29 en su redacción primitiva, el propio Tribunal Supremo admite que no hubiese habido motivos de discusión. Y el propio Tribunal Supremo también dice que hay una deficiencia legislativa en el texto de nuestro Estatuto. Pero a lo largo del tiempo se han mantenido otro tipo de criterios, a los cuales quiero hacer una mención muy sucinta.

Se nos ha dicho que no se debe «manosear» un estatuto. Es cierto que el Estatuto ha tenido dos reformas, pero he de recordar que una de ellas fue impuesta, no fue una reforma a petición de esta cámara. Por tanto, no se nos puede achacar ese «manoseo», siguiendo con las palabras que se han utilizado en alguna ocasión.

Por otra parte, tampoco hay que tener miedo a las modificaciones de los estatutos, ni siquiera a las modificaciones de las constituciones. Siempre se nos pone como ejemplo la Constitución americana, de lo poco que ha sido modificada a lo largo del tiempo. Pero podemos hablar de constituciones europeas y podemos hablar de estatutos, por decirlo así, o de las pequeñas instituciones, sobre todo de los Länder alemanes, donde ha habido muchas modificaciones a lo largo del tiempo. Por tanto, ése es un tema que no nos debe preocupar, sobre todo si esta modificación es para volver al espíritu que inspiró la reforma del Estatuto, que es el de no perder competencias.

Yo no digo que hayamos perdido, pero lo cierto es que hasta ahora, la utilización, el uso de esas competencias por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón no es pacífico, por decirlo de alguna manera, y creo que a todos nos interesaría que esa utilización de la competencia fuese pacífica.

Y también se nos ha dicho de la inconveniencia de iniciar una reforma de este tenor, que podía ser aprovechada —no sé por quién— para introducir otras cuestiones en la reforma que, a lo mejor, menguaban todavía más nuestro..., no digo menguado Estatuto, pero si un Estatuto que todavía no representa lo que todos nosotros queremos.

He de decir a esto, a esta tesis, que eso es muy difícil. Primero, porque el procedimiento establecido en las Cortes Generales para la reforma de los estatutos otorga siempre a la comunidad que plan-

tea la reforma, la posibilidad de retirar el procedimiento si se plantean más reformas de las propuestas y si aquellas no son convenientes para la comunidad autónoma.

Pero también ha habido una nueva cuestión a la que tenemos que hacer mención, y lo hago con toda sinceridad también: ha habido unas elecciones el 12 de marzo que han dado una mayoría amplia, amplísima —yo diría— al Partido Popular, por lo cual hay que felicitarles —esto es lo cierto—, y yo lo hago desde esta tribuna, y eso nos garantiza y haría imposible —pienso yo— que la reforma de esta pequeña cuestión —formalmente hablando, porque, en profundidad, grande cuestión— pudiese producir algún problema de ese tipo al que antes aludía de que se modificase el Estatuto por otras vías.

No quiero dejar de hacer mención a la preocupación manifestada también por otros grupos, por otros grupos sociales como es el Colegio de Abogados de Zaragoza—y ya se ha hecho mención de ello—, que creo que tienen en estos momentos la sensibilidad suficiente y el conocimiento suficiente de esta cuestión para haber emitido un informe y darnos una llamada de atención, diciéndonos que, visto el contenido del artículo 478 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —la del cumpleaños del diputado Chesús Bernal—, que a partir de la entrada en vigor de esa Ley, se puede vaciar de contenido casacional foral a nuestro Tribunal Superior de Justicia desde el próximo 8 de enero. Eso lo han dicho, lo dicen conscientemente y lo dicen colegiadamente. Por tanto,

yo creo que no sería malo que hiciésemos caso de eso.

En definitiva, señorías —no quiero cansarles más—, me atrevo a pedirles, especialmente al Grupo Parlamentario Popular, en aras del consenso, en aras de la normalidad jurisdiccional, en aras de la eficacia de la justicia y, si quieren ustedes, como gesto magnánimo de celebración del triunfo de sus elecciones, que apoyen esta reforma, porque yo tengo el convencimiento de que si esta reforma hoy no sale —y no sale si el Grupo Parlamentario Popular se abstiene—, si esta reforma no sale, dentro de un año, tres meses y cuatro días, me parece que son, estaremos otra vez intentándola. Porque el Derecho aragonés necesita la garantía —garantía que se la puede dar este parlamento— de que se pueda trabajar en su defensa y necesita también que el Derecho aragonés tenga la valoración que le da el Tribunal Supremo en sus resoluciones. Y yo creo que ha sido la base, la clave para que no haya dicho tajantemente que la competencia es suya, que no es del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y haciendo esa interpretación histórica muy positiva para el Derecho aragonés, es por ahí por donde tenemos que ir y acompañar esta resolución de hechos prácticos, como son que la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en recursos de casación y recursos de revisión sea una competencia eficaz y sea una competencia que nos permita profundizar mucho más de lo que se hace ahora en el Derecho Civil o en el Derecho aragonés.

Muchas gracias.

El señor PRESIDENTE: Muchas gracias, señor Eiroa.

Por el Grupo Parlamentario Socialista, tiene la palabra el diputado señor Catalá.

El señor diputado CATALÁ PARDO: Señor presidente.

Antes de entrar en el debate y como lo cortés no quita lo valiente, me gustaría, en nombre del Grupo Parlamentario Socialista, felicitar tanto al Partido Popular como a Chunta Aragonesista por los resultados obtenidos en las últimas elecciones del domingo día 12. Elecciones que, como todos sabemos, no tienen una relación directa con esta cámara ni con este gobierno, y que los ciudadanos, además, muy maduros, saben distinguir perfectamente cuándo votan autonómicas, locales, generales, y si ellos son maduros, sería conveniente que todos lo fuéramos y nosotros también lo distinguiéramos. No obstante, sí que les puedo decir que tanto el gobierno del PSOE-PAR como los grupos políticos que lo sustentan van a estar encantados y van a tener un nuevo estímulo de tener una oposición menos enfadada y más dispuesta a trabajar por nuestra tierra.

Y una vez dicho esto, vamos a meternos ya en el debate que hoy nos ocupa. Yo creo que asistimos —espero que así sea— a un último acto de lo que yo llamaría «una restitución debida». El dictamen de la Comisión es muy expresivo y ha sido suficientemente explicativo de lo que aquí ha pasado en esta reciente historia, y la defensa que han hecho del mismo los anteriores

portavoces también ha sido suficientemente explicativa.

La cronología del hecho creo que la conocemos todos. En el año noventa y dos se crea una Comisión para preparar la reforma del Estatuto, que se debate en junio del noventa y cuatro, que dos años más tarde se debate en el Senado y en el Congreso y que, por fin, el 30 de diciembre del noventa y seis se aprueba como Ley Orgánica de reforma. Y es posteriormente cuando se constata el hecho de la famosa pérdida del artículo 29. A partir de ese momento, empieza a haber opinión prácticamente unánime de todos los tribunales sobre que esa pérdida del artículo suponía una pérdida competencial en materia de recursos de revisión y casación relacionados con nuestro Derecho Foral. Usando un término taurino, en la doctrina, realmente, hubo «división de opiniones», y esa división de opiniones llevó a que hubiera un primer intento de volver a restituir el artículo 29 en abril del noventa y ocho. Ni el Partido Popular ni el Partido Socialista apoyamos en ese momento esa posibilidad, posiblemente porque la praxis de inseguridad no era suficiente, posiblemente porque nos equivocamos —lo dije en el anterior debate y no me duelen prendas para poder decirlo en esta ocasión—.

Es un año más tarde, en noviembre del noventa y nueve, cuando hay un segundo intento en el que ya el Partido Socialista se pone claramente al lado de todos los tribunales aragoneses. Enumerar las sentencias que ha habido tanto de la Audiencia Provincial, como del

Juzgado de Primera Instancia número 2 de Zaragoza, como del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, la Sala de lo Civil y de lo Penal, y del propio presidente avalando la inseguridad jurídica sería reiterativo, creo que ya es suficiente con los debates que aquí se han tenido y que avalan, en cualquier caso, la inseguridad jurídica que tenemos.

El 15 de febrero pasado, en la Comisión, se aprueba la incorporación del artículo 28 bis, con una expresa descripción de todas las competencias relacionadas con los tribunales aragoneses y con su Derecho Foral. Y hoy en sesión plenaria de 16 de marzo, espero —como decía al principio— que sea el último acto de esta larga restitución. Yo creo que los argumentos han sido expuestos, debatidos, discutidos, manidos, requetexpuestos... La inseguridad jurídica permanece y persiste, tal como lo manifiestan los tribunales. Lo que sí pienso es que el tiempo transcurrido desde la reforma ayuda a plantear mejor este debate; ya no es un debate de unos contra otros o, por lo menos, creemos que no debe ser un debate de unos contra otros, sino que debería ser un debate de todos con nuestro Derecho Foral, todos con nuestro Estatuto.

Ahora ya, pues, sólo nos queda mirar al Partido Popular y saber si nos va a acompañar, si nos va a ayudar en esta reforma o no nos va a ayudar en la reforma. Sólo nos queda saber, si el «sostenella y no enmendalla» sigue siendo el argumento o bien todos estamos de acuerdo que la reforma no molesta

a nadie y que, en todo caso, lo que abunda no daña, y lo digo solamente para acercarlos a nuestras posiciones. Porque lo que ustedes sí saben es que nuestros tribunales siguen sin aceptar la interpretación del Tribunal Supremo, y lo hacen solamente en aras del preferente principio de la tutela efectiva del artículo 24 de la Constitución. Y yo sigo opinando que ese principio raya peligrosamente el principio de separación de poderes. Interpretar las leyes, sí, hasta donde sea necesario; resucitar leyes por vía interpretación, sigo pensando que no.

Y quiero ir terminando, no porque no quiera poner más argumentos y esforzarme en ponerlos encima de la mesa —argumentos jurídicos, me refiero—, porque haberlos haylos, y el colegio de abogados es el último que nos ha dado más argumentos, si cabe todavía. Porque sospecho que si solamente fueran argumentos jurídicos los puestos encima de la mesa, no moveríamos ficha ninguno. Creo que en este momento deberíamos estar hablando ya de argumentos de oportunidad político, porque si además de decir que hay dudas jurídicas, si además de decir que hay inquietud en los tribunales, si además de todo eso, decimos que ha transcurrido el tiempo necesario para serenar este debate y que no consideramos que el acto de hoy es una respuesta causa-efecto de aquella famosa Comisión del noventa y seis, si somos capaces de objetivar el debate y no colgarlo de ninguna percha de reciente historia, creo que entonces sí que podríamos coincidir todos y hacer un buen servicio a Aragón, hacer un buen servi-

cio a su Derecho, hacer un buen servicio, en definitiva, a nuestro Derecho Foral.

Miren, señoras y señores del Partido Popular, este debate no es un debate ideológico, por tanto no podemos tener grandes diferencias en el mismo; no es un debate o, por lo menos, no debe ser nunca un debate partidista; no es un debate —se lo aseguro— en el que tengamos ningunas ganas de dejarlos ni solos ni aislados; no es un debate —insisto— ni de perdedores ni de ganadores: éste es un debate en el que solamente gana Aragón, es decir, que ganamos todos.

Por eso, ya acabo, sin más, invitándoles a apoyar el dictamen que va a apoyar el Grupo Parlamentario Socialista de esta cámara, y restitu-yamos el famoso artículo 29 —ahora, 28 bis— a nuestro Estatuto, de donde nunca, nunca debió de salir, como ustedes saben perfectamente.

Muchas gracias.

El señor PRESIDENTE: Gracias, señor Catalá.

Por el Grupo Parlamentario Popular, tiene la palabra don Ángel Cristóbal Montes.

El señor diputado CRISTÓBAL MONTES: Señor presidente.

Señoras y señores diputados.

De nuevo, con el viejo tema de la reforma del Estatuto, para la inclusión de ese bendito artículo 29 que parece que se nos escapó, parece que lo perdimos.

Yo creo que los distintos intervinientes, cuyas intervenciones respe-

to profundamente, han tenido la prudencia —y espero tenerla yo también— de no rememorar uno por uno todos los argumentos que en los sucesivos debates que ha conocido esta cuestión fuimos esgrimiendo los distintos intervinientes. Yo me quiero considerar también relevado de la carga de volver a repetir lo que se dijo en abril del noventa y ocho, lo que con más extensión se volvió a decir en noviembre del noventa y nueve, sobre la interpretación jurídica —que no política— que cabe hacer de esta materia.

Sería largo y tedioso volver a hablar del artículo tercero del Código Civil; las facultades interpretativas que establece; de la interpretación que cabe dar al artículo 83 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; de la interpretación que cabe dar también a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil de este mismo año, de 7 de enero de 2000, en el artículo correspondiente a esta materia, y de tantos y tantos argumentos jurídicos que han pasado por esta tribuna.

Yo querría resumirlos con toda sencillez y con toda rapidez, por lo que a nosotros concierne, en lo siguiente: es un principio de Derecho universalmente aceptado en materia constitucional que viene de la gran tradición constitucional norteamericana, la mejor y la más larga tradición constitucional que existe en el mundo —«dos siglos de religión civil» la ha llamado el gran filósofo alemán Habermas—, es un principio que las grandes leyes —léase constituciones— y la segunda generación de grandes leyes —léase los estatutos—

El estatuto es la ley institucional básica de una comunidad autónoma, que es un elemento importante como los Länder alemanes, que aquí se han recordado, de un Estado descentralizado. Pues bien, la piedra clave de interpretación de esos grandes instrumentos es la denominada por los juristas norteamericanos «teoría de las competencias implícitas».

La Constitución americana que se aprobó hace más de dos siglos tenía un elenco de competencias del gobierno federal sumamente restringido, porque el federalismo norteamericano, al revés del autonomismo español, surgió de abajo hacia arriba y no de arriba hacia abajo, como ha sido el proceso descentralizador. Y, en consecuencia, los Estados que se federaban, las viejas trece colonias americanas que se federaban cedían lo menos posible, cedían lo imprescindible al gobierno central, y el gobierno central, a lo largo de una larguísima tarea en la que coadyuvó siempre la corte suprema americana, fue arrancando sucesivas competencias a los Estados federados, fundamentalmente a través de la teoría o principio de las competencias implícitas.

Por tanto, no es ninguna aberración decir que una ley importante, una ley básica, como es el Estatuto de Autonomía de Aragón, puede tener una competencia implícita, no es ninguna aberración ni implica ninguna gravedad, ninguna situación de riesgo o peligro.

Recordar también que aunque, púdicamente, hemos todos tendido un velo sobre lo que ocurrió en la

Comisión que redactó el proyecto de reforma del Estatuto en los años noventa y dos y noventa y tres, pocos nos hemos atrevido a decir—yo lo dije en su día y lo vuelvo a repetir ahora— que, probablemente, no fue un olvido, no fue un error, no fue el que una Comisión, primero, y después, la Ponencia, la Comisión parlamentaria correspondiente y el Pleno de la cámara se olvidasen de que había un artículo, antes 29 y que ahora sería 28 bis, en el que se hablaba de la competencia, entre otras cosas, del Tribunal Superior de Justicia en materia de recursos de casación y de revisión. No fue un olvido, fue algo, en principio, planificado. Esa Comisión acordó, como pauta de trabajo, que lo que estuviera en las leyes orgánicas no había por qué repetirlo en el Estatuto, y, concretamente, tres leyes orgánicas (la Ley Orgánica del Poder judicial, la Ley de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas) tenían determinados preceptos que estaban en nuestro Estatuto, y los sacamos del Estatuto porque ya estaban en las leyes orgánicas. Y con este precepto pasó algo similar.

Ni voy a repetir tampoco al detalle la interpretación que ha dado el Tribunal Supremo. El Tribunal Supremo, que es el órgano supremo de interpretación del ordenamiento jurídico español, ha dado una determinada interpretación al Estatuto de Autonomía de Aragón en esta materia, y ha repetido una y otra vez que aunque no lo diga el Estatuto, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón tiene competen-

cias en esta materia y que no le ha sido arrebatado nada. ¿Quién la querría arrebatar?, ¿quién la querría perder? ¿Quién querría mutilar nuestro Estatuto? A nadie le ha pasado por la cabeza, todos hemos luchado, y bien que hemos luchado, por ampliar el marco competencial del Estatuto de Autonomía, y no íbamos a dejarnos un jirón, no íbamos a dejarnos toda una faceta importantísima, cual es la materia que nos concita aquí esta mañana, no íbamos a dejarlo expresa ni tácitamente fuera del Estatuto.

Por lo tanto, suena un poco raro que a estas alturas, sobre la base de que los tribunales aragoneses han dicho lo que han dicho y dicen lo que dicen, se pretenda ignorar lo que es la pirámide jurídica española y la pirámide judicial española. La pirámide judicial española es muy clara: tiene un vértice, tiene un punto que es el Tribunal Supremo, y el Tribunal Supremo es el que marca la pauta y el que dice lo que tiene que ser y el que da la interpretación que concierne, absolutamente, a todos los demás órganos jurisdiccionales de España en las materias propias del Tribunal Supremo; y el Tribunal Supremo ha dicho, una y otra vez, que la competencia Sigue estando en Aragón, y para no desairar demasiado al Tribunal Superior de Justicia, ha dicho que a lo mejor había un defecto de técnica legislativa que, a lo mejor, el legislador aragonés erró, se equivocó o dejó de incluir un determinado artículo. Pero que, en cualquier caso, la interpretación del Estatuto, utilizando los instrumentos del artículo tercero del Código Civil, permitía llegar a la

conclusión —y el Tribunal Supremo llega reiteradamente a esta conclusión— de que la competencia sigue estando en Aragón, sigue siendo de Aragón. Por lo tanto, no hay razón para que se modifiquen los términos de las intervenciones, que ustedes no han modificado y que nosotros no vamos a modificar tampoco, las que tuvieron lugar en tiempo pasado.

Ley de Enjuiciamiento Civil, recientemente promulgada. Pues más de lo mismo. El que pretenda que la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil del 7 de enero del año 2000, que entra en vigor el próximo año, el día del cumpleaños del señor Bernal, y todos estaremos dispuestos a cantarle al señor Bernal el cumpleaños feliz, pero, claro, de ahí a regalarle un artículo del Estatuto, me parece que sería un regalo desmesurado que, además, a él quizá ni le gustaría. Yo creo que se conformará con un regalo menor, pero que le regalemos un artículo del Estatuto, pues hasta podría ser que casi lo institucionalizáramos o lo santificáramos, y dijéramos: ya que son ustedes la alternativa de Gobierno de Aragón, para que se vea bien claro que, efectivamente, el destino aragonés va camino de la CHA.

Pues bien, la Ley de Enjuiciamiento Civil no añade nada, no añade absolutamente nada, porque repite el texto del artículo —con una pequeña variante en cuanto a motivos conexos—, el texto del artículo 83 de la Ley Orgánica del Poder Judicial del año ochenta y cinco. Viene a decir exactamente lo mismo.

Y, señor Bernal, no hable usted de piruetas y de interpretaciones forzadas y de leguleyismos y de sutilezas jurídicas, porque —y algún jurista lo ha dicho; no yo, sino algún jurista de categoría lo ha dicho— si nos atuviésemos a la lectura correcta —y lo menciono porque lo ha mencionado usted— tanto del artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial como del artículo correspondiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, observará usted que cuando decía, y tiene una «y» que dice «y que figure en el Estatuto de Autonomía...», antes de esa «y» va una coma. Y usted es buen lingüista, usted es buen filólogo, y sabe perfectamente lo que significa que antes de una «y» vaya una coma, y en los dos textos va una coma, lo que ha permitido a algún jurista decir que ahí no estamos en la exigencia de dos condiciones o requisitos, que no estamos en una conjunción, sino que estamos en una alternativa o en una disyunción gramaticalmente, y no entro en esto, porque a mí no me gustan ese tipo de interpretaciones gramaticales, porque la letra mata y el espíritu vivifica.

Por lo tanto, el Partido Popular no va a rectificar, no va a rectificar, pero no por lo de «sostenella y no enmendalla», que decía el señor Catalá, sino sencillamente porque no encontramos razón para rectificar, argumento para rectificar. Esta es una materia jurídico-política, y ni jurídica ni políticamente encontramos la razón. ¿Por qué? Porque no se está corriendo ningún riesgo, salvo el pequeño riesgo de que haya incomodidades, de que haya viajes de ida y vuelta, que los asuntos vayan a Madrid y se devuelvan...

Pues, bueno, ya veremos cómo se resuelve eso en el tiempo. Eso es un pequeño inconveniente, pero riesgo, ¡ninguno! El riesgo lo correríamos el día que el Tribunal Supremo dijera... —y a lo mejor lo llega a decir, después de la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si ustedes tienen la razón y ésa es la interpretación que hay que darle y no es la que le doy yo—, si el Tribunal Supremo llegara a decir que Aragón ha perdido la competencia, entonces sí es un grave riesgo. Pero tengan ustedes la completa seguridad —y lo hemos dicho y lo ratificamos aquí esta mañana— de que el mismo día —o al día siguiente— en que el Tribunal Supremo dijera que se ha perdido la competencia, el Partido Popular no esperaría a que ustedes presentaran una proposición, sino que la presentaríamos nosotros. Porque nosotros no hemos querido nunca perder esa competencia, lo que pasa es que no la hemos perdido, ni corre grave riesgo, pero si corriera riesgo o la perdiéramos en algún momento al día siguiente estaría presentada la proposición de ley para la inclusión del famoso artículo 28 bis en el Estatuto.

Y señor Bernal, yo no voy a decir que tiene usted una fijación en este tema ni en ninguno conmigo, ni muchos menos, porque usted es una persona de talante liberal, pero me parece que es un poco exagerado y hasta un poco injusto el personalizar en un humilde diputado de base el que haya asumido un criterio que arrastre a todo un grupo de veintisiete diputados preclaros. Pero, ¿cuál es mi poder orgánico o inorgánico? Yo no lo conozco. Yo no he tenido ninguna postura que

haya impuesto al partido ni al grupo, ni remotamente. Tanto el partido como el grupo tienen un criterio y me han encargado a mí defenderlo como se lo podían haber encargado a otras personas, que lo hubieran hecho igual o mucho mejor que yo, por ejemplo, el señor Guedea, el señor Abad... Y yo simplemente defendiendo, al margen de mis ideas personales, la postura del partido y la postura del grupo. Entonces, no diga usted que si siguen de nuevo a la oveja descarriada, que sería yo; que si el partido se despeña, se despeña conmigo, pues, que yo seré el culpable, primero, de conducirlos al precipicio y que después ellos también serán culpables por tontos, por seguir a la oveja descarriada. Yo no soy ninguna oveja descarriada, yo no he marcado ninguna pauta, yo no he marcado ningún criterio, sino que el partido y el grupo son los que me han marcado la pauta, y yo, simplemente, lo tengo que defender. Lo tengo que defender porque soy un militante y un diputado disciplinado y, en consecuencia, no tengo ningún problema en repetir ahora lo que decía hace unos meses.

Y lo que decía hace unos meses, entrando un poco más en materia, era que había una evidencia —eso que le gusta a usted, señor Bernal, de «evidencia»—, que es una evidencia esa falla o esa falta en el Estatuto. Había una evidencia, y esa evidencia sigue siendo clara, y la recordaba hace un momento el señor Catalá, aunque no la llamaba evidencia. Y la evidencia es la siguiente, la curiosa evidencia: que el 30 de junio de 1994 se aprueba por unanimidad en esta cámara la reforma en profundidad del

Estatuto de Autonomía de Aragón, que se manda a Madrid, y en Madrid gobernaba el Partido Socialista y había una mayoría en torno —como es natural— al gobierno de turno, y llegó a Madrid en el mes de junio del noventa y cuatro, y durmió el sueño de los justos (el noventa y cuatro, el noventa y cinco, el noventa y seis).

Y en el noventa y seis se produjo la eclosión, menos que la de ahora, pero eclosión al fin y punto de inflexión: ganó el Partido Popular. Y el señor Aznar —y me lo recordaba hace un momento el señor Lanzuela, nuevo diputado en Madrid...—. Por cierto, señor presidente, aprovecho la ocasión —tenía que haberlo dicho al principio; perdón por la descortesía— para dar las gracias, como primer interviniente popular en este debate, a todos los grupos que nos han felicitado por el resultado electoral. Muchas gracias de todo corazón, porque saben que a la inversa hubiera sido exactamente lo mismo.

Como decía, el señor Aznar, en su discurso de investidura —me lo recordaba hace un momento el nuevo diputado por Teruel señor Lanzuela—, la única mención territorializada que hizo en su discurso de investidura fue relativa a Aragón, e hizo una promesa —las promesas del señor Aznar son unas promesas curiosas: normalmente, se cumplen—: que antes de que terminara el año, la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón estaría aprobada, ¡y se cumplió! El 30 de diciembre de 1996 —seis meses de legislatura— se aprobaba la reforma del Estatuto de Autonomía de

Aragón, y no cualquier reforma —lo sabemos perfectamente—, no cualquier reforma. Ustedes y nosotros pactamos determinadas enmiendas, ¡no para aguar la reforma!, ¡no para disminuir la reforma!, sino para ponerla a tono, para conciliarla con el interés general del Estado. Incluso, ustedes se pusieron por delante de nosotros y metieron alguna enmienda que nosotros no firmamos, como, por ejemplo, la desaparición del término «nacionalidad» en el artículo primero del Estatuto.

Ésa es la evidencia, ésa es la realidad, ésa es la escueta verdad histórica. Y, en consecuencia, ahora no cabe echar al olvido. Un miembro del gobierno actual de coalición que se sienta aquí esta mañana dijo en alguna ocasión que en seis meses de gobierno del Partido Popular se habían conseguido en esta materia más logros y realizaciones que en los catorce años anteriores, y está presente quien lo dijo en su momento. En seis meses se habían conseguido más que en catorce años, porque, efectivamente, se había dado una reforma en profundidad del Estatuto de Autonomía, la primera en profundidad de todos los estatutos del 143, que después han seguido mansamente las demás regiones. Pero la que dio la pauta fue la aragonesa, y dio la pauta porque el señor Aznar y su gobierno, que —repito— suele cumplir las promesas, ratificó o aprobó, en el corto lapso de seis meses, esa reforma que habíamos enviado desde aquí.

Señor Eiroa, yo agradezco los términos de su intervención, siempre ponderada, siempre equilibra-

da, bien argumentada, pero usted es jurista como yo y sabe perfectamente que el argumento forma parte del debate jurídico y que siempre hay razones a favor y razones en contra, y mientras se pueda defender una posición, una posición defendible, si no se fuerzan los términos y si no se conduce al absurdo, y esta defensa no conduce al absurdo. Éste es un debate pragmático: de los que consideran que reformando el Estatuto se consiguen más cosas; de los que consideran, primero, que no hace falta la reforma del Estatuto y que se pueden conseguir esas mismas cosas sin la reforma; de los que consideran que hay que dar satisfacción a ciertos pedimentos, y los que consideran que también hay que dar satisfacción a otros pedimentos. Porque aquí, como pasaba en el pleito de las dos madres ante Salomón, la opinión está dividida, y yo no me atrevería a decir que ahora se inclina ya mayoritariamente... Sencillamente, hay gente que piensa que sí y hay gente que pensamos que no. Hay gente que piensa que hay que introducir el artículo y otros piensan que no es necesario introducirlo.

Pero le doy la razón en una cosa, señor Eiroa: ¿qué daño haría? Ninguno. En eso tiene usted toda la razón: ninguno. Lo que pasa es que a veces, en política, las formas son tan importantes o más importantes que el fondo. Y no por volver a la manida frase de «manosear el Estatuto», que usted recordaba aquí esta mañana; y no por volver a los precedentes de que las grandes constituciones escasamente se modifican, y usted decía que unas sí y otras no.

En general, las constituciones se modifican muy poco; generalmente, se derogan, pero modificaciones, muy pocas. Y no porque dé miedo modificar el Estatuto —que no nos ha dado miedo, puesto que lo hemos modificado dos veces—, ni modificar la Constitución —ya se ha hecho una pequeña, pequeñísima modificación de la Constitución española, pero de seguro que a corto plazo vendrán otras modificaciones, una vez que se consiga, como creo que se conseguirá, el consenso constitucional con la gran fuerza de la oposición, del Partido Socialista—, sino, sencillamente, porque hay en esta materia no sólo una ética, sino una estética; no sólo un sentido práctico y utilitario, sino un sentido de belleza. Las grandes normas se tocan lo menos posible, lo imprescindible, porque en la medida en que se tocan con futilidad, con alegría, con ligereza, constantemente, en esa misma medida pierden grandeza y pierden respeto, porque la gente respeta las normas en la medida en que son o parecen ser cuasi intangibles, como si las hubieran dictado los dioses.

En Estados Unidos —se lo decía al principio— existe lo que se llama, lo que los científicos llaman «la religión civil», que no es otra cosa que el patriotismo constitucional. Adoran su constitución. Pero, ¿por qué adoran su constitución? Primero, porque es una buena constitución; segundo, porque ha conducido al éxito; tercero, porque ha permitido una sociedad civilizada, y cuarto —y, quizá, no el último—, porque no se ha modificado nunca. Únicamente se le han agregado veintiséis

enmiendas, pero no se ha modificado nunca el texto, y, por tanto, es un texto casi sagrado, casi son las tablas de la ley. No hace falta llegar a ese extremo, pero es bueno.

No quiero trasladar —guardadas las distancias— el símil al Derecho aragonés y a la comunidad aragonesa, pero algo sí. El Estatuto no está para hacer viajes de ida y vuelta, no está para decir en Madrid «que se nos ha caído un artículo, que nos olvidamos de una coma, que donde dice digo debe decir Diego». No, no, no. El Estatuto está para tocarlo en lo imprescindible y cuando sea absolutamente necesario. Y en este caso, señor Eiroa, no sigue siendo necesaria, o sigue siendo innecesaria la reforma del Estatuto mientras subsista la interpretación que mantiene —termino, señor presidente— el Tribunal Supremo. Y el día que desaparezca, pues, entonces, este grupo —ya se lo he dicho— será el primero en proponer la reforma del Estatuto.

Señor Catalá, decía usted a la entrada que, en aras —y coincidía con el argumento del señor Eiroa— a la generosidad, en virtud del nuevo triunfo, del gran triunfo que ha obtenido el Partido Popular, podíamos permitirnos gestos... Claro que podemos permitirnos gestos: gestos de bailar, gestos de cantar, gestos de todo tipo. Nos podemos permitir los gestos que quieran, pero con las cosas de comer no se juega. Una cosa son los gestos, una cosa son los signos de alegría, el reconciliarnos todos y felicitarnos todos recíprocamente, porque en las elecciones nunca pierde nadie, todos ganamos siempre, porque, en definitiva, el que

gana es el electorado, el pueblo que vota cada vez más racionalmente en este país. Pero una cosa es eso y otra cosa es que, en función de que el Partido Popular ha ganado las elecciones el 12 de marzo, pues, entonces hagamos de las mangas capirotas, nos olvidemos de lo que decíamos y los argumentos los podemos tirar por la borda porque estamos en tiempo de felicitaciones. No, señor Catalá, estamos en tiempo de felicitaciones, pero en tiempo de respeto también a los criterios, a las posturas y de respeto a las decisiones de los partidos.

Usted, señor Catalá, decía, textualmente, «que las elecciones del 12 de marzo que se acaban de celebrar no tienen nada que ver con esta cámara ni con este gobierno», y, posiblemente, diga verdad; éstas han sido unas elecciones generales y aquéllas fueron unas elecciones autonómicas y municipales, pero, señor Catalá, mejor no mencionar ese tema, porque hace un año, cuando se constituyó el gobierno actual de coalición, las fuerzas sumadas del Partido Socialista, del Partido Aragonés y de Izquierda Unida, que votó a favor de la investidura, sumaban sesenta mil votos más que el Partido Popular. Hoy día, un año después, la suma de las fuerzas del Partido Socialista, del Partido Aragonés... —tengo hecho el cálculo, señores, y lo puedo enseñar enseguida— y de Izquierda Unida, son sesenta mil votos menos que los del Partido Popular. En consecuencia, mejor no tocar ese tema, porque no vaya a suceder que así como las elecciones del 12 de marzo han aventado el peligro que ustedes manejaban como un moni-

gote constantemente de una moción de censura —y cuando digo ustedes, digo el señor Belloch—, que manejaban constantemente el peligro de una moción de censura en el ayuntamiento de Zaragoza según cuál fuera el resultado, pues, igual que ese resultado ha aventado el peligro de la moción de censura, a lo mejor, pone en funcionamiento «el peligro», entre comillas, de la cuestión de confianza. [*El señor diputado Pina Cuenca, desde su escaño y sin micrófono, se manifiesta en los siguientes términos: «eso no es un peligro, es un derecho.»*] Si es un peligro, señor Pina, y usted lo sabe perfectamente. [Risas.]

El PSOE —dice usted, señor Catalá— se pone en 1999 al lado de todos los tribunales aragoneses para paliar la inseguridad jurídica que produce el *statu quo*, la situación actual. Pues no es que el PSOE se ponga al lado de los tribunales aragoneses, porque no todos los tribunales aragoneses... —el señor Eiroa ha dado un listado relativamente largo, pero no extensísimo—, no todos los tribunales aragoneses piensan de esa manera, igual que todos los juristas no pensamos de esa manera, ni todos los profesores piensan de esa manera. Yo lo veo porque ésa es mi función. En mi casa, en la Facultad de Derecho y, concretamente, en el área de Derecho Civil, que es donde se tratan estos temas, pues, estamos cinco catedráticos de Derecho Civil, y dos piensan de una manera y tres pensamos de otra, y no pasa nada. Y argumentamos y debatimos, pero dos piensan de una manera y tres piensan de otra. O sea que no es que sea por goleada o por clarísima mayoría en una dirección, sino que

el tema es debatido y debatible. Y en hora buena, además, que sea debatido y debatible. Somos políticos modernos, somos políticos del momento y, en consecuencia, todo lo que sea debate, argumentación y criterios nos debe halagar y nos debe brindar la posibilidad de sumarnos a ese proceso enriquecedor que es el racionalismo crítico.

Y finalmente —y termino, señor presidente—, usted vuelve a repetir un argumento que a mí me preocupó mucho en su anterior intervención y que me vuelve a preocupar en la intervención de esta mañana, y aunque hoy ha pasado por él como sobre ascuas, lo vuelve a mencionar: vuelve a utilizar el argumento de que la interpretación que el Tribunal Supremo está haciendo de la materia que nos concita aquí esta mañana, de la competencia implícita del Estatuto de Autonomía de Aragón en esta materia, puede que ponga en problemas o que pueda herir o que pueda colisionar con el principio de separación de poderes. Eso, señor Catalá, se lo dije en noviembre del noventa y nueve y se lo vuelvo a decir ahora, es fortísimo, ¡eso es fortísimo! Que la interpretación del Tribunal Supremo pueda estar quebrantando o hiriendo o entrando en colisión con el principio constitucional fundamental del sistema democrático, que es la separación y división de poderes, eso es fortísimo. Eso puede ser una tesis y, como cualquier tesis, respetable, pero habría que argumentarla muy bien, habría que llenarla de un contenido, porque es de las cosas más fuertes que yo he oído en mi vida, que una interpretación del Tribunal Supremo pueda poner en peligro,

nada más y nada menos, que la clave de arco, el pilar fundamental del sistema democrático, que es el principio incuestionable de la división y separación de poderes, el equilibrio de poderes.

Muchas gracias, señor presidente.

El señor PRESIDENTE: Gracias, señor Cristóbal Montes. Concluido el debate, vamos a proceder a la votación.

Señorías, ¿votos a favor del dictamen? ¿Votos en contra? ¿Abstenciones? **El dictamen ha obtenido treinta y nueve votos a favor, ninguno en contra y veintiocho abstenciones.** Como requiere el voto favorable de dos tercios de la Cámara y no se ha obtenido, **el dictamen ha sido rechazado.**

Se abre el turno de explicación de voto, si los grupos quieren hacer uso del mismo.

¿Señor Lacasa? Tiene la palabra.

El señor diputado LACASA VIDAL [desde el escaño]: Muchas gracias, señor presidente.

Con toda brevedad, para expresar, hasta cierto punto, una cierta perplejidad por el resultado final de este debate.

Yo comparto la posición de tres grupos parlamentarios más, aparte del de Izquierda Unida, que hemos votado a favor del dictamen y, por tanto, a favor de la reforma, creo que muy argumentada y muy en línea de lo que nos pedían los tribunales, lo que nos pedían un buen número de juristas de esta comunidad autónoma y lo que nos pedía la racionalidad de evitar conflictos de competencias entre tribunales. Y,

sin embargo, me quedo desconcertado con la votación que se ha producido en el sentido de abstención.

Entiendo la oposición a una ley importante, entiendo la oposición, porque si uno está convencido de que no es el camino adecuado, entiendo que la oposición sea una fórmula, que el voto negativo sea una fórmula importante. Lo que no entiendo es, en un tema tan importante, la abstención. Lo que no entiendo en un debate tan importante es la inhibición. Lo que no entiendo es quedarse a medio camino, a medias tintas, y en ese sentido, creo que también se ha hecho un flaco servicio a la cámara y se ha hecho un flaco servicio a la comunidad autónoma quedándose en ese camino de la abstención, que yo creo que el Partido Popular no ha estado ahí a la altura de lo que requería este debate, que creo que es un pronunciamiento claro: a favor o en contra.

Muchas gracias.

El señor PRESIDENTE: Gracias, señor Lacasa.

Chunta Aragonesista. Señor Bernal.

El señor diputado BERNAL BERNAL [desde el escaño]: Gracias, señor presidente.

Señorías, Chunta Aragonesista ha votado a favor, como no podía ser de otra manera, de esta propuesta de reforma del Estatuto.

Nosotros sí que somos de quienes nos gustaría una reforma más amplia y en más asuntos, pero entendíamos que el consenso hacía conveniente entrar en una cuestión

puntual, formal, como ya hemos defendido en otras ocasiones. No ha sido posible. El Partido Popular ha votado en contra, porque, finalmente, una abstención en este asunto, teniendo en cuenta el reglamento de la cámara, se sabe que es un voto en contra. Y dentro de un año, volveremos a hablar de este asunto; dentro de un año volveremos a presentar una iniciativa en este sentido.

En la toma en consideración, el Grupo Popular votó en contra; hoy se abstiene. En términos efectivos, es lo mismo, pero algo ha cambiado. Bueno, a ver si dentro de un año, señor Cristóbal, ustedes razonan de otra forma, piensan de otra forma y supongamos que la mayoría absoluta en otras instituciones no se les haya subido a la cabeza, no repitan los errores de quienes antes, a lo mejor, pecaron de exceso de confianza por mayorías absolutas y no sigan cometiendo lo que en nuestra opinión, a nuestro juicio, es el primer error que ustedes cometen hoy, después de haber tenido la mayoría absoluta.

Muchas gracias.

El señor PRESIDENTE: Gracias, señor Bernal.

El Partido Aragonés. Don Emilio Eiroa, tiene la palabra.

El señor diputado EIROA GARCÍA: Gracias, señor presidente.

Permítanme que, aunque salga a la tribuna, no voy a agotar más del tiempo necesario y del previsto.

Hemos votado a favor de esta reforma porque nos parece lógica, nos parece justa, pero no hemos querido entrar en el debate en

determinados aspectos que pudieran darle cierto carácter más político, quizá, para evitar esa polémica. Porque no se trata de una reforma en la que nadie haya querido tener protagonismo ni se trata de hacer tampoco sangre ni leña de ninguna otra cuestión. Pero esta reforma es algo más que la forma, en la que hubo un error, de corregirla. Posiblemente, fuese un error, pero, aparte del sentido práctico y utilitario en las cosas, aparte de la belleza también en las cosas, muchas veces hay que estar en el sentimiento de lo propio. Quiero decir que la aspiración de Aragón de tener un Tribunal Superior de Justicia es una aspiración antigua y es una aspiración que hasta hace bien poco no ha sido posible. Por tanto, lo que necesitamos es un Tribunal Superior de Justicia con competencias, y ése ha sido uno de los argumentos que no hemos querido poner sobre la mesa en el debate, pero que yo aprovecho ahora para anticiparlo ya al próximo debate que tendremos dentro de un año.

El arraigo en la conciencia popular aragonesa de las instituciones de Derecho sustantivo es evidente, pero el Tribunal Superior de Justicia de Aragón no ha sido previsto en ninguna ley orgánica en España, ni en la Constitución del doce, ni en el reglamento para la Administración de Justicia de 1835, ni al establecerse el recurso de casación el 20 de junio de 1852 —estoy hablando, como ven ustedes, de historia—, ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1885, ni tampoco en las leyes provisionales orgánicas del poder judicial de 1870 y la adicional a aquélla. Al redactar el

apéndice foral para Aragón de 1925, no se hizo tampoco referencia procesal ninguna al Tribunal Superior de Justicia, de modo que el legislador aceptó aquello como cuestión no debatida e hizo que los recursos de casación se pudieran tramitar e interponer contra las decisiones de las entonces salas de lo civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza, que eran conocidas en el Tribunal Supremo.

Sólo el proyecto de constitución federal del estado aragonés de 1833, con los anteproyectos del Estatuto de Caspe y el Estatuto de los Cinco Notables de 1936, regulaban la existencia de un tribunal de casación o corte de justicia competentes para el conocimiento de esta clase de recursos.

Con esto, ¿qué quiero decir? Quiero decir que, tras el fondo de que tengamos o no tengamos un Tribunal Superior de Justicia que tenga o no tenga competencias, hay unas aspiraciones históricas a las que yo hago referencia ahora y que han sido uno de los motivos también de votar a favor de esta reforma. Porque el camino de la redacción del Estatuto de Autonomía de Aragón no fue tampoco un camino pacífico, pues han existido o existían criterios de la Constitución del setenta y ocho que excluían la posibilidad de que una comunidad que accedía a la autonomía por la vía del 143 tuviese tribunal superior de justicia. ¿Qué pasaba? Y perdónenme, que me alargó más de los dos minutos que me quedan. En el año setenta y nueve, no se había aprobado la ley orgánica del poder judicial. Y al elaborarse los primeros estatutos de autonomía, se plantea el problema

de ajuste dentro de las plantas judiciales heredadas de la implantación de los nuevos tribunales superiores de justicia impuestos por la Constitución del setenta y ocho. Los Estatutos vasco y catalán, con fundamentos dudosos según los estudiosos, al crear los tribunales superiores de justicia, optan por mencionar directamente las competencias de estos tribunales, y le atribuyen competencias en los recursos de casación y revisión en materia de Derecho Civil propio de la comunidad autónoma.

Es después, en el debate en el Congreso y en el Senado, donde por parte de los grupos parlamentarios que entonces asistían a aquel debate, los grupos principales, se hace una modificación diciendo que «los recursos de casación solamente serían para cuestiones exclusivamente de Derecho Foral», y se modifica abriéndolo más, diciendo que «son para recursos de Derecho Civil o conexos con el Derecho Foral», con lo cual se abre un poco más aquella mano, ya que en muchos territorios forales prácticamente los recursos exclusivamente de Derecho Foral era poquísimos. Si hay, en cambio, abundancia en los de Derecho Civil.

¿A dónde quiero ir a parar con todo esto? Quiero ir a parar a que cuando se aprueba la Ley Orgánica del Poder Judicial en el año ochenta y cuatro, dos años después de nuestro Estatuto, es cuando se configura la forma del recurso de casación. Y, en definitiva, estos antecedentes parlamentarios fundamentalmente y los antecedentes históricos que acabo de enumerar muy rápidamente nos llevan a la interpretación

de que los estatutos de autonomía, en el artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, buscan, de alguna forma, garantizar la competencia casacional de los tribunales superiores de justicia, pero también, de alguna manera, lo condicionan y amparan.

Pues bien, nosotros que tenemos nuestro Tribunal Superior de Justicia, garantizado después de tantos años de una demanda histórica —podría decir—, que se plantea y se planifica en los Estatutos de Caspe y de los Cinco Notables, después de que tenemos reconocida en el Estatuto de Autonomía de Aragón a través de su artículo 29 esa competencia no exclusivamente en Derecho Foral, que sería muy poco, sino en materias de Derecho Foral y en materias de Derecho Civil conexas con el Derecho aragonés, no digo que lo hayamos perdido, puesto que está el debate del Tribunal Supremo-Tribunal Superior de Justicia de Aragón, pero sí digo que lo hubiésemos tenido más seguro, lo hubiésemos tenido seguro con el artículo 29, tal como estaba redactado.

Por tanto, señorías, permítanme que en esta explicación de voto exponga estos argumentos que nos sirvan de meditación para cuando, dentro de un año, cuatro meses y no sé cuántos días, volvamos a plantear, con acuerdo, posiblemente, con el Partido Popular, la reforma de este Estatuto, tengamos la garantía de que estamos trabajando y valorando algo más que una cuestión formal de que esté o no esté un texto en un Estatuto de Autonomía: estamos valorando una demanda

histórica y estamos valorando algo que otras comunidades autónomas valoraron ya en el año setenta y nueve, cuando impusieron dentro de sus estatutos las competencias atribuidas directamente en los recursos de casación y revisión.

Muchas gracias, señor presidente.

El señor PRESIDENTE: Gracias, señor Eiroa.

Por el Grupo Parlamentario Socialista, señor Catalá, tiene la palabra.

El señor diputado CATALÁ PARDO [desde el escaño]: Sí, señor presidente.

La verdad es que yo tenía una cierta esperanza, visto el cambio de posición que el Partido Popular manifestó el pasado 15 de febrero en la Comisión correspondiente, pasando de la negativa a la abstención, y esa esperanza de que iban a modular y que podríamos hoy haber cumplido con la necesidad de incorporar el artículo que da competencias concretas a nuestros tribunales en materia de revisión y casación relacionadas con el Derecho Foral.

No ha sido así, y siguen ustedes en posiciones encasilladas, quizá por no demostrar debilidad de cambio de posición, pero, además, sabiendo que están equivocados, y ¡vaya que si están equivocados! Lo saben ustedes, lo saben perfectamente, saben que están poniendo en riesgo la posibilidad de que perdamos esa competencia, y además saben que los tribunales nos van a obligar a abrir este debate dentro de poco tiempo, y tendremos que venir aquí de nuevo a debatir y a intentar corregir este desafuero que

hoy han cometido y que ustedes son los responsables del mismo. Pasarán a la triste historia de los que pierden un artículo básico para el Derecho aragonés y nos quieren hacer convencer a toda la cámara de que es por no repetir, que es innecesarios, vamos, que es bueno que lo hayamos perdido. A mí me parece absolutamente patético.

Entiendo que seguiremos debatiendo este tema, lo seguiremos debatiendo aquí, y cuando lo debatamos —hoy no lo hubiéramos hecho—, cuando volvamos a debatirlo, sí que les recordaremos entonces el daño que han hecho ustedes al Derecho Foral por este empecinamiento en el mantenimiento de las posiciones. Me imagino que solamente desde la soberbia es posible que ustedes mantengan la posición que tienen actualmente, porque, si no, no entiendo que no hayan ayudado a que nuestro Estatuto, por fin, cumpla las necesidades que el Derecho Foral tiene.

Muchas gracias.

El señor PRESIDENTE: Gracias, señor diputado.

Por el Grupo Popular, señor Cristóbal Montes.

El señor diputado CRISTÓBAL MONTES [desde el escaño]: Señor presidente.

Señoras y señores diputados.

El Grupo Popular se ha abstenido, y bien que lo han resaltado los distintos portavoces en su explicación de voto. El señor Lacasa ha dicho que no entiende la abstención del PP; más generosamente, el

señor Bernal nos ha dicho que algo ha cambiado, y el señor Catalá nos acaba de decir que él ha sufrido un pequeño, no diré quebranto, pero sí una pequeña desilusión, porque cuando en la Comisión votamos abstención, pues, presumía que íbamos a modificar gradualmente ese punto de vista y pasaríamos de la negativa a la abstención y de la abstención al voto positivo.

Bueno, principio quieren las cosas. Si quieren ustedes, vean en esto una posición de ablandamiento progresivo de un criterio. Pero de ablandamiento progresivo, señor Catalá, no porque estemos convencidos, como usted dice —porque eso sí sería tremenda hipocresía por nuestra parte—, de que estamos equivocados. ¿Usted cree que si estuviéramos convencidos de que estamos equivocados, íbamos a mantener la posición que mantenemos? Pero, ¿a título de qué?, ¿para qué?, ¿en función de qué? ¿A quién queríamos beneficiar o perjudicar?, ¿a quién queríamos satisfacer o enfadar? ¿Qué perseguiríamos? Si estuviéramos convencidos de que estamos equivocados, haríamos un ejercicio de hipocresía político, pero, además, sin destinatario.

A veces, en la política, es necesaria la hipocresía, y todos los que hemos leído a Maquiavelo lo sabemos. Alguien ha dicho que «desde Maquiavelo, la política es política pura», y es cierto, y al ser política pura, no quiere decir que sea política pura, éticamente legal, sino que quiere decir sin concomitancia de otras cosas: ni ética, ni religión, ni nada, sino política, política.

Pues bien, ¿usted cree que si nosotros estuviéramos equivocados, íbamos a mantener esa postura? Y, desde luego, en mi caso, ¿cree usted, señor Catalá, que si yo, profesional del Derecho toda mi vida, estuviera convencido de que estoy diciendo barbaridades jurídicas, las iba a defender? No las defendería, señor Catalá. Hubiera dicho sencillamente: «si el Partido tiene este criterio, yo, en razón de conciencia —y existe siempre la cláusula de conciencia, y usted es parlamentario—, en razón de conciencia pido que me releven de defenderlo». No lo he pedido. ¿Por qué no lo he pedido? Porque no estoy convencido ni de la bondad ni de la maldad, ni de la verdad ni de la mentira, ni del error ni del acierto. Pienso, simplemente, que es una cuestión debatible, y una cuestión debatible en la que cabe sostener el pro y en la que cabe sostener el contra, en la que hay argumentos en una dirección y hay argumentos en otra dirección. Y siempre que hay argumentos razonables y sensatos, se puede y se debe defender cualquier cosa.

Si sus argumentos hubieran sido tan contundentes, tan determinantes, que a nosotros nos hubieran desarmado, tenga usted la seguridad, señor Catalá, que, por lo menos, este diputado que le habla, hubiera dicho: «yo tiro la toalla, porque me han convencido». Porque lo he hecho siempre en mi vida, cuando me han convencido de algo, me retiro y cedo, y reconozco la razón del contrario, del contrincante. ¿Por qué? Pues, porque soy un humilde seguidor de Popper, y

Popper nos ha enseñado a todos con su famosa *Defensa del racionalismo crítico* que, aunque yo tenga la razón o aunque yo esté equivocado y piense que tú tienes la razón, ¡acerquémonos y dialoguemos!, porque posiblemente nos acercaremos más a la verdad que si cada uno mantiene sus posiciones.

Yo no mantengo nunca una posición a cal y canto, recalcitranientemente, pienso siempre que la verdad es compartida, que la verdad es relativa, y que la verdad y el acierto es siempre fruto de la concordia, del diálogo y de la compensación, cuando no de la composición y el compromiso.

Por lo tanto, señor Catalá, puede usted tener la seguridad de que el Grupo Popular y el modesto diputado que les habla no estamos convencidos de que estemos en el error, de que hayamos caído en una equivocación que mantenemos simplemente por orgullo o por soberbia, como ha dicho. No, no mantenemos esa postura por soberbia: la mantenemos por humildad, aunque le pueda resultar paradójico; no mantenemos nuestra postura por soberbia, la mantenemos por humildad. Soberbia, quizá, en este caso, sería que sin estar convencido, modificáramos el voto simplemente porque los otros cuatro grupos de la cámara tienen un parecer contrario.

Y mire usted lo que le digo: en materias de verdad y de error, de acercamiento o no acercamiento a una posición, puede tener usted la completa seguridad de que la mayor o menor cercanía no la da el

número, la dan siempre los argumentos.

Es un dato de hecho, ciertamente, que cuatro grupos de esta cámara mantienen una posición determinada y un grupo aislado, único, aunque importante, mantiene una posición contraria. Si el argumento del número fuera real, nosotros tendríamos que bajar la cabeza, porque democráticamente, de acuerdo a la ley de la mayoría, ustedes son mayoría. Pero es que esto no es ley de la mayoría, esto es otra cosa, aparte de que, como usted sabe muy bien, siempre se ha dicho que la mayoría en democracia tiene siempre sus límites. Pero es que no se puede llegar al extremo contrario de lo que sostuvo un diputado socialista hace tiempos en la Asamblea Nacional Francesa: en un momento determinado, cuando el Partido Socialista tenía mayoría, espetó a sus contrarios: «ustedes están jurídicamente equivocados, porque son políticamente minoritarios». Pues, no, eso no se puede decir. Nosotros no tenemos por qué estar jurídicamente equivocados porque seamos minoría en este caso, no. Pudiendo ser minoría, podríamos estar en la verdad, y a la inversa, pudiendo ser mayoría podríamos estar en el error. No es cuestión de números, no es cuestión de cálculos: es cuestión de argumentos, es cuestión de convicciones, es cuestión de razonamientos, y hoy por hoy, nosotros seguimos pensando como pensamos.

Dice bien, señor Bernal, de que algo ha cambiado, y las cosas que cambiarán todavía, ¡y las cosas que cambiarán! Van a cambiar muchas

cosas, pero a nivel del Estado y van a cambiar muchas cosas por reflejo y por autonomía también a nivel de las comunidades autónomas y, también, en este Aragón, porque vamos a tener pronto firme e importante referencia de un modo distinto de gobernar desde la mayoría. Vamos a tener un punto de referencia importantísimo.

Yo les incito, yo les pido humildemente que reflexionen sobre el mensaje, el escueto mensaje que el señor Aznar lanzaba la noche del 12 de marzo, cuando dirigiéndose a la gente que estaba allí, pero dirigiéndose al país, a los electores, a los que le habían votado y a los que no le habían votado, porque se dirigió a ambos, y lo dijo expresamente: «vamos a gobernar desde la humildad y desde el diálogo». Y eso va a ser así, o, por lo menos, se va a intentar.

Puede tener usted la completa seguridad de que los excesos y los errores que se cometieron con mayorías absolutas, que no fueron malintencionados, pero que fueron fruto de las circunstancias en tiempos pasados, intentaremos por todos los medios que no se vuelvan a cometer. Y puede usted estar completamente seguro, señor Bernal, de que aprenderemos de experiencias pasadas, porque el que no aprende de la historia no aprende de nada, y el que tropieza dos veces en la misma piedra, desde luego, pierde la condición de racional. Vamos a utilizar esa mayoría absoluta en términos que yo creo que serán ampliamente beneficiosos para todos.

Señor Eiroa, le agradezco su rastro histórico, su argumento históri-

co, su buen argumento histórico y su buena erudición jurídico-política sobre los orígenes del recurso de casación en las comunidades autónomas; ha hecho un buen trabajo de seguimiento por lo que respeta al País Vasco y, sobre todo, a Cataluña, que llegó a tener un tribunal de casación catalán. Pero las cosas son como son, y yo le doy la razón en que la situación actual sería más clara y todo estaría más seguro — como usted dice— si el artículo 29 estuviera en su sitio, le doy la razón, porque no está. Pero resulta que, aun no estando, las cosas pueden discurrir medianamente bien, porque no hemos perdido la competencia; se diga lo que se diga, no hemos perdido la competencia, y la prueba es que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón tiene que estar resolviendo los casos que le devuelve el Tribunal Supremo de España, porque, guste o no, quíerase o no, nos parezca bien o nos parezca mal, el Tribunal Supremo tiene la última palabra en esta materia.

No es bueno —y con esto termino, señor presidente—, no es bueno, como usted ha dicho, señor Catalá, que hayamos perdido la competencia, no es bueno o no sería bueno si la hubiéramos perdido. Es que no la hemos perdido, señor Catalá, y que dentro de un año tengamos que volver aquí, pues, bueno, tenemos que justificar el sueldo, tenemos que justificar nuestros haberes, y si dentro de un año tenemos que volver a hablar de lo mismo, pues volveremos a hablar de lo mismo, y si hay necesidad de rectificar, rectificaremos, porque habrá necesidad, porque habrá modificado su criterio el Tribunal

Supremo, si lo modifica. Si no hay necesidad, pues no volveremos a hablar de lo mismo, porque para eso estamos. Somos políticos y, en consecuencia, tenemos que actuar a tenor de las circunstancias de cada momento, y en este momento, las circunstancias siguen siendo las mismas que el año pasado.

Muchas gracias, señor presidente.

El señor PRESIDENTE: Gracias, señor Cristóbal Montes.

Concluye así el orden del día del Pleno extraordinario. *[Se levanta la sesión a las once horas cuarenta y siete minutos.]*

6. Rechazo del Dictamen de la Comisión Institucional sobre la Propuesta de reforma de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón, modificada por la Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo, y por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de reforma de dicho Estatuto.

(BOCA núm. 41, de 22 de marzo de 2000)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

El Pleno de las Cortes, en sesión celebrada los días 16 y 17 de marzo de 2000, ha rechazado el Dictamen de la Comisión Institucional sobre la Propuesta de reforma de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón, modificada por la Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo, y por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de reforma de dicho

Estatuto, al no haber obtenido el voto favorable de dos tercios de los miembros de la Cámara que requiere el artículo 152 del Reglamento de las Cortes de Aragón.

Se ordena la publicación de este acuerdo en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, de conformidad con lo establecido en el artículo 111.1 del Reglamento de la Cámara.

Zaragoza, 16 de marzo de 2000.

El Presidente de las Cortes
JOSÉ MARÍA MUR BERNAD

B) ACTA DE LA REUNIÓN DE FORALISTAS EN EL MONASTERIO DE MONSERRAT (1947)

Gracias a la generosidad de don Luis Matín-Ballestero Hernández, Profesor Titular de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de Zaragoza, podemos publicar el presente documento, procedente del archivo de su padre, don Luis Martín-Ballesteros Costea, Catedrático que fue de la misma Facultad y, en la fecha del documento, Secretario de la Comisión Compiladora Aragonesa.

Ignorábamos la existencia de esta «Acta», así como el hecho mismo de que más de una docena de juristas de diversas regiones españolas comprometidos en la compilación de sus Derechos propios se hubieran reunido en una fecha como septiembre de 1947 en lugar tan significativo como el Monasterio de Monserrat, con objeto de preparar un escrito que habría de dirigirse al Ministro de Justicia puntualizando aspectos de la mayor importancia en el proceso compilador incoado. Es explícito el propósito de excluir toda intervención de la Comisión de Códigos y de cualquier otro órgano ajeno al territorio correspondiente; también, evitar sujetarse a la sistemática del Código civil. El lector apreciará otros importantes matices, anegados en la retórica política de la época. Tampoco es irrelevante que el documento fuera propuesto por la representación navarra.

La copia del Acta que hemos visto no está firmada, pero nada lleva a pensar que no se corresponda con el original y que éste no recogiera con fidelidad los hechos y palabras. Cosa distinta y sobre la que nada sabemos es si el escrito fue, posteriormente, enviado al Ministro por «las Corporaciones y organismos de los respectivos territorios» según la previsión de los reunidos en Monserrat. Es el hecho mismo del reunirse, en tales fecha y lugar, los juristas cuyos nombres se indican y el sentido de sus acuerdos lo que nos parece de suficiente interés para transcribir aquí la susodicha Acta.

ACTA

En el monasterio de Monserrat a veintinueve de septiembre de 1947, se reúnen los juristas don Juan Moneva y Puyol, don Jorge Olivar Daydí, don Cesáreo Sanz Orrio, don Félix Pons Marqués, don Francisco Palá y Mediano, don

Miguel Sancho Izquierdo, don Mauricio Serrahima Bofill, don Francisco Salinas Quijada, don Ramón Coll y Rodés, don Martín Galán Elgart, don Luis Arellano Dihinx, don Pedro Arderín Pallerols, don José Luis Lacruz Berdejo, don Miguel Monserrat Gamiz; también asiste, especialmente invitado, el Licenciado en Derecho Rvd^a Padre don Pablo María Pizá Enseñat O.S.B. monje de Monserrat.

En primer lugar los señores Arellano, Sanz Orrio, Galán y Salinas, hacen constar que representan solidariamente al Consejo de Estudios de Derecho Navarro. El señor Pons, manifiesta representar al Ilustre Colegio de Abogados de Palma de Mallorca. Los restantes señores concurren con carácter puramente personal.

Abierta la sesión y ocupada la presidencia por razón de la edad por el Doctor Moneva y Puyol, es concedida la palabra al Señor Arellano, quien en representación del Consejo de Estudios de Derecho Foral Navarro, lee un proyecto de documento que recoja los deseos coincidentes de los reunidos con referencia a los problemas planteados con relación a los Derechos Forales y Territoriales, teniendo en cuenta lo acordado por unanimidad en el I Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Zaragoza.

Después de amplia deliberación en que cada uno de los reunidos expone sus puntos de vista, se acordó redactar un documento coincidente en lo esencial con el propuesto por la representación navarra, modificado tan sólo en algunos matices de forma, concebido en los siguientes términos:

«Excmo., Sr.: Los que suscriben, en nombre de los fueristas españoles que en el Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza constituyeron las secciones de Derecho Foral de Aragón, Baleares, Cataluña, Navarra, y Vizcaya y de las Instituciones y Corporaciones en cuya representación respectivamente actuaron, acuden a V. E. estimulados por el buen propósito que movió a su antecesor en la orden de convocatoria del Congreso de 3 de Agosto de 1944 a señalar la tradición jurídica española como compendio de la justicia cristiana y por el buen deseo y singular devoción con que V. E. recogió las conclusiones del mismo Congreso en el brillante discurso de clausura, exaltando el valor nacional de nuestros Derechos Territoriales y censurando el error de quienes, con un falso concepto de la unidad, desconocen las características esenciales de las regiones españolas.

En aquellas conclusiones, Excmo. Sr., se hizo plasma la fórmula de armonía que había sido objeto de la asamblea, y que en nobles y elevados debates, había venido discutiéndose con la más perfecta técnica jurídica y el más acendrado espíritu de concordia.

En ella coincidieron con plena unanimidad todos los juristas congregados bajo la presidencia de las más altas magistraturas de la Nación y en el compromiso de esta fórmula quedaron vinculados los propósitos y las voluntades a que V.E., en fervorosas palabras, otorgó la máxima aprobación y la adhesión más autorizada.

Manteniéndonos en la línea de conducta que nos señala esa fórmula hemos estado dispuestos, a partir de aquel momento, a prestar nuestra personal y entusiasta colaboración a la obra de preparación de un Código Civil General. Para ello se habían señalado en la conclusión primera del Congreso tres etapas: 1ª Formación de las Compilaciones Territoriales o Forales. 2ª Divulgación, estudio y vigencia de las mismas, durante un período de tiempo suficiente al final del cual habría de determinarse el modo material en que hubieran de ser recogidas en el futuro Código las Instituciones Forales o Territoriales. 3ª Reunión de un nuevo Congreso Nacional para examinar la forma y carácter del mismo Código.

Estas tres fases constituían el desarrollo de un proceso de elaboración del Código General que los representantes de la ciencia jurídica española y de la experiencia profesional consideraban necesario seguir con rigor de sistema para llegar a un resultado positivo sin mengua del sentimiento jurídico de las regiones y sin daño de los intereses morales y materiales que sus derechos civiles rigen.

Pero además, acatando un principio de buena política legislativa, la citada conclusión primera quiso determinar en lo concerniente a la primera etapa el modo preciso de formación de las compilaciones territoriales, y por ello proclamó con la misma unanimidad que el estudio y redacción de las instituciones forales, y de sus modificaciones en su caso y día, incumbían a los juristas de cada territorio mediante el organismo adecuado.

Por la premura con que la labor Ministerial ha de desarrollarse en una época en que la gestión de los negocios públicos exige, al par que la mayor clarividencia, la urgencia más apremiante, V.E. ha tratado ciertamente de dar cuerpo y sanción legal a la fórmula de concordia fruto del congreso. Sin embargo, al hacerlo han quedado inconcretados algunos aspectos que consideramos esenciales, y ello nos mueve, con el mismo espíritu de adhesión y colaboración que hicimos presente en el Congreso, a someter a la atención de V.E. las siguientes consideraciones:

La solución de un Código Civil General, fue condicionada, como se evidencia con la lectura de la citada conclusión, a la sistemática del proceso de formación que dejamos expuesto. No ciertamente, de otros modo, podría lograrse la finalidad armónica propuesta. Si se alterase o desnaturalizase el citado proceso de elaboración se hurtaría al buen deseo el instrumento adecuado y la inicial desviación quebrantaría la unidad tras largos afanes lograda. Es, pues, necesario dar la debida importancia a los extremos todos de la conclusión primera del Congreso y extremar el cuidado en mantenerla como fórmula de concordia de intereses y sentimientos, interpretando su alcance a través de las tesis admitidas con beneplácito general en el debate.

Se trata, Excmo. Sr., de recoger y trasladar a un Cuerpo sistemático y armónico, cada uno de los derechos territoriales vigentes en el estado en que el artículo 12 de Código Civil ordenó mantenerlos, teniendo en cuenta no sólo su actual vigencia, sino el restablecimiento de las instituciones no decaídas por el

desuso y las necesidades del momento presente. No es, pues, aunque otra cosa pudiera parecer, la tarea que se nos impone, la de preparar una obra legislativa que los órganos soberanos de la nación hayan de discutir, sino simplemente la de redactar lo que en la práctica moderna se llama un texto refundido, labor ciertamente importante pero que no supone actividad legisladora y que, por ello, es razón que incumba exclusivamente a los que con conocimiento profundo y práctica dilatada en los regímenes forales respectivos, han mostrado a través de las sesiones del Congreso su buena disposición y su preparación adecuada.

En este sentido los trabajos de las comisiones forales, no podrían ser considerados como anteproyectos o mera materia de trabajo, sino que estimamos que habrían de tener el valor de verdaderas compilaciones del Derecho Foral actualmente vigente, formadas con plena autoridad doctrinal por los técnicos y los organismos especializados en la materia y que por formar cuerpos sistemáticos no podrían sin menoscabo de su integridad y armonía ser aceptados o rechazados sino en su cabal conjunto de tal modo que, proclamada su vigencia mediante la debida sanción, habrían de publicarse como Derecho actual y vigente.

Por otra parte sería conveniente dar decisiva intervención a las regiones en la formación de estos códigos territoriales que a ellos y a los intereses morales y materiales que representan afectan de modo tan importante. Ya tal fin encomendarles por delegación de la autoridad de V.E. la designación de los componentes de las Comisiones, pues supuesto que disponen de organismos propios adecuados y competentes que gozan de la confianza de V.E., no ha de existir inconveniente en que las comisiones sean por ellos constituidas y auxiliadas de los medios materiales y de los elementos de trabajo y aportaciones bibliográficas y doctrinales de que disponen.

Con ello se lograría que la obra de dichas comisiones fuera producto espontáneo y vivo de la opinión jurídica regional que es, en definitiva, la que puede juzgar de su acierto y de su eficacia por estar en contacto con los problemas que plantea y las necesidades a que da satisfacción.

En otro aspecto, no será posible seguir en las compilaciones la sistemática del Código Civil, sistemática rechazada por eminentes civilistas de Derecho común, y que sería muy difícil poner en relación con instituciones y normas que en gran parte se apartan fundamentalmente de las de dicho Derecho.

Finalmente para dar satisfacción a la opinión y para hacer honor a las conclusiones del Congreso, convendría que al iniciarse la labor de las Comisiones se proclamase no sólo la finalidad última de esta labor, que es la de dar lugar si fuese posible a la redacción de un Código Civil General, sino también el propósito de seguir las etapas señaladas por el Congreso, ya que, aunque seguramente ello estaba en el ánimo de V.E. al redactar el preámbulo del Decreto de 23 de Mayo último, no se hizo constar de modo expreso y es del mayor interés, si las compilaciones han de representar una labor acertada y útil, que una vez formadas se las someta a un período suficiente de vigencia y estudio

realizando sobre ellas la labor colectiva de investigación que señaló el Congreso y decidiendo en su vista el modo material de su incorporación al Código General, momento en que un nuevo Congreso podría examinar la forma y carácter del futuro Código General de Derecho Civil para preparar la nueva obra legislativa.

Tales son, Excmo. Sr., las consideraciones que tenemos el honor de someter a la superior atención de V.E., y la formulamos en la confianza de que serán acogidas con la misma inteligente comprensión y la misma devoción y acatamiento a la tradición jurídica española con que recogió en la memorable sesión de clausura del Congreso Nacional, las conclusiones por él aprobadas.

En hacerlo así prestara V.E. señalado servicio a la causa de la Nación y del Derecho, que es, en definitiva, la causa a la que todos debemos y hemos ofrecido nuestros esfuerzos y nuestro entusiasmo.

Dios guarde a V.E. muchos años.

Excelentísimo Señor Ministro de Justicia.»

Este documento se pondrá en conocimiento de las Corporaciones y Organismos de los respectivos territorios para que pueda dársele curso en su caso con las firmas autorizadas de sus representantes. La delegación de Navarra se encarga de realizar la misma gestión con los juristas alaveses y vizcaínos, cuyas representaciones no están presentes.

Se acuerda que una vez obtenidas las referidas adhesiones, si se estiman suficientes, sea presentado el documento, realizando al mismo tiempo visitas al Excmo. Sr. Ministro de Justicia y a las demás personalidades que se estime oportuno, con el fin de completar verbalmente la información conveniente al mejor resultado de la gestión.

Esto no obstante, se procurará celebrar un nuevo cambio de impresiones antes de realizar las gestiones a que se refiere el párrafo anterior.

Por último, los juristas catalanes presentes agradecen su asistencia a los restantes, y estos a su vez les dan las gracias por la buena acogida.

Por unanimidad se acuerda dar las más expresivas gracias al R.P. Prior del Monasterio de Monserrat, quien en ausencia del Excmo. y Revdmo. Abad Mitrado, ha dispensado generosa hospitalidad a los reunidos.

Los señores Arellano, Serrahina y Monserrat, quedan encargados de redactar la presente acta, que se extiende por quintuplicado, firmado cada ejemplar por todos los asistentes.

C) CARTA DE DON FEDERICO DE CASTRO A DON LUIS MARTÍN-BALLESTERO (1944)

Sr. don Luis Martín-Ballester

Muy señor mío:

He recibido su tesis y su carta; no he tenido aún tiempo de leer su trabajo, por su tema y de primera impresión, me parece de máximo interés. Nada me ha dicho el Sr. Cano; por mi parte no habrá inconveniente para que la lectura se haga cuando a vd. le sea más cómodo.

Sus amables ofrecimientos e indicaciones hacen que sienta, como un deber, la necesidad de contestarle, a las buenas viejas maneras de los aragoneses, con un rotundo: nunca conocí, ni conozco adversión *a los Derechos forales*.

Mi posición creí haberla expuesto claramente (ver. p. 176), pero por lo que observo no he sabido expresarme debidamente. Por ello, me voy a permitir concretarla, en las siguientes afirmaciones:

- 1.^a Enemiga terminante a la diversidad jurídica, como imperfección y peligro para la unidad española; por tanto, hacia el actual *régimen* de Derechos forales.
- 2.^a Reconocimiento del gran valor del *contenido* de los Derechos forales, tanto en el pasado como para el futuro de nuestro Derecho.
- 3.^a Especial interés por el Derecho aragonés; por la actitud noble y patriótica de sus mejores juristas; recuerdo ahora las palabras de Savall y Penén en su Discurso Preliminar, que resumen —con una fuerza de expresión y emoción española envidiables— mi propio pensamiento, porque en sus textos se conservan, bastantes veces y mejor que en ningún otro Derecho español, el espíritu de nuestro Derecho tradicional; por ello, defendí —con todas mis fuerzas— la mayoría de edad aragonesa para toda España frente a la de 21 años que ha triunfado.
- 4.^a El estudio profundo y serio de los Derechos forales es necesario y hasta urgente. Pero ¡por Dios, que no se convierta en tema de juegos florales!
- 5.^a La renovación de nuestro Derecho y la redacción de un nuevo Código civil deberán hacerse volviendo el caudal de nuestro propio y auténtico Derecho; en muchas casos, su mejor exponente se encuentra en instituciones forales.

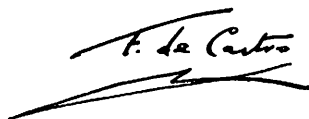
Materiales

Me refiero a las instituciones, no a peculiaridades anecdóticas, de solo valor típico o castizo; el Derecho es cosa bastante seria para convertirlo en concurso de trajes regionales.

Haga lo que quiera con estas líneas; incluso, si lo cree conveniente, publicárlas en su artículo. Espero que ahora podrá conocer mejor mi actitud hacia los Derechos forales.

En espera de poder hacerlo personalmente le saluda cordialmente

S. affmo. s.s.q.e.s.m.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'F. de Castro', with a long, sweeping horizontal stroke underneath.

Chamartín, 16-I-1944

D) COMPILACIÓ DEL DRET CIVIL D'ARAGÓ

*Traducción al catalán por JOSÉ MIGUEL DÍAZ-CALVO**

TÍTOL PRELIMINAR

LES NORMES EN EL DRET CIVIL D'ARAGÓ

Article 1.— *Fonts jurídiques.*

1. Les fonts del dret civil d'Aragó són la llei, el costum i els principis generals en els quals tradicionalment s'inspira el seu ordenament jurídic.

2. El dret civil general de l'Estat s'aplicarà com a supletori només en defecte de normes aragoneses i d'acord amb els principis que les informen.

Article 2.— *Del costum.*

1. El costum tindrà força d'obligar quan no sigui contrari a la Constitució o a les normes imperatives del Dret aragonès.

2. Els Tribunals apreciaran l'existència del costum en virtut dels seus mateixos esbrinaments i de les proves aportades pels litigants.

Article 3.— *«Standum est chartae».*

De conformitat amb el principi *standum est chartae*, hom s'atindrà, fora idins de judici, a la voluntat dels atorgants, expressada en pactes o disposicions, sempre que no resulti d'impossible compliment o sigui contrària a la Constitució o a les normes imperatives del Dret aragonès.

LLIBRE PRIMER

DRET DE LA PERSONA I DE LA FAMÍLIA

TÍTOL PRIMER

DE LA CAPACITAT I ESTAT DE LES PERSONES

Capítol Primer

DE LA CAPACITAT DE LES PERSONES PER RAÓ DE L'EDAT

Article 4.— *Majoria d'edat.*

Tindran la consideració de majors d'edat els menors des del moment en què contreuen matrimoni.

* Funcionario de la Administración de Justicia. Diplomado en los niveles C, D y G de lengua catalana por la Junta Permanente de Català de la Generalitat de Catalunya y miembro de la sección de lenguas minorizadas del R.E.A.

Article 5.— *Del major de catorze anys*

1. El menor d'edat, complerts els catorze anys, encara que no estigui emancipat, pot realitzar per ell mateix tota mena d'actes i contractes, amb l'assistència, si escau, d'un qualsevol dels seus pares, del tutor o de la Junta de Parents. Els actes o contractes realitzats sense l'assistència deguda seran anul·lables.

2. Quan hi hagi oposició d'interessos per part de només un dels pares, l'assistència serà prestada per l'altre. Si hi ha oposició d'interessos per part de tots dos progenitors o amb el tutor, l'assistència serà suplerta per la Junta de Parents.

3. El major de catorze anys que, amb el beneplàcit dels seus pares o mitjançant causa justa, visqui independentment d'ells, tindrà la lliure administració de tots els seus béns.

Article 6.— *Aprovació de comptes de l'administració.*

Qui no hagi complert vint-i-un anys necessita, per aprovar els comptes d'administració dels seus béns i liquidar les responsabilitats derivades d'aquesta, l'assistència i assentiment de la Junta de Parents o autorització judicial.

Capítol Segon

DE L'ABSÈNCIA

Article 7.— *Absència de cònjuge.*

1. La declaració judicial d'absència produeix per ella mateixa el dret de viduitat del cònjuge desaparegut.

2. Si aparegués l'absent, aquest recobrarà el dret expectant o adquirirà el de viduitat sobre els béns del

seu cònjuge, sense perjudici dels actes de disposició ja realitzats.

3. L'administració i disposició del patrimoni conjugal correspondrà al cònjuge del declarat absent. Necessitarà, no obstant això, autorització judicial per als actes de disposició sobre immobles i establiments mercantils.

Article 8.— *Representació de l'absent.*

Llevat de motiu greu apreciat pel jutge, la representació del declarat absent, l'administració dels seus béns i el compliment de les seves obligacions correspon:

1. Al cònjuge present no separat legalment o de fet.

2. A l'hereu contractual de l'absent.

3. Al presumpte hereu abintestat, parent fins al quart grau, que discrecionalment designi el jutge, ateses la quantia de la seva porció hereditària i la proximitat del parentiu.

4. I, en defecte dels expressats, la persona major d'edat, solvent i de bons antecedents, que discrecionalment designi el jutge, atenent les relacions d'aquesta amb l'absent.

TÍTOL SEGON

DE LES RELACIONS ENTRE
ASCENDENTS I DESCENDENTS

Capítol Primer

DE LES RELACIONS PERSONALS

Article 9.— *Deure de criança i autoritat familiar en els pares.*

1. El deure de criança i educació dels fills menors, així com l'adequa-

da autoritat familiar per complir-lo, correspon als pares, conjuntament o separatament, segons els usos socials o familiars o el que lícitament s'hagi pactat en aquest punt.

2. En cas de divergència entre els pares en l'exercici de l'autoritat familiar, decidirà la Junta de Parents o el jutge de primera instància del domicili familiar, a elecció d'aquells. A falta d'acord entre els pares per designar l'òrgan diriment, decidirà sempre el jutge.

3. Quan el fill de només un dels cònjuges visqui a casa, el cònjuge del progenitor participarà en l'exercici de l'autoritat familiar, si així li ho demana. No obstant això, el fill podrà demanar a la Junta de Parents o al jutge de primera instància que l'exoneri de l'autoritat del cònjuge del seu progenitor si hi concorre causa justa.

Article 10.— *Autoritat familiar d'altres persones.*

1. Morts els pares, o quan aquests siguin privats judicialment de l'autoritat familiar o del seu exercici, la dita autoritat i amb els mateixos drets i obligacions que corresponien als pares, podrà ser exercida pels avis, els germans més grans del menor, o pel cònjuge no progenitor del bínube premort, llevat de previsió en contrari dels mateixos pares o d'algun d'ells.

2. En cas de mort dels progenitors, la designació de les persones que han d'exercir l'autoritat familiar i la forma en què aquesta ha de prestar-se, llevat d'expressa previsió dels pares, correspondrà a la Junta de Parents, i si no n'hi ha, al jutge de primera instància.

3. En el supòsit de privació judicial de l'autoritat familiar o del seu exercici, la susdita designació correspondrà exclusivament al jutge.

4. En tot dos supòsits, el jutge, per efectuar la designació, escoltarà els interessats i atendrà preferentment la millor cura i atenció del menor.

Capítol Segon

DELS BÉNS DELS MENORS

Article 11.— *Propietat i usdefruit.*

1. El menor d'edat tindrà la plena propietat i, consegüentment, el gaudi de tots els béns que adquireixi, així com els fruits i productes de qualssevol béns que el seus pares li haguessin confiat.

2. Les despeses de criança i d'educació podran, no obstant això, ser atesos amb els fruits d'aquells béns.

Article 12.— *Administració.*

1. Els pares, en els termes previstos en l'article 9, apartat 1, tindran l'administració dels béns del menor, excepte la d'aquells per als quals hagi ordenat una altra cosa el qui els va transmetre per títol lucratiu.

2. Els pares només estan obligats a prestar fiança i retre comptes en cessar la seva autoritat familiar quan hi hagi motius fundats per a això.

3. El que es disposa en els números anteriors serà igualment d'aplicació, si escau, a les persones cridades a l'exercici de l'autoritat familiar en l'article 10 d'aquesta Compilació.

Article 13.— Disposició.

1. Per a la disposició dels béns del menor de catorze anys hom s'atindrà a allò ordenat per la persona de la qual procedeixin per títol lucratiu.

2. Si de cas hi manca, el poder de disposició correspon a l'administrador; el qual, malgrat això, haurà d'obtenir autorització de la Junta de Parents o del jutge de primera instància quan es tracti de béns seents, negocis mercantils o industrials, valors mobiliaris o objectes preciosos.

Capítol Tercer

**DE LA REPRESENTACIÓ LEGAL DELS
MENORS DE CATORZE ANYS**

Article 14.— Representació legal.

1. La representació legal del fill menor de catorze anys incumbeix als pares, quan ostentin l'autoritat familiar i llevat allò que disposen els articles anteriors.

2. El representant legal del menor necessita autorització judicial per refusar qualsevol atribució gratuïta en favor d'aquest.

TÍTOL TERCER

**DE LES RELACIONS PARENTALS
I TUTELARS**

Capítol Primer

DE LA TUTELA

Article 15.— Delació.

És vàlida la tutela deferida per l'instrument públic, sigui o no testament.

Article 16.— Pluralitat de designacions.

1. Quan s'hagin designat diversos tutors per diferents persones, la Junta de Parents o, si de cas hi manca, el jutge de primera instància, elegirà entre ells el més idoni per al càrrec.

2. Als designats per la persona que va disposar a títol lucratiu de béns en favor del pupíl i no elegits pel jutge, correspon l'administració d'aquells béns, així com la disposició d'aquests de conformitat amb aquesta Compilació i amb les mateixes limitacions i formalitats imposades al tutor.

Article 17.— Contribució a les càrregues.

Quan coexisteixin diverses administracions, la Junta de Parents o, si de cas hi manca, el jutge, acordarà la proporció en la qual, segons la importància dels béns, han de contribuir els diferents administradors, inclòs el tutor, a les càrregues de guarda, alimentació i educació del menor o incapacitat.

Article 18.— Protutor. Substitució del tutor.

1. Només existeix el càrrec de protutor quan sigui estatut en el testament o en un altre document públic.

2. Mentre no sigui designat el tutor o quan el nomenat no pugui exercir les seves funcions, farà les seves funcions el protutor, si n'hi hagués.

Capítol Segon

DEL CONSELL DE FAMÍLIA

Article 19.— *Dels fills adoptius.*

1. Els fills adoptius tindran a l'Aragó els mateixos drets i obligacions que els fills per naturalesa

2. Sempre que legislació civil aragonesa utilitzi expressions com «fills i descendents» o similars, a les mateixes s'entendrà compresos els fills adoptius i els seus descendents.

Capítol Tercer

DE LA JUNTA DE PARENTS

Article 20.— *Nomenament i composició.*

1. Si, en virtut de les disposicions d'aquesta Compilació, del costum o d'acte jurídic, fossin nomenats certs parents per intervenir en assumptes familiars o successoris no subjectes a normes imperatives, actuaran aquells reunits en Junta.

2. El jutge de primera instància del lloc on radiqui la casa o seu familiar ordenarà la constitució de la Junta, a instància de part interessada.

3. Quan la composició de la Junta no estigues determinada, el jutge de primera instància la formarà amb dos parents idonis, un per cada línia o grup familiar, amb el límit del quart grau, tenint en compte preferentment el major contacte amb la casa i la proximitat de parentiu.

4. De la mateixa manera, el jutge podrà cobrir les vacants que es produeixin per defunció, renúncia,

pèrdua d'idoneïtat o incompliment dels deures propis, prèvia remoció del càrrec en els dos últims supòsits.

5. Sense necessitat de prèvia constitució formal, la Junta de Parents podrà reunir-se i prendre acords vàlidament quan, trobant-se junts els seus membres, decideixin per unanimitat sota fe notarial sobre assumpte o assumptes determinats. Si la seva composició no estigues determinada, la susdita Junta la formaran els parents idonis més propers, un per cada línia o grup familiar, preferint, en igualtat de grau, el de més edat.

Article 21.— *Constitució i funcionament.*

1. Una vegada constituïda la Junta funcionarà en la forma que els vocals decideixin, i prendrà el seus acords per majoria absoluta dels que la integrin. Dels acords, presos conforme al lleial saber i entendre dels assistents, s'estendrà acta, que firmaran aquests.

2. En el cas d'empat, a les localitats on el costum no atribueixi la decisió al rector o a una altra persona determinada, decidirà el jutge de pau, on no hi hagi el de primera instància, o la persona de la família en la qual delegui.

3. El jutge de primera instància decidirà en tots els altres casos en els quals no aconsegueixi acord, i podran ser escoltats els vocals de la Junta.

Article 22.— *La Junta de Parents en funcions de fidúcia successòria.*

La Junta de Parents en funcions de fidúcia successòria es regirà per

les normes del títol IV, del llibre II, d'aquesta Compilació.

TÍTOL QUART

DEL RÈGIM ECONÒMIC CONJUGAL

Capítol Primer

DISPOSICIONS GENERALS

Article 23.— *Règim paccionat i règim legal.*

1. El règim econòmic del matrimoni s'ordenarà per les capitulacions que s'atorguin i els pactes que es realitzin referents als béns tant present com futurs, sense altres limitacions que les que resultin preceptuades en aquesta Compilació.

2. Si no hi ha aquestes capitulacions i pactes o per completar-los, sempre que ho permeti la seva respectiva natura, hom s'atindrà a allò disposat en el capítol III d'aquest títol.

Article 24.— *Contractació entre cònjuges.*

Els cònjuges poden fer-se donacions i fer tota mena de contractes entre ells mateixos.

Capítol Segon

DEL RÈGIM MATRIMONIAL PACCIONAT

Article 25.— *Capítols, contingut i forma.*

1. Els capítols matrimonials podran contenir qualssevol estipulacions relatives al règim familiar i successori dels contraents i de tots els que amb ells concorrin a l'atorgament, sempre que no siguin contràries als fins propis del matrimoni.

2. Els capítols i pactes hauran de constar en escriptura pública.

Article 26.— *Temps.*

Els capítols matrimonials poden atorgar-se i modificar-se abans del matrimoni i durant aquest. En aquest últim cas, podrà donar-se a les seves estipulacions efecte retroactiu, sense perjudici dels drets adquirits per tercers.

Article 27.— *Capacitat.*

Tenen capacitat per atorgar capítols abans de contreure matrimoni els que vàlidament puguin celebrar-lo. Els menors d'edat necessitaran l'assistència d'un qualsevol dels seus pares i, si de cas hi manca, del tutor, la Junta de Parents o el jutge de primera instància.

Article 28.— *Novació de capitulacions.*

Celebrat el matrimoni, la novació de capítols requerirà la concurrència dels ascendents que hagin assistit a l'atorgament d'aquells per dotar, fer donacions o llegats o nomenar hereus els contraents o els seus fills, en allò que la novació afecti els béns i drets rebuts.

Article 29.— *Mobles per immobles o viceversa.*

Seràn vàlids aquells pactes i declaracions consignats en escriptura pública, fins i tot fora de capítols, pels quals, a l'efecte d'estendre o restringir la comunitat, tot dos cònjuges atribueixin a béns mobles la condició d'immobles o a aquests la de mobles.

Article 30.— *Signatura de dot.*

Cada cònjuge pot atorgar dot o signatura de dot a l'altre, i reconèixer-la si és indotat o augmentar la que rep.

Article 31.— *Alienació, renúncia i destí del dot o signatura de dot.*

1. El dot signat pels ascendents no podrà ser alienat mentre el matrimoni no tingui descendència, sense l'assentiment dels pares del dotat o del que en visqués o, si de cas hi manca, de la Junta de Parents, i sempre amb obligació d'invertir el preu en altres béns determinats, que gaudiran de la mateixa condició jurídica.

2. La renúncia al dot o a la signatura de dot, o a les garanties, així com l'alienació d'aquestes aportacions, necessitaran, en tot cas, l'assentiment de les persones esmentades en el paràgraf anterior.

3. Si hi ha descendents comuns, aquests heretaran, amb independència de la llegítima, els béns rebuts per un cònjuge com a dot o signatura de dot assignat per l'altre. El dotat podrà disposar d'aquests béns al seu arbitri entre aquells.

Article 32.— *Pèrdua del dot o signatura de dot.*

Un cònjuge perd el dot o signatura de dot constituïts per l'altre en anàlegs casos als que es perd el dret expectant de viduitat.

Article 33.— *Institucions familiars consuetudinàries.*

Quan les estipulacions facin referència a institucions familiars consuetudinàries, com ara «germandat al més-dient», «agermanament»

o «casament al més vivent», «casament a casa», «casament a sobre béns», «consorci universal o ajuntar dues cases», «acolliment» i «dació personal», hom s'atindrà a allò pactat, i s'interpretaran d'acord amb el costum i els usos locals.

Article 34.— *Altres situacions de comunitat.*

En dissoldre's un consorci entre matrimonis o una altra situació permanent de comunitat familiar, com les derivades d'heretament o acolliment, els beneficis obtinguts amb el treball comú es dividiran entre els associats en proporció equitativa, conforme al costum i ateses les diverses aportacions en béns o treball, els beneficis ja percebuts, les causes de la dissolució i altres circumstàncies.

Article 35.— *Casament a casa.*

L'usdefruit provinent del casament a casa s'extingeix quan els cònjuges abandonen aquesta o l'exploració familiar.

Capítol Tercer

DEL RÈGIM MATRIMONIAL LEGAL

Secció 1.^a

Disposició general

Article 36.— *Fonts.*

El règim econòmic del matrimoni en defecte de pacte es regula per les disposicions d'aquest capítol.

Secció 2.^a

Dels béns comuns i privatis

Article 37.— *Béns comuns.*

Constitueixen el patrimoni comú:

1. Els béns immobles o seents adquirits a títol onerós constant matrimoni, per qualsevol dels cònjuges a costa del cabdal comú.

2. Els béns que els cònjuges obtenen del seu treball o activitat.

3. Els fruits, des que apareixen o es reporten, dels béns tant comuns com privatius.

4. En general, els béns mobles, llevat d'allò previst en els articles següents.

Article 38.— Béns privatius.

Són béns privatius de cada cònjuge:

1. Els immobles o seents aportats al matrimoni, així com els adquirits durant aquest a títol lucratiu.

2. Els béns i drets patrimonials inherents a la persona i els intransmissibles *inter vivos*, mentre conservin aquests caràcters.

3. Els béns exclosos de la comunitat pel donant o causant.

4. Els béns que reemplacen d'altres de propis, i això encara que s'adquireixin amb fons comuns, si hi ha voluntat expressa de tots dos cònjuges en aquest sentit.

5. Aquells que compensen per la privació d'altres de propis, o pels danys inferits a aquests o a la persona d'un cònjuge.

6. Aquells que van recobrar-se en virtut de carta de gràcia, així com els adquirits per exercici del dret de retracte, excepte l'arrendament d'habitatge.

7. Les accessions o increments dels béns propis.

Article 39.— Presumpció de mobles per immobles.

Als efectes de l'article anterior es consideraran aportats al matrimoni o adquirits com a immobles, llevat pacte en contra:

1. Les explotacions agrícoles, ramaderes, mercantils i industrials, amb tots els elements que estiguin destinats a unes o altres.

2. Els vehicles i màquines la titularitat dels quals ha de constar en documentació intervinguda per oficina pública.

3. Els valors mobiliaris, les participacions en societat i comptes d'associació, els capitals col·locats en negocis i els crèdits consignats en documents públics.

4. Els drets de propietat intel·lectual i industrial.

5. Els arxius de família, així com joies, obres artístiques i la resta d'objectes preciosos.

6. Els diners aportats o adquirits l'existència dels quals consti per document públic, bancari o d'institució de crèdit o estalvi.

Article 40.— Presumpció de comunitat.

1. Es presumeixen comuns tots aquells béns el caràcter privatiu dels quals, de conformitat amb els articles anteriors, no puguin justificar-se.

2. L'adquisició de béns de qualsevol tipus a títol onerós, constant matrimoni, es considerarà feta a costa del cabdal comú.

Secció 3.^a
Passiu de la comunitat

Article 41.— Càrregues i deutes comuns.

Són càrregues de la comunitat:

1. Les atencions legítimes de la família i les particulars de cada cònjuge, incloent-hi la criança i l'educació dels fills d'un d'ells que siguin menors d'edat o, si són majors d'edat, que convisquin amb el matrimoni.

2. Els rèdits i interessos normals reportats durant el matrimoni per les obligacions de cada cònjuge.

3. Les atencions dels béns privats propis d'un diligent usufructuari.

4. Els aliments legals deguts per qualsevol dels cònjuges. No obstant això, els aliments prestats als fills majors d'edat de només un dels cònjuges, haguts amb persona diferent constant matrimoni i que no convisquin a casa, donaran lloc a reintegrament en el moment de la liquidació.

5. Els deutes del marit o de la dona, en tot allò que redundi en benefici comú o hagi estat contret en l'exercici d'una activitat útil a la comunitat.

Article 42.— Responsabilitat per deutes de gestió.

Cada cònjuge, en l'exercici de les seves facultats legals d'administració, així com en l'explotació regular dels seus negocis o en l'exercici de la seva professió, obliga sempre, davant de tercers de bona fe, els béns comuns.

Article 43.— Responsabilitat personal per deutes comuns.

1. A falta de béns comuns, els cònjuges responen solidàriament

pels deutes enunciats en l'apartat 1 de l'article 41, si bé en la relació interna hi contribuirà cadascú en parts iguals.

2. En el mateix supòsit, respon cada cònjuge pels restants deutes comuns que va contreure; però podrà repetir de l'altre per la meitat d'allò pagat, si demostra que el deute va redundar, efectivament, en utilitat comuna.

Article 44.— Deutes per raó de successions i donacions.

Els deutes i càrregues de les successions i donacions es fan comuns, fins a on arribi el valor dels béns heretats o donats que recaiguin en la comunitat.

Article 45.— Deutes anteriors al matrimoni.

Els deutes de cada cònjuge anteriors al matrimoni només graven els béns comuns fins a on arribi el valor dels béns heretats o aportats per ells a la comunitat.

Article 46.— Deutes posteriors privatis.

1. Els deutes posteriors privatis graven els béns del cònjuge deutor i, si aquests són insuficients, el patrimoni comú, llevat sempre del valor que en aquest correspon a l'altre cònjuge, així com els preferents drets dels creditors per deutes comuns.

2. Tot allò pagat a costa dels béns comuns s'imputarà a la participació del cònjuge deutor, fins que els reembossi, i es tindrà en compte per a ulteriors reclamacions de creditors privatis.

Article 47.— *Relacions entre patrimonis.*

1. Els patrimonis dels cònjuges i el comú han de reintegrar-se entre ells aquells valors que cadascun hagués obtingut sense causa a costa dels altres.

2. El pagament de les obligacions existents entre el patrimoni del consorci i els privatis, encara que vàlid en qualsevol moment per acord entre els cònjuges, només pot exigir-se abans de la liquidació de la comunitat quan així s'hagués pactat o si hi ha causa justa. És sempre causa justa la disposició abusiva de capital comú en benefici propi.

Secció 4.^a

Gestió de la comunitat

Article 48.— *Administració i disposició.*

1. L'administració i disposició dels béns comuns i les decisions sobre l'economia familiar correspon a tots dos cònjuges conjuntament o a un qualsevol d'ells amb el consentiment de l'altre.

2. Davant de tercers, estarà legitimat cada cònjuge:

1. Per realitzar actes d'administració ordinària del patrimoni consorcial, així com els d'administració i disposició inclosos en el tràfic habitual de la seva professió, art o ofici.

2. Quant als béns que figurin al seu nom exclusivament o indistinta, o es trobin en el seu poder, per realitzar qualssevol actes d'administració o conservació, exercitar els drets de crèdit i disposar dels diners o títols valors.

Article 49.— *Desacord en la gestió.*

1. En el cas de desacord entre els cònjuges sobre l'administració o disposició dels béns comuns, decidirà la Junta de Parents o el jutge de primera instància del domicili familiar, a elecció dels cònjuges, sense ulterior recurs. A falta d'acord en l'elecció, decidirà sempre el jutge.

2. En els casos de greus i reiterats desacords sobre l'administració o disposició dels béns comuns, qualsevol dels cònjuges podrà sol·licitar al jutge la dissolució i divisió de la comunitat, i regirà en el seu cas, i d'ara endavant, la separació de béns.

Article 50.— *Consentiment supletori.*

Si un dels cònjuges es trobés impedit per prestar el seu consentiment sobre un o diversos actes d'administració o disposició dels béns comuns, resoldrà el jutge.

Article 51.— *Gestió dels béns privatis.*

Correspondrà a cada cònjuge l'administració i disposició dels seus propis béns. Però necessitarà el consentiment de l'altre o, si de cas hi manca, autorització judicial, per disposar dels drets sobre l'habitatge habitual o el mobiliari ordinari d'aquesta mateixa, o per sostreure'ls a l'ús comú.

Secció 5.^a

Dissolució de la comunitat

Article 52.— *Causas*

Sense perjudici de les causes previstes en aquesta Compilació, la comunitat legal es dissoldrà:

1. Per voluntat de tots dos cònjuges, expressada en instrument públic.

2. En els casos dels articles 1.392 i 1.393 del Codi Civil, llevat que, dissolt el matrimoni per mort d'un dels cònjuges, procedeixi la continuació del consorci, d'acord amb el títol V, del llibre I, d'aquesta Compilació.

Article 53.— Dissolució per mort.

1. Dissolta la comunitat i fins que no s'adjudiqui el seu patrimoni, el cònjuge vidu l'administrarà; podrà deduir-ne aliments per a ell i les persones que convisin amb el matrimoni, i atindrà el pagament dels deutes exigibles, així com el normal desenvolupament dels negocis comuns i la conservació dels béns.

2. El vidu, a càrrec dels béns comuns, i també dels que fossin privatis del cònjuge finat, mentre els uns i els altres estiguin indivisos, pot, amb ocasió de casar-se un fill o una filla de tots dos, fer-li donació anàloga a la que el marit i la muller atorguessin a favor del fill o filla casats en vida dels dos.

3. El cònjuge respondrà de la seva gestió com a administrador i en donarà compte als partícips en allò que els afecti. A instància de qualsevol d'ells s'observaran, en els seus respectius casos, les cauteles previstes en aquesta Compilació per a l'usdefruit vidual.

4. Si només hi ha fills comuns, els béns consumibles que no apareguin en el moment de la divisió es pressuposen aprofitats en benefici del consorci.

Article 54.— Dissolució per altres causes.

Extingida la comunitat per causa diferent de la mort, l'administració provisional es regularà per acord dels cònjuges i, si de cas hi manca, resoldrà el jutge de primera instància, que podrà adoptar les mesures necessàries fins que efectui la liquidació.

Secció 6.^a
Liquidació i divisió

Art. 55.— Inventari.

1. Qualsevol dels partícips en una comunitat dissolta podrà demanar davant el jutge de primera instància que es faci inventari del patrimoni consorcial.

2. S'inclouran en l'inventari tots aquells béns que estiguin en poder del cònjuge supervivent en el moment de formalitzar-lo i que, realment o presumptivament, siguin comuns, així com els de la mateixa naturalesa que es provi que existien en cessar la comunitat matrimonial. Tot això llevat del que disposen els articles 53, número 4, i 59.

3. L'inventari es practicarà amb citació de tots els interessats i de la manera que els concurrents convinguin, si de cas hi manca, de la que va ser disposada per la Llei d'enjudiciament civil per al judici de testamentaria.

Article 56.— Liquidació ordinària.

Formalitzat l'inventari, la liquidació seguirà aquest ordre:

1. Reintegrament del que per la massa comuna es degui als patrimo-

nis privatiu i reembossament d'allò que aquests, per qualsevol concepte, deguin a aquella, i els dos fets per via de compensació fins a l'import de la respectiva participació en el consorci.

2. Pagament dels deutes vençuts i assegurament dels pendents.

3. Pagament de la signatura de dot i donacions entre els esposos o cònjuges. Si per a aquesta operació o les precedents fos necessari vendre o donar en pagament béns consorcial, es respectaran, mentre sigui possible, els mencionats en els dos articles següents.

4. Detracció d'avantatges.

Article 57.— Avantatges.

1. El cònjuge supervivent traurà dels béns comuns, com a avantatges, la seva roba d'ús habitual, les seves eines de feina d'un valor no desproporcionat al patrimoni consorcial, i parament d'acord amb l'estil de vida del matrimoni; a més de qualsevol altres béns que, com a tals avantatges, li concedeixi el costum local.

2. El dret a l'avantatge es personalíssim i no pot ser transmès als hereus.

Article 58.— Divisió i adjudicació.

1. Liquidat el patrimoni, el cabdal hereditari romanent es dividirà i adjudicarà en parts iguals o en la forma pactada.

2. El cònjuge supervivent podrà fer incloure en els seus lots els béns del seu ús personal o professional que no constitueixin avantatge, l'explotació industrial, comercial o

agrícola que dirigís, així com els béns que hagués aportat al consorci. Tot això sense perjudici de les compensacions que siguin procedents.

Article 59.— Liquidació de diverses comunitats.

Si, extingida la comunitat, uns dels anteriors cònjuges contreu ulteriors núpcies sense prèvia divisió, es farà separatament liquidació de cada comunitat, fins i tot de la continuada, si n'hi hagués. Entre aquestes es verificaran els reintegraments i reembossaments que siguin procedents. Es distribuïran equitativament els béns i deutes si la seva condició no pogués ser exactament determinada, en consideració, a més, al temps i durada de cada comunitat i als béns i ingressos dels respectius cònjuges.

TÍTOL CINQUÈ

DE LA COMUNITAT CONJUGAL CONTINUADA

Capítol Primer

NORMES GENERALS

Article 60. 1. Entre el supervivent i els hereus del premort continuarà la comunitat existent en el moment de la defunció d'un dels cònjuges, sempre que els principals ingressos de la societat conjugal provinguin d'explotacions agrícoles, ramaders, industrials o mercantils:

1.º Obligatòriament, si així s'hagués pactat en capítols o disposat en testament mancomunat per ambdós cònjuges.

2.º Potestativament si, encara que sense pacte o disposició, hagués quedat descendència del matrimoni.

2. La comunitat continuada és compatible amb la viduitat universal.

Article 61.— *Continuació amb els descendents.*

1. En cas de no haver-se pactat en capítols o disposat en testament mancomunat, per a la continuació de la comunitat amb els descendents es requereix la voluntat concorde de tots els interessats. S'entendrà que hi ha acord tàcit de continuar-la si en el termini d'un any, a comptar de la defunció del cònjuge premort, cap dels interessats notifica en forma fefaent als restants la seva voluntat en contrari.

2. No tindrà efecte la voluntat en contrari si entre els descendents que succeeixin en tot o en part de l'explotació hi hagués algun menor d'edat i no quedessin descendents d'un sol dels cònjuges.

Capítol Segon

CONTINGUT I GESTIÓ

Article 62.— *Patrimoni inicial.*

La comunitat continuada assumeix l'actiu i el passiu consorcial del matrimoni dissolt.

Article 63.— *Béns comuns.*

1. Constant la comunitat continuada, ingressaran en el patrimoni comú:

1.º Els fruits i rendiments d'explotació dels béns de la comunitat i dels que eren privatis de cada còn-

juge, així com els guanys de qualsevol classe obtinguts amb ells.

2.º Els béns i cabdals provinents de substitució o alienació de béns de la comunitat.

3.º Els increments i accessions dels béns comuns, sense perjudici dels reembossaments que siguin procedents.

2. No seran comuns els beneficis i guanys obtinguts pels partícips amb independència dels béns i negocis de la massa comuna.

3. Enfront de tercers, els béns adquirits per un dels partícips en el seu nom i sense cap referència a la comunitat, es consideraran privatis de l'adquirent.

Article 64.— *Càrregues i deutes comuns.*

A més dels deutes i responsabilitat de l'anterior comunitat conjugal, seran càrregues de la continuada:

1. Les atencions legítimes de l'economia de la llar, les personals del cònjuge supervivent, dels fills i descendents d'ambdós i les de qualsevol d'ells, mentre els uns i els altres continuïn vivint a la casa, així com les d'aquells successors que col·laborin en la gestió i administració en la forma prevista en l'article següent.

2. Els aliments legals deguts per les persones enumerades en l'aparat anterior.

3. Els rèdits o interessos normals que es produeixin durant la continuació per càrregues de la comunitat; en queden excloses les derivades de l'exercici professional o altres activitats estrictament personals.

Article 65.— *Gestió de la comunitat.*

El cònjuge supervivent és el gestor administrador de la comunitat continuada. En la dita funció haurà de prestar la seva activitat adequadament a les seves circumstàncies personals i a la índole del patrimoni. Als partícps que rebin aliments o siguin atesos amb càrrec a la comunitat, se'ls podrà exigir una col·laboració similar.

Article 66.— *Deutes de gestió.*

1. Les mateixes normes que regeixen els deutes de gestió a la comunitat conjugal seran aplicables a la continuada.

2. En defecte de béns comuns, respondrà dels deutes el gestor que les va contreure, el qual podrà obligar els altres partícps a contribuir al pagament en proporció a les seves quotes.

Article 67.— *Actes de disposició.*

1. Els actes de disposició, a títol onerós, dels béns comuns, requereixen l'acord de la totalitat dels partícps. El consentiment dels successors partícps podrà suplir-se pel jutge de primera instància.

2. Sense necessitat d'aquest o d'aprovació judicial, el cònjuge supervivent podrà fer les donacions a les quals es refereix el número 2 de l'article 53.

Capítol Tercer

DISSOLUCIÓ I DIVISIÓ

Article 68.— *Causas.*

La comunitat conjugal continuada es dissol:

1. Per mort, incapacitat o absència del cònjuge supervivent

2. Per petició del supervivent o de partícps que representin interessos majoritaris a l'herència, feta en temps oportú, llevat sempre d'allò que disposen els articles 60 i 61. En representació dels menors, podrà formular la petició el que legalment els representi i, si escau, el ministeri fiscal.

3. Per pèrdua del dret de viduïtat.

4. Per renúncia del cònjuge supervivent a la seva participació.

5. Per gestió i administració dolosa o negligent amb greu perjudici per als interessos familiars.

Article 69.— *Separació d'un partícp.*

Deixant de banda el que preveuen els articles 60 i 61, qualsevol dels hereus partícps podrà demanar la seva separació de la comunitat, sempre que s'exerceixi aquest dret de bona fe i en temps oportú. Els altres hereus partícps podran optar entre adquirir la participació del que se separa o abonar-la amb càrrec al cabdal comú, i es modificaran les quotes dels comuns d'acord amb allò que s'hagi decidit.

Article 70.— *Defunció de partícp descendent.*

Si en el moment de la defunció d'un partícp descendent la seva quota en la comunitat continuada recaigués en un hereu no descendent, els restants partícps hereus, i si de cas hi manca, el cònjuge partícp, podran fer l'ús de l'opció a la qual es refereix l'article anterior en termini d'un any.

Article 71.— Liquidació i divisió.

Per a la liquidació i divisió de la comunitat continuada seran aplicables, en allò pertinent, les disposicions de la secció 6a, capítol III, títol IV, del llibre I.

TÍTOL SISÈ

DE LA VIDUÏTAT

Capítol Primer

DISPOSICIONS GENERALS

Article 72.— Origen i extensió.

1. La celebració del matrimoni atribueix a cada cònjuge l'usdefruit de viduïtat sobre tots els béns del que primer mori, llevat el que s'ha pactat en instrument públic o allò disposat de manera mancomunada per ambdós cònjuges.

2. Per voluntat d'un dels cònjuges expressada en testament o instrument públic, podrà reduir-se el dret de viduïtat de l'altre als immobles per naturalesa i als llocs compresos en el número 1 de l'article 39. Si el valor dels uns i dels altres no representa la meitat del cabdal hereditari, s'estendrà la viduïtat als altres béns fins a completar la dita meitat.

Article 73.— Limitacions.

1. En el cas de matrimoni de persona que tingues descendència coneguda amb anterioritat, el dret de viduïtat a favor de l'altre cònjuge no es podrà estendre a béns, porció o quota d'aquests, si el seu valor excedeix la meitat del cabdal hereditari. Aquesta limitació quedarà

sense efecte si en el moment de la seva defunció no el sobrevis aquesta descendència.

2. Es presumirà que la dita descendència és coneguda si ho fos d'un matrimoni anterior o si, sense ser-ho, hagués conviscut habitualment amb el seu ascendent o hagués estat determinada legalment la seva filiació amb anterioritat al matrimoni.

Article 74.— Renúncia i privació.

1. Llevat d'allò que disposa l'article 87, el dret de viduïtat és inalienable, però podrà ser objecte de renúncia total o parcial, que haurà de constar en document públic.

2. Els ascendents no poden prohibir o impedir que el cònjuge del seu descendent tingui viduïtat en els béns que transmetin a aquest per donació o successió.

Article 75.— Font d'interpretació.

1. El dret de viduïtat regeix, en ordre de prelació, per la pacció, el costum, les disposicions d'aquest títol i les del Codi Civil.

2. Les clàusules contractuals i testamentàries relatives a la viduïtat s'entendran sempre en el sentit favorable a aquesta.

3. La viduïtat és compatible amb «la pacció de germanor plana».

Capítol Segon

DEL DRET EXPECTANT DE VIDUÏTAT

Article 76.— Règim.

1. Els immobles per naturalesa i el mobles com a immobles del

número 1 de l'article 39 queden afectes al dret expectant de viduïtat en el moment d'ingressar en el patrimoni comú o en els privatis.

2. Aquest dret no s'extingeix o menyscaba per la ulterior alienació de qualsevol dels béns mencionats en el número anterior, llevat que s'hi renunciï expressament. Excepte reserva expressa, l'alienació, o el consentiment d'aquesta, dels béns comuns a què es refereix el número anterior equivaldran a la renúncia al dret expectant de viduïtat del qui aliena o consent. Se n'exceptua allò establert sobre responsabilitat per deutes de gestió davant d'un tercer de bona fe.

En els mateixos casos d'alienació, també s'extingirà el dret expectant de viduïtat si així ho acorda el jutge de primera instància, a petició expressa del propietari dels béns, si el cònjuge titular de l'expectant es troba incapacitat o es nega a la renúncia amb abús del seu dret.

3. Serà vàlida la renúncia al dret expectant de viduïtat feta de forma genèrica sobre tots els béns, presents o futurs, així com l'específica verificada sobre determinats béns actuals.

4. Quan es tracti dels altres béns mobles, el dret de viduïtat afecta exclusivament aquells que existixin en el moment de la defunció o hagin estat alienats en frau d'aquest dret.

Article 77.— Béns exclosos.

El dret expectant de viduïtat no comprèn els béns que els cònjuges rebin a títol gratuït amb prohibició de viduïtat o allò subjecte a substitució fideïcomissària, llevat el que disposi l'article 74.

Article 78.— Extinció.

El dret expectant s'extingeix per les causes previstes en aquesta Compilació i, en allò que hi sigui aplicable, per les establertes per a l'usdefruit en el Codi Civil, per les d'indignitat per succeir, per la declaració de nul·litat del matrimoni, pel divorci i per la separació judicial, llevat, en aquest últim cas, de pacció en contrari. En els tres últims supòsits, el jutge, en apreciar les circumstàncies per fixar la pensió o indemnització degudes, tindrà en compte, a més, l'extinció del dret expectant de viduïtat.

Capítol Tercer

DE L'USDEFUIT VIDUAL

Article 79.— Començament de l'usdefruit.

La defunció d'un dels cònjuges atribueix al supervivent amb dret expectant el d'usdefruit sobre els béns afectes i, des d'aquest moment, la seva possessió.

Article 80.— Inventari i fiança.

1. El cònjuge vidu només estarà obligat a formalitzar inventari dels béns usufructuats i a prestar fiança:

1.º En el cas que els causants haguessin establert aquestes obligacions en testament o un altre instrument públic.

2.º En el cas que ho exigeixin els hereus nus propietaris, llevat disposició contrària del causant.

3.º En el cas, encara que existís aquesta disposició, que ho demani el ministeri fiscal per salvaguardar la llegítima.

2. L'inventari haurà de formalitzar-se en el termini de cinquanta dies, comptats des de la defunció en el cas del número 1, i des que es faci l'oportú requeriment als altres dos

3. Per a la seva pràctica hauran de ser citats els hereus nus propietaris que fossin veïns de l'indret i, en tot cas, qui hagués demanat l'inventari. Malgrat això, podran assistir-hi, per ells mateixos o mitjançant un representant, tots els hereus nus propietaris.

Per als que no hi assisteixin, qualsevol que sigui el seu nombre, hi hauran de concórrer dos testimonis capaços, també veïns i de bona fama.

Article 81.— *Altres mesures cautelars.*

En el cas que l'inventari sigui procedent i fins que aquest es formalitzi i, si escau, es constitueixi la fiança, els hereus podran instar al jutjat de primera instància del lloc on es trobin els béns l'adopció de mesures d'assegurament respecte d'aquests.

Article 82.— *Sancions de la manca d'inventari.*

El vidu obligat a formalitzar inventari i que no el conclogui dins del termini perdrà, mentrestant, els gaudis de viduïtat, que correspondran als hereus des del dia del requeriment fins a l'acabament de l'inventari.

Article 83.— *Disponibilitat del dret i dels béns.*

1. El dret de viduïtat és inalienable. No obstant això, si no hi ha descendència del cònjuge mort, el vidu o la vídua poden pactar amb els hereus d'aquell el que es consideri

més oportú, respectant les càrregues establertes per ell mateix.

2. En haver o no descendència, es pot alienar la plena propietat de béns determinats, concorrent el vidu usufructuari amb el nu propietari, però, llevat de pacte en contrari, quedaran subrogats el preu o la cosa adquirida en lloc d'allò alienat.

Article 84.— *Drets i obligacions.*

Serán aplicables a l'usdefruit vidual les normes següents:

1. En el moment de la constitució o extinció de l'usdefruit, la liquidació dels fruits naturals i industrials obtinguts durant l'any agrícola o el corresponent període productiu es farà en proporció a la durada del respectiu dret en aquest. La mateixa regla regirà respecte a les despeses de producció.

2. L'abonament de despeses i millores fetes pel vidu usufructuari es governarà per allò disposat en el Codi Civil amb relació al posseïdor de bona fe.

3. Quan els nus propietaris fossin descendents del vidu usufructuari seran a càrrec d'aquest les reparacions tant ordinàries com extraordinàries.

4. L'obligació d'aliments, amb les condicions i l'abast amb què les regula el Codi Civil, s'estén al vidu usufructuari als descendents no comuns del cònjuge premort.

Article 85.— *Intervenció dels nus propietaris.*

Si l'usufructuari desatengués les indicacions o advertències que li fessin els nus propietaris sobre l'administració i explotació dels béns,

aquells podran acudir a la Junta de Parents o al jutge de primera instància, davant el qual també seran apel·lables els acords de la dita Junta.

Article 86.— *Extinció de l'usdefruit vidual.*

1. L'usdefruit de viduïtat s'extingeix:

1.º Per renúncia explícita que consti en document públic

2.º Per nou matrimoni, llevat de pacte en contrari, o per dur el cònjuge vidu una vida marital estable.

3.º Per corrompre o abandonar als fills

4.º Per incomplir com a usufructuari, amb negligència greu o malícia, les obligacions inherents en la formalització d'inventari.

5.º Per no reclamar el seu dret durant els vint anys següents a la defunció de l'altre cònjuge.

2. En el que no s'ha previst en aquest article o en el 78 s'aplicaran els articles 513 i següents del Codi Civil. Aquests mateixos preceptes regiran l'extinció de l'usdefruit sobre béns determinats.

Article 87.— *Transformació de l'usdefruit.*

En el cas de l'article 85, si el vidu usufructuari no pogués o no s'avinagués a complir l'acord de la Junta de Parents o la decisió judicial, els nus propietaris podran demanar l'entrega dels béns i la substitució de l'usdefruit per una renda al seu càrrec no inferior al rendiment mitjà obtingut en els últims cinc

anys i revisable quan variïn les circumstàncies objectives.

Article 88.— *Possessió dels propietaris.*

Extingida la viduïtat, els propietaris podran entrar en possessió dels béns usufructuats per interdicte d'adquirir.

LLIBRE SEGON

**DRET DE SUCCESSION PER CAUSA
DE MORT**

Articles 89 a 142

(Derogat per Llei 1/1999 de successions per causa de mort)

LLIBRE TERCER

DRETS DE BÉNS

TÍTOL PRIMER

DE LES RELACIONS DE VEÏNATGE

Article 143.— *Immissió d'arrels i branques.*

1. Si qualsevol arbre fruïter estén les seves branques sobre la finca veïna, el propietari d'aquesta té dret a la meitat dels fruits que aquestes branques produeixin, llevat de costum en contrari.

2. Tot això s'entén sense perjudici de poder utilitzar, mitjançant justa causa, les facultats que l'article 592 del Codi Civil l'article 592 del Codi Civil concedeix al propietari.

Article 144.— *Règim normal de llums i vistes.*

1. Tant en paret pròpia, i a qualsevol distància de predi aliè, com en

paret mitgera poden obrir-se buits per a llums i vistes sense subjecció a unes dimensions determinades.

2. Dins de les distàncies marcades per l'article 582 del Codi Civil, els buits mancaran de balcons i altres voladissos i hauran de tenir una reixa de ferro a la paret i una xarxa de filferro, o una protecció semblant o equivalent.

3. La facultat concedida en aquest article no limita el dret del propietari de l'heretat veïna a edificar-hi o construir-hi sense subjecció a cap distància.

TÍTOL SEGON

DE LES SERVITUDS

Article 145.— *Llums i vistes.*

Els voladissos, en paret pròpia o mitgera, que caiguin sobre una heretat aliena són signes aparents de servituds de llums i vistes. No ho són la manca de protecció assenyalada en l'article anterior ni tampoc els voladissos sobre heretat pròpia. Se n'exceptua el que disposa l'article 541 del Codi Civil.

Article 146.— *Alera foral i emprius.*

L'*alera foral* i les mancomunitats de pastures, llenya i altres emprius, quan la seva existència estigui fundada en títol escrit o en la possessió immemorial, es regiran per allò establert en aquell o el que resulti d'aquesta.

Article 147.— *Usucapió de les servituds aparents.*

Totes les servituds aparents poden ser adquirides per usucapió

de deu anys entre presents i vint entre absents, sense necessitat de títol just ni bona fe.

Article 148.— *Usucapió de les no aparents.*

Les servituds no aparents, susceptibles de possessió, poden adquirir-se per usucapió de deu anys entre presents i vint entre absents, amb bona fe i títol just. En tot cas, la possessió immemorial, pacífica i no interrompuda, produeix, sense altre requisit, els efectes de la prescripció adquisitiva.

Llibre Quart

DRET D'OBLIGACIONS

TÍTOL PRIMER

Del dret d'*abolorio* o de la saca

Article 149.— *Elements constitutius*

1. En tota venda o dació en pagament a un estrany o parent més enllà del quart grau del domini ple, útil o directe d'immobles que han romàs a la família durant les dues generacions immediatament anteriors a la del disposador, els parents col·laterals fins al quart grau per la línia de procedència dels béns gaudeixen del dret d'*abolorio* o de la saca d'adquisició preferent i, a falta d'ofertament en venda, de retracte.

2. Els tribunals, sempre que hi concorrin les condicions assenyalades, podran moderar equitativament l'exercici d'aquest dret.

3. Si hi concorren dos o més parents, la preferència es determinarà per l'ordre establert en els números 1 i 3 de l'article 132 i, a

igualtat de dret, la tindrà el primer a exercitar-lo.

Article 150.— *Forma i termini.*

1. El dret d'*abolitorio* s'exercitarà donant o consignant el preu en un termini de trenta dies a comptar de la notificació fefaent, sia del propòsit d'alienar i oferiment de venda, sia de l'alienació realitzada sense previ oferiment als parents, amb expressió, en tot cas, del preu i la resta de condicions essencials del contracte.

2. A falta de la dita notificació fefaent, el termini serà de noranta dies des de la data de la inscripció del títol en el registre de la propietat i, si de cas hi manca, del dia en el qual el retracte conegué l'alienació i les seves condicions essencials.

3. En tot cas, el dret d'*abolitorio* caduca als dos anys de l'alienació.

Article 151.— *Limitació de la facultat dispositiva.*

L'immoble adquirit per dret de patrimoni és inalienable per acte *inter vivos* fins i tot a favor de parents durant cinc anys, llevat que l'adquirent vagi a mal borràs.

Article 152.— *Concurs de drets d'adquisició.*

El dret d'*abolitorio* té prioritat sobre qualssevol altres drets legals d'adquisició preferent.

TÍTOL SEGON

DELS CONTRACTES SOBRE RAMADERIA

Article 153.— *Normes supletòries.*

Per suplir les omissions de qualssevol contractes relatius a la rama-

deria regiran els usos observats en el lloc de compliment i, si de cas hi manca, la legislació comuna.

DISPOSICIÓ FINAL DE LA COMPILACIÓ

Les remissions que la compilació del dret civil d'Aragó fa a l'articulat del Codi Civil s'entendrà sempre en la seva redacció actual.

DISPOSICIÓ DEROGATÒRIA DE LA LLEI 15/1967

Queda derogat l'apèndix del Codi Civil corresponent al dret foral d'Aragó, de 7 de desembre de 1925.

DISPOSICIÓ DEROGATÒRIA DE LA LLEI 3/1985

Queda derogada la disposició addicional de la llei 15/1967, de 8 d'abril.

DISPOSICIONS TRANSITÒRIES DE LA LLEI 15/1967

Primera. Les normes sobre béns comuns i privatis del règim matrimonial legal (articles 37, 38 i 39) només s'aplicaran als matrimonis que es contreguin d'ençà de l'entrada en vigor de la Compilació.

Segona. Els preceptes sobre administració de béns de la dona casada, privació de l'administració i facultats dispositives de l'administrador (articles 48, 49, 50 i 51) seran aplicables fos la que fos la data de celebració del matrimoni.

Tercera. La comunitat conjugal continuada (articles 60 a 71) es

regularà de conformitat a les normes vigents en el moment de la defunció del cònjuge causant.

Quarta. Als matrimonis ja contractats i subsistents en el moment d'entrar en vigor aquesta Compilació se'ls aplicaran els seus preceptes sobre extensió del dret de viduitat (articles 72 i 76), però no es regiran per les seves normes els usdefruits viduals anteriorment causats.

Cinquena. Al supòsit de matrimoni que s'ha contractat de vidu i vídua que tingués descendència de núpcies anteriors (article 73), no seran aplicables les normes de la Compilació sobre extensió del dret de l'usdefruit.

Sisena. Les normes sobre renovació o modificació unilateral del testament mancomunat (article 97) només seran aplicables als que s'atorguin sota la seva vigència.

Setena. Mantindran la seva validesa les fidúcies successòries ja concedides o pactades de conformitat a l'article 29 de l'apèndix que es deroga, fins i tot quan la successió estigui pendent d'obertura, sense que obsti a tot això allò establert en l'article 110 d'aquesta Compilació.

Vuitena. Les normes sobre fidúcia successòria col·lectiva (articles 114 a 118) regiran fins i tot en els casos en els quals aquella es trobi pendent de compliment, sense perjudici dels drets adquirits.

Novena. Les disposicions relatives a obertura de buits en paret pròpia o mitgera (article 144) seran també aplicables a les ja construïdes en el moment d'entrar en vigor la Compilació.

Desena. En l'aplicació de les modificacions introduïdes en el

règim d'usucapió de servituds (articles 147 i 148) el termini es comptarà des del dia de la seva entrada en vigor.

Onzena. El termini de dos anys de caducitat del dret de retracte de patrimoni (art. 150.3) començarà a comptar en entrar aquesta compilació en vigor per a les alienacions anteriors.

Dotzena. Les altres qüestions de caràcter intertemporal que puguin suscitar-se es resoldran aplicant el criteri que informa les disposicions transitòries del Codi Civil.

DISPOSICIONS TRANSITÒRIES DE LA LLEI 3/1985

Primera. Les tuteles constituïdes amb anterioritat a l'entrada en vigor d'aquesta llei s'ajustaran a allò que hi disposa.

Segona. Seran aplicables els preceptes de la present llei sobre responsabilitat, gestió i disposició dels béns consorcials i els privatus, i sobre dissolució de la comunitat legal, fos la que fos la data de celebració del matrimoni.

Tercera. En el cas de matrimoni ja contractat per una persona que tingués descendència coneguda amb anterioritat, no hi seran aplicables les normes d'aquesta llei sobre extensió del dret d'usdefruit.

Quarta. Les altres qüestions de caràcter intertemporal que puguin suscitar-se en l'aplicació de la present llei es resoldran ampliant els criteris que informen les disposicions transitòries de la Compilació del dret civil d'Aragó de 8 d'abril de 1967.

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) NOTICIAS DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL

Acababan las últimas noticias de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil relatando que ésta había conseguido concluir el anteproyecto del Derecho aragonés de Sucesiones por causa de muerte que llevaba tiempo elaborando y lo había presentado al Gobierno de Aragón, el cual lo había convertido, sin ninguna modificación, en proyecto de ley y lo había remitido a las Cortes de Aragón. Es sabido que dicho proyecto pasó un concienzudo trámite parlamentario y se convirtió en la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, publicada en el *Boletín Oficial de Aragón* de 4 de marzo de 1999 y que entró en vigor el día 23 de abril. El trámite en las Cortes no es parte de la historia de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil sino de la vida parlamentaria aragonesa, por lo que no es éste el lugar para relatar cómo se desarrolló; en números anteriores de esta revista se recogen materiales con los aspectos más relevantes de los trabajos legislativos.

El final de esa importante fase de trabajo de la Comisión vino a coincidir con el fin de la legislatura, lo que llevó consigo que se suspendieran sus sesiones durante unos meses, puesto que antes de decidir en qué vía se continuaba era preciso esperar a ver si el nuevo Gobierno de Aragón que surgiera de las elecciones autonómicas confirmaba a la Comisión y su línea de trabajo. Durante ese tiempo, los miembros de la Comisión dedicaron sus esfuerzos a dar a conocer la nueva ley. Con este fin, se organizaron por la Diputación General de Aragón, el Justicia de Aragón y la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza unas jornadas de estudio de la Ley de Sucesiones por causa de muerte, los días 13 y 14 de abril, durante las cuales los miembros de la Comisión explicaron los aspectos esenciales de la misma. Igual objetivo ha tenido la publicación, también por los miembros de la Comisión, de unos «Comentarios Breves» de la Ley.

En el mes de septiembre, el Excmo. Sr. Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales de la Diputación General de Aragón, Don José-Ángel Biel, recibió al presidente de la Comisión, Don Jesús Delgado Echeverría, y al secretario de la misma, y expresó su convicción acerca de la extraordinaria importancia del Derecho Civil Aragonés y su apoyo al trabajo de la Comisión, animándola a seguir en la misma línea.

Esa reunión provocó la reanudación del trabajo de la Comisión, a la que se ha añadido un nuevo miembro, la doctora y profesora titular de Derecho civil Doña María-Ángeles Parra Lucán. Así, desde el día 22 de septiembre de 1999,

la Comisión ha vuelto a reunirse periódicamente con los mismos miembros más la doctora Sra. Parra.

En esta nueva fase, aparte de informar, conforme a lo que se le había solicitado, sobre el proyecto de Decreto regulador de la creación y el régimen de funcionamiento del registro administrativo de parejas estables no casadas, la Comisión ha comenzado planteándose cuál ha de ser el camino a seguir. Todos sus miembros estaban de acuerdo en que era preciso continuar con la modernización de nuestro Derecho civil y, por tanto, preparar un nuevo anteproyecto de ley de reforma del mismo. También había acuerdo en que la materia de dicho anteproyecto tendría que extraerse de lo que hoy es el contenido del Libro I de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, «Derecho de la persona y de la familia»; y en que debería seguirse con la técnica de acudir a una ley independiente de la Compilación, que derogara parcialmente ésta, como se ha hecho con la Ley de Sucesiones por causa de muerte, ante la dificultad de integrar en los estrechos límites de aquélla el desarrollo del Derecho civil aragonés que se pretende. Sin perjuicio de que, una vez acabada la reforma global del Derecho Civil Aragonés, puedan integrarse todas las leyes aprobadas hasta entonces en un texto único.

Aun habiendo acuerdo general en esos presupuestos, se debatió sobre la materia a seleccionar. En primer término, había que decidir si era conveniente afrontar un anteproyecto de ley que incluyera todo el Derecho de la persona y de la familia de Aragón. La mayoría de la Comisión se inclinó por descartar esta idea, porque, aunque desde el punto de vista de lo ideal quizá sería lo más adecuado, sin embargo las dimensiones de la tarea, la gran variedad de las materias comprendidas y la extraordinaria dificultad de algunas de ellas harían casi imposible su conclusión dentro de la presente legislatura, lo que podría impedir que el trabajo realizado cuajara realmente en un texto legislativo. Era, pues, necesario seleccionar una parte del Derecho de la persona y de familia sobre la que trabajar. Eso sí, tenía que ser una parte sustantiva suficientemente importante y con entidad bastante.

Así las cosas, se sometió a discusión cuál de esas partes era la indicada para esta nueva fase del trabajo de la Comisión. Eran dos las posibilidades sobre las que se debatía. La primera consistía en acometer la reforma de la regulación de todo lo relativo a menores de edad e incapaces y partía de la base de la mayor urgencia social de esta materia y de la insuficiencia que hoy se siente en la normativa contenida en la Compilación. La segunda, partidaria de enfrentarse a lo que hoy es el contenido de los Títulos IV, V y VI, es decir, régimen económico conyugal, comunidad conyugal continuada y viudedad, se defendía argumentando que la viudedad tiene una relación estrecha con el Derecho de sucesiones, que acaba de ser reformado, y que es un momento oportuno para modernizar el Derecho aragonés en la materia, aun reconociendo que la regulación de la Compilación es bastante buena en muchos aspectos.

Tras un amplio debate, se optó por esta segunda solución, ante la dificultad de la primera, no sólo por su propio contenido, sino también porque es complicado fijar los contornos precisos de la materia que debe regularse, hasta

dónde es preciso que llegue el Derecho Civil Aragonés (¿habría que regular completas la filiación, la adopción, la tutela, el derecho de alimentos entre parientes, etc.?) y porque algunas de estas materias tienen importantes aspectos de Derecho público, los que se refieren a las competencias de la Administración respecto de la protección de menores e incapaces, competencias de varios departamentos, a los que dedican funcionarios y presupuestos. Sin embargo, sí que se solicitó expresamente al Excmo. Sr. Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales que si se pretendiera realizar a iniciativa de algún otro departamento una normativa que afecte al régimen jurídico de los menores o incapaces, no se haga sin tener la seguridad de que esa regulación no contradice las importantes normas del Derecho Civil Aragonés sobre la materia.

Adoptadas estas decisiones, la Comisión comenzó a trabajar en la revisión de lo que hoy es el contenido de los Títulos IV, V y VI de la Compilación. Al redactarse esta crónica, noviembre de 1999, ya se había hecho una primera distribución de trabajo y se habían formulado por los miembros de la Comisión diversas sugerencias sobre las líneas de política legislativa en cada uno de los aspectos contenidos en dichos títulos.

Adolfo CALATAYUD SIERRA
Secretario de la Comisión

B) AGRUPACIÓN DE ABOGADOS JÓVENES DE HUESCA

Recientemente, en el mes de marzo de 1999, ha nacido la Agrupación de Abogados Jóvenes de Huesca. La Junta, cuyos miembros resultaron elegidos el día 18 del citado mes y año, está compuesta por doña Ana Soria Moneva (presidenta); don Saúl Gazo Ortiz de Urbina (vicepresidente); doña María Teresa Lacasa Bordetas (secretaria); don Javier Rivas Anoro (tesorero) y, don Manuel Freire Barraca, don Jesús Labrador Bernad y don Jorge Loste Herce (vocales).

La Agrupación, a semejanza de otras del mismo tipo existentes en España, nace con el objetivo de atender las necesidades y problemas que actualmente se les plantean a los abogados jóvenes.

Para conseguirlo, se han creado dos comisiones: la primera de ellas, de Biblioteca, Formación y Subvenciones, se ocupará de dotar a la Biblioteca Colegial de las publicaciones que puedan resultar de interés, de estar al tanto de las novedades legislativas que se produzcan, informando de ello al agrupado, de procurar la adecuada formación del abogado joven, mediante cursos, conferencias... y de tratar de obtener subvenciones y dotaciones económicas que contribuyan al buen funcionamiento de la Agrupación.

Por su parte, la comisión de relaciones con los partidos judiciales prestará especial atención a los abogados jóvenes que ejercen su profesión en dichas demarcaciones, dentro de la provincia de Huesca.

Las dificultades de todo tipo con las que se encuentran los letrados que se inician en el ejercicio de la profesión, tanto a nivel formativo como económico, son cuestiones a las que pretende dar respuesta esta nueva Agrupación, que se encuentra abierta a todo tipo de ideas o sugerencias que puedan plantear tanto sus agrupados como cualquier abogado joven de Huesca y su provincia.

Por el momento, la Agrupación ha iniciado sus actividades con la organización de sendas charlas coloquio sobre «Asistencia al detenido», a cargo de don Elías Montes Ramírez, y «Práctica del abogado fuera de los Juzgados», en la que intervinieron como ponentes doña Ana Soria Moneva y don Manuel Freire Barraca, además de un Curso de formación acerca de la reforma del procedimiento administrativo y aspectos prácticos de la nueva ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. Asimismo está prevista la celebración de unas jornadas prácticas de Derecho Foral Aragonés, que presumiblemente tendrán lugar a primeros del próximo año 2000.

C) II 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 **Segundo Premio de Derecho Civil Aragonés «Jerónimo de Blancas»** para trabajos originales y no publicados sobre cualquier materia del Derecho Civil aragonés vigente.

Se establecen dos categorías:

- la categoría A en la que se exige que el trabajo tenga una orientación jurídica y trate sobre cuestiones de Derecho Sucesorio aragonés vigente,
- y la categoría B, en la que la orientación del estudio puede ser de carácter sociológico, histórico o de otra naturaleza, pudiendo tratarse sobre cualquier materia de Derecho civil aragonés.

Los trabajos pueden ser individuales o colectivos (hasta tres personas en la categoría A y sin límite en la categoría B) y su extensión no podrá ser inferior a 25 folios. El plazo de presentación de los trabajos ha concluido el día 10 de octubre de 1999, estando en estos momentos pendiente el fallo del Jurado presidido por la profesora titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza doña María del Carmen Sánchez-Friera González.

D) IX ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS

Los Novenos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, celebrados los días 9, 16 y 23 de noviembre de 1999, han centrado sus tres sesiones en cues-

ciones de derecho sucesorio. La oportunidad de los temas escogidos venía marcada por la reciente aprobación por las Cortes de Aragón de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte.

El Foro de Derecho Aragonés, nacido con vocación de servir a toda la sociedad aragonesa, se ha presentado este año por primera vez en la ciudad de Teruel, en cuyo Museo Provincial ha tenido lugar la sesión inaugural con una ponencia sobre «**La comunidad hereditaria**» a cargo de D. Honorio Romero Herrero, Decano del Ilustre Colegio Notarial de Zaragoza, D. Carlos Carnicer Díez, Decano del R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza y D. Francisco Serrano Gil de Albornoz, Abogado del Estado.

Las restantes ponencias han tenido lugar en el tradicional marco de celebración de los Encuentros (Salón de Actos del R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza). El día 16 de noviembre, «**La sustitución legal**», en la que intervinieron D. José Antonio Serrano García, Profesor Titular de Derecho Civil y miembro de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, D. Emilio Molins García-Atance, Magistrado, y D. Antonio Molpeceres Oliete, registrador de la Propiedad. El día 23 de noviembre se clausuraron los Encuentros con una ponencia sobre «**La herencia pendiente de asignación en la fiducia sucesoria**» a cargo de D. Luis Pastor Eixarch, Magistrado, Juez Decano de los Juzgados de Zaragoza, D. Tomás García Cano, Notario y D. Manuel Pardo Tomás, Abogado.

Como ya es tradición en el Foro, todas las sesiones han contado con una gran asistencia de público.

E) BECAS DEL JUSTICIA DE ARAGÓN PARA EL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARAGONÉS

A) 1998/1999

Por Resolución de 25 de noviembre de 1998, publicada en el B.O.A. nº 140, de 2 de diciembre, el Justicia de Aragón concedió las becas convocadas para el estudio e investigación del Derecho aragonés —público y privado—, en su sexta edición, a los dos siguientes solicitantes:

- Doña Rebeca Melús Sebastián 38 puntos
- Don Sergio Ruiz Ruiz 36 puntos

Estas becas, dirigidas a estudiantes de último curso de la carrera de Derecho, se conceden en función exclusiva del expediente académico de los estudiantes.

Los becarios iniciaron su actividad en el mes de diciembre de 1998, habiendo concluido sus trabajos en el mes de noviembre de 1999.

Doña Rebeca Melús Sebastián ha analizado diversas cuestiones relacionadas con el derecho de viudedad y, en especial, su fase de derecho expectante.

Don Sergio Ruiz Ruiz ha estudiado el régimen civil y administrativo de la sucesión legal a favor de la Comunidad Autónoma de Aragón.

B) 1999/2000

El Justicia de Aragón ha convocado, por séptimo año consecutivo, 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 (Resolución de 23 de septiembre de 1999, B.O.A. n.º 127).

Estas becas pretenden aproximar a las nuevas generaciones de juristas al conocimiento de nuestras instituciones más significadas. Con este propósito las convocatorias anuales gozan de una amplia difusión incluso fuera de los límites territoriales de la Comunidad Autónoma de Aragón. Es significativo el hecho de que todos los años se reciban varias solicitudes de estudiantes de otras Universidades (Madrid, Barcelona, Valencia, UNED...) que, en muchos casos, poseen raíces aragonesas.

El Tribunal de Selección, presidido por el Justicia de Aragón, y en sesión celebrada el día 25 de noviembre de 1999, valoró los expedientes académicos de los 20 aspirantes presentados resultando con la mayor puntuación **don Juan Antonio Martínez Blázquez (44 puntos)** y **don Ricardo González López (42 puntos)**.

Los becarios iniciaron su actividad en el mes de diciembre de 1999.

F) INFORME ANUAL DEL JUSTICIA DE ARAGON - 1998

El Informe Anual correspondiente a las actividades realizadas por la Institución en el ejercicio de las funciones que le encomienda el Estatuto de Autonomía durante el año de 1998 ha sido editado por el Justicia en dos volúmenes de distribución gratuita.

El primer volumen incluye un resumen de la actividad ordinaria de la Institución, cuyos aspectos más destacados son los siguientes:

En total, se han tramitado a lo largo del año 1498 expedientes de queja, siendo las materias cuantitativamente más relevantes las de Función Pública, Agricultura (126 expedientes), Seguridad Social (108 expedientes), Urbanismo (82 expedientes) y Hacienda (79 expedientes). Las irregularidades detectadas en la actuación de las diversas Administraciones Públicas aragonesas han dado lugar a la formulación de 111 Recomendaciones, Sugerencias y Recordatorios de deberes legales, de las cuales se han aceptado expresamente 53, siendo rechazadas 6 y estando pendientes de respuesta las restantes.

Como asuntos más relevantes tramitados a lo largo del año pueden citarse los siguientes:

— En ejercicio de las funciones de defensa del Estatuto de Autonomía se ha realizado una Recomendación al Gobierno de Aragón para que ejercite las acciones legales necesarias en defensa de los límites territoriales del Municipio de Albarracín con la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, con motivo de la publicación por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha de un Proyecto de Plan de Ordenación de los Recursos Naturales en el que se incluían 4.800 hectáreas de monte turolense como pertenecientes a la provincia de Cuenca. Esta Recomendación ha sido aceptada y el problema puede considerarse resuelto tras las gestiones realizadas por el Gobierno de Aragón.

También se ha realizado una Recomendación Formal a las Cortes y al Gobierno de Aragón para que interpongan recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Cortes Generales 41/1997, de 5 de noviembre, de modificación de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, en relación con el sistema de gestión de los Parques Nacionales. Las Cortes y el Gobierno de Aragón han interpuesto sendos recursos de inconstitucionalidad que están pendientes de resolución.

El Justicia ha recomendado, asimismo, a las Cortes y al Gobierno de Aragón la aprobación de una Ley que regule el nuevo fenómeno de las Fundaciones privadas de iniciativa pública.

Finalmente se han realizado informes sobre las competencias del Justicia de Aragón en relación con la Administración Local aragonesa y sobre los Proyectos de Ley de Ordenación Farmacéutica y de Informática y Protección de Datos.

— En ejercicio de las funciones de tutela del ordenamiento jurídico aragonés se han realizado diversas actuaciones, la más significativa de las cuales ha sido la relativa al problema suscitado con la aprobación por el Pleno del Consejo del Poder Judicial, el día 14 de octubre de 1998, de un acuerdo sobre valoración del conocimiento del Derecho civil foral o especial de las Comunidades Autónomas en los concursos de traslado de Jueces y magistrados, que no tenía en cuenta el régimen diseñado para el Diploma de especialización en Derecho Aragonés por los Decretos 65/1990 y 113/1991, del Gobierno de Aragón.

— En el ejercicio de las funciones de defensa de los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos, se han realizado 108 Recomendaciones, Sugerencias y Recordatorios, siendo los destinatarios más habituales los diferentes Departamentos y Organismos de la Diputación General de Aragón (41 resoluciones) y los entes locales aragoneses (58 resoluciones).

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. El Informe ofrece listados acumulados, de modo cronológico y sistemático, de las 518 Sentencias y 405 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 1998 y un listado de los libros y artículos sobre Derecho civil aragonés publicados a lo largo de 1998.

— **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). Se ofrecen en él datos de los menores sujetos a protección y reforma referidos al año 1998 y se evalúa la atención prestada a los menores internados en los centros dependientes de la Diputación General de Aragón. Asimismo se ofrecen datos sobre los menores discapacitados tutelados por la Diputación General de Aragón.

G) SEMINARIOS DE JURISPRUDENCIA

En el segundo semestre del año 1999 la Cátedra «Miguel del Molino» de la Institución «Fernando el Católico», en el marco de los ya habituales Seminarios de Jurisprudencia civil aragonesa, organizó una Sesión extraordinaria que tuvo lugar el día 26 de octubre de 1999, a las 7,30 p.m., en el Salón de Plenos de la Excm. Diputación provincial de Zaragoza (Plaza de España, núm. 2).

En ella se comentó la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 13 de septiembre de 1999.

Los ponentes para esa ocasión especial fueron el Excmo. Sr. D. Francisco Javier FERNÁNDEZ URZAINQUI, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Navarra y D. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Catedrático de Derecho civil y director de la Cátedra «Miguel del Molino».

El Sr. Fernández Urzainqui, especialmente invitado a dicha sesión, y tomando como punto de partida la Sentencia objeto de comentario, expuso su punto de vista sobre *«La situación actual y perspectivas de futuro de la casación foral»*.

El día 14 de diciembre de 1999, y para cerrar el último semestre de este año, se comentó la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 6 de octubre de 1999, cuyos ponentes fueron los Dres. Delgado Echeverría y Serrano García.

H) CURSOS DE DERECHO ARAGONÉS

*** *Curso de Derecho Aragonés, público y privado.*** El Justicia de Aragón y la Universidad de Zaragoza, en colaboración con los Colegios de Abogados y Procuradores de Zaragoza, con el Colegio Notarial y con los Registradores de la Propiedad, han organizado la primera edición del «Curso de Derecho Aragonés, Público y Privado» en el marco del Convenio suscrito por ambas instituciones el pasado 23 de febrero de 1999, convenio que tiene por objeto la promoción de actividades relacionadas con el conocimiento, estudio, investigación y difusión del ordenamiento jurídico aragonés.

La duración del curso es de treinta horas lectivas y se dirige a estudiantes, preferentemente de los últimos cursos de licenciatura, a funcionarios y a profesionales del Derecho en general. Limitado el número de alumnos a doscientos cincuenta, aforo del Aula Magna de la Facultad de Derecho, las solicitudes de matrícula han duplicado aquella cifra.

El curso se estructura en dos ciclos independientes, «Derecho público» y «Derecho privado», desarrollándose el primero de los ciclos desde el 1 de marzo hasta el 3 de mayo de 1999 y el segundo ciclo desde el 18 de octubre hasta el 20 de diciembre de 1999. Cada lunes, en una sesión de dos horas, se imparten dos ponencias que son desarrolladas por Catedráticos y Profesores de la Facultad de Derecho y por profesionales de distintos ámbitos jurídicos: Abogados, Notarios, Registradores, Letrados y funcionarios de instituciones públicas y Magistrados.

*** *Curso de Derecho civil aragonés para Jueces y Magistrados.*** Con el patrocinio del Justicia de Aragón y por iniciativa de los interesados y del Presidente del TSJA, en el seno de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Zaragoza, se ha iniciado en el mes de octubre de 1999 la continuación del curso de Derecho civil aragonés dirigido a Jueces, Magistrados y Secretarios Judiciales, bajo la dirección del Dr. Jesús Delgado Echeverría.

El curso, que en sus dos fases (la primera de octubre de 1998 a junio de 1999 y la segunda de octubre de 1999 a junio del 2000) cuenta con 120 horas de duración, exigidas por el Consejo Superior del Poder Judicial para el reconocimiento del título y acreditación del conocimiento de Derecho civil aragonés.

Esta segunda parte del Curso tratará con especial profundidad la regulación de la sucesión por causa de muerte en Aragón, regulada en la Ley 1/1999 de 24 de febrero.

*** *X edición del Curso de Derecho aragonés. Cátedra Lacruz Berdejo, 1999-2000.*** Desde 1990 han tenido lugar sucesivas ediciones del Curso de Derecho aragonés, surgido en el marco de un convenio entre la Diputación General de Aragón y la Escuela de Práctica Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.

El curso está dirigido por don Antonio Embid Irujo (catedrático de Derecho administrativo). Como responsables de cada área de conocimiento figuran los profesores de la Universidad de Zaragoza, don Jesús Delgado Echeverría (cate-

drático de Derecho civil), responsable del área de Derecho civil; don Antonio Cayón Galiardo (catedrático de Derecho financiero), responsable del área de Derecho financiero; don Manuel Contreras Casado (catedrático de Derecho constitucional), responsable del área del Derecho constitucional, y don Antonio Embid Irujo, responsable del área de Derecho administrativo.

En el desarrollo del curso, además del director y los responsables de áreas, intervienen otros profesores de reconocida competencia de la Universidad de Zaragoza y de otras Universidades foráneas.

El curso tiene una duración de 250 horas y se desarrolla los martes y jueves de cada semana desde noviembre a junio.

Como características del curso figuran, entre otras, el servir como justificante, a todos los efectos, del conocimiento del Derecho aragonés (Decretos de la DGA 65/90 de 8 de marzo y 113/91 de 21 de junio). La superación del mismo, sirve también a los miembros de la carrera judicial de mérito preferente, consistente en el conocimiento del Derecho civil foral o especial de la Comunidad autónoma y, por último, la Comisión de doctorado de la Universidad de Zaragoza otorga créditos por su superación.

I) PREMIO «MANUEL BATALLA GONZÁLEZ» DE ESTUDIOS JURÍDICOS

En el anterior número de la Revista informábamos a cerca de la Primera convocatoria y bases del *Premio Manuel Batalla* otorgado por el colegio de Registradores de Aragón.

El premio ha sido fallado el pasado octubre de 1999 y entre los varios candidatos ha sido galardonado con el mismo el Dr. don José Antonio Serrano García, profesor Titular de Derecho civil, con un extraordinario trabajo de Derecho civil aragonés en el que discurre sobre difícilísimas cuestiones en relación al recobro de liberalidades, la sucesión troncal y el derecho de abolorio con la comunidad conyugal legal.

El trabajo, que será publicado a expensas del Colegio de registradores, llevará como título *Troncalidad y comunidad conyugal aragonesa*.

J) WEB DEL DERECHO CIVIL ARAGONÉS

En el servidor de la Universidad de Zaragoza, *unizar.es*, está ubicada la página *standum est chartae*, dedicada al Derecho Civil aragonés, cuya dirección es http://www.unizar.es/derecho/standum_est_chartae/base.htm.

Estando resueltos los problemas que anteriormente existían para la actualización de los contenidos, en estos momentos la página se encuentra al día.

Además del Estatuto de Autonomía y la conexión con otras direcciones de interés jurídico, en la página se incluyen los textos de la legislación civil aragonesa: Apéndice de 1.925, Texto vigente de la Compilación, Ley de Sucesiones por causa de muerte y Ley relativa a parejas estables no casadas; una relación de las Instituciones relacionadas con el Derecho civil aragonés, con sus respectivas páginas web, y una extensa bibliografía de interés sobre los Derechos forales en general y el de Aragón en particular, incluyendo también las Actas del Foro de Derecho Civil Aragonés y los índices de la Revista de Derecho Civil Aragonés.

Completa la página una sección de noticias y convocatorias.

K) TESIS DOCTORAL

El 30 de septiembre de 1999, en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de Zaragoza, la Profesora doña María Martínez Martínez defendió de forma brillante su tesis doctoral sobre «La sucesión legal en el Derecho civil aragonés», trabajo realizado bajo la dirección del Profesor Dr. Jesús Delgado Echeverría. El Tribunal, integrado por los doctores Antonio Pérez Martín (presidente), Enrique Rubio Torrano, Angel Cristóbal Montes, Carlos Vattier Fuenzalida y José Antonio Serrano García (secretario), le otorgó la máxima calificación: sobresaliente *cum laude*, por unanimidad.

L) MESA REDONDA

La Comisión de Mujeres Abogadas del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza ha organizado una Mesa Redonda sobre la «Ley aragonesa de parejas estables no casadas», que ha tenido lugar el día 1 de julio de 1999, en el Salón de Actos del Colegio, con la intervención de don José Luis Merino y Hernández (notario), don Mauricio Murillo y García-Atance (magistrado), doña Isabel María Sánchez Aparicio (abogada) y don Thierry Lalande (presidente de LYGA), moderados por don Emilio Latorre Martínez de Baroja (notario).

**LL) DECRETO DE 28 DE SEPTIEMBRE, DE LA PRESIDENCIA
DEL GOBIERNO DE ARAGÓN, POR EL QUE SE NOMBRA
UN VOCAL DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL
(BOA núm. 130, de 8 de septiembre de 1999)**

Por Decreto 10/1996, de 20 de febrero, se regula la composición y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. En ejercicio de la competencia que me atribuye el artículo 3 del citado Decreto y a propuesta del Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales,

Dispongo:

Nombrar vocal de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil a doña María Ángeles Parra Lucán, profesora titular de Derecho Civil.

Zaragoza, 28 de septiembre de 1999.

El Presidente del Gobierno de Aragón
MARCELINO IGLESIAS RICOU

El Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales
JOSÉ ÁNGEL BIEL RIVERA

**M) DECRETO DE 7 DE FEBRERO DE 2000, DE LA PRESIDENCIA
DEL GOBIERNO DE ARAGÓN, POR EL QUE SE PROCEDE
A LA SUSTITUCIÓN DEL SECRETARIO
DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL
(BOA núm. 23, de 23 de febrero de 2000)**

Por Decreto 10/1996, de 20 de febrero, se regula la composición y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, disponiendo que el Secretario de la misma será nombrado por el Presidente del Gobierno de Aragón entre los miembros de la Comisión y a propuesta de la misma.

En sesión de 12 de enero de 2000, don Adolfo Calatayud Sierra, que venía desempeñando la Secretaría de la Comisión, presentó su renuncia al cargo tras varios años de desempeño del mismo. La Comisión estimó justificada dicha renuncia y acordó proponer el nombramiento de doña María Ángeles Parra Lucán como nueva Secretaria.

A la vista de todo ello, en ejercicio de la competencia que me atribuye el artículo 3 del citado Decreto, y a propuesta del Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales,

Noticias

Dispongo:

1. Aceptar la renuncia de don Adolfo Calatayud Sierra al cargo de Secretario de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, agradeciéndole los servicios prestados.

2. Nombrar Secretaria de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil a doña María Ángeles Parra Lucán.

Zaragoza, 7 de febrero de 2000.

El Presidente del Gobierno de Aragón
MARCELINO IGLESIAS RICO

El Consejero de Presidencia
y Relaciones Institucionales
JOSÉ ÁNGEL BIEL RIVERA

BIBLIOGRAFÍA

REPERTORIO DE BIBLIOGRAFÍA

1: TEMAS COMUNES A TODOS LOS DERECHOS FORALES

1.2: LA CUESTIÓN FORAL HASTA LA CONSTITUCIÓN DE 1978

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y BAYOD LÓPEZ, Carmen: «Comentario al art. 13 Cc.», en *Comentarios al Código civil*, I, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, pp. 367-386.

Antecedentes legislativos; interpretación y valor del art. 13 hasta la CE de 1978; la incidencia de la CE y las relaciones entre el Código civil y los Derechos forales (arts. 149.1.8ª y 149.3 CE).

1.3: LOS DERECHOS FORALES EN LA CONSTITUCIÓN Y LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco: «Las relaciones entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos. Una reflexión a la luz de la regla de la supletoriedad», *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 285-305.

Artículo de un Catedrático de Derecho Constitucional sobre el art. 149.3 CE en las relaciones entre ordenamiento estatal y ordenamientos autonómicos, con una breve historia del problema y referencia a las Ss TC 118/1996 y 71/1997 que contienen una reformulación parcial de la doctrina anterior.

BAYOD LÓPEZ, Carmen: «Aplicación del Código civil como Derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés», *Actas de los VIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza, 10, 17 y 24 noviembre 1998)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 39-121.

Completo y documentado estudio de la ponente sobre la técnica de la supletoriedad en el ámbito civil, concepto y objetivos, origen, evolución y valor actual de la cláusula constitucional de supletoriedad del Derecho estatal. Seguidamente analiza cuándo debe aplicarse el Código civil como Derecho supletorio en Aragón, tratando de establecer unas reglas y principios (el «test de la supletoriedad») para terminar concretando los escasos preceptos del Código civil que en materia de régimen económico matrimonial pueden tener aplicación supletoria en Aragón.

Bibliografía

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Desarrollo del Derecho civil propio. La experiencia y perspectiva de Aragón», en *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País (Comisión de Bizkaia), Bilbao, 1999, pp. 125-136.

Transcripción de la intervención del autor en las Jornadas de Estudio sobre el tema que da título al libro, que tuvieron lugar en la Universidad de Deusto los días 25, 26 y 27 de noviembre de 1998. El Prof. Delgado comienza haciendo algunas consideraciones generales sobre la diversidad (distinta historia, distinta actitud ante el propio Derecho, distinto desarrollo, distinto contenido y distinto ámbito competencial) y los rasgos comunes de los Derechos civiles forales o especiales (frente común para conseguir que la Codificación civil los respete, unión ante la jurisprudencia antiforalista del TS, deseo -manifestado en el Congreso Nacional de Zaragoza (1946), de un Código civil de las Españas, creación del Instituto Español de Derecho Foral. Tras la Constitución y los Estatutos de Autonomía, cada Comunidad con Derecho civil propio parece seguir caminos radicalmente distintos pero con problemas similares o comunes: primero la necesidad de adaptación a la Constitución, después los límites constitucionales del desarrollo posible y las dificultades para conseguir que el Derecho propio sea aplicado y vivido como algo normal y ordinario. La intervención termina con unas referencias muy generales al caso aragonés: la Compilación de 1967, adoptada y reformada varias veces por las Cortes de Aragón, y el estado del proceso de reforma del Derecho de sucesiones.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús y BAYOD LÓPEZ, Carmen: «Comentario al art. 13 Cc.», en *Comentarios al Código civil*, I, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, pp. 367-386.

Antecedentes legislativos; interpretación y valor del art. 13 hasta la CE de 1978; la incidencia de la CE y las relaciones entre el Código civil y los Derechos forales (arts. 149.1.8ª y 149.3 CE).

DÍEZ PICAZO, Luis M.: «Directivas comunitarias y Comunidades Autónomas: el Derecho patrimonial», *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 307 y ss.

Las Comunidades Autónomas pueden y deben transponer las directivas siempre que, por razón de la materia, ostenten constitucional y estatutariamente la correspondiente competencia legislativa, lo que es predicable, en particular, de las directivas que incidan sobre el derecho patrimonial. Las disposiciones, legales o reglamentarias según los casos, adoptadas por las Comunidades Autónomas para la transposición de directivas son, a todos los efectos, derecho autonómico. Usualmente serán normas de derecho privado y, en las Comunidades con competencias sobre derecho civil propio, tenderán a quedar integradas en éste.

GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ SAAVEDRA, César: «La ordenación de los Registros públicos en la Constitución española», en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, T. II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pp. 1791-1810.

Bibliografía

Interesante trabajo de un Registrador de la Propiedad y Mercantil que trae a colación los antecedentes de los arts. 105 b) y 149.1.8º de la Constitución y sus diferencias; trata algunas cuestiones competenciales distinguiendo la regla general de competencia estatal y las excepciones a dicha regla en los siguientes asuntos: a) Recursos contra la calificación registral; b) Nombramiento de los Registradores; c) Demarcación registral; d) La lengua o idioma; e) La especialización en Derecho foral. Termina aludiendo a la distinción entre registros jurídicos y administrativos.

GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V.: «Uniones libres y competencia legislativa de ciertas Comunidades Autónomas para desarrollar su propio Derecho civil», *La Ley*, 1999, núm. 4904.

Sumario: Uniones libres, no matrimonio.- II. Desarrollo del Derecho civil propio e instituciones conexas.- III. Desarrollo del Derecho civil propio y principios informadores (conexión principal).- IV. Legislación civil catalana y aragonesa sobre uniones libres.

HERRERO Y RODRÍGUEZ DE MIÑÓN, Miguel: «¿Cuáles son los territorios forales?», en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, T. II, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pp. 1831-1840.

Resumen de las interpretaciones de la Disposición Adicional Primera de la Constitución, en relación con la transitoria 2ª y el art. 149.1.8º, defendidas por la doctrina, el Tribunal Constitucional y el Consejo de Estado. Para el autor la Adicional Primera se redactó atendiendo al País Vasco y Navarra, pero al relacionarla con el art. 149.1.8º extiende sus virtualidades a Cataluña y Galicia, y sólo a ellas, pues son Comunidades Históricas que encierran verdaderos hechos nacionales. Ahora bien, una vez reconocido que la foralidad civil catalana o gallega es un derecho histórico, se hace el autor la siguiente pregunta: ¿por qué no reconocer otro tanto a su foralidad política?

1.4: LA CASACIÓN FORAL

BANDRÉS Y SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel: *El Estatuto de Autonomía de Aragón y la competencia casacional del Tribunal Superior de Justicia de Aragón*. Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación leído el 26 de noviembre de 1999. Zaragoza, 1999, pp. 7-43.

Comienza el discurso recordando la recuperación histórica de las fuentes legítimas —legislativa y jurisprudencial— de creación e interpretación del Derecho civil foral por la Comunidad Autónoma de Aragón; la atribución de la competencia casacional foral del TSJA en el Estatuto de Autonomía y en la LOPJ; la inestable conservación de la competencia casacional tras la reforma del Estatuto de 1996; analiza la posición institucional del Tribunal Superior de Justicia en la Constitución y en el Estatuto de Autonomía como marco interpretativo prevalente en la resolución de la cuestión competencial jurisdiccional aragonesa y concluye proponiendo, para conservar la competencia casa-

Bibliografía

cional de modo estable y duradero, lo siguiente: 1ª necesidad de promover la reforma estatutaria; 2ª necesidad de que el TSJA asuma de modo irrenunciable la competencia casacional foral; 3ª necesidad de modificar el art. 1.6 Cc. y de aprobar una Ley procesal civil aragonesa.

BONET NAVARRO, Ángel: «Facultades del TS para enjuiciar y controlar la aplicación del Derecho civil foral. Comentario a la STS (Sala 1ª) de 1 de julio de 1996», *RDP*, 1998, pp. 226-254.

Las sentencias de instancia resuelven, conforme al Derecho civil aragonés, un caso de comunidad conyugal continuada. Pero el recurso de casación se apoya en norma de Derecho civil «común», por lo que el TS se declara competente para conocer del mismo lo que implica prescindir por completo de las normas de Derecho foral aplicadas en la sentencia recurrida. Defiende Bonet, en cambio, que la apertura competencial del TS por motivo civil común no produce la clausura del conocimiento del mejor Derecho aplicable al asunto: en virtud del principio *iura novit curia*, el órgano casacional debe aplicar Derecho civil foral sin que suponga un límite el hecho determinante que le dio la competencia funcional: el «motivo». De hecho el TS se ha enfrentado a «materias» forales a partir de una denuncia de infracción de norma de Derecho civil «común».

JIMÉNEZ HERNÁNDEZ, José Ignacio: *Discurso de contestación* al Discurso de ingreso en la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación de José Manuel Bandrés y Sánchez-Cruza sobre la competencia casacional del TSJ de Aragón. Zaragoza, 1999, pp. 47-53.

La contestación contiene una nota biográfica de José Manuel Bandrés y un comentario sobre el problema de la casación foral recordatorio de la posición del TS pero también de la conveniencia de reformar el Estatuto.

1.5: LA VECINDAD CIVIL

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Comentario a los arts. 14, 15 y 16 Cc.», en *Comentarios al Código civil*, I, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, pp.387-436.

Antecedentes históricos y comentario a la vecindad civil regulada en los arts. 14 y 15 del Cc.; también, precedentes del art. 16, comentario sobre el sistema de Derecho interregional privado en él establecido y sobre las alusiones a la viudedad aragonesa y al derecho expectante de viudedad.

GINEBRA MOLINS, M. Esperanza: «Algunas notas sobre la referencia a la vecindad civil en los arts. 1.1 final y 20.2 de la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, *d'unions estables de parella*», en *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País (Comisión de Bizkaia), Bilbao, 1999, pp. 427-439.

Comunicación a las Jornadas cuyos materiales recoge el libro.

1.6: PROBLEMAS DE DERECHO INTERREGIONAL

BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegría: «Los conflictos internos en materia civil a la luz de la legislación actualmente vigente», en *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País (Comisión de Bizkaia), Bilbao, 1999, pp. 71- 89.

Los presupuestos del sistema, la solución de conflictos internos y la delimitación del ámbito de aplicación de las normas dictadas por las Comunidades Autónomas.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Comentario a los arts. 14, 15 y 16 Cc.», en *Comentarios al Código civil*, I, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, pp.387-436.

Antecedentes históricos y comentario a la vecindad civil regulada en los arts. 14 y 15 del Cc.; también, precedentes del art. 16, comentario sobre el sistema de Derecho interregional privado en él establecido y sobre las alusiones a la viudedad aragonesa y al derecho expectante de viudedad.

DIAGO DIAGO, Pilar: «La protección de la vivienda familiar: un análisis de Derecho interregional», *Actualidad Civil*, núm. 42, 15-21 noviembre 1999, pp. 1343-1363 (LXVI).

Para la autora es importante que las normas que integran el necesario régimen primario sean de general aplicación en nuestro país, bien porque así lo establecen las diferentes Compilaciones, bien por aplicación supletoria del Código civil, o incluso porque tales preceptos penetren por cualquier otra vía. El estudio se centra en el análisis del art. 1320 Cc. y los similares de las Comunidades Autónomas forales, excepto en las Islas Baleares donde no existe norma propia ni se aplica supletoriamente el art. 1320 Cc. lo que dificulta la calificación de esta regulación desde el punto de vista del Derecho internacional privado.

IRIARTE ANGEL, José Luis: «Parámetros constitucionales para los conflictos internos en materia civil», en *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País (Comisión de Bizkaia), Bilbao, 1999, pp. 39-62.

La competencia exclusiva del Estado a la hora de dictar las normas para resolver los conflictos de leyes y sus límites; posibles soluciones para conjugar la paridad entre ordenamientos con la seguridad jurídica y la certeza en la regulación de los conflictos internos. Trata también el problema específico de la competencia de las Comunidades Autónomas para dictar las normas para resolver los conflictos de leyes interlocales o intracomunitarios.

LÓPEZ SUÁREZ, Marcos A.: «El testamento mancomunado o de hermandad otorgado por cónyuges de distinta vecindad civil», en *Conflictos de leyes en el*

Bibliografía

desarrollo del Derecho civil vasco, Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País (Comisión de Bizkaia), Bilbao, 1999, pp. 441-459.

Se defiende la posibilidad de un testamento mancomunado otorgado por cónyuges de distinta vecindad civil y se reflexiona sobre la ley aplicable al mismo, distinguiendo entre capacidad, forma y fondo.

MARTÍNEZ DE BEDOYA BUXÉNS, Covadonga: «Algunas consideraciones sobre conflictos de leyes en relación a los derechos del cónyuge viudo», en *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País (Comisión de Bizkaia), Bilbao, 1999, pp. 399-406.

Breve comunicación.

VV.AA.: *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País (Comisión de Bizkaia), Bilbao, 1999, 462 pp.

Libro que recoge las ponencias y comunicaciones presentadas en las «Jornadas de Estudio sobre conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil Vasco», organizadas por la Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País (Comisión de Bizkaia en colaboración con el Gobierno Vasco y la Diputación Foral de Bizkaia, que tuvieron lugar en la Univ. de Deusto los días 25, 26 y 27 de noviembre de 1998. Además de las lógicas referencias a los conflictos de leyes en el Derecho civil vasco, genéricas (A. Celaya, J. J. Álvarez Rubio) o específicas (el proceso de «opción» regulado en los arts. 10 y 11 LDCFPV, troncalidad, régimen económico matrimonial, sucesiones y conflictos de leyes), y a su proyección sobre el desarrollo del Derecho civil vasco (mesa redonda), hay trabajos sobre los parámetros constitucionales (J. L. Iriarte), la legislación vigente sobre conflictos internos en materia civil (Alegría Borrás) y la aportación de J. Delgado sobre «Desarrollo del Derecho civil propio. La experiencia y perspectiva de Aragón». También las comunicaciones suscitan cuestiones de interés como la aplicación de la legislación estatal y autonómica sobre patrimonio cultural, conflictos de leyes en relación a los derechos del cónyuge viudo, la vecindad civil en la Ley catalana de Uniones Estables de Pareja y el testamento mancomunado o de hermandad otorgado por cónyuges de distinta vecindad civil.

2: HISTORIA DEL DERECHO ARAGONÉS

2.1: FUENTES

PÉREZ MARTÍN, Antonio: *Los Fueros de Aragón: La Compilación de Huesca. Edición crítica de sus versiones romances*. El Justicia de Aragón (con la colaboración de Ibercaja) Zaragoza, 1999.

Edición de las versiones romances de la Compilación de Huesca que recoge a cuatro columnas el Ms. de la Universidad de Zaragoza, el de la Biblioteca Nacional de Madrid, el de Miravete de la Sierra y una versión inédita que se encuentra en el código J.J.N.N. de los Archivos Nacionales de París. También

incluye los Fueros de Ejea de 1265, los Privilegios de la Unión y un vocabulario de romance aragonés de seis mil cuatrocientas voces.

2.2: HISTORIA HASTA 1707

ÁLVAREZ CORA, Enrique: *La producción normativa bajomedieval según las Compilaciones de Sicilia, Aragón y Castilla*. Prólogo de Andrea Romano. Giuffrè editore, Milano, 1998, XV + 216 pp.

Estudio de Historia del Derecho que compara las fuentes preferentes y subsidiarias de estos tres territorios en la Baja Edad Media.

2.3: HISTORIA POSTERIOR A 1707

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Apuntes sobre la Codificación del Derecho civil aragonés» en *Azpilcueta*, núm. 12, 1998, pp. 93-114.

Trabajo expuesto en las III Jornadas de Derecho Privado Vasco (Homenaje a Adrián Celaya: Donostia, 1993) que contiene una recopilación con pretensiones de divulgación de los datos e ideas que sobre la codificación del Derecho civil aragonés ha ido elaborando la doctrina aragonesa hasta 1993.

3: TEMAS GENERALES

3.1: EXPOSICIONES DE CONJUNTO

VV.AA.: *Actas de los VIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza, 10, 17 y 24 noviembre 1998)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, 183 pp.

Volumen que recoge las ponencias sobre «Disposición de bienes inmuebles de menores e incapacitados en Aragón» (Carmen Samanes Ara, Carlos Laliena Sipán y Jesús Santos y Ruiz de Eguílaz), «Aplicación del Código civil como Derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés» (Carmen Bayod López, Fernando Solsona Abad y Javier Palazón Valentín) y «El derecho de abolorio» (Santiago Serena Puig, Pedro Gómez López y Aurora López Azcona). Junto a las ponencia aparecen las intervenciones de los coponentes Jesús Santos («La asistencia disintiendo: una interpretación del artículo 5.1 de la Compilación»), Aurora López («La interpretación judicial del derecho de abolorio: en particular, sobre el criticable uso de la facultad moderadora») y Pedro Gómez («Aspectos fiscales del derecho de abolorio»). Se transcribe también, al final de cada ponencia, el coloquio habido.

3.2: JURISTAS ARAGONESES

VV.AA.: *El jurista aragonés Castán Tobeñas*. Diputación de Zaragoza y Casa de Aragón en Madrid, Zaragoza, 1999., 271 pp.

Publicación promovida por la Casa de Aragón en Madrid, con el mecenazgo de la Diputación de Zaragoza, que recoge las colaboraciones de varios

Bibliografía

juristas sobre diversos aspectos de la biografía y el pensamiento jurídico de Castán.

3.3: TEMAS VARIOS

ATXABAL RADA, Alberto: *La fiscalidad del Derecho civil foral del País Vasco*. Diputación Foral de Bizkaia, Bilbao, 1999, 496 pp. Edición bilingüe.

Tesis doctoral referida específicamente al Derecho civil foral del País Vasco pero, en buena parte, generalizable a todos los Derechos civiles forales («Puntos de conexión civiles y fiscales», «Derecho civil foral y fiscalidad», etc.). Una de las principales conclusiones es que la norma fiscal, en la mayoría de las ocasiones desconoce y olvida que existe una norma civil foral incardinada en un sistema diferente al del Código civil. La solución que ha adoptado el legislador fiscal ha sido la de aplicar, por medio de la interpretación extensiva o analógica de las normas fiscales, soluciones inspiradas en otro ordenamiento civil (el Código civil, básicamente). Para el autor la solución consiste en legislar respetando los principios y naturaleza del Derecho civil foral y de cada institución foral en concreto.

GÓMEZ LÓPEZ, Pedro: «Aspectos fiscales del derecho de abolorio», *Actas de los VIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza, 10, 17 y 24 noviembre 1998)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 172-173.

Reflexiones sobre la tributación del derecho de abolorio por el impuesto de transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

VV.AA.: *Anuario 1998 de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*.

El volumen incluye una *Crónica* de las actividades de la Academia; el *Discurso* de Jesús López Medel («Miguel Servet en el Derecho natural cristiano de la Reforma») y la contestación de José Luis Merino Hernández; las *comunicaciones* de José Bermejo Vera («Breve comentario a la STC sobre la Ley de 28 de diciembre de 1998, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos y órganos»), Francisco Mata Rivas («Los bienes históricos-artísticos-religiosos de Aragón en manos de instituciones catalanas y su posible recuperación») y José Luis Merino Hernández («Comentarios críticos a la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, de las Cortes de Aragón»); y los trabajos premiados de Margarita Castilla Barea («Aproximación al régimen de pago a proveedores: art. 17 de la Ley de ordenación del comercio minorista») y José Luis Bermejo Latre («Las fundaciones privadas de iniciativa pública en Aragón»).

4: LA COMPILACIÓN Y SUS ANTECEDENTES

SERRANO GARCÍA, J. A., MURILLO GARCÍA-ATANCE, I. y POLO MARCHADOR, F.: *Legislación Básica de Aragón*. Ed. Tecnos (núm. 141 de la Biblioteca de Textos legales), Madrid, 1999, 2ª edición.

Edición cerrada en noviembre de 1999 que comprende, junto al Estatuto de Autonomía, una recopilación de las más relevantes leyes aragonesas vigentes (29 leyes), entre ellas las de Derecho civil, con índices analítico y cronológico y un importante aparato de notas a pie de página.

6: PERSONA Y FAMILIA

61: PERSONA Y FAMILIA EN GENERAL

MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «Notas críticas sobre la Ley relativa a Parejas estables no casadas», *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 2, octubre 1999, pp. 20-25.

Para el autor es dudosa la competencia de Aragón para promulgar una ley con este contenido y los motivos y finalidades aludidos en la Exposición de Motivos le resultan bien endeble y no resisten un examen mínimamente riguroso: la cifra de parejas de hecho es todavía muy baja, la falta de regulación no ha provocado importantes injusticias ni para los hijos ni para los miembros de la pareja, pues éstos no son merecedores del mismo tratamiento legal que el matrimonio. Ley engañosa en las materias de adopción y Derecho de sucesiones, donde los derechos que se atribuyen a los convivientes ya los tenían antes de su entrada en vigor. Se critica también la formulación legal de los requisitos positivos y negativos que ha de reunir una pareja para quedar amparada por la Ley.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Matrimonio, pareja estable no casada y Derecho de sucesiones», *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 2, octubre 1999, pp.27-32.

Partiendo de la superación de las tradicionales discriminaciones legales en perjuicio de la mujer casada y de los hijos no matrimoniales, se comenta la actual licitud de la convivencia extramatrimonial y la constitucionalidad del tratamiento legal más favorable al matrimonio; seguidamente se analizan las normas del Derecho civil aragonés que aluden o son aplicables también a las parejas de hecho y al intento de la Proposición socialista de lograr una equiparación de efectos con el matrimonio; en materia sucesoria se compara la Ley de Sucesiones con la Ley relativa a Parejas y se afirma que ésta nada añade en lo relativo a pactos sucesorios, testamento mancomunado y fiducia y que las normas sucesorias previstas para los cónyuges no son aplicables por analogía a los miembros de la pareja estable no casada.

62: PERSONAS. EDAD

GARCÍA CANTERO, Gabriel: «El Derecho de la persona en la Compilación aragonesa», en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, T. I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pp. 320-336.

Trabajo que constituyó la lección del autor en un curso de la Universidad de Verano de Teruel, en 1997. Recoge el estado de la cuestión sobre la capaci-

dad de las personas por razón de la edad (arts. 4 a 6 Comp.), la ausencia (arts. 7 y 8 Comp.) y las relaciones entre ascendientes y descendientes (arts. 9 a 14 Comp.).

SANTOS Y RUIZ DE EGUÍLAZ, Jesús: «La asistencia disintiendo: una interpretación del artículo 5.1 de la Compilación, *Actas de los VIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 10, 17 y 24 noviembre 1998). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 23- 28.

Intervención como «coponente» en la que defiende que la asistencia es sólo un requisito legal para la plena validez del negocio, que hay que entender cumplido aún cuando quien presta la asistencia disiente del acto que el menor va a realizar. De forma bien razonada sostiene que «asistencia» no es lo mismo que «asentimiento».

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES

ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios: *La representación legal de los hijos menores*. Boletín Oficial del Estado y Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999, 111 páginas.

Aunque el planteamiento y la regulación de esta materia en el Código civil son distintos de los del Derecho aragonés, la monografía puede ser de interés pues trata de la configuración jurídica de la representación legal, de la actuación representativa de los padres, de la sanción aplicable a los negocios representativos celebrados por los padres respecto de los bienes excluidos de la representación y en los casos de omisión de la autorización judicial previa, finalizando con el análisis de la extralimitación o abuso de poder representativo y las consecuencias jurídicas de la aplicación del art. 1259 Cc.

GARCÍA CANTERO, Gabriel: «El Derecho de la persona en la Compilación aragonesa», en *Libro Homenaje a Jesús López Medel*, T. I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pp. 320-336.

Trabajo que constituyó la lección del autor en un curso de la Universidad de Verano de Teruel, en 1997. Recoge el estado de la cuestión sobre la capacidad de las personas por razón de la edad (arts. 4 a 6 Comp.), la ausencia (arts. 7 y 8 Comp.) y las relaciones entre ascendientes y descendientes (arts. 9 a 14 Comp.).

SAMANES ARA, Carmen: «Disposición de bienes inmuebles de menores e incapacitados en Aragón», *Actas de los VIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Zaragoza, 10, 17 y 24 noviembre 1998). El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 7-22.

Ponencia en la que, con especial atención a los aspectos procesales de la materia, se expone primero el régimen de la disposición de inmuebles del menor de catorce años (la necesaria autorización de la Junta de Parientes o del

Juez: legitimados para solicitarla y órgano dirimente) y luego el régimen de la disposición de inmuebles de incapacitados.

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES

BERNAD MAINAR, Rafael: «La Junta de Parientes en el Derecho civil aragonés», en Libro Homenaje a Jesús López Medel, T. I, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pp. 559-584.

Trabajo que reproduce la intervención del autor en el acto de lectura y defensa de su tesis doctoral sobre la Junta de Parientes, que tuvo lugar el 13 de junio de 1997.

COUTO GÁLVEZ, Rosa María: *Los problemas legales más frecuentes sobre la tutela, asistencia y protección de personas mayores. (Procedimientos de incapacitación, internamiento, protección de la persona y del patrimonio)*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1999, 113 pp.

Estudio teórico-práctico del régimen de la incapacitación e internamiento de una persona mayor, con referencias a las normas estatales y autonómicas aplicables a la protección de las personas mayores, y acompañado de un estudio jurisprudencial.

MAYOR DEL HOYO, M.^a Victoria: *La guarda administrativa como mecanismo de protección de menores en el Código civil*. Ed. Comares (núm. 11 de la Colección «Estudios de Derecho privado»), Granada, 1999, 507 pp.

Trabajo, procedente de parte de la tesis doctoral de la autora, dedicado al estudio de la guarda administrativa en cuanto mecanismo de protección de menores regulado en el art. 172.2 del Cc., y consistente en la asunción por parte de la Administración de la guarda del menor cuando los padres o tutores se encuentran temporalmente imposibilitados para guardarlos. La Administración puede tener la guarda del menor en otras circunstancias, pero no son objeto de este estudio que, por otra parte, está realizado desde la óptica del Derecho estatal.

SAMANES ARA, Carmen: «Disposición de bienes inmuebles de menores e incapacitados en Aragón», *Actas de los VIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza, 10, 17 y 24 noviembre 1998)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 7-22.

Ponencia en la que, con especial atención a los aspectos procesales de la materia, se expone primero el régimen de la disposición de inmuebles del menor de catorce años (la necesaria autorización de la Junta de Parientes o del Juez: legitimados para solicitarla y órgano dirimente) y luego el régimen de la disposición de inmuebles de incapacitados.

Bibliografía

66: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL

661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL

BAYOD LÓPEZ, Carmen: «Aplicación del Código civil como Derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés», *Actas de los VIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza, 10, 17 y 24 noviembre 1998)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 39-121.

Completo y documentado estudio de la ponente sobre la técnica de la supletoriedad en el ámbito civil, concepto y objetivos, origen, evolución y valor actual de la cláusula constitucional de supletoriedad del Derecho estatal. Seguidamente analiza cuándo debe aplicarse el Código civil como Derecho supletorio en Aragón, tratando de establecer unas reglas y principios (el «test de la supletoriedad») para terminar concretando los escasos preceptos del Código civil que en materia de régimen económico matrimonial pueden tener aplicación supletoria en Aragón.

663: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL

BLANDINO GARRIDO, M^a Amalia: *Régimen jurídico de las deudas tras la disolución de la sociedad de gananciales*. Tirant lo blanch (Monografía núm. 119), Valencia, 1999, 271 pp.

Análisis parcial de la liquidación de la sociedad de gananciales desde el punto de vista del régimen de las deudas, hecho aprovechando el abundante material jurisprudencial existente, tanto emanado del Tribunal Supremo, como de las Audiencias Provinciales y de la Dirección General de los Registros. De interés para discurrir soluciones a los mismo problemas tratados cuando la comunidad conyugal es la aragonesa.

MAS BADÍA, M.^a Dolores: *La tercería de dominio ante el embargo de bienes gananciales*. Tirant lo blanch, Valencia, 1999, 365 pp.

Monografía sobre la agresión de bienes gananciales por deudas contraídas por un sólo cónyuge, hipótesis en la que se produce una tensión entre el interés del los acreedores y el interés del cónyuge no deudor y del consorcio conyugal mismo en la salvaguardia de su patrimonio. El libro estudia la polémica aplicación de la tercería de dominio como vía procesal para lograr el alzamiento del embargo practicado sobre bienes comunes, prestando un especial interés a la jurisprudencia recaída en la materia, que adolece de una inquietante falta de unidad de criterio.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis-Felipe: «Comentario STS 12 enero 1999: Embargo sobre bienes gananciales por deudas propias de un cónyuge. Procedimiento incidental como medio idóneo para ejercitar la opción del art. 1373 Cc. por parte del cónyuge no deudor. Voto particular. CCJC, abril-agosto 1999, marg. 1371.

68: VIUDEDAD

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Comentario a los arts. 14, 15 y 16 Cc.», en *Comentarios al Código civil*, I, José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, pp.387-436.

Antecedentes históricos y comentario a la vecindad civil regulada en los arts. 14 y 15 del Cc.; también, precedentes del art. 16, comentario sobre el sistema de Derecho interregional privado en él establecido y sobre las alusiones a la viudedad aragonesa y al derecho expectante de viudedad.

7: DERECHO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

71: EN GENERAL. MODOS DE DELACIÓN. NORMAS COMUNES

BOTANA GARCÍA, Gemma: «Crónica legislativa: La Ley aragonesa de Sucesión *Mortis Causa*», *Actualidad Civil*, 99-4, LVIII, pp. 1159-1173.

Información del contenido de la Ley, de sus novedades y principales diferencias con el sistema sucesorio del Código civil.

CALLEJERO RODRÍGUEZ, Carmen: *Aspectos civiles de la protección del concebido no nacido*. MacGraw-Hill, Madrid, 1997, XVIII + 223 pp.

Monografía sobre los arts. 29 y 30 del Código civil con estudio particular y detenido de la donación y la sucesión por causa de muerte a favor del *nasciturus*. Aunque en el campo sucesorio no se hace referencia a la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte, son de utilidad sus explicaciones sobre las medidas de índole personal y patrimonial que deben adoptarse cuando la viuda queda encinta, los efectos jurídicos del nacimiento, aborto o inexistencia de embarazo y la sucesión del concebido mediante fecundación *post mortem*.

CARBALLO FIDALGO, Marta: *Las facultades del contador-partidor testamentario*. Civitas, Madrid, 1999, 396 pp.

Trabajo, procedente de la tesis doctoral de la autora, sobre la importante cuestión de las facultades del contador-partidor (art. 1057.1 Cc. de aplicación supletoria en Aragón). Se intenta la disección del poder del contador-partidor desde la tensión existente entre el negocio particional y el negocio dispositivo como clave de delimitación. Son objeto de estudio las facultades de liquidación de la sociedad de gananciales, cálculo de legítimas y práctica de la colación, determinación y reparto de los bienes sujetos a reserva, satisfacción de las legítimas en metálico, adjudicaciones de bienes para pago de deudas, entrega de legados e interpretación del testamento. Se completa el trabajo con el estudio de las operaciones que integran la mecánica particional y de las normas a que ha de sujetarse su desarrollo.

Bibliografía

GARCÍA ALMAZOR, José: «Normas comunes a las sucesiones voluntarias», en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Librería General, Zaragoza, 1999, pp. 123-138.

Presentación de este novedoso Título de la Ley de Sucesiones.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: «Comentarios críticos a la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte, de las Cortes de Aragón», *Anuario 1998 de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación*, pp. 83-101.

Notas de urgencia en las que el autor se limita a resaltar, de una parte, los aspectos de la ley que más le llaman la atención desde un punto de vista crítico negativo; luego analiza y expone aquellas otras cuestiones que cree que la Ley, con acierto, ha venido a resolver; por último, aporta un método para tratar de corregir en la práctica esos aspectos que le parecen negativos.

SANCHO-ARROYO Y LÓPEZ-RIOBOO, Javier: «De las sucesiones en general: arts. 40 a 61», en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Librería General, Zaragoza, 1999, pp. 31-43.

Presentación y principales novedades de tales artículos.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Introducción a la Ley aragonesa de Sucesiones por causa de muerte», en *Revista de Economía Aragonesa* (Ibercaja), núm. 8, junio de 1999, pp. 75-98.

El trabajo informa del proceso de elaboración de la Ley de sucesiones, desde su preparación por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil hasta su entrada en vigor el día de Aragón de 1999, da cuenta de su contenido y principales novedades en relación a la Compilación y al Código civil, y pone de manifiesto la importancia de esta Ley para el desarrollo del Derecho civil aragonés.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «De las sucesiones en general: arts. 1 a 39», en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Librería General, Zaragoza, 1999, pp. 13-30.

Consideraciones preliminares sobre la trascendencia del desarrollo del Derecho de sucesiones propiciado por la nueva ley y presentación de las normas generales contenidas en los arts. 1 a 39.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Matrimonio, pareja estable no casada y Derecho de sucesiones», *Aequalitas. Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre mujeres y hombres*, núm. 2, octubre 1999, pp. 27-32.

Partiendo de la superación de las tradicionales discriminaciones legales en perjuicio de la mujer casada y de los hijos no matrimoniales, se comenta la actual licitud de la convivencia extramatrimonial y la constitucionalidad del tratamiento legal más favorable al matrimonio; seguidamente se analizan las

normas del Derecho civil aragonés que aluden o son aplicables también a las parejas de hecho y al intento de la Proposición socialista de lograr una equiparación de efectos con el matrimonio; en materia sucesoria se compara la Ley de Sucesiones con la Ley relativa a Parejas y se afirma que ésta nada añade en lo relativo a pactos sucesorios, testamento mancomunado y fiducia y que las normas sucesorias previstas para los cónyuges no son aplicables por analogía a los miembros de la pareja estable no casada.

VV.AA.: *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Librería General, Zaragoza, 1999, 248 pp.

Según dice la Presentación, se trata del texto de las intervenciones orales de sus autores en las «Jornadas sobre la Ley de Sucesiones» organizadas por el Justicia de Aragón los días 13 y 14 de abril de 1999. Su propósito era (y es también el del libro) proporcionar una primera visión de conjunto del contenido de la Ley, señalar algunas de las mayores diferencias con los preceptos derogados y acaso también suministrar algunas pistas o claves que sus autores creían conocer por su participación en los trabajos prelegislativos. Incluye el texto de la Ley.

72: SUCESIÓN TESTAMENTARIA

721: SUCESIÓN TESTAMENTARIA EN GENERAL

MARTÍNEZ CORTES, JESÚS: «De la sucesión testamentaria: Disposiciones generales, Invalidez e ineficacia de los testamentos», en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Librería General, Zaragoza, 1999, pp. 63-83 y 103-108.

Presentación y principales novedades de estos dos capítulos de la sucesión testamentaria de la nueva Ley de Sucesiones.

723: TESTAMENTO MANCOMUNADO

GARCÍA VICENTE, Fernando: «Del testamento mancomunado», en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Librería General, Zaragoza, 1999, pp. 85-101.

Presentación y principales novedades del testamento mancomunado en la Ley de Sucesiones.

LÓPEZ SUÁREZ, Marcos A.: «El testamento mancomunado o de hermandad otorgado por cónyuges de distinta vecindad civil», en *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho civil vasco*, Real Sociedad Bascongada de los Amigos del País (Comisión de Bizkaia), Bilbao, 1999, pp. 441-459.

Se defiende la posibilidad de un testamento mancomunado otorgado por cónyuges de distinta vecindad civil y se reflexiona sobre la ley aplicable al mismo, distinguiendo entre capacidad, forma y fondo.

73: SUCESIÓN PACCIONADA

BATALLA CARILLA, José Luis: «De la sucesión paccionada» en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Librería General, Zaragoza, 1999, pp. 49-61.

Presentación y principales novedades de este Título de la nueva Ley.

BELUCHE RINCÓN, Iris: «La donación *mortis causa* (desde la prohibición de pactos sucesorios)», *Anuario de Derecho Civil*, 1999-3, pp. 1057-1108.

Se considera poco afortunada la tesis mayoritaria en la doctrina científica y en la jurisprudencia, a cuyo tenor la donación *mortis causa* requiere para su eficacia forma testamentaria, lo que conduce a su identificación con el legado y, en consecuencia, a su supresión del ordenamiento jurídico del Código civil. Se defiende, en cambio, que las donaciones *mortis causa* son una institución con individualidad propia que presenta ventajas perfectamente visibles en relación a los legados.

TORRENTE GIMÉNEZ, Ramón: «De la sucesión paccionada», en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Librería General, Zaragoza, 1999, pp. 45-47.

Presentación y principales novedades de este Título de la nueva Ley.

74: FIDUCIA SUCESORIA

CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «De la fiducia sucesoria», en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Librería General, Zaragoza, 1999, pp. 109-121.

Presentación y principales novedades de esta institución en la Ley de Sucesiones.

75: LEGÍTIMAS

BARRÓN ARNICHES, P de: «La legítima vizcaína: Su confluencia con el principio de troncalidad», *Estudios de Deusto*, vol. 46-1, enero-junio 1998, pp. 41-92.

Trabajo que relaciona estas dos instituciones del Derecho civil de Vizcaya, tanto desde la perspectiva histórica como desde su actual configuración.

CERECEDA MARQUÍNEZ, Joaquín: «De la legítima», en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Librería General, Zaragoza, 1999, pp. 139-151.

Presentación y principales novedades de la nueva regulación de la legítima.

76: SUCESIÓN LEGAL

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «De la sucesión legal» y «Parte final de la Ley», en *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil*, Librería General, Zaragoza, 1999, pp. 153- 162 y 163-171.

Presentación y primeras observaciones a estas partes de la Ley.

9: DERECHO DE OBLIGACIONES

92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA

GARCÍA CANTERO, Gabriel: «El Derecho de abolorio en Aragón», *RJN*, núm. 25, enero-junio 1998, pp. 151-243.

Extenso y documentado trabajo que constituye la aportación del autor a la obra colectiva *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por el Prof. Lacruz Berdejo y, a su fallecimiento, por el Prof. Delgado Echeverría. El origen del trabajo explica su sistemática: se aborda primero el tratamiento conjunto de los arts. 149 y 150 y luego, por separado, el de los arts. 151 y 152 de la Compilación.

LÓPEZ AZCONA, Aurora: «La interpretación judicial del derecho de abolorio: en particular, sobre el criticable uso de la facultad moderadora», *Actas de los VIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza, 10, 17 y 24 noviembre 1998)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 164-171.

La coponente da cuenta de la actitud de los órganos judiciales francamente obstativa al reconocimiento de éste derecho por una interpretación judicial sumamente restrictiva de los presupuestos legales que legitiman el nacimiento del derecho de abolorio y por la defectuosa utilización de la facultad moderadora de los tribunales en conexión con un entendimiento concreto de lo que debe ser la finalidad familiar a la que se subordina el derecho de abolorio.

SERENA PUIG, Santiago: «El derecho de abolorio», *Actas de los VIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés (Zaragoza, 10, 17 y 24 noviembre 1998)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 133-163.

Sintética, pero completa exposición del derecho de abolorio o de la saca: antecedentes, caracteres, naturaleza, elementos personales y reales, contratos que dan lugar al retracto, plazo de ejercicio, caducidad del derecho de abolorio, estatuto, procedimiento, efectos del ejercicio, ejercicio extrajudicial y concurrencia con otros derechos de adquisición preferente.

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) SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (1999)

1

NÚM. 1

S. TSJA 24 de mayo de 1999

6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL

LEGAL: ACTIVO: BIENES COMUNES:
Indemnización por despido: *La indemnización por despido constituye las cantidades obtenidas en función del trabajo o actividad y nunca integran un derecho en razón de la persona sino del trabajo prestado, y por ello como un bien integrado en el art. 37.2 Comp. 0: OTRAS MATERIAS:*
CASACION FORAL: *La supresión en el Estatuto de Autonomía reformado del contenido del art. 29 anterior ha supuesto la pérdida de competencia para conocer de los recursos de casación y revisión, sin que la redacción actual de dicho precepto sirva para justificar que tal competencia subsiste.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 37.2 Comp.; art. 26 TRET; arts. 2.1, 18, 51, 56, 73.1 LOPJ; arts. 2.1, 3, 9, 24, 117 CE y 29 EA Arag.

PONENTE: *Ilma. Sra. Dña. Rosa M^a Bandrés Sánchez-Cruzat.*

VOTO PARTICULAR: *Ilmo. Sr. D. Vicente García-Rodeja Fernández*

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia Aragón ha visto el recurso de casación n^o 9/98, interpuesto frente a la

Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca recurso n^o 81/96 en apelación de autos de Juicio declarativo de Menor Cuantía núm. 364/95 del Juzgado de Primera Instancia de Monzón (Huesca), sobre liquidación de sociedad matrimonial, recurso interpuesto por D^a Carmen Bará Bará representada por el Procurador de los Tribunales D. Isaac Giménez Navarro y dirigida por el Letrado Sr. D. Mariano Bergua Lacasta, siendo parte recurrida y personada D. José Garanto Costa representado por el Procurador de los Tribunales D. José Andrés Isiegas Gerner y dirigido por el letrado Sr. D. Angle Javier Campo Saura.

La cuantía es superior a 6.000.000 de pesetas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La Procuradora de los Tribunales D^a Emma Bestué Riera en nombre y representación de doña Carmen Bará Bará interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia de Monzón (Huesca) demanda de Juicio declarativo ordinario de menor cuantía, siendo parte demandada su esposo, don José Garanto Costa. Tras alegar los hechos y fundamentos de Derecho que estimó pertinentes suplicó al Juzgado dictase sentencia con arreglo a los siguientes pronunciamientos:

Declararse que el inventario del activo y pasivo de la sociedad legal de ganancias que se pretende disolver, formada por la actora y el demandado, es el que se ha descrito en el apartado décimo de la demanda. Condene a la parte demandada a estar y pasar por la anterior declaración. Declare que procede la valoración de tales bienes y la división de los mismos en dos lotes iguales adjudicándose uno al esposo y otro a la esposa. Condene a la parte demandada a estar y pasar por la anterior declaración y a la realización de las operaciones necesarias para ello, en trámites de ejecución de sentencia. Condene en todo caso a la parte demandada al pago de las costas de este juicio.

Segundo: Por la Procuradora de los Tribunales D^a Dolores Medina Blanco en nombre y representación de D. José Garanto Costa se presentó escrito oponiéndose a la demanda en apoyo en los hechos y fundamentos de Derecho que consideró convenientes, para terminar suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que desestimando la demanda formulada de contrario, se declare que el activo y el pasivo de la sociedad legal de gananciales es el fijado por esta parte en el hecho sexto de su oposición a la demanda, con las valoraciones fijadas en el mismo, procediendo a la partición y adjudicación de los mismos en dos lotes, tal como ha precisado esta parte en el hecho séptimo de esta contestación, y con expresa condena en costas de este procedimiento a la parte actora.

Tercero: Practicada la prueba que, propuesta por las partes, fue declarada pertinente y seguido el juicio por sus trámites, el juez de primera instancia de Monzón en fecha 30 de abril de 1996 dictó sentencia, cuyo fallo es del siguiente tenor literal: «Que debo estimar y estimo parcialmente la demanda interpuesta por D^a Carmen Bará Bará representada por la Procuradora Sra. Bestué contra D. José Garanto Costa representado por la Procuradora Sra. Medina, debiendo acordar y acordando: 1) que el ACTIVO del patrimonio consorcial perteneciente a los litigantes comprende diversos bienes, y en cuanto a este recurso interesa:

«G) Crédito de la sociedad consorcial contra D. José Garanto Costa por la

indemnización y finiquito percibido por éste acordado en acto de Conciliación de la UMAC de 24 de noviembre de 1992, con cargo a la empresa POLIDUX S.A., que asciende a 8.083.600 pts. por indemnización y 559.610 pts. por finiquito, debiéndose deducir en ejecución de sentencia de esta última cantidad lo que corresponda a la actividad laboral desarrollada por D. José Garanto Costa desde la fecha de la firmeza de la sentencia de separación hasta el 24 de noviembre de 1992 que deberá considerarse privativa».

También se interesa: «Se procederá en ejecución de sentencia a determinar el valor de las partidas de activo y pasivo que quedan por precisar. Obteniendo el global del activo se reintegrarán por los patrimonios privativos de cada uno de los cónyuges lo que deben a la sociedad y ésta reembolsará a ambos patrimonios privativos lo que a éstos debe, procediéndose a compensar lo que proceda.

Verificado esto, se pagarán las deudas vencidas y asegurarán las pendientes dividiéndose el remanente por mitad, verificándose estas operaciones particionales, en su caso mediante la formación de lotes».

Sobre costas no se hizo especial pronunciamiento.

Cuarto: Frente a dicha Sentencia por la representación legal de D. José Garanto Costa, se presentó recurso de apelación en tiempo y forma que fue resuelto por la Audiencia Provincial de Huesca dictándose sentencia en fecha 7 de mayo de 1997 y cuya parte dispositiva literalmente dice: «Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. José Garanto Costa, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Monzón el día treinta de abril de mil novecientos noventa y seis en los autos anteriormente circunstanciados, debemos revocar y revocamos dicha resolución en los puntos antes mencionados, en consecuencia declaramos que debe excluirse del activo del patrimonio consorcial el piso de la C/ Calvario, como privativo del esposo, sin perjuicio del acuerdo a que hayan podido llegar las partes en orden a su adjudicación con las compensaciones oportunas; deberá calcularse a la fecha de la separación el valor de rescate que

tenía el Plan de Jubilación suscrito con la compañía Santa Lucía, y la cantidad resultante, a determinar en ejecución de sentencia, se incluirá en el activo consorcial, lo mismo que la suma de quinientas cincuenta y nueve mil seiscientos diez pesetas por finiquito, excluyéndose del activo el crédito por importe de ocho millones ochenta y tres mil seiscientas pesetas correspondientes a la indemnización por el puesto de trabajo, omitiendo un pronunciamiento sobre el pago de las costas de esta alzada».

Quinto: Por el Procurador de los Tribunales Sr. D. Isaac Giménez Navarro en nombre y representación de D^a Carmen Bará Bará se anunció el propósito de interponer el recurso de casación contra la sentencia anterior, recurso que por providencia de la Audiencia Provincial de Huesca de fecha 30 de mayo de 1997 se tuvo por preparado ordenando la remisión a la Sala Primera del Tribunal Supremo y emplazando a las partes para comparecencia en el plazo de treinta días. Esta Sala dictó auto de fecha 8 de septiembre de 1998 declarando la competencia para conocer del presente recurso de casación al Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Sexto: Recibidas las actuaciones en esta Sala por providencia de fecha 1 de octubre de 1998 se acordó formar el oportuno rollo de casación; y al observarse que no constaba fecha de emplazamiento de las partes, se reclamó por providencia de 6 de octubre de la Sala Primera del Tribunal Supremo el rollo de casación o testimonio del mismo en que se acreditar dicha fecha así como el escrito presentado por la parte recurrente. Lo que fue verificado. Ratificado el escrito de formalización del recurso de casación ante esta Sala se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal conforme preceptúa el art. 1709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; devolviéndolo con la fórmula de «Visto».

Séptimo: Esta Sala por auto de fecha 3 de marzo de 1999, con Voto Particular de D. Vicente García-Rodeja y Fernández, acordó asumir la competencia funcional para el conocimiento y resolución del presente recurso de casación y admitir el recurso interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Isaac Giménez

Navarro en representación de D^a Carmen Bará Bará por los dos motivos en que se funda: 1º Al amparo del número 4 de art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia infracción del art. 37.2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón redactado por la Ley de Cortes de Aragón nº 3/85, de 21 de Mayo, en relación con la doctrina aplicable al mismo. 2º Al amparo del nº 4 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil consistente en infracción de lo dispuesto en el art. 38 apartado segundo de la compilación del Derecho Civil de Aragón redactado por la Ley de Cortes de Aragón 3/85, de 21 de Mayo.

Se dio traslado del mismo a la parte recurrida, concediéndole el preceptivo plazo de 20 días para su impugnación lo que efectuó quedando unido a las actuaciones.

Octavo: No interesando ambas partes la celebración de vista pública, y no encontrándola necesaria la Sala, se señaló para Deliberación, Votación y Fallo el día 19 de mayo de 1999 a las 10,30 horas, en que tuvo lugar.

Es Ponente la Magistrado Ilma. Sra. D^a Rosa M^a Bandrés y Sánchez-Cruzat.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El primer motivo del recurso de casación se acoge al ordinal 4º del artículo 1692 de la L.E.C. denunciando «infracción de lo dispuesto en el artículo 37.2 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón redactado por la Ley de Cortes de Aragón núm. 3/85 de 21 de mayo en relación con la doctrina aplicable al mismo».

En el desarrollo y apoyo de su tesis señala la parte recurrente, como «no cabe la menor duda de que en nuestro caso estamos ante un importe que deriva de una indemnización por el periodo trabajado durante el matrimonio y como consecuencia un fruto del periodo matrimonial que debe de ser incluido a todas luces como ganancial», añadiendo que «se trata de una indemnización pactada, como una jubilación anticipada, y en consecuencia estamos ante un salario diferido hasta la edad de jubilación que señalaba la parte recurrida» y concluye que «si se trata de un salario adelantado

hasta la jubilación, la naturaleza jurídica del mismo no cabe indicar mas que estamos ante un bien ganancial que debe de ser incluido en el activo de la misma», con apoyo en el argumento de «considerar tales ingresos como bien obtenido por el esposo derivado de su trabajo o actividad y en su consecuencia sometido al régimen común del matrimonio. Así lo entendió la sentencia dictada por el Juzgado de Monzón, si bien la Audiencia exonera parte de ello entendiendo que estamos ante un bien patrimonial inherente a la persona, y por lo tanto lo excluye».

Segundo: El artículo 37 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón denunciado como infringido se encuentra recogido en el Capítulo III, Título IV, Libro I, que reza «Del Régimen matrimonial legal», el cual en su Sección 2ª «De los bienes comunes y privativos», bajo el epígrafe: «Bienes comunes», dice: «Constituyen el patrimonio común: 2º: Los bienes que los cónyuges obtienen de su trabajo o actividad», redacción dada en la Compilación de 8 de abril de 1967 y mantenido en la Ley 3/85 de 21 de mayo de las Cortes de Aragón.

Tercero: El supuesto fáctico litigioso consiste en haber percibido el esposo, unos días después de la sentencia de separación, una indemnización en virtud de rescisión de contrato laboral con la consideración de despido improcedente.

Procede en consecuencia analizar la naturaleza común o privativa de la indemnización que el Sr. Garanto recibió. Esta se produjo como consecuencia de causar baja en la empresa Polidoux, S. A. mediante acto de conciliación 1719 de la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Huesca, por acta del U.M.A.C. donde fijó una cantidad por despido que ascendió a 8.083.600 pts. correspondientes a 35 días de salario por año trabajado y el resto, 559.610 pts. por finiquito, lo que hace un total de 8.643.216 pts. siendo la fecha de dicho acto de conciliación y de baja de la empresa del trabajador, el 24 de noviembre de 1992, es decir, 9 días después de la sentencia de separación. Indemnización y despido que en realidad encubren jurídicamente la jubilación anticipada del demandado, afirmación fáctica recogida

en el fundamento jurídico 5º de la sentencia de primera instancia y no discutida en la alzada, como consta en el 4º fundamento de Derecho.

Y si bien cabría pensar que efectivamente, la indemnización percibida, como señala el recurrente, podría considerarse un salario diferido con base en el concepto que trae el R.D.L. 1/95 de 24 de marzo, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley del Estatuto de Trabajadores, ello sería consecuencia de la presunción derivada de los amplios términos en que se expresa su artículo 26,1º, al decir, que constituye «salario» la totalidad de las percepciones económicas recibidas por el trabajador por la prestación profesional de los servicios laborales; y porque en materia de retribuciones extrasalariales existe la presunción «iuris tantum» de que todo lo que percibe el trabajador del empresario es salario que se conviene como contraprestación del trabajo realizado. Sin embargo en su 2º párrafo, del referido artículo 26 E.T. excluye del concepto de salario aquellas cantidades percibidas por el trabajador que como en el presente caso proceden del concepto de indemnización o suplidos por despido. Sólo son conceptos extrasalariales las indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral (T.S. 3 sec. 4ª SS 23 y 26 de julio de 1996).

Otro de los factores a analizar como posible generador de la indemnización recibida, sería el de la antigüedad del trabajador, de la que cabe decir, que ésta no sólo tiene los efectos económicos, que se manifiestan en la indemnización por despido improcedente regulados en el artículo 561 a) del Estatuto de los Trabajadores, sino que también incide en los ascensos —art. 25 E.T. 1995—, en la elección para delegado de personal —art. 70 E.T. 1995— y para formar la Mesa electoral —art. 73.3 E.T. 1995—, derechos todos ellos de carácter personal. Así se recoge entre otras en la sentencia del T.S.J. Extremadura Sala de los Social de 13 de Septiembre de 1995.

También podría suscitarse la cuestión de distribuir el «quantum» indemnizatorio en dos periodos: el correspondiente al tiempo en que los cónyuges estuvieron

casados y el lapso de tiempo que hubo entre la sentencia de separación y la recepción del monto indemnizatorio que fue de nueve días, para distribuir aquella indemnización proporcionalmente a uno y otro periodo, considerando común el primero y privativo del Sr. Garanto el segundo.

La adopción de tales sistemas tendría su apoyatura en la consideración —como así ocurrió en una primera jurisprudencia del T.S.— de que aquella indemnización era o constituía un «salario diferido». Hoy no acontece así, la indemnización por declaración jurisdiccional de despido improcedente es una indemnización tasada, sin margen alguno discrecional, desde el E.T. Ley 8/80 de 10 de marzo, art., 56, pero sin embargo la actual doctrina del T.S. considera que las indemnizaciones correspondientes a despidos están expresamente excluidas del concepto de salario a efectos de las garantías salariales, y es que las indemnizaciones no retribuyen el trabajo, sino que tratan de reparar el daño que el despido produce. Aunque como señalábamos en la sentencia de nuestra Sala de fecha 25 de noviembre de 1998 con Ponencia del Excmo. Sr. Presidente, éste no siempre se produzca y que las indemnizaciones por despido —o por cualquier otro tipo de cese— no son salario diferido, lo confirma el dato de que no todo cese da lugar a indemnización, así vgr. la dimisión del art. 49.4, la jubilación del trabajador del 49.6 del E.T., etc. Si se tratara de salarios diferidos, también en tales supuestos se devengarían, pero el hecho causante de las indemnizaciones se produce con y por determinados tipos de extinción y sólo con respecto a ellos, y en razón del perjuicio que origina. Por otra parte es de ver que el art. 33 E.T. —regulador de determinadas responsabilidades del F.G.S.— extiende el concepto de salario a «los salarios de tramitación» pero excluye las indemnizaciones —núms. 2 y 3 del art. 33— aunque el Fondo asuma el pago de éstas con determinados límites —núms. 2 y 8 del art. 33—.

A mayor abundamiento, no se produce confusión o equiparación ni tampoco integración de las indemnizaciones por despido —artículo 26.2º E.T.— en los salarios. Las indemnizaciones son derechos reconocidos a los trabajadores, den-

tro de una política legislativa —y por tanto discrecional y cambiante— para compensar o reparar gastos o para paliar sus necesidades o aliviarlos de su situación tras haberse decretado la extinción de la relación laboral (T.S. 11 de mayo de 1992 y 12 de marzo de 1993.)

De los argumentos expuestos resulta que las indemnizaciones objeto de este debate constituyen cantidades obtenidas en función del trabajo o actividad y nunca integran un derecho en razón de la persona sino del trabajo prestado y por ello, como un bien integrado en el artículo 37.2 de la Constitución que el recurrente invoca como infringido y lo ha sido en la realidad, por lo que el motivo es acogido.

Cuarto: La estimación del primer motivo hace innecesario entrar en el estudio del segundo. Actuando como tribunal de instancia, procede revocar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca en lo que es objeto de recurso, pues como queda razonado, debe de incluirse en el activo de la sociedad matrimonial legal la cantidad percibida por el esposo, como indemnización de despido pactada y la derivada de jubilación anticipada, al atribuirse a tal suma la naturaleza de bien común, por lo que queda dicho, admitiendo así dicha pretensión de demanda y confirmando lo resuelto sobre este extremo en la sentencia de primera instancia.

Quinto: No se hace imposición de costas en este recurso y las instancias.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el Procurador de los Tribunales don Isaac Giménez Navarro en nombre y representación de doña Carmen Bará Bará contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca en fecha 7 de mayo de 1997, en juicio ordinario declarativo de menor cuantía, sobre liquidación de sociedad matrimonial, revocando parcialmente la referida sentencia, se estima la pretensión de inclusión, como activo de la sociedad matrimonial legal a disolver, de la cantidad de ocho millones ochenta y tres mil seiscientas pesetas percibida por el esposo como indemnización de

despido pactada, derivada de jubilación anticipada.

Sin imposición de costas en este recurso ni en las instancias.

Librese a la mencionada Audiencia Provincial de Huesca la certificación correspondiente, con remisión de los autos y rollo de apelación recibidos.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, anunciando Voto Particular el Magistrado Ilmo. Sr. Don Vicente García-Rodeja y Fernández.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Ilmo. Sr. D. Vicente García-Rodeja y Fernández a la anterior Sentencia dictada en esta fecha en rollo de casación de esta Sala Civil y Penal del TSJA nº 9/1998.

Con absoluto respeto al acuerdo de la Sala, se formula el presente voto por razones de coherencia y persistencia de los motivos que determinaron el que se hizo en su momento al auto de admisión dictado en estas actuaciones, cuya argumentación viene a ratificarse y ampliarse y sin entrar en la consideración de los temas de fondo sobre los que resuelve la Sentencia.

Nada que objetar al **encabezado y antecedentes** de hecho de la Sentencia; que debería contener lo siguientes:

FUNDAMENTO DE DERECHO

Primero: Es preciso exponer, como fundamentación de los posteriores argumentos que esta Sala, de manera reiterada, y en tres ocasiones anteriores en que se ha planteado el tema de las consecuencias que se derivan de la supresión del art. 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón de 1982, con diversos razonamientos, pero comunes en su contenido ha dicho, como se expresa en el auto de 20 de abril de 1998 que «la Sala quiere dejar constancia de que la supresión en el Estatuto reformado del contenido del art. 29 anterior ha supuesto pérdida de competencia para conocer de los recursos de casación y revisión, sin que la redacción actual de dicho precepto sirva para justificar que tal competencia subsiste, ni que los defectos de técnica legislativa puedan atribuir competencias no

expresamente recogidas en la Ley. Tampoco existe vacío legal ni caben interpretaciones extensivas en materia de competencia y menos aún en materia de recurso de casación, y aún menos puede sostenerse que la referencia al agotamiento de las sucesivas instancias ante este Tribunal (la casación no es una instancia según multitud de sentencias del Tribunal Supremo), en la redacción actual del art. 29 pueda servir de base para tener por cumplida la exigencia de los arts. 73.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que atribuyen a la Sala de lo Civil y Penal de los TT. SS.JJ. el conocimiento de los recursos de casación cuando se trate de infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial, propio de las comunidades autónomas, y **cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución»**

Con anterioridad, en auto de 14 de abril de 1.997 se efectúa la formulación sistemática del problema que en términos generales viene a cerrar el tema afirmando que «la última parte del precepto contenido en el hoy vigente art. 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón cuando expresa que ante dicho Tribunal Superior de Justicia de Aragón se agotarán las sucesivas instancias procesales, de acuerdo con el presente Estatuto, carece de relevancia en relación al recurso de revisión, puesto que en ningún otro precepto de dicho Estatuto se hace ya referencia a la tramitación de los recursos de revisión contra sentencias firmes dictadas por Órganos Judiciales con sede en esta comunidad. Todo ello podría predicarse respecto del recurso de casación»; por auto tan reciente (csic) como el de 3 de febrero del presente año ante nueva demanda de recurso de revisión presentada ante esta Sala, se dictó nueva resolución prácticamente idéntica a la anterior en la que se acordó el archivo de las actuaciones remitiendo a las partes ante el Tribunal Supremo.

La realidad de esta postura no se desconoce en el propio auto de admisión de este recurso.

Segundo: Al dictarse auto del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1.998 y de su reiteración rutinaria en otras actuaciones remitidas (cuando en éstas dicho auto no tenía nada que ver con la causa

de remisión de los autos: la interposición del recurso de casación antes de enero de 1.997, en que entró en vigor la reforma del Estatuto); se dictaron resoluciones por este Tribunal como la de 25 de mayo de 1.998 en que no se apreció que vinculase a este Tribunal el contenido de dichos autos, y por el contrario, en la resolución que ahora se cita, se hizo un análisis prolijo y fundado sobre la imposibilidad de llegar a la atribución de competencia a través de criterios históricos y legislativos, la expresión de la voluntad del legislador, o la realidad social, a que el Tribunal Supremo hace referencia y expresamente se negó que se haya «creado vacío legal de clase alguna con la supresión del art. 29 del Estatuto ya que de la Ley resulta de manera clara y terminante que el recurso de casación es propio del Tribunal Supremo cuando no se den las específicas situaciones de atribución a las Salas de lo Civil y Penal de los TT. SS. JJ. de las correspondientes autonomías, de acuerdo con los arts. 56. 1 de la L.O.P.J. y 1.686 y 1.729 de la L.E.C.».

No es preciso reproducir aquí las distintas argumentaciones de esta Sala en los autos referidos y otros que ponen de manifiesto que el auto de remisión de las actuaciones por el Tribunal Supremo a esta Sala como los anteriores que éste literalmente transcribe, no se han tenido por convincentes en cuanto a su fundamentación ni por este órgano judicial ni por la doctrina científica que se ha pronunciado en estos últimos tiempos en relación al contenido de los mismos.

Sin embargo en las presentes actuaciones se admitió a trámite el recurso de casación a que se refieren los autos remitidos por el Tribunal Supremo, con base en la vinculación con las resoluciones dictadas (autos) por la Sala Primera del Tribunal Supremo, lo que viene a representar lo que se estima graves infracciones que afectan a la legalidad y al valor mismo de la resolución que se dicte entrando en el conocimiento del fondo del asunto, como a continuación se analiza.

Tercero: Se quebranta el principio de legalidad al desconocerse la situación legal antes analizada y al conferir valor vinculante a dichas resoluciones del Tribunal Supremo en general y en el tema

analizado, prescindiendo además de que la jurisprudencia, en todo caso, viene determinado sólo por las Sentencias reiteradas de dicho Tribunal.

La jurisprudencia no puede nunca contradecir la legalidad ni suplir la función legislativa, que no viene atribuida a ningún órgano judicial. El Tribunal Supremo cuya preeminencia en el ámbito jurisdiccional y constitucional nadie pretende poner en duda, en cuanto puede y debe crear jurisprudencia en el ámbito de sus facultades y en la función que le atribuyen los arts. 1.6 y 3.1 del Código Civil, tiene por finalidad la aplicación o interpretación de la ley, y esta interpretación no necesaria más allá del resultado lógico, que no sólo literal, del análisis de las normas que se han venido refiriendo «no puede nunca autorizar al intérprete para modificar o inaplicar la norma y sí sólo para suavizarla hasta donde permita el contenido del texto que entre en juego» como, con toda corrección y claridad de juicio, establece la sentencia del propio Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1.989. En igual sentido se pronuncia unánimemente la doctrina al atribuir a dicha jurisprudencia, esta actuación de aplicación e interpretación de la norma, un valor ejemplarizante pero no vinculante. Según el artículo citado del Código Civil «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**» establecimiento taxativamente que «los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de **resolver en todo caso los asuntos que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecidas**».

Cuarto: De lo antes expresado puede afirmarse el **valor no vinculante de la jurisprudencia**; la que emana del Tribunal Supremo, en función evidente de perfilar la doctrina legal con valor complementario del ordenamiento jurídico solamente tiene el efecto directamente previsto y lo es en el ámbito de la justificación y base del recurso de casación por infracción de la misma (art. 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el sometimiento de un órgano judicial con los criterios de otro superior viene a establecer-

se solamente en virtud de los recursos previstos en las leyes o cuestiones de competencia (arts. 18.1 y 51 y ss. de la L.O.P.J.); estos supuestos que no concurren en el presente caso: — Las resoluciones dictadas por esta Sala en el tema contemplado, afirmando su falta de atribución funcional, son tan firmes como las que ha emitido el Tribunal Supremo no por razón de recurso formulado frente a ellas; — Tampoco el problema creado integra cuestión de competencia, en el sentido del capítulo III Título II (arts. 56 y ss. de la L.O.P.J.), pues estas cuestiones sólo pueden plantearse entre órganos judiciales que, además de pertenecer a un mismo orden jurisdiccional, tienen **atribuidas competencias funcionales equiparables**, y como queda dicho, se llega a la conclusión de que esta Sala no tiene actualmente competencias casacionales ni de revisión, que con carácter genérico se atribuyen en la Ley al Tribunal Supremo.

La referencia que en su momento se hizo por la Sala a la Sentencia del Tribunal Constitucional 54/1.997 de 17 de marzo, necesita una precisión: dicha sentencia, en lo que se cita, viene a señalar el ámbito del Tribunal Constitucional frente al que corresponde a los juzgados ordinarios, especialmente al Tribunal Supremo y si es verdad que en este último ámbito señala que «en el plano de la legalidad, la última palabra corresponde al Tribunal Supremo, a quien está atribuida la función de perfilar la doctrina legal con valor complementario del ordenamiento jurídico (art. 1.6 Código Civil) y por tanto, con significado normativo», lo que realmente puede afirmarse de la sentencia firme de cualquier órgano judicial en cuanto a su valor «normativo», que no debe confundirse con la posibilidad de creación de preceptos generales que corresponde solamente a la ley; añade dicha sentencia también que el Tribunal Constitucional como guardián de las garantías constitucionales (art. 123 CE) puede y debe residenciar cualesquiera decisiones judiciales. En tal sentido, y dentro de tan estricto perímetro hemos dicho en más de una ocasión que una resolución arbitraria manifiestamente irrazonable o cuyo fundamento fuera un

error patente, lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 13/1.995 y las allí recogidas)» y añade más adelante que esto supone «una garantía esencial del justiciable mediante la cual **sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento** y no el fruto de la arbitrariedad (STC 159/92)». De todo lo cual no se deriva una vinculación del juzgador y sí la de razonar dentro de ámbitos lógicos sin error ni arbitrariedad.

Quinto: Directamente derivado del principio de legalidad, surge la independencia judicial inserta en la esencia misma de la función jurisdiccional.

La aplicación necesaria o vinculante de resoluciones dictadas por otros Tribunales, incluido el Tribunal Supremo, en el hacer jurisdiccional de otro órgano judicial, carece de fundamento en especial en materia como es la que aquí se analiza, el ámbito del ejercicio de la jurisdicción que esta Sala tiene atribuida, y basten las siguientes argumentaciones:

A) El art. 117.1 apartado 1º de la Constitución Española define tajantemente que «la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey, por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, **independientes**, inamovibles, responsables y **sometidos únicamente al imperio de la Ley**»

B) La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su art. 1º, reiterando lo establecido por la Constitución establece la independencia de Jueces y Magistrados, sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la Ley.

Igualmente el art. 9.6 establece que «la jurisdicción es **improrrogable**» principio general aplicable, con mayor fundamento que aquél que prevee la norma a los supuestos de falta de competencia objetiva, lo es en el supuesto de autos en que existe falta de competencia objetiva.

C) En otro ámbito, referido al principio esencial de la independencia judicial, el art. 12 en sus núms. 1º y 3º sienta, como no podía ser de otra manera, que en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los jueces y magistrados son indepen-

dientes respecto a todos los órganos judiciales; y por tanto tampoco podrán los Tribunales «dictar instrucciones, de carácter general o particular dirigidas a sus inferiores sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional»

D) La clara conclusión que se deriva, no en interpretación gramatical sino lógica y sistemática, es que los problemas de jurisdicción, competencia y actuación del órgano judicial depende exclusivamente de la Ley y que la independencia en el ejercicio de la jurisdicción lleva a la libertad de aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico al órgano jurisdiccional que resuelve sea cualquiera su grado en la pirámide organizativa y sea cualquiera el tema sobre el que se resuelve; los recursos son la vía de revisión y vinculación, en el caso concreto, con la decisión de un tribunal superior, como ya se señaló y establece el art. 18.1 de la L.O.P.J.; en la aplicación de la ley es evidente que las interpretaciones por otro órgano judicial, en especial las del Tribunal Supremo, cuando llegan a ser convincentes, pueden y deben admitirse, en el ámbito de esa función meramente interpretativa de la norma, pero nunca, existe vinculación a tales resoluciones por parte de los demás órganos judiciales.

Sexto: Los principios constitucionales derivados del art. 24 de la norma fundamental no pueden invocarse para que, dado todo lo expresado, esta Sala tenga que conocer del presente recurso de casación por no haberlo hecho la Sala Civil del Tribunal Supremo a quien se entiende correspondía, pues la **tutela jurídica** adecuada no se cumple dictando resoluciones que no corresponden al órgano jurisdiccional ante el cual se encuentran las actuaciones, con las consecuencias de nulidad a que se harán referencias. El Tribunal Constitucional, como se recoge en alguna de las resoluciones de esta Sala ya citadas, ha dicho, en Sentencia 101/84, que: «la predeterminación legal del juez significa que la Ley, con generalidad y autoridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación en cada caso litigioso permita determinar

cual es el juzgado o tribunal llamado a conocer. El ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales, pero como es obvio, no a cualquiera de ellos, en cualquier caso, sino en cada uno de estos a aquel **órgano judicial que resulte predeterminado por las leyes** según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establece»; y en la Sentencia 30/1997 de 24 de febrero, afirma que esa inadecuación: «un verdadero límite a la jurisdicción que tiene carácter absoluto y no meramente relativo como el de la excepción del art. 533.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta se articula dentro de lo que constituye un presupuesto procesal según el cual al Juez ante quien se plantea un asunto debe estarle atribuida jurisdicción para conocer del mismo, lo cual, a su vez, se integra desde otro punto de vista en el derecho del particular al Juez predeterminado por la ley» Y de la Constitución deriva directamente este límite a su ejercicio puesto que el Tribunal que entiende en un litigio, **rebasando los límites constitucionales o legales de sus atribuciones, no desarrolla una actividad válida.**

Séptimo: Surge, así, el problema del **Juez predeterminado por la ley**, que consagra el art. 2.1 de la Constitución: «el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes» y en su art. 3.1 se reitera que «la jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley y, por último el art. 117.3 y 4 limita la potestad jurisdiccional a los Juzgados o Tribunales «determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimientos que las mismas establecen» sin que puedan ejercer más funciones que «las que expresamente le sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho».

La determinación de las funciones y ámbitos de actuación de los órganos judiciales corresponde a la ley y nunca a otras fuentes del derecho y menos a la jurisprudencia; al no haberse tenido en cuenta esto en la asunción por esta Sala del presente recurso casación, se ha incu-

rrido en el desconocimiento de los criterios de fijación del Juez predeterminado por la ley a que se refiere el art. 24.2 de la norma fundamental.

Octavo: Igualmente viene a romperse el principio de igualdad por parte de esta Sala, adoptando resoluciones distintas sobre la admisión o inadmisión según los autos procedan del Tribunal Supremo o se remitan o inicien directamente las actuaciones a este Tribunal, contrariando uno de los elementos de la tutela judicial efectiva.

Noveno: A partir de lo antes expuesto se pone de manifiesto que existe **falta de competencia funcional** en este Tribunal para el conocimiento de cualquier recurso de casación o revisión cuya atribución correspondió anteriormente por razón del art. 29 del Estatuto de Aragón de 1982 expresamente **suprimido** por la modificación de 1.996 y esta situación no puede llevar a otra conclusión que la Sentencia que se dicte entrando en el conocimiento del recurso será **nula de pleno derecho**, en cuanto asume la competencia para el conocimiento de los autos remitidos por el Tribunal Supremo a quien correspondía el mismo, y así resulta de lo establecido en el art. 238 de la L.O.P.J.

En relación con lo anterior no puede desconocerse lo establecido en el art. 240.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su redacción vigente (dada por la L.O. 5/97 de 4 de diciembre) que posibilita la utilización de la petición de nulidad de las sentencias en los 20 días siguientes a la notificación de la misma.

Décimo: No puede tampoco desconocerse que de acuerdo con lo que se viene estableciendo, una vez que el Tribunal Supremo no ha asumido su función casacional en las presentes actuaciones, se llega a una situación evidente de **denegación del derecho a la obtención de la tutela jurídica** efectiva de los tribunales, a que se refiere el art. 24 de la Constitución antes citada; tal situación no parece imputable a esta Sala; la resolución del estado creado se entiende que excede de los límites de la regulación de la jurisdicción ordinaria.

Undécimo: Habiéndose llegado al trámite de Sentencia como consecuencia de

lo que ya entendió en su momento era una admisión improcedente del recurso, necesariamente ha de dictarse la misma pero su contenido ha de ser de desestimación, teniendo como causa de la misma la que realmente debió de haberse apreciado como de inadmisión, (como fija la reiterada jurisprudencia). Su parte dispositiva ha de poner de manifiesto la falta de competencia funcional dicha y adoptar solamente las medidas que se deriven, la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial correspondiente, con enteramiento a las partes para que la evidente situación de indefensión que se provoca y de falta de la debida protección jurisdiccional, al entenderse corresponde conocer de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, y pueda ejercer ante ésta, las acciones que pudieran corresponderle o, en último término el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Duodécimo: No procede hacer declaración especial sobre costas.

Por todo lo anterior debiera haberse dictado el siguiente FALLO: No ha lugar a admitir la casación interpuesta por la representación procesal de D^a Celia Antón Martínez y en que es parte recurrida, personada, D. José Luis Sola Motilva, en cuanto se hace ante esta Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Entendiéndose que la competencia funcional corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con independencia de las acciones que puedan corresponder a las partes para acudir al amparo ante el Tribunal Constitucional por la situación creada, devuélvanse las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza.

Siendo este el contenido del voto particular, que se pronuncia en Zaragoza a veinticuatro de Mayo de mil novecientos noventa y nueve, igual fecha que la de la Sentencia a que se refiere.

AUTO

En Zaragoza a veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y nueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único: En 24 del actual de dictó Voto Particular, por el que suscribe, en Sen-

tencia de igual fecha en casación núm. 9/98 en que fueron partes como recurrentes D.^a Carmen Bara Bara representada pro el Procurador D. Isaac Giménez Navarro y siendo recurrido D. José Garanto Costa representado por el también Procurador D. José Andrés Isiegas Gerner; en dicho voto se aprecia el error material que se dirá.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero: De acuerdo con el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial las Sentencias y Autos pueden se aclaradas, en cualquier momento en que se observen «errores materiales manifiestos», precepto que no contradice y complementa al contenido en el artículo 363 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Segundo: En el referido Voto Particular y en la parte en que se expresa «debiera haberse dictado el siguiente Fallo» se ha cometido error tan manifiesto como el de alterar los nombres de los intervinientes en el recurso y la Audiencia Provincial de que dimana la causa, por confusión, en el momento de la redacción del mismo, con otro expediente de este mismo Tribunal; y por lo antes dicho, procede su corrección de oficio.

PROCEDIENDO LA CORRECCION DE TALES ERRORES, los dos párrafos finales del Voto deben de redactarse de la siguiente forma:

«Por todo lo anterior debieran haberse dictado el siguiente FALLO: No haber lugar a admitir la casación interpuesta por la representación procesal de D.^a Carmen Bara Bara y en que es parte recurrida, personada, D. José Garanto Costa, en cuanto se hace ante esta Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Entendiéndose que la competencia funcional corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con independencia de las acciones que pueda corresponder a las partes para acudir al amparo ante el Tribunal Constitucional por la situación creada, devuélvanse las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca».

Así por este auto, téngase por corregido el referido Voto Particular, lo que acuerda y firma el Ilmo. Sr. Magistrado D. Vicente García-Rodeja y Fernández.

NUM. 2

S.TSJA 13 de septiembre de 1999

5: FUENTES: «STANDUM EST CHARTAE»: *Como ya tiene declarado esta Sala, este principio constituye un mandato del legislador al Juez para resolver los litigios, debiéndose estar a la voluntad de los otorgantes de la «carta» o documento en que se recoge o expresa dicha voluntad. Consagra así el legislador aragonés el principio de libertad civil, que permite a los ciudadanos aragoneses establecer sus relaciones en la forma y con el contenido que tengan por conveniente, tanto en materia de obligaciones y contratos como en otros ámbitos de Derecho Civil.* **0: OTRAS MATERIAS:** CASACION FORAL: *La supresión en el Estatuto de Autonomía reformado del contenido del art. 29 anterior ha supuesto la pérdida de competencia para conocer de los recursos de casación y revisión, sin que la redacción actual de dicho precepto sirva para justificar que tal competencia subsiste.*

DISPOSICIONES CITADAS: *Observancia 16 De fide instrumentorum; art. 3 Comp.; art. 6.3 Cc.; art. 28 LSRL; arts. 2.1, 18, 51, 56, 73.1 LOPJ; arts. 2.1, 3, 9, 24 117 CE y 29 EA Aragón.*

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Benjamín Blasco Segura

VOTO PARTICULAR: Ilmo. Sr. D. Vicente García-Rodeja Fernández

Visto por esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón recurso de casación núm. 2 de 1.999, contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, en fecha 1 de diciembre de 1.997, rollo de apelación núm. 392 de 1.997, dimanante de autos de juicio declarativo de Menor Cuantía núm. 742 de 1.996 del Juzgado de 1ª Instancia núm. Catorce de esta capital, sobre reclamación de cantidad, instado por D. Enrique Daniel Martín Ayllón, representado por el Procurador de los Tribunales D. José Bibian Fierro y dirigido por el Letrado D. Enrique Sancho Gargallo, siendo demandado D. Amado Charlez García, representado por el Procurador de los Tribunales D. José Manuel Martínez Romasanta y dirigido por el letrado D. Cristobal Ramo Frantiñán.

Siendo la cuantía del procedimiento superior a 6.000.000 de pesetas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Procurador de los Tribunales Sr. Bibián Fierro, en nombre y representación de D. Enrique Daniel Martín Ayllón, formuló demanda de juicio ordinario de menor cuantía frente a D. Amado Charlez García, sobre reclamación de cantidad, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, y suplicando se dictase sentencia por la que se declarase: «La nulidad de la transmisión de las participaciones de D. Amado Charles García a D. Enrique Martín y condene al demandado a la devolución de las cantidades pagadas por D. Enrique Martín más los intereses legales que correspondan, con la imposición de las costas de este juicio».

En propuesta de providencia de 10 de octubre de 1.996, por el Juzgado de 1ª Instancia núm. Catorce, se le dio a las actuaciones el trámite oportuno, acordándose el emplazamiento del demandado, que compareció en tiempo y forma, contestando la demanda oponiéndose a la misma, con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictara sentencia desestimatoria de la demanda, con expresa imposición de costas a la actora.

Abierto el periodo de prueba se practicaron las propuestas y admittidas cuyo resultado obra en las actuaciones.

En fecha 5 de mayo de 1.997, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «FALLO: Que desestimando la demanda planteada por la representación procesal de D. Enrique Martín Ayllón contra D. Amado Charlez García, debo absolver y absuelvo libremente a éste de la pretensión del actor, a quien condeno al pago de las costas procesales generadas».

Segundo: Contra la resolución anterior se presentó recurso de apelación por el Procurador Sr. Bibián Fierro en nombre y representación de D. Enrique Martín Ayllón, que fue tramitado por la Audiencia Provincial de esta ciudad, Sección Cuarta, dictándose sentencia por la misma en fecha 1 de diciembre de 1.997, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «FALLAMOS: Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación del actor Don Enrique

Daniel Martín Ayllón, debemos confirmar y confirmamos la Sentencia dictada en 5 de Mayo de 1.997, por el juzgado de Primera Instancia número Catorce de Zaragoza, en los aludidos autos; con costas de la alzada al apelante».

Tercero: Por el Procurador Sr. Bibián Fierro, en nombre y representación de D. Enrique Daniel Martín Ayllón, se presentó escrito anunciando recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de fecha 1 de diciembre de 1.997, y por Auto de 22 del mismo mes y año, se tuvo por preparado dicho recurso, acordando el emplazamiento de las partes ante la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Recibidas en el Tribunal Supremo las actuaciones, se formalizó el recurso, con los siguientes motivos de casación: «**Primero:** Al amparo del nº 4 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción, en el sentido negativo de inaplicación, del art. 3 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, que en méritos al principio «*standum est chartae*» obliga a estar en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes expresada en pactos y disposiciones, así como inaplicación del art. 28 y concordantes de la Ley 2/1.995, de 23 de marzo, de sociedades de Responsabilidad Limitada; y por inaplicación del art. 6.3 y concordantes del Código Civil, y demás artículos del mismo cuerpo legal que en la defensa del recurso se expresan **Segundo:** Al amparo de nº 4 de art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del art. 24 de la Constitución en relación con el art. 120.3 del mismo texto legal, como expresión de la relación de vinculación del Juez con la Ley y con el sistema de fuentes, por indebida aplicación de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1.992». El Fiscal emitió informe que decía: «El Fiscal en el rollo nº 115/98, evacuando el traslado conferido para dictamen sobre admisibilidad, a tenor de lo dispuesto en el art. 1.709 Ley de Enjuiciamiento Civil, a la Sala DICE: A) Que es de inadmitir el segundo motivo, pues la solución jurídica de la sentencia no constituye infracción de precepto constitucional. Carece de fundamento que la misma infrinja los arts. de la CE (24 y 120.3) a que el motivo se refiere. Así puede dedu-

cirse de la lectura de la sentencia de referencia, en relación con la del motivo en cuestión B) Que el primero de los motivos denuncia infracción de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, por lo que, a tenor de lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 73.1 a), en relación con los arts. 1729 y ss. LEC, la Fiscalía entiende que es competente la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, procediendo la aplicación de lo dispuesto en el párrafo 1º del art. 1731 LEC, habida cuenta del contenido del Estatuto de Autonomía de Aragón.» Con fecha 27 de octubre de 1.998, dictó Auto por el que acordó: «1º No admitir el motivo segundo del recurso, 2º Oír a la parte recurrida, por término de cinco días, acerca de si la competencia para conocer del motivo primero del recurso corresponde a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.» La parte recurrida en sus alegaciones, manifestó: «la competencia para conocer del motivo primero del recurso corresponde a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón». El Tribunal Supremo dictó Auto con fecha 2 de marzo de 1.999, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «Declarar que la competencia para conocer del resto del recurso de casación interpuesto por la Procuradora Dª. África Martín Rico, en nombre y representación de D. Enrique Martín Ayllón, contra la sentencia dictada con fecha 1 de diciembre de 1.997 por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4ª), corresponde a la SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON, a la que en el plazo de cinco días se remitirán las actuaciones y el rollo de apelación previo emplazamiento de las partes para que comparezcan ante la misma en el plazo de diez días».

Cuarto: Recibidas del Tribunal Supremo las actuaciones, en fecha 14 de abril de 1.999, se tuvo por comparecido y parte al Procurador Sr. Bibián Fierro en nombre y representación del recurrente D. Enrique Martín Ayllón y al Procurador Sr. Martínez Romasanta en nombre y representación de D. Amado Charlez García, como recurrido. La parte recurrente ratificó el escrito presentado ante el Alto Tribunal formalizando el recurso.

Pasadas las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, las devolvió con la formula de «Visto». Por la Sala se dictó Auto en 17 de mayo pasado, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «La Sala, POR MAYORIA acuerda: Previa unión del rollo de casación núm. 115/98 del Tribunal Supremo, declarar la competencia funcional para el conocimiento y decisión del presente recurso de casación, interpuesto por el Procurador Sr. Bibián Fierro en nombre y representación de D. Enrique Daniel Martín Ayllón contra la Sentencia de fecha 1 de diciembre de 1.997 dictada por la Sección 4ª de la audiencia Provincial de Zaragoza, aceptar dicha competencia e interpuesto y formalizado como ha sido el recurso de casación por dicha parte, que se admite, dar traslado de la copia del mismo a la recurrida y personada a fin de que pueda formalizar por escrito su impugnación en el plazo de veinte días, durante el cual se le pondrán de manifiesto las actuaciones en la Secretaría.» Por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Vicente García-Rodeja y Fernández, se formuló Voto Paticular, cuya parte final dice: «Por todo ello, la parte dispositiva del Auto debía responder a los términos que se derivan del último fundamento: La inadmisión del recurso de casación interpuesto en las presentes actuaciones con archivo de las mismas, sin perjuicio de que las partes puedan ejercer su derecho en la forma que estime procedente, con la posibilidad de acudir en recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.»

Por el Procurador Sr. Martínez Romasanta, se presento escrito de impugnación dentro de plazo, y en fecha 16 de junio pasado y conforme establece el art. 1.711 de la Ley de Enjuiciamiento civil se señaló para votación y fallo el día 8 de septiembre, día en que se llevo a efecto.

El Ponente el Excmo. Sr. Presidente D. Benjamín Blasco Segura.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Inadmitido por el Tribunal Supremo el segundo de los motivos de casación articulados por el recurrente Sr. Martín, es objeto de la presente censura el análisis y decisión del motivo restante,

esto es, el formulado en primer lugar, basado en el art. 1692 nº 4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Denuncia en él «infracción, en el sentido negativo de inaplicación del art. 3 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón que, en méritos al principio «*standum est chartae*», obliga a estar en juicio y fuera de él, a la voluntad de los otorgantes expresada en pactos y disposiciones, así como inaplicación del art. 28 y concordantes de la Ley 2/1995 de 23 de Marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada y por inaplicación del art. 6.3 y concordantes del Código Civil y demás artículos del mismo cuerpo legal que en la defensa del recurso se expresan».

Aduce, acto seguido y en síntesis, que formula este motivo porque la Sala Sentenciadora no se ha atendido al contenido de la escritura por la que el Sr. Martín (recurrente) adquiriría la titularidad de 7.500 participaciones al Sr. Charlez (recurrido); invoca el apotegma «*standum est chartae*», como fundamento del motivo de casación; cita algunas opiniones del eminente jurisconsulto Profesor Lacruz Berdejo sobre el sentido y alcance respecto del aludido principio y señala algunos aspectos de éste, específicamente, «la eficacia negativa que impide tomar en consideración hechos o actos excluidos de la carta... exponiendo que... el sujeto se obliga en los términos que la carta expresa, no pudiendo su voluntad ser integrada de forma distinta al tenor y sentido del documento». Menciona el art. 1281, con cita de jurisprudencia general sobre interpretación de los contratos; hace punto crucial del art. 28 de la LSRL y lo enlaza con el art. 6, 3º del Código Civil, para aducir que «estamos ante un negocio jurídico declarable nulo de pleno derecho, al imperio del art. 6 de dicho Cuerpo legal» para terminar la exposición del motivo afirmando literalmente que «tanto la doctrina (Garrigues) como la jurisprudencia entiende que la prohibición de transmitir participaciones no inscritas en el Registro, conlleva la nulidad de dicha transmisión».

Llama poderosamente la atención, «a limine litis», la contradicción en la que incurre la parte censurante, la pirueta dialéctica que diseña, al invocar como fundamento del recurso el principio

«*standum est chartae*», aferrado a su eficacia, para terminar afirmando la nulidad radical —no la anulabilidad— de pleno derecho del documento o carta en la que se sustentaba la transmisión de las participaciones sociales.

Bien es verdad, frente al parecer de la parte recurrida, en el aspecto estrictamente formal, que entiende, en esencia, que cada denuncia de infracción precisa un motivo autónomo, que la parte recurrente mezcla diferentes normas jurídicas, pero tal «*modus operandi*» no vicia de ineficacia al motivo. Su exposición, la interrelación entre las normas jurídicas citadas, cumplen las mínimas exigencias de forma, sin que sea de aplicación al caso la jurisprudencia del Tribunal Supremo que le sirve de apoyo. Hay denuncia de infracción, el concepto por la que se hace y la mención de los preceptos que considera quebrantados, con el subsiguiente desarrollo (aún equivocado) en el cuerpo del motivo. No es dable confundir, pues, mínimo de formalismo con carencia del mismo, mejor técnica con buena técnica casacional (STS 14-4-92), exigente de cita puntual de la norma violada y especificación de la infracción con los razonamientos pertinentes, requisitos observados en el caso.

Sin embargo el motivo no puede tener favorable acogida y se impone su desestimación, por las razones que a continuación se expondrán.

Segundo: Patente el modo con el que la parte recurrente en casación instrumenta su escrito, cierto es que aquel, bajo el pretexto de alegar la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia, lo que en realidad pretende es desvirtuar la valoración que de la prueba practicada realizó la Sala, refutarla, sustituyendo los criterios de ésta por el interesado y suyo propio. Olvida de este modo la naturaleza y sentido de la casación civil, reafirmada por constante y pacífica jurisprudencia (Ss. 9-6-95, 24-2-92, por todas): «El desarrollo del motivo casacional no puede consistir en un proceso revisorio de las pruebas practicadas en la instancia, actividad propia y exclusiva del Tribunal «*a quo*», pero inaceptable en casación y mucho más cuando se pretende hacerla a través del cauce procesal de la infracción de ley alegada

conjuntamente con el aspecto fáctico». De ahí que cobra singular relevancia el presupuesto del que hay que partir en la resolución de la presente casación manifestado en las aseveraciones del juez «a quo» deducidas de la probanza practicada: «La operación de venta de participaciones no puede considerarse como algo aislado sino que, en definitiva, no es sino una de las operaciones llevadas a cabo para obtener la finalidad del negocio por parte del hoy actor...», quedando, por ende, acreditado que el hoy recurrente adquirió un negocio en funcionamiento, proclamándose la validez, en cualquier caso, de los contratos privados anteriores y coetáneos a la escritura de transmisión de participaciones sociales en los que se expresó la verdadera intención de los contendientes.

Tercero: Aduce como primera norma infringida la inaplicación del art. 3 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón que, en méritos al principio «*standum est chartae*», obliga a estar en juicio y fuera de él a la voluntad de los otorgantes expresada en pactos y disposiciones.

Sabido es que aquel art. 3 de la Compilación Aragonesa recoge el aludido principio dimanante de la Observancia 16 «*De fide instrumentorum*» en el que el pacto, como generador de derechos y obligaciones, así como de situaciones jurídicas, alcanza una posición primordial en nuestro derecho civil, sin más límites, siguiendo los viejos y tradicionales principios de Derecho Aragonés, que la imposibilidad de cumplimiento o que se trate de pacto contrario a norma imperativa aplicable en nuestra comunidad, y su sentido se extiende a toda la legislación foral, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia con una función integradora en los litigios que se someten —y se sometieron— a los Tribunales, dando un valor creador a la voluntad particular. Recientemente dijimos (Sent. 5-10-98) que «constituye un mandato del legislador al Juez para resolver los litigios, debiéndose estar a la voluntad de los otorgantes de la «carta» o documento en el que se recoge y expresa dicha voluntad. Consagra el legislador aragonés, dentro del título preliminar de la Compilación y bajo la rubrica «Las normas en el derecho civil de Aragón» el principio de

la libertad civil, que permite a los ciudadanos aragoneses establecer sus relaciones en la forma y con el contenido que tengan por conveniente, tanto en materia de obligaciones y contratos como en otros ámbitos del derecho civil», con los únicos límites antes consignados. Afirmación clara que obliga a proclamar la validez del pacto aunque contravenga el fuero —(pactos rompen fueros)—.

De ahí que sorprende sobremanera que la parte recurrente alegue en el motivo que denuncia infracción del art. 3 de la Compilación, por inaplicación, esto es, porque no se ha aplicado el principio y a la vez, con posterioridad, interesar la declaración de nulidad radical de la carta —(escritura pública de transmisión de 7.500 participaciones sociales y correspondientes precontratos)—, ciertamente absurdo proceder que es rechazable por directa aplicación del apotegma de interdicción de la interpretación que conduce al absurdo.

Cuarto: Dentro del primer motivo extiende la censura a denunciar, bajo el mismo amparo procesal, la inaplicación del art. 28 y concordantes de la ley 2/1995 de 23 de Marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada e inaplicación del art. 6.3 y concordantes del Código Civil y los demás artículos del mismo cuerpo legal que en la defensa del recurso se expresan.

Sin embargo queda asimismo abocado al fracaso.

En síntesis y para expresarlo de una manera llana viene a exponer que la falta de inscripción registral de la transmisión de 7.500 participaciones sociales determina una nulidad radical, conclusión que de ninguna manera comparte la Sala. Sanciona el n° 3 del art. 6 del Código Civil que se denuncia infringido que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

En la hermeneútica de este precepto nuestro Tribunal Supremo ha declarado que los actos contrarios a la ley se agrupan en: 1) nulidad fundada en precepto específico, que ha de decretarse incluso de oficio. 2) actos contrarios a la ley, no

obstante válidos y 3) actos en que el legislador no expresa su validez o nulidad, en cuyo caso decide el arbitrio judicial, según las circunstancias (STS 17-10-1987, por todas). Asimismo que «la nulidad de los actos contrarios a la Ley requiere que la norma infringida sea imperativa o prohibitiva, siendo entonces la nulidad de pleno derecho del acto» (STS 25-6 y 26-11-68).

Téngase también en cuenta que los negocios jurídicos son nulos cuando se celebran contra la ley imperativa o prohibitiva y la norma que la contiene es *lex perfecta*, es decir, no establece para la contravención efecto distinto de la nulidad según dicho n° 3 del art. 6 del Código Civil. Las consecuencias consisten, en esencia, en que el contrato nulo —nulo radical califica la parte recurrente— carece inicial y perpetuamente de todo efecto negocial.

La situación jurídica permanece como estaba antes del contrato y los interesados, los contendientes en el conflicto pueden seguir comportándose a tenor de ellos como si aquel no existiese.

Del cotejo de los hechos con esta clase de invalidez postulada claramente se colige que no puede predicarse tal nulidad del comportamiento real y procesal acaecido en el relato de autos.

Quinto: Invoca el recurrente el contenido del art. 28 de la LSRL —Ley 2/1995, de 23 de marzo— «hasta la inscripción de... acuerdo de aumento del capital en el Registro Mercantil no podrán transmitirse las participaciones sociales» y anuda su incumplimiento a la sanción del art. 6.3° Código Civil, calificando de nulidad radical la escritura de transmisión entre los contendientes. Sin embargo tal petición no puede acogerse favorablemente. Como manifiesta la STS de 16-7-1992 en un caso muy similar al presente: «no es aplicable la pretendida sanción de nulidad a un contrato surgido de las libres voluntades concertadas de los intervinientes en el mismo... de modo que la necesidad de forma en los pactos como el controvertido, no representa una solemnidad absoluta determinante de su NULIDAD, sino precisión que han de observar las partes para la plena transmisión de las acciones enajenadas...» acarreando en este caso la falta de inscrip-

ción en el Registro Mercantil de la ampliación de capital, no la nulidad radical, sino la concurrencia de un mero defecto formal al ser conocedor el censurante de aquella circunstancia, pues no le impidió ejercitar sus derechos como socio ni le causó perjuicio alguno, según resulta de la relación fáctica firme: Como bien se afirma de contrario, el recurrente adquirió un negocio por el que pagó un precio, operación de compraventa instrumentada inicialmente en diferentes convenios privados, siendo la compraventa de participaciones sociales uno de los medios para llegar al fin último que era la plena adquisición y consiguiente titularidad de dicho negocio.

Resta por consignar, finalmente, la absoluta gratuidad de las afirmaciones que hace la parte recurrente al final del motivo. «Tanto la doctrina (Garrigues) como la jurisprudencia —dice—entienden que la prohibición de transmitir participaciones no inscritas en el Registro conlleva la nulidad de dicha transmisión». Ni la opinión doctrinal (que no se explicita) aunque sea de gran altura científica, sirve en el ordenamiento jurídico español para fundamentar un recurso de casación, ni la genérica alusión a la jurisprudencia, sin cita de Sentencia alguna, permiten efectuar razonamiento complementario de ningún tipo.

Sexto: El rechazo del motivo del recurso conlleva la desestimación de éste, con imposición de costas a la parte recurrente, según lo establecido en el párrafo final del art. 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLO

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de D. Enrique Martín Ayllón contra la Sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, en fecha 1 de diciembre de 1997, rollo 392/97 con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en este recurso.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala enviados en su día.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

anunciando Voto Particular el Ilmo. Sr. Magistrado D. Vicente García-Rodeja y Fernández.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Ilmo. Sr. D. Vicente García-Rodeja y Fernández a la anterior Sentencia dictada en esta fecha en rollo de casación de esta Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm. 2/99.

Con absoluto respeto al acuerdo de la Sala, se formula el presente voto por razones de coherencia y persistencia de los motivos que determinaron el que se hizo en su momento al auto de admisión dictado en estas actuaciones, cuya argumentación viene a ratificarse y ampliarse y sin entrar en la consideración de los temas de fondo sobre los que resuelve la Sentencia.

Nada que objetar al **encabezado y antecedentes de hecho** de la Sentencia; que debería contener los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Es preciso exponer, como fundamentación de los posteriores argumentos que esta Sala, de manera reiterada, y en ocasiones anteriores en que se ha planteado el tema de las consecuencias que se derivan de la supresión del art. 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón de 1.982, con diversos razonamientos, pero comunes en su contenido ha dicho, como se expresa en el auto de 20 de abril de 1.998 que «la Sala quiere dejar constancia de que la supresión en el Estatuto reformado del contenido del art. 29 anterior ha supuesto pérdida de competencia para conocer de los recursos de casación y revisión, sin que la redacción actual de dicho precepto sirva para justificar que tal competencia subsiste, ni que los defectos de técnica legislativa pueden atribuir competencias no expresamente recogidas en la Ley. Tampoco existe vacío legal ni caben interpretaciones extensivas en materia de competencia y menos aun en materia de recurso de casación, y aún menos puede sostenerse que la referencia al agotamiento de las sucesivas instancias ante este Tribunal (la casación no es una instancia según multitud de sentencias del

Tribunal Supremo), en la redacción actual del art. 29 pueda servir de base para tener por cumplida la exigencia de los arts. 73.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que atribuyen a la Sala de lo Civil y Penal del TT.SS.JJ. el conocimiento de los recursos de casación cuando se trate de infracción de las normas de derecho civil, foral o especial, propio de las comunidades autónomas, y **cundo el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución».**

Con anterioridad, en auto de 14 de abril de 1.997 se efectúa la formulación sistemática del problema que en términos generales viene a cerrar el tema afirmando que «la última parte del precepto contenido en el hoy vigente art. 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón cuando expresa que ante dicho Tribunal Superior de Justicia de Aragón se agotarán las sucesivas instancias procesales, de acuerdo con el presente Estatuto, carece de relevancia en relación al recurso de revisión, puesto que en ningún otro precepto de dicho Estatuto se hace ya referencia a la tramitación de los recursos de revisión contra sentencias firmes dictadas por Órganos Judiciales con sede en esta comunidad. Todo ello podría predicarse respecto del recurso de casación»; por auto tan reciente como el de 3 de febrero del presente año ante nueva demanda de recurso de revisión presentada ante esta Sala, se dictó nueva resolución prácticamente idéntica a la anterior en la que se acordó el archivo de las actuaciones remitiendo a las partes ante el Tribunal Supremo.

La realidad de esta postura no se desconoce en el propio auto de admisión de este recurso.

Segundo: Al dictarse auto del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1.998 y de su reiteración rutinaria en otras actuaciones remitidas (cuando en éstas dicho auto no tenía nada que ver con la causa de remisión de los autos: la interposición del recurso de casación antes de enero de 1.997, en que entró en vigor la reforma del Estatuto); se dictaron resoluciones por este Tribunal como la de 25 de mayo de 1.998 en que no se apreció que vinculase a este Tribunal el contenido de

dichos autos, y por el contrario, en la resolución que ahora se cita, se hizo un análisis prolijo y fundado sobre la imposibilidad de llegar a la atribución de competencia a través de criterios históricos y legislativos, la expresión de la voluntad del legislado o la realidad social, a que el Tribunal Supremo hace referencia y expresamente se negó que se haya «creado vacío legal de clase alguna con la supresión del art. 29 del Estatuto ya que de la Ley resulta de manera clara y terminante que el recurso de casación es propio del Tribunal Supremo cuando no se den las específicas situaciones de atribución a las Salas de lo Civil y Penal de los TT. SS. JJ de las correspondiente autonomías, de acuerdo con los arts. 56. 1 de la L.O.P.J. y 1.686 y 1.729 de la L.E.C.».

No es preciso reproducir aquí las distintas argumentaciones de esta Sala en los autos referidos y otros que pone de manifiesto que el auto de remisión de las actuaciones por el Tribunal Supremo a esta Sala como los anteriores que este literalmente transcribe, no se han tenido por convincentes en cuanto a su fundamentación ni por este órgano judicial ni por la doctrina científica que se ha pronunciado en estos últimos tiempos en relación al contenido del mismo.

Sin embargo en las presentes actuaciones se admitió a trámite el recurso de casación a que se refieren los autos remitidos por el Tribunal Supremo, con base en la vinculación con las resoluciones dictadas (autos) por la Sala Primera del Tribunal Supremo, lo que viene a representar lo que se estiman graves infracciones que afectan a la legalidad y al valor mismo de la resolución que se dicte entrando en el conocimiento del fondo del asunto, como a continuación se analiza.

Tercero: Se quebranta el principio de legalidad al desconocerse la situación legal antes analizada y al conferir valor vinculante a dichas resoluciones del Tribunal Supremo en general y en el tema analizado, prescindiendo además de que la jurisprudencia, en todo caso, viene determinada solo por las **Sentencias reiteradas** de dicho Tribunal.

La jurisprudencia no puede nunca contradecir la legalidad ni suplir la función legislativa, que no viene atribuida a

ningún órgano judicial. El Tribunal Supremo cuya preeminencia en el ámbito jurisdiccional y constitucional nadie pretende poner en duda, en cuanto puede y debe crear jurisprudencia en el ámbito de sus facultades y en la función que le atribuyen los arts. 1.6 y 3.1 del Código Civil, tiene por finalidad la **aplicación o interpretación de la ley**, y esta interpretación no necesaria mas allá del resultado lógico, que no solo literal, del análisis de las normas que se han venido refiriendo «no puede nunca autorizar al intérprete para modificar o inaplicar la norma y sí solo para suavizarla hasta donde permita el contenido del texto que entre en juego» como, con toda corrección y claridad de juicio, establece la sentencia del propio Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1.989. En igual sentido se pronuncia unánimemente la doctrina al atribuir a dicha jurisprudencia, esta actuación de aplicación e interpretación de la norma un valor ejemplarizante pero no vinculante. Según el artículo citado del Código Civil «la jurisprudencia complementara 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» estableciendo taxativamente que «los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de **resolver en todo caso los asuntos que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecidas**».

Cuarto: De lo antes expresado puede afirmarse **el valor no vinculante de la jurisprudencia**; la que emana del Tribunal Supremo, en función evidente de perfilar la doctrina legal con valor complementario del ordenamiento jurídico y como en estas propias actuaciones se expresa la doctrina jurisprudencial cumple tres tipos de funciones: 1- La interpretación de la norma, estableciendo el alcance, la inteligencia con la significación de las expresiones ambiguas u oscuras; 2- La consagración de los principios jurídicos de interpretación de la norma, cuando se introducen en ella variantes, que, sin aparecer expresamente en las mismas, son exigidas por su coherencia sistemática dentro del ordenamiento; y, 3- La consagración de los principios jurídicos generales, extrayéndolos del ordenamiento y la aplicación a procesos de

concreción de las reglas exigidas por tales principios.

El efecto directamente previsto para la jurisprudencia está en el ámbito de la justificación y base del recurso de casación por infracción de la misma (art. 1692.4° de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El sometimiento de un órgano judicial con los criterios de otro superior viene a establecerse solamente en virtud de los recursos previstos en las leyes o cuestiones de competencia (arts. 18.1 y 51 y ss. de la L.O.P.J.).

Estos supuestos que no concurren en el presente caso: —Las resoluciones dictadas por esta Sala en el tema contemplado, afirmando su falta de atribución funcional, son tan firmes como las que ha emitido el Tribunal Supremo no por razón de recurso formulado frente a ellas; —Tampoco el problema creado integra cuestión de competencia, en el sentido del capítulo III Título II (arts. 56 y ss. de la L.O.P.J.), pues estas cuestiones solo pueden plantearse entre órganos judiciales que, además de pertenecer a un mismo orden jurisdiccional, tienen atribuidas competencias funcionales equiparables, y como queda dicho, se llega a la conclusión de que esta Sala no tiene actualmente competencias casacionales ni de revisión, que con carácter genérico se atribuyen en la Ley al Tribunal Supremo.

La referencia que en su momento se hizo por la Sala al art. 123 de la Constitución de que el Tribunal Supremo «es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes», principio de tal generalidad que no tiene aplicación al caso que se contempla ni tal situación preeminente se pone en duda. En cuanto a la Sentencia del Tribunal Constitucional 54/1.997 de 17 de marzo, necesita una precisión: dicha sentencia, en lo que se cita viene a señalar el ámbito del Tribunal Constitucional frente al que corresponde a los juzgados ordinarios, especialmente al Tribunal Supremo y si es verdad que en este último ámbito señala que «en el plano de la legalidad, la última palabra corresponde al Tribunal Supremo, a quien está atribuida la función de perfilar la doctrina legal con valor comple-

mentario del ordenamiento jurídico (art. 1.6 Código Civil) y por tanto, con significado normativo», lo que realmente puede afirmarse de la sentencia firme de cualquier órgano judicial en cuanto a su valor «normativo», que no debe confundirse con la posibilidad de creación de preceptos generales que corresponde solamente a la ley; añade dicha sentencia también que el Tribunal Constitucional como guardián de las garantías constitucionales (art. 123 CE) » puede y debe residenciar cualesquiera decisiones judiciales. En tal sentido, y dentro de tan estricto perímetro hemos dicho en más de una ocasión que una resolución arbitraria manifiestamente irrazonable o cuyo fundamento fuera un error patente, lesiona el derecho a la Tutela Judicial efectiva (SSTC 13/1.995 y las allí recogidas) » y añade más adelante que esto supone «una garantía esencial del justiciable mediante la cual **sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento** y no el fruto de la arbitrariedad (STC 159/92) ». De todo lo cual no se deriva una vinculación del juzgador y sí la necesidad de razonar dentro de ámbitos lógicos, sin error ni arbitrariedad, en sus resoluciones, por todos los órganos judiciales incluido el propio Tribunal Supremo.

Quinto: Directamente derivado del principio de legalidad, surge la **independencia judicial** inserta en la esencia misma de la función jurisdiccional.

La aplicación necesaria o vinculante de resoluciones dictadas por otro Tribunal, incluido el Tribunal Supremo, en el hacer jurisdiccional de otro órgano judicial, carece de fundamento en especial en materia como es la que aquí se analiza, el ámbito del ejercicio de la jurisdicción que esta Sala tiene atribuida, y basten las siguientes argumentaciones:

A) El art. 117. 1 apartado 1° de la Constitución Española define tajantemente que «la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey, por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, **independientes**, inamovibles, responsables y **sometidos únicamente al imperio de la Ley**».

B) La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su art. 1º, reiterando lo establecido por la Constitución establece la independencia de Jueces y Magistrados, sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la Ley.

Igualmente el art. 9.6 establece que «la jurisdicción es improrrogable» principio general aplicable, con mayor fundamento que aquel que preve la norma a los supuestos de falta de competencia objetiva, lo es en el supuesto de autos en que existe falta de competencia objetiva.

C) En otro ámbito, referido al principio esencial de la independencia judicial, el art. 12 en sus núms. 1º y 3º sienta, como no podía ser de otra manera, que en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los jueces y magistrados son **independientes respecto a todos los órganos judiciales**; y por tanto tampoco podrán los Tribunales «dictar instrucciones, de carácter general o particular dirigidas a sus inferiores sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional»

D) La clara conclusión que se deriva, no en interpretación gramatical sino lógica y sistemática, es que los problemas de jurisdicción, competencia y actuación del órgano judicial **depende exclusivamente de la LEY** y que la independencia en el ejercicio de la jurisdicción lleva a la libertad de **aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico** al órgano jurisdiccional que resuelve, sea cualquiera su grado en la pirámide organizativa y sea cualquiera el tema sobre el que se resuelve; los recursos son la vía de revisión y vinculación, en el caso concreto, con la decisión de un tribunal superior, como ya se señaló y establece el art. 18.1 de la L.O.P.J; en la aplicación de la ley es evidente que las interpretaciones por otro órgano judicial, en especial las del Tribunal Supremo, cuando llegan a ser convincentes, pueden y deben admitirse, en el ámbito de esa función meramente interpretativa de la norma, pero nunca, existe vinculación a tales resoluciones por parte de los demás órganos judiciales.

Sexto: Los principios constitucionales derivados del art. 24 de la norma fundamental no pueden invocarse para que, dado todo lo expresado, esta Sala tenga

que conocer del presente recurso de casación por no haberlo hecho la Sala Civil del Tribunal Supremo a quien se entiende correspondía, pues la **tutela jurídica** adecuada no se cumple dictando resoluciones que no corresponden al órgano jurisdiccional ante el cual se encuentran las actuaciones, con las consecuencias de nulidad a que se harán referencia. El Tribunal Constitucional, como se recoge en alguna de las resoluciones de esta Sala ya citadas, ha dicho, en Sentencia 101/84, que: «la predeterminación legal del juez significa que la Ley, con generalidad y autoridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación en cada caso litigioso permita determinar cual es el juzgado o tribunal llamado a conocer. El ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales, pero como es obvio, no a cualquiera de ellos, en cualquier caso, sino en cada uno de estos a **aquel órgano judicial que resulte predeterminado por las leyes** según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establece»; y en la Sentencia 30/1997 de 24 de febrero, afirma que es esa inadecuación: «un verdadero límite a la jurisdicción que tiene carácter absoluto y no meramente relativo como el de la excepción del art. 533.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta se articula dentro de lo que constituye un presupuesto procesal según el cual al Juez ante quien se plantea un asunto debe estarle atribuida jurisdicción para conocer del mismo. lo cual, a su vez, se integra desde otro punto de vista en el derecho del particular al **Juez predeterminado por la ley**». Y de la Constitución deriva directamente este límite a su ejercicio puesto que el Tribunal que entiende en un litigio, **rebasando los límites constitucionales o legales de sus atribuciones, no desarrolla una actividad válida.**

Séptimo: Surge, así, el problema del **Juez predeterminado por la ley**, que consagra el art. 2.1 de la Constitución: «el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes» y en su art. 3. 1 se reitera que «la jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta

Ley y, por último el art. 117.3 y 4 limita la potestad jurisdiccional a los Juzgados o Tribunales «determinados por la leyes, según las normas de competencia y procedimientos que las mismas establecen» sin que puedan ejercer más funciones que «las que expresamente le sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho».

La determinación de las funciones y ámbitos de actuación de los órganos judiciales corresponde a la ley y nunca a otras fuentes del derecho y menos a la jurisprudencia; al no haberse tenido en cuenta esto en la asunción por esta Sala del presente recurso casación, se ha incurrido en el desconocimiento de los criterios de fijación del Juez predeterminado por la ley a que se refiere el art. 24. 2 de la norma fundamental.

Octavo: Igualmente viene a romperse el principio de igualdad por parte de esta Sala, adoptando resoluciones distintas sobre la admisión o inadmisión según los autos procedan del Tribunal Supremo o se remitan o inicien directamente las actuaciones a este Tribunal, contrariando uno de los elementos de la tutela judicial efectiva.

Noveno: A partir de lo antes expuesto se pone de manifiesto que existe **falta de competencia funcional** en este Tribunal para el conocimiento de cualquier recurso de casación o revisión cuya atribución correspondió anteriormente por razón del art. 29 del Estatuto de Aragón de 1.982 expresamente suprimido por la modificación de 1.996 y esta situación no puede llevar a otra conclusión que la Sentencia que se dicte entrando en el conocimiento del recurso será nula de pleno derecho, en cuanto asume la competencia para el conocimiento de los autos remitidos por el Tribunal Supremo a quien correspondía el mismo, y así resulta de lo establecido en el art. 238 de la L.O.P.J.

En relación con lo anterior no puede desconocerse lo establecido en el art. 240.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su redacción vigente (dada por la L.O. 5/97 de 4 de diciembre) que posibilita la utilización de la petición de nulidad de las sentencias en los 20 días siguientes a la notificación de la misma.

Décimo: No puede tampoco desconocerse que de acuerdo con lo que se viene estableciendo, una vez que el Tribunal Supremo no ha asumido su función casacional en las presentes actuaciones, se llega a una situación evidente de denegación del derecho a la obtención de la tutela jurídica efectiva de los tribunales, a que se refiere el art. 24 de la Constitución antes citada; tal situación no parece imputable a esta Sala; la resolución del estado creado se entiende que excede de los límites de la regulación de la jurisdicción ordinaria.

Undécimo: Habiéndose llegado al trámite de Sentencia como consecuencia de lo que ya se entendió en su momento era una admisión improcedente del recurso, necesariamente ha de dictarse la misma pero su contenido ha de ser de desestimación, teniendo como causa de la misma la que realmente debió de haberse apreciado como de inadmisión, (como fija la reiterada jurisprudencia). Su parte dispositiva ha de poner de manifiesto la falta de competencia funcional dicha y adoptar solamente las medidas que se deriven, la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial correspondiente, con enteramiento a las partes para que la evidente situación de indefensión que se provoca y de falta de la debida protección jurisdiccional, al entenderse corresponde conocer de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, y pueda ejercer ante ésta, las acciones que pudieran corresponderle o, en último término el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Duodécimo: No procede hacer declaración especial sobre costas.

Por todo lo anterior debiera haberse dictado el siguiente FALLO: No ha lugar a admitir la casación interpuesta por la representación procesal de D. Enrique Daniel Martín Ayllón y en que es parte recurrida, personada, D. Amado Charlez García, en cuanto se hace ante esta Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en lo no resuelto en su día por el Tribunal Supremo.

Entendiéndose que la competencia funcional corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con independencia de las acciones que puedan corresponder a las partes para acudir al ampa-

ro ante el Tribunal Constitucional por la situación creada, devuélvanse las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza.

Siendo este el contenido del voto particular, que se pronuncia en Zaragoza a trece de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

3

NUM. 3

S.TSJA de 6 de octubre de 1999

5: FUENTES: DERECHO SUPLETORIO: El art. 1.398 Cc es de aplicación en Aragón, pues así lo establece el art. 1.2 Comp. que considera al Derecho civil general del Estado como supletorio en defecto de norma aragonesa directamente aplicable. Dicho precepto del Código civil, regulador de la disolución y liquidación de la comunidad conyugal, se funda en similares principios que los sustentados para dicha materia en el Derecho aragonés. 6631: **RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL:** activo: **BIENES COMUNES:** Las gananciales obtenidas en la empresa G. Z., S. A. integran el patrimonio consorcial conforme al art. 37.3 Comp., que declara patrimonio común los frutos de los bienes privativos. Y no puede ser obstáculo a esta consideración la forma de sociedad anónima bajo la cual actuaba la indicada empresa, ya que se ha constatado el carácter privativo del negocio respecto del patrimonio del recurrente, quien había suscrito la mayor parte de las acciones, continuando bajo esta forma social un negocio precedente, resultando, además, ser el marido administrador único de la sociedad. 6632: **RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: PASIVO:** **DEUDAS COMUNES:** Derivadas del ejercicio del comercio: El aval prestado por el esposo a la empresa de la que él era titular se incluye en el art. 41.5 Comp. al señalar éste como cargas de la comunidad las deudas de cualquiera de los cónyuges cuando hayan sido contraídos en ejercicio de una actividad útil a la comunidad. En estos casos, no es preciso que se haya producido un efectivo beneficio para la comunidad, sino que basta con constatar la utilidad de la actividad que desarrollaba el cónyuge en cuyo ámbito se generó la deuda. Ríntegros y reembolsos: Resulta inaplicable el art. 47.1 Comp., ya que el inmueble

(aun cuando era privativo del marido) fue rematado en el procedimiento de apremio y se percibió por él la cantidad necesaria para el pago de la deuda (que era común), pero ningún lucro personal o enriquecimiento sin causa obtuvieron ni la parte recurrida (la esposa) ni la sociedad conyugal. 6635: **RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: LIQUIDACION Y DIVISION: INVENTARIO:** El art. 1398.2 Cc. es aplicable supletoriamente en Aragón (art. 1.2 Comp.), si bien en el caso de autos no ha sido infringido, pues la enajenación forzosa del bien privativo a través del procedimiento de apremio, no es equiparable a los supuestos en que se enajena un bien privativo para satisfacer con su importe deudas comunes, o se satisfacen dichas deudas a través del pago por cesión de bienes o dación en pago. 0: **OTRAS MATERIAS:** CASACION FORAL: La supresión en el Estatuto de Autonomía reformado del contenido del art. 29 anterior ha supuesto la pérdida de competencia para conocer de los recursos de casación y revisión, sin que la redacción actual de dicho precepto sirva para justificar que tal competencia subsiste.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 37.3, 41.5, 52, 47.1 Comp.; arts. 1.6, 3, 1232, 1274 y 1398.2 Cc.; arts. 2.1, 18, 51, 56, 73.1 LÓPJ; arts. 2.1, 3, 9, 24, 117 CE y 29 EA Arag.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri Salinas.

VOTO PARTICULAR: Ilmo. Sr. D. Vicente García-Rodeja Fernández.

Visto por esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón el recurso de casación núm. 7 de 1998, contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, en fecha 17 de junio de 1997, rollo de apelación núm. 550 de 1996, dimanante de autos de juicio declarativo de Menor Cuantía núm. 1409 de 1995 del Juzgado de 1ª Instancia núm. Seis de esta capital, sobre liquidación de la sociedad de gananciales, instado por D. Rufino Lezcano Gálvez, representado por la Procurador de los Tribunales Dª. Mª. José Cabeza Irigoyen y dirigido por el Letrado D. Alfredo Alvarez Alcolea, siendo recurrida Dª Mª del Rosario Latorre García, representada por el Procurador de los Tribunales D. Isaac Gime-

nez Navarro y dirigida por el Letrado D. Joaquín Guerrero Peyrona.

La cuantía del procedimiento es superior a 6.000.000 de pesetas.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: El Procurador de los Tribunales Sr. Gimenez Navarro, en nombre y representación de D^a. M^a. del Rosario Latorre García, formuló demanda de juicio ordinario de menor cuantía frente a D. Rufino Lezcano Gálvez, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, y terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: «a) Se declare procedente la liquidación de la sociedad consorcial que existió entre las partes de esta litis. b) Se declare formado el inventario con arreglo a lo señalado en el Hecho tercero de esta demanda, que se completará en cuanto a cifras y a valores tras la práctica de prueba y en el escrito de conclusiones. c) Se declare que, establecido el remanente, conforme al art. 1404 del Código Civil, la mitad del mismo corresponde a cada cónyuge dejando para ejecución de sentencia la configuración de dos lotes equivalentes y la venta en pública subasta de los bienes indivisibles con el consiguiente reparto del metálico que se obtenga. d) Se condene al demandado al pago de las costas de este proceso».

En propuesta de providencia de 25 de noviembre de 1995, por el Juzgado de 1^a Instancia núm. Seis se dio a las actuaciones el trámite oportuno, acordándose el emplazamiento del demandado, quién compareció en tiempo y forma, contestando la demanda y oponiéndose a la misma, con base en los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando dictase sentencia por la que: «a) Se desestime la demanda en cuanto a la pretensión de que se forme el inventario con arreglo a lo señalado en el hecho tercero de la demanda. b) Se desestime la demanda en cuanto a la pretensión de que se condene a mi mandante al pago de las costas. c) En consecuencia, se absuelva a mi representado de dichas dos pretensiones». Por Otrosí, formuló demanda reconvenzional en base a los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminó suplicando se dictase

sentencia por la que estimando la demanda reconvenzional: «a) se declare formado el inventario de la sociedad consorcial de las partes, comprensivo de activo y pasivo, con arreglo a lo consignado en los hechos primero y segundo de esta demanda reconvenzional, que se complementará con las valoraciones que resulten de las pruebas que se practiquen en el procedimiento o en ejecución de sentencia. b) Se declare que, formado el inventario, se proceda a la liquidación disponiendo en ejecución de sentencia lo necesario para el pago del pasivo de la sociedad consorcial, conforme a los arts. 56 y 57 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón. c) Se declare que, liquidado el patrimonio, el caudal remanente, de existir, se divida y adjudique entre las partes, por mitad en ejecución de sentencia. d) se declare que las anteriores operaciones de liquidación, división y adjudicación, serán sin perjuicio de los derechos de terceros. e) Se condene a la actora/reconvenida a estar y pasar por las anteriores declaraciones. f) No se impongan las costas a ninguna de las partes». Conferido traslado a la parte contraria, contestó en tiempo y forma, oponiéndose a la reconvencción, sobre la base de los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y suplicando se dictase sentencia por la que se estimase la demanda en el sentido que solicitó y desestimase la reconvencción, a excepción de la solicitud de no condenar en costas a ninguna de las partes que se acepta expresamente.

Abierto el periodo de prueba se practicaron las propuestas y admitidas y cuyo resultado obra en las actuaciones.

En fecha 8 de julio de 1.996, el Juzgado dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «**FALLO:** Que estimando en parte la demanda formulada por la representación de Doña María Rosario Latorre García contra su esposo Don Rufino Lezcano Gálvez, sobre liquidación de la sociedad económica matrimonial, y estimando asimismo en parte la reconvencción formulada por dicho demandado contra la esposa con la misma pretensión, debo declarar y declaro haber lugar a ambas, en cuanto que se declara por esta Sentencia que el activo de Consorcio de los litigantes está formado por los bienes y derechos que se rese-

ñan en esta Sentencia en el fundamento segundo, apartados 1, 2, 3 y 4; en el fundamento tercero, apartados 1, 2 y 3; en el fundamento cuarto, apartados 1, 2, 4, 5, 7, 8 y 9; y también en el fundamento quinto, apartados 1, 2, 3 y 4; y que el pasivo consorcial estará formado por las obligaciones y deudas reseñadas en el fundamento séptimo de esta Sentencia, apartados 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, y 11; debiendo procederse en ejecución de Sentencia a tasar y actualizar todos los bienes y obligaciones comunes, de acuerdo con las instrucciones que en cada caso se establecen, con el fin de formar los correspondientes lotes y realizar la partición. No se hace expresa condena en costas.»

Segundo: Contra la resolución anterior se interpuso recurso de apelación por la Procuradora Sra. Cabeza Irigoyen en nombre y representación de D. Rufino Lezcano Gálvez que fue tramitado por la Audiencia Provincial de esta ciudad, Sección Cuarta, dictándose sentencia por la misma en fecha 17 de junio de 1.997 cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «FALLAMOS: Que debemos declarar y declaramos, haber lugar en parte al recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del demandado D. Rufino Lezcano Gálvez, contra la sentencia de fecha 8 de julio de 1.996, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. Seis de Zaragoza, en autos de juicio de menor cuantía núm. 1409 de 1.995, a instancia de D.^a María Rosario Latorre García, resolución que revocamos parcialmente, y en su virtud: Se excluyen del activo del consorcio de los litigantes los bienes siguientes: Fundamento de Derecho cuarto: n° 4, Tractor Cassen, n° 8, Camión para Cantera y n° 9, tractor agrícola. Se incluyen en el pasivo de la comunidad consorcial: la deuda n° 1 del fundamento de Derecho séptimo en la cuantía de 22.610.646 pesetas, de la que la Sra. Latorre se hará cargo de su mitad. Se concreta en la deuda 6 de dicho fundamento de Derecho séptimo de la sentencia apelada, que la misma fue liberada por D. Rufino Lezcano Gálvez. Se incluye en el número ocho del fundamento de Derecho séptimo de la sentencia apelada, la deuda con Da. Felicidad Gálvez Herrero, madre del demandado con el

importe de 1.135.317 pesetas.- Confirmándose la sentencia apelada en los demás extremos.- Para la liquidación del patrimonio consorcial son de observación los artículos 56 y 57 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón. No se hace condena en costas en esta segunda instancia.»

Tercero: Por la Procuradora Sra. Cabeza Irigoyen, en nombre y representación de D. Rufino Lezcano Gálvez, se presentó escrito preparando recurso de casación contra la citada sentencia, y por Auto de 2 de julio del mismo año, se tuvo por preparado dicho recurso, acordando el emplazamiento de las partes ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la cual dictó Auto con fecha 19 de mayo de 1.998 por el que se acuerda: «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, a la que se remitirán las actuaciones, con testimonio de este Auto y del escrito de interposición del recurso, previo emplazamiento de las partes para que comparezcan ante dicha Sala a el plazo de diez días.»

Cuarto: Recibidas del Tribunal Supremo a través de la Audiencia Provincial las actuaciones, en fecha 30 de septiembre de 1.998 se tuvo por comparecido y parte a la Procuradora Sra. Cabeza Irigoyen en nombre y representación del recurrente D. Rufino Lezcano Gálvez y al Procurador Sr. Giménez Navarro en nombre y representación de Da. Rosario Latorre García, como recurrida.

En el escrito que con fecha 4 de septiembre de 1.997 se presentó ante el Tribunal Supremo por el que se formalizaba el recurso de casación, y que consta testimoniado, aparecen tres motivos en que se fundamenta el recurso, todos ellos al amparo del núm. 4 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en particular: **Primero:** Infringe por inaplicación el art. 1398.2° del Código Civil así como el art. 47.1 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón. **Segundo:** Infringe por no aplicación el art. 41.5° de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, así como el art. 42 del mismo Ordenamiento. Y **Tercero:** Infringe por no aplicación el art. 1.232, párrafo primero, del Código Civil; y termina suplicando se dicte sen-

tencia en la que se acuerde incluir en el pasivo de la comunidad consorcial de las partes las siguientes deudas: » a) Reintegro a don Rufino Lezcano Gálvez de 44.019.100 Pts., importe del valor actualizado del piso 5º A, escalera la, de la casa núm. 6 de la calle Albareda de Zaragoza (Este pronunciamiento sustituirá al de la sentencia recurrida consistente en «deuda nº 1 del Fundamento de Derecho séptimo en la cuantía de 22.610.646 Pts. de la que la Sra. Latorre se hará cargo de su mitad).-b) Deuda con doña Felicidad Gálvez Herrero, por importe de 1.596.693 Pts., como reintegro de lo pagado por la misma como consecuencia del juicio ejecutivo núm. 366/82 del Juzgado de Primera Instancia núm. Dos de Zaragoza, promovido por Banco Central contra don Rufino Lezcano Gálvez.- c) Deuda con la sociedad Salorino, S.A., por importe de 97.496.800 Pts., como reintegro del 50% del valor de la finca, campo de regadío, sita en Zaragoza, partida de Urdán, de 2 há, 51 á, 19 cá, 93 dm², inscrita en el Registro de la Propiedad de Zaragoza, al tomo 762, folio 194, finca 10.507.»

Pasadas las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, las devolvió con la formula de «Visto». Por la Sala se dictó Auto en 2 de junio de 1.999, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: «Asumir la competencia funcional para el conocimiento y resolución del presente recurso de casación y admitir el recurso interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. M.^a. José Cabeza Irigoyen en representación de D. Rufino Lezcano Gálvez por los tres motivos en que se funda, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, de fecha 17 de junio de 1.997. Entréguese copia a la parte recurrida representada por el Procurador Sr. Giménez Navarro, para que formalice por escrito su impugnación en el plazo de 20 días, si a su derecho viere convenirle, quedando las actuaciones de manifiesto en la Secretaría durante el referido plazo». Por el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Vicente García-Rodeja y Fernández, se formuló Voto Particular, cuya parte final dice: «Por todo ello, la parte dispositiva del Auto debía responder a los términos que se derivan del último fundamento: La inadmisión del recurso

de casación interpuesto en las presentes actuaciones con devolución de los autos a la Audiencia Provincial para que las partes puedan ejercer su derecho ante el órgano jurisdiccional que proceda, en la forma que queda indicada y con la posibilidad de acudir en recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional». Por el Procurador Sr. Giménez Navarro, se presentó escrito de impugnación dentro de plazo, y en fecha 2 de julio de 1.999 y conforme establece el art. 1.711 de la Ley de Enjuiciamiento civil se señaló para votación y fallo el día 29 de septiembre, día en que se llevó a efecto.

Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri de Salinas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El primer motivo de recurso se formula al amparo del número cuarto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, entendiendo el recurrente que la sentencia de la Audiencia, al no incluir en el pasivo de la comunidad consorcial la deuda consistente en el reintegro a D. Rufino Lezcano Gálvez del valor actualizado del piso quinto, letra A, escalera la, de la casa número 6 de la calle Albareda de Zaragoza, ha infringido por inaplicación el artículo 1398.2 del Código Civil, así como el artículo 47.1 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón. En el desarrollo del motivo expone que solicitó en su demanda reconvenzional la inclusión en el pasivo consorcial de la deuda consistente en el reintegro del valor actualizado de dicho piso que, siendo privativo de su representado, había sido subastado a consecuencia de la reclamación judicial de una deuda consorcial, valor actualizado fijado en 44.019.100 Ptas. según la prueba pericial practicada en el rollo de apelación, si bien la sentencia recurrida dispuso, respecto de la pretensión deducida, la inclusión de dicha deuda en el pasivo en la cuantía de 22.610.646 pesetas.

Para la resolución de este primer motivo hemos de afirmar, en primer lugar, la inaplicabilidad al caso del artículo 47.1 de la Compilación, que regula las relaciones entre patrimonios y proscribe el enriquecimiento sin causa de uno de ellos en perjuicio del otro, cuando en

este caso se formula la pretensión de que se incluya en el pasivo de la comunidad una determinada deuda, lo que viene regulado por el artículo 41 de dicho cuerpo legal. Sólo indirectamente resultaría de aplicación el precepto mencionado, en cuanto impide el enriquecimiento de uno de los patrimonios, sin causa y a costa del otro.

Segundo: El artículo 1398 del Código Civil es de aplicación en Aragón, pues así lo establece el artículo 1.2 de la Compilación que considera al derecho civil general del Estado como supletorio en defecto de norma aragonesa directamente aplicable, siendo el antedicho un precepto del Código Civil regulador de la disolución y liquidación de la comunidad conyugal que se funda en similares principios que los sustentadores del derecho aragonés, y su aplicación a este ordenamiento jurídico fue ya mantenida en la sentencia de esta Sala de 23 de marzo de 1.993. En virtud de dicha norma se reconoce el carácter de deuda de valor respecto de aquellos bienes privativos que han sido gastados en beneficio de la comunidad, y por esta razón integrará el pasivo su valor actualizado.

Sin embargo, la sentencia de la Audiencia no ha infringido los preceptos cuya transgresión se denuncia en el motivo. De los hechos comprobados y expresados tanto en la sentencia de primera instancia como en la de apelación se desprende el carácter común de la deuda consistente en dos préstamos concedidos por Ibercaja, deuda que no fue satisfecha, lo que motivó el embargo del piso sito en calle Albareda, que era propiedad del recurrente, y la posterior subasta judicial del citado bien. El inmueble fue rematado en el procedimiento de apremio y se percibió por él la cantidad necesaria para el pago de la deuda, pero ningún lucro personal o enriquecimiento sin causa obtuvieron ni la parte recurrida ni la sociedad conyugal, de forma que no sería de aplicación al caso el artículo 47.1 de la norma aragonesa, que se denuncia como infringido.

El artículo 1398, apartado segundo, del Código Civil, ordena la inclusión en el pasivo de la comunidad del importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse

en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad, lo que sería de aplicación a supuestos en los que el bien privativo hubiera sido vendido, para satisfacer con su importe deudas comunes, o se hubiera satisfecho la deuda a través de pago por cesión de bienes o por dación en pago. Pero no es equiparable a tales supuestos, ni aplicable dicha norma, respecto a los hechos de autos.

En efecto, se trató aquí de la prosecución de un procedimiento de apremio hasta la enajenación forzosa del bien privativo y su adjudicación en subasta pública judicial. El procedimiento de apremio es la fórmula establecida por el legislador para obtener la ejecución de las sentencias condenatorias al pago de una cantidad de dinero, y se produce mediante la realización de los bienes embargados y la obtención de una suma en metálico por ellos. Así, el inicio del procedimiento, el embargo y la posterior subasta no son equiparables a una venta, o a alguna de las formas que el Código Civil reputa como modos de pago de las obligaciones, porque no existe consentimiento para ello, sino que se impone al deudor, actuando el juez ejecutor no en representación del condenado sino en ejercicio de la jurisdicción, que se extiende a juzgar y hacer ejecutar lo juzgado -art. 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial-. Del mismo modo, la cantidad dineraria que se obtiene en la subasta no es jurídicamente equiparable al precio de una compraventa, que se fija voluntariamente por las partes como contraprestación y constituye la causa de la atribución patrimonial, según el artículo 1274 del Código Civil. El examen de la regulación de la vía de apremio en la ley procesal civil y, en concreto, de las subastas, muestra cómo es posible adjudicar el bien por un precio muy inferior al de tasación, en tercera subasta, si el deudor no presenta un licitador que mejore la postura —art. 1506—; en este caso, la cantidad obtenida no es equivalente al valor del bien, según la tasación pericial realizada en el procedimiento de apremio, pero la adjudicación por dicha suma resulta ajustada al ordenamiento jurídico.

Lo obtenido en la subasta se empleó para pagar la deuda, que era consorcial según hemos visto, y por ello fue conforme a derecho la decisión de la Audien-

cia, al incluir en el pasivo la deuda por el importe total, comprensivo del principal, intereses y costas satisfechas en el juicio ejecutivo, pero no es procedente la actualización del valor del bien adjudicado judicialmente. Es cierto que la subasta del bien perjudicó a su propietario, pero solo redundó en utilidad común en cuanto al logro de liberar de la deuda contraída con Ibercaja.

En último término, de ser aplicable al caso el artículo 1398 del Código Civil, que no lo es, sólo podría pretender el recurrente que se incluyese en el pasivo de la comunidad el importe actualizado del valor del bien, considerando como tal el obtenido por su enajenación, y no el correspondiente a la tasación pericial, ya que el precepto citado se refiere a la disminución patrimonial llevada a cabo en forma voluntaria y mediante una contraprestación, y considera como valor de los bienes el obtenido en dicha enajenación, pues en nuestro derecho no existe otro valor justo que el libremente convenido por las partes.

En consecuencia el motivo no prospera.

Tercero: El segundo motivo de recurso de casación se formula también al amparo del número 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denunciando la infracción por inaplicación del artículo 41.5 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, que dispone que son cargas de la comunidad las deudas del marido o de la mujer, en cuanto redunden en beneficio común o hayan sido contraídas en el ejercicio de una actividad útil a la comunidad. Denuncia también la infracción del artículo 42 del mismo texto legal, que dispone que cada cónyuge, en la explotación regular de sus negocios, obliga siempre, frente a terceros de buena fe, a los bienes comunes.

De dichos preceptos, el citado en segundo lugar no es aplicable al caso. Está articulado para proteger al tercero respecto de las deudas de gestión adquiridas con ocasión de las actividades económicas de los cónyuges, posibilitando la reclamación contra los bienes comunes -sentencia de esta Sala de 20 de diciembre de 1.996-, y el supuesto de hecho para el que se establece la norma no guarda relación con el caso enjuiciado.

Por el contrario, sí resulta aplicable el artículo 41.5, a la vista de los propios hechos probados que se consignan en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que en este punto es plenamente confirmada en la de apelación. De dichos hechos resulta que D. Rufino Lezcano Gálvez avaló a la sociedad Graveras Zaragoza S.A., que le era privativa, de modo que se constituyó en obligado frente a la entidad bancaria acreedora. Al exigir ésta su crédito al avalista, en procedimiento ejecutivo, Da. Felicidad Gálvez pagó por él, deviniendo acreedora en la forma prevenida en el art. 1158, apartado segundo, del Código Civil.

Tanto la sentencia del Juzgado como la de la Audiencia excluyen tal deuda del pasivo porque entienden que fue originada al ser el Sr. Lezcano avalista de la entidad, en la que tenía participación privativa (fundamento de derecho séptimo, 9, de la sentencia del Juzgado), y por corresponder a un débito de la sociedad, que le es privativa, de la que primero responderá la sociedad y después los bienes propios del demandado (fundamento de derecho undécimo de la sentencia recurrida). Sin embargo, dichas argumentaciones infringen por inaplicación el art. 41.5 denunciado en el motivo, ya que las ganancias obtenidas de Graveras Zaragoza S.A. integraban dicho patrimonio consorcial, y así está reconocido en confesión por la esposa, al contestar a las posiciones 22 y 23, lo que es acorde con el art. 37.3 de la Compilación, conforme al cual constituyen patrimonio común los frutos de los bienes privativos. Y no puede ser obstáculo a esta consideración la forma de sociedad anónima bajo la cual actuaba la indicada empresa: la Sala, integrando el *factum* con el examen de la prueba constata el carácter privativo del negocio respecto del patrimonio del recurrente, quien había suscrito la mayor parte de las acciones, continuando bajo esta forma social un negocio precedente, y era administrador único de la sociedad.

El precepto que se cita como infringido incluye, como cargas de la comunidad, las deudas de cualquiera de los cónyuges, en dos supuestos diferenciados: en primer lugar, en cuanto redunden en beneficio común, lo que deberá quedar acreditado en autos, correspondiendo la carga de la prueba a la parte que solicita

la inclusión en el pasivo; en segundo lugar, cuando hayan sido contraídas en el ejercicio de una actividad útil a la comunidad. En este supuesto, la concreta actuación por la que se genera la deuda no es preciso que haya producido un efectivo beneficio para la comunidad, sino que solamente es exigible constatar en autos la utilidad para ella de la actividad que desarrollaba el cónyuge, en cuyo ámbito se generó la deuda; y dicha utilidad resulta en este caso de la prueba practicada y especialmente de la confesión de la actora. En el mismo sentido tuvo ocasión de pronunciarse esta Sala en sentencia de 20 de diciembre de 1.996, ante un supuesto fáctico similar al que aquí se enjuicia, y dicho criterio es mantenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, dictada en aplicación de las normas del Código Civil respecto a la constitución de fianzas o avales: Sentencias de 18 de noviembre de 1.983, 20 de febrero de 1.987 y 15 de marzo de 1.991.

Por todo ello, este segundo motivo ha de ser estimado.

Cuarto: La apreciación del anterior motivo de casación no exime al Tribunal de pronunciarse respecto del tercero, toda vez que éste no sólo denuncia la infracción de distinto precepto legal, sino también pretende la inclusión en el pasivo de otra deuda, la adquirida con la entidad Salorino, S.A.

En este tercer motivo, formulado al amparo del número 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se denuncia la infracción por inaplicación, del artículo 1232, párrafo primero, del Código Civil, en cuanto dispone que la confesión hace prueba contra su autor. En el desarrollo del motivo, la representación del recurrente expresa que la actora confesó los hechos al absolver la posición 32, y por ello entiende incorrecta la argumentación de la Audiencia Provincial, cuando afirma que no se incluía en el pasivo la deuda pretendida, por las razones de la sentencia de primera instancia (fundamento de derecho 12), y en ésta se dice que la citada sociedad es bien privativo del marido y no ha demostrado que la cantidad prestada fuese para levantar las cargas o préstamos consorciales (fundamento de derecho séptimo, apartado 12).

La vulneración del artículo 1232 del Código Civil es susceptible de ser denunciada en casación por la vía articulada por el recurrente, si bien la jurisprudencia ha cuidado en mantener dos consideraciones al respecto, que resultan plenamente aplicables para la resolución de este motivo: en primer lugar, que la prueba de confesión ha de ser valorada juntamente con la restante prueba practicada en autos, conforme al principio de apreciación conjunta, pues sólo la confesión prestada bajo juramento decisorio tiene virtualidad para decidir la cuestión litigiosa —art. 580 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—, y así lo afirman las sentencias de 29 de diciembre de 1.981, 4 de noviembre de 1.983, 7 de marzo de 1.988, 1 de marzo de 1.993 y 17 de septiembre de 1.997, entre otras; en segundo lugar, que el precepto cuya inaplicación se denuncia debe ser puesto en relación con los restantes que regulan la prueba confesoria y, en especial, con el artículo 1233 del Código Civil, conforme al cual la prueba de confesión no puede dividirse contra su autor: sentencias del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1.985, 30 de mayo de 1.987, 27 de mayo de 1.989 y 13 de noviembre de 1.995.

Pues bien, examinada la confesión de la señora Latorre resulta evidente que la Audiencia no ha infringido el precepto que se menciona por el recurrente. A la cuestión que se cita en el motivo se refieren las posiciones 28, 29, 30, 31, 32 y 33 y las respuestas de la actora no constituyen aceptación de los hechos en que se fundamenta la pretensión. En primer lugar no se reconoce la existencia de un préstamo obtenido de D. José Ramón Morató, al contestar a las posiciones 28, 29 y 31; respecto a la 32, la respuesta debe ser valorada juntamente a lo manifestado precedentemente y a lo que se afirma al contestar a la posición siguiente, que también niega dicha relación contractual. Y en definitiva, la afirmación de la sentencia del Juzgado, plenamente aceptada por la Audiencia, conforme a la cual el marido no ha demostrado que la cantidad percibida sirviese para levantar las cargas del matrimonio, fuera cual fuese el negocio jurídico que la causó, impide la apreciación del motivo y la prosperabilidad de la pretensión articulada en él.

Por ello, el motivo será desestimado.

Quinto: La estimación del segundo motivo de casación determina que el Tribunal, actuando como Sala de instancia y en la forma prevenida en el art. 1715-3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estime la petición deducida por la parte recurrente en cuanto a la inclusión en el pasivo de la deuda de la que es acreedora Da. Felicidad Gálvez, pretensión que fue oportunamente planteada en la demanda reconventional.

Sexto: Procede mantener los pronunciamientos que sobre costas se han realizado en las sentencias de primera y segunda instancia, sin efectuar imposición de las devengadas en este recurso, dada su parcial estimación -art. 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil-. Sin que proceda resolver acerca del depósito, al no haberse constituido.

FALLO: Que debemos declarar y declaramos haber lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por la Procuradora D^a. M^a. José Cabeza Irigoyen, en nombre y representación de D. Rufino Lezcano Gálvez, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, en fecha 17 de junio de 1.997, que casamos y anulamos en parte, y modificando en lo necesario el fallo, incluimos en el pasivo de la comunidad conyugal la deuda a favor de Da. Felicidad Gálvez Herrero por importe de 1.593.693 pesetas (un millón quinientas noventa y tres mil seiscientas noventa y tres pesetas).

Desestimamos el recurso de casación en cuanto al resto de lo solicitado.

Confirmamos los pronunciamientos que sobre costas de primera y segunda instancia se realizan en las respectivas sentencias, y no hacemos imposición de las devengadas en este recurso.

Expídase la correspondiente certificación a la referida Audiencia Provincial, con remisión de los autos y rollo de Sala enviados en su día.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, anunciando Voto Particular el Ilmo. Sr. Magistrado D. Vicente García-Rodeja y Fernández.

VOTO PARTICULAR

Que formula el Magistrado Ilmo. Sr. D. Vicente García-Rodeja y Fernández a

la anterior Sentencia dictada en esta fecha en rollo de casación de esta Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón núm 7 de 1.998.

Con absoluto respeto al acuerdo de la Sala, se formula el presente voto por razones de coherencia y persistencia de los motivos que determinaron el que se hizo en su momento al auto de admisión dictado en estas actuaciones, cuya argumentación viene a ratificarse y ampliarse y sin entrar en la consideración de los temas de fondo sobre los que resuelve la Sentencia.

Nada que objetar al **encabezado y antecedentes de hecho** de la Sentencia; que debería contener los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Es preciso exponer, como fundamentación de los posteriores argumentos que esta Sala, de manera reiterada, y en varias ocasiones anteriores en que se ha planteado el tema de las consecuencias que se derivan de la supresión del art. 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón de 1.982, con diversos razonamientos, pero comunes en su contenido ha dicho, como se expresa en el auto de 20 de abril de 1.998 que «la Sala quiere dejar constancia de que la supresión en el Estatuto reformado del contenido del art. 29 anterior ha supuesto pérdida de competencia para conocer de los recursos de casación y revisión, sin que la redacción actual de dicho precepto sirva para justificar que tal competencia subsiste, ni que los defectos de técnica legislativa pueden atribuir competencias no expresamente recogidas en la Ley. Tampoco existe vacío legal ni caben interpretaciones extensivas en materia de competencia y menos aun en materia de recurso de casación, y aún menos puede sostenerse que la referencia al agotamiento de las sucesivas instancias ante este Tribunal (la casación no es una instancia según multitud de sentencias del Tribunal Supremo), en la redacción actual del art. 29 pueda servir de base para tener por cumplida la exigencia de los arts. 73.1 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1.686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que atribuyen a la Sala de lo Civil y Penal del TT.SS.JJ. el conocimiento de los recursos de casación cuan-

do se trate de infracción de las normas de derecho civil, foral o especial, propio de las comunidades autónomas, y **cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución**».

Con anterioridad, en auto de 14 de abril de 1.997 se efectúa la formulación sistemática del problema que en términos generales viene a cerrar el tema afirmando que 'la última parte del precepto contenido en el hoy vigente art. 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón cuando expresa que ante dicho Tribunal Superior de Justicia de Aragón se agotarán las sucesivas instancias procesales, de acuerdo con el presente Estatuto, carece de relevancia en relación al recurso de revisión, puesto que en ningún otro precepto de dicho Estatuto se hace ya referencia a la tramitación de los recursos de revisión contra sentencias firmes dictadas por Órganos Judiciales con sede en esta comunidad. Todo ello podría predicarse respecto del recurso de casación'; por auto tan reciente como el de 3 de febrero del presente año ante nueva demanda de recurso de revisión presentada ante esta Sala, se dictó nueva resolución prácticamente idéntica a la anterior en la que se acordó el archivo de las actuaciones remitiendo a las partes ante el Tribunal Supremo.

La realidad de esta postura no se desconoce en el propio auto de admisión de este recurso.

Segundo: Al dictarse auto del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1.998 y de su reiteración rutinaria en otras actuaciones remitidas (cuando en éstas dicho auto no tenía nada que ver con la causa de remisión de los autos: la interposición del recurso de casación antes de enero de 1.997, en que entró en vigor la reforma del Estatuto); se dictaron resoluciones por este Tribunal como la de 25 de mayo de 1.998 en que no se apreció que vinculase a este Tribunal el contenido de dichos autos, y por el contrario, en la resolución que ahora se cita, se hizo un análisis prolijo y fundado sobre la imposibilidad de llegar a la atribución de competencia a través de criterios históricos y legislativos, la expresión de la voluntad del legislado o la realidad social, a que el Tribunal Supremo hace referencia y expresamente se negó que se haya «crea-

do vacío legal de clase alguna con la supresión del art. 29 del Estatuto ya que de la Ley resulta de manera clara y terminante que el recurso de casación es propio del Tribunal Supremo cuando no se den las específicas situaciones de atribución a las Salas de lo Civil y Penal de los TT. SS. JJ de las correspondiente autonomías, de acuerdo con los arts. 56. 1 de la L.O.P.J. y 1.686 y 1.729 de la L.E.C.» .

No es preciso reproducir aquí las distintas argumentaciones de esta Sala en los autos referidos y otros que pone de manifiesto que el auto de remisión de las actuaciones por el Tribunal Supremo a esta Sala como los anteriores que este literalmente transcribe, no se han tenido por convincentes en cuanto a su fundamentación ni por este órgano judicial ni por la doctrina científica que se ha pronunciado en estos últimos tiempos en relación al contenido del mismo.

Sin embargo en las presentes actuaciones se admitió a trámite el recurso de casación a que se refieren los autos remitidos por el Tribunal Supremo, con base en la vinculación con las resoluciones dictadas (autos) por la Sala Primera del Tribunal Supremo, lo que viene a representar lo que se estiman graves infracciones que afectan a la legalidad y al valor mismo de la resolución que se dicte entrando en el conocimiento del fondo del asunto, como a continuación se analiza.

Tercero: Se quebranta el principio de legalidad al desconocerse la situación legal antes analizada y al conferir valor vinculante a dichas resoluciones del Tribunal Supremo en general y en el tema analizado, prescindiendo además de que la jurisprudencia, en todo caso, viene determinada solo por las **Sentencias reiteradas** de dicho Tribunal.

La jurisprudencia no puede nunca contradecir la legalidad ni suplir la función legislativa, que no viene atribuida a ningún órgano judicial. El Tribunal Supremo cuya preeminencia en el ámbito jurisdiccional y constitucional nadie pretende poner en duda, en cuanto puede y debe crear jurisprudencia en el ámbito de sus facultades y en la función que le atribuyen los arts. 1.6 y 3.1 del Código Civil, tiene por finalidad la **aplicación o interpretación de la ley**, y esta

interpretación no necesaria mas allá del resultado lógico, que no solo literal, del análisis de las normas que se han venido refiriendo «no puede nunca autorizar al interprete para modificar o inaplicar la norma y sí solo para suavizarla hasta donde permita el contenido del texto que entre en juego» como, con toda corrección y claridad de juicio, establece la sentencia del propio Tribunal Supremo de 28 de febrero de 1.989. En igual sentido se pronuncia unánimemente la doctrina al atribuir a dicha jurisprudencia, esta actuación de aplicación e interpretación de la norma un valor ejemplarizante pero no vinculante. Según el artículo citado del Código Civil «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**» estableciendo taxativamente que «los jueces y tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecidas».

Cuarto: De lo antes expresado puede afirmarse el valor no vinculante de la jurisprudencia; la que emana del Tribunal Supremo, en función evidente de perfilar la doctrina legal con valor complementario del ordenamiento jurídico y como se expresa por la doctrina, cumple tres tipos de funciones: 1- La interpretación de la norma estableciendo el alcance, la inteligencia con la significación de las expresiones ambiguas u oscuras; 2.- La consagración de los principios jurídicos de interpretación de la norma, cuando se introducen en ella variantes, que, sin aparecer expresamente en las mismas, son exigidas por su coherencia sistemática dentro del ordenamiento; y, 3- La consagración de los principios jurídicos generales, extrayéndolos del ordenamiento y la aplicación a procesos de concreción de las reglas exigidas por tales principios.

El efecto directamente previsto para la jurisprudencia está en el ámbito de la justificación y base del recurso de casación por infracción de la misma (art. 1692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

El sometimiento de un órgano judicial con los criterios de otro superior vie-

ne a establecerse solamente en virtud de los recursos previstos en las leyes o cuestiones de competencia (arts. 18.1 y 51 y ss. de la L.O.P.J.).

Estos supuestos que no concurren en el presente caso:- Las resoluciones dictadas por esta Sala en el tema contemplado, afirmando su falta de atribución funcional, son tan firmes como las que ha emitido el Tribunal Supremo no por razón de recurso formulado frente a ellas; tampoco el problema creado integra cuestión de competencia, en el sentido del capítulo III Título II (arts. 56 y ss. de la L.O.P.J.), pues estas cuestiones solo pueden plantearse entre órganos judiciales que, además de pertenecer a un mismo orden jurisdiccional, tienen **atribuidas competencias funcionales equiparables**, y como queda dicho, se llega a la conclusión de que esta Sala no tiene actualmente competencias casacionales ni de revisión, que con carácter genérico se atribuyen en la Ley al Tribunal Supremo.

La referencia que en su momento se hizo por la Sala al art. 123 de la Constitución de que el Tribunal Supremo «es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes», principio de tal generalidad que no tiene aplicación al caso que se contempla ni tal situación preeminente se pone en duda. En cuanto a la Sentencia del Tribunal Constitucional 54/1.997 de 17 de marzo, necesita una precisión: dicha sentencia, en lo que se cita viene a señalar el ámbito del Tribunal Constitucional frente al que corresponde a los juzgados ordinarios, especialmente al Tribunal Supremo y si es verdad que en este último ámbito señala que «en el plano de la legalidad, la última palabra corresponde al Tribunal Supremo, a quien está atribuida la función de perfilar la doctrina legal con valor complementario del ordenamiento jurídico (art. 1.6 Código Civil) y por tanto, con significado normativo», lo que realmente puede afirmarse de la sentencia firme de cualquier órgano judicial en cuanto a su valor «normativo», que no debe confundirse con la posibilidad de creación de preceptos generales que corresponde solamente a la ley; añade dicha sentencia también que el Tribunal Constitucional como guardián de las garantías constitu-

cionales (art. 123 CE) « puede y debe residenciar cualesquiera decisiones judiciales. En tal sentido, y dentro de tan estricto perímetro hemos dicho en más de una ocasión que una resolución arbitraria manifiestamente irrazonable o cuyo fundamento fuera un error patente, lesiona el derecho a la Tutela Judicial efectiva (SSTC 13/1.995 y las allí recogidas) » y añade más adelante que esto supone « una garantía esencial del justiciable mediante la cual **sin perjuicio de la libertad del juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento** y no el fruto de la arbitrariedad (STC 159/92) ». De todo lo cual no se deriva una vinculación del juzgador y sí la de razonar dentro de ámbitos lógicos sin error ni arbitrariedad.

Quinto: Directamente derivado del principio de legalidad, surge la **independencia judicial** inserta en la esencia misma de la función jurisdiccional.

La aplicación necesaria o vinculante de resoluciones dictadas por otro Tribunal, incluido el Tribunal Supremo, en el hacer jurisdiccional de otro órgano judicial, carece de fundamento en especial en materia como es la que aquí se analiza, el ámbito del ejercicio de la jurisdicción que esta Sala tiene atribuida, y basten las siguientes argumentaciones:

A) El art. 117. 1 apartado 1º de la Constitución Española define tajantemente que « la justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey, por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, **independientes**, inamovibles, responsables y **sometidos únicamente al imperio de la Ley** »

B) La Ley Orgánica del Poder Judicial, en su art. 1º, reiterando lo establecido por la Constitución establece la independencia de Jueces y Magistrados, sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la Ley.

Igualmente el art. 9.6 establece que « la jurisdicción es **improrrogable** » principio general aplicable, con mayor fundamento que aquel que prevé la norma a los supuestos de falta de competencia objetiva, lo es en el supuesto de autos en que existe falta de competencia objetiva.

C) En otro ámbito, referido al principio esencial de la independencia judicial, el art. 12 en sus núms. 1º y 3º sienta, como no podía ser de otra manera, que en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los jueces y magistrados son **independientes respecto a todos los órganos judiciales**; y por tanto **tampoco podrán los Tribunales «dictar instrucciones, de carácter general o particular dirigidas a sus inferiores sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico** que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional»

D) La clara conclusión que se deriva, no en interpretación gramatical sino lógica y sistemática, es que los problemas de jurisdicción, competencia y actuación del órgano judicial **depende exclusivamente de la LEY** y que la independencia en el ejercicio de la jurisdicción lleva a la libertad de **aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico** al órgano jurisdiccional que resuelve, sea cualquiera su grado en la pirámide organizativa y sea cualquiera el tema sobre el que se resuelve; los recursos son la vía de revisión y vinculación, en el caso concreto, con la decisión de un tribunal superior, como ya se señaló y establece el art. 18.1 de la L.O.P.J; en la aplicación de la ley es evidente que las interpretaciones por otro órgano judicial, en especial las del Tribunal Supremo, cuando llegan a ser convincentes, pueden y deben admitirse, en el ámbito de esa función meramente interpretativa de la norma, pero nunca, existe vinculación a tales resoluciones por parte de los demás órganos judiciales.

Sexto: Los principios constitucionales derivados del art. 24 de la norma fundamental no pueden invocarse para que, dado todo lo expresado, esta Sala tenga que conocer del presente recurso de casación por no haberlo hecho la Sala Civil del Tribunal Supremo a quien se entiende correspondía, pues la **tutela jurídica** adecuada no se cumple dictando resoluciones que no corresponden al órgano jurisdiccional ante el cual se encuentran las actuaciones, con las consecuencias de nulidad a que se harán referencia. El Tribunal Constitucional, como se recoge en alguna de las resoluciones de esta Sala ya citadas, ha dicho, en Sentencia 101/84, que: « la predeter-

minación legal del juez significa que la Ley, con generalidad y autoridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación en cada caso litigioso permita determinar cuál es el juzgado o tribunal llamado a conocer. El ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales, pero como es obvio, no a cualquiera de ellos, en cualquier caso, sino en cada uno de estos a aquel **órgano judicial que resulte predeterminado por las leyes** según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establece»; y en la Sentencia 30/1997 de 24 de febrero, afirma que es esa inadecuación: «un verdadero límite a la jurisdicción que tiene carácter absoluto y no meramente relativo como el de la excepción del art. 533.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta se articula dentro de lo que constituye un presupuesto procesal según el cual al Juez ante quien se plantea un asunto debe estarle atribuida jurisdicción para conocer del mismo, lo cual, a su vez, se integra desde otro punto de vista en el derecho del particular al **Juez predeterminado por la ley**». Y de la Constitución deriva directamente este límite a su ejercicio puesto que el Tribunal que entiende en un litigio, **rebasando los límites constitucionales o legales de sus atribuciones, no desarrolla una actividad válida**.

Séptimo: Surge, así, el problema del **Juez predeterminado por la ley**, que consagra el art. 2.1 de la Constitución: «el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes» y en su art. 3. 1 se reitera que «la jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley y, por último el art. 117.3 y 4 limita la potestad jurisdiccional a los Juzgados o Tribunales «determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimientos que las mismas establecen» sin que puedan ejercer más funciones que «las que expresamente le sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho».

La determinación de las funciones y ámbitos de actuación de los órganos judi-

ciales corresponde a la ley y nunca a otras fuentes del derecho y menos a la jurisprudencia; al no haberse tenido en cuenta esto en la asunción por esta Sala del presente recurso casación, se ha incurrido en el desconocimiento de los criterios de fijación del Juez predeterminado por la ley a que se refiere el art. 24. 2 de la norma fundamental.

Octavo: Igualmente viene a romperse el **principio de igualdad** por parte de esta Sala, adoptando resoluciones distintas sobre la admisión o inadmisión según los autos procedan del Tribunal Supremo o se remitan o inicien directamente las actuaciones a este Tribunal, contrariando uno de los elementos de la tutela judicial efectiva.

Noveno: A partir de lo antes expuesto se pone de manifiesto que existe **falta de competencia funcional** en este Tribunal para el conocimiento de cualquier recurso de casación o revisión cuya atribución correspondió anteriormente por razón del art. 29 del Estatuto de Aragón de 1.982 expresamente **suprimido** por la modificación de 1.996 y esta situación no puede llevar a otra conclusión que la Sentencia que se dicte entrando en el conocimiento del recurso será **nula de pleno derecho**, en cuanto asume la competencia para el conocimiento de los autos remitidos por el Tribunal Supremo a quien correspondía el mismo, y así resulta de lo establecido en el art. 238 de la L.O.P.J.

En relación con lo anterior no puede desconocerse lo establecido en el art. 240.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su redacción vigente (dada por la L.O. 5/97 de 4 de diciembre) que posibilita la utilización de la petición de nulidad de las sentencias en los 20 días siguientes a la notificación de la misma.

Décimo: No puede tampoco desconocerse que de acuerdo con lo que se viene estableciendo, una vez que el Tribunal Supremo no ha asumido su función casacional en las presentes actuaciones, se llega a una situación evidente de **denegación del derecho a la obtención de la tutela jurídica** efectiva de los tribunales, a que se refiere el art. 24 de la Constitución antes citada; tal situación no parece imputable a esta Sala; la resolución del

estado creado se entiende que excede de los límites de la regulación de la jurisdicción ordinaria.

Undécimo: Habiéndose llegado al trámite de Sentencia como consecuencia de lo que ya se entendió en su momento era una admisión improcedente del recurso, necesariamente ha de dictarse la misma pero su contenido ha de ser de desestimación, teniendo como causa de la misma la que realmente debió de haberse apreciado como de inadmisión, (como fija la reiterada jurisprudencia). Su parte dispositiva ha de poner de manifiesto la falta de competencia funcional dicha y adoptar solamente las medidas que se deriven, la devolución de las actuaciones a la Audiencia Provincial correspondiente, con enteramiento a las partes para que la evidente situación de indefensión que se provoca y de falta de la debida protección jurisdiccional, al entenderse corresponde conocer de las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, y pueda ejercer ante ésta, las acciones que pudieran corresponderle o, en último

término el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Duodécimo: No procede hacer declaración especial sobre costas.

Por todo lo anterior debiera haberse dictado el siguiente **FALLO:** No ha lugar a admitir la casación interpuesta por la representación procesal de D. Rufino Lecano Gálvez y en que es parte recurrida, personada, D^a Rosario Latorre García, en cuanto se hace ante esta Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Entendiéndose que la competencia funcional corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con independencia de las acciones que puedan corresponder a las partes para acudir al amparo ante el Tribunal Constitucional por la situación creada, devuélvanse las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta.

Siendo este el contenido del voto particular, que se pronuncia en Zaragoza a seis de octubre de mil novecientos noventa y nueve, igual fecha que la de la Sentencia a que se refiere.

B) RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES (1998)

HUESCA

4

NÚM. 4

S. APH de 28 de enero de 1998

683: EL USUFRUCTO VIDUAL:
EXTINCION. *Resolución de arrendamientos. Fallecida, la viuda, se resuelve el arrendamiento rústico por ella concertado como arrendadora sobre las fincas usufructuadas.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 134 Lar.

PONENTE: Ilmo. Señor don Antonio Angós Ullate.

Don Manuel Miralvés Río y otro, ante el JPI de Bollaña interponen demanda en autos (51/97) de juicio de cognición, contra don José Río Castán, sobre resolución de contrato de arrendamiento y viudedad.

El Juzgado, en sentencia de 24 de noviembre de 1997, estima la demanda. La parte demandada apela la sentencia.

Formado el rollo de apelación (17/98), la APH desestima el recurso interpuesto, confirmando la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los expuestos en la senten-

cia apelada, salvo en lo que a continuación puedan quedar contradichos.

Segundo: A la vista de los términos en que el debate aparece planteado, el primer extremo que hemos de decidir es la fecha en que se inició el contrato de arrendamiento sobre las fincas rústicas y dependencias del edificio «Casa Agustina», de Benasque, objeto de demanda.

Al respecto, es verdad que no se ha demostrado con exactitud el dato en cuestión y también lo es que sobre los demandantes recae la carga de demostrar los hechos constitutivos de su pretensión. Pero hemos de estar a los datos que constan en autos y, en concreto, al documento más antiguo que se refiere a este particular, en concreto el acompañado como número 1 a la contestación a la demanda (folio 77), y que consiste en una carta remitida por la entonces usufructuaria, Rosario Calvo Ciria, al arrendatario, aquí demandado y ahora apelante, de fecha noviembre de 1958, por lo que, en conclusión, a falta de otros datos, hemos de fijar en la fecha más antiguamente conocida, año 1958 o poco antes, el inicio de la relación, sin que esto suponga dar preferencia de forma injustificada a la tesis que defienden los demandantes frente a la que sostiene el demandado.

No se aprecia que los actores vayan contra las reglas de la buena fe exigibles en todo proceso al alegar en la demanda que el arriendo proviene del año 1973, cuando en realidad se ha probado que al menos se remonta a 1958, pues se trata de una alegación legítima de parte que no consta que se efectuara faltando a la verdad de forma intencionada. En consecuencia, este detalle no apoya la tesis del demandado, en contra de lo que se sostiene en el recurso.

Así pues, hemos de partir de que el contrato comenzó cuando la señora Calvo ostentaba su derecho de usufructo, por lo que, en principio, no hay impedimento alguno para que pueda prosperar la acción de resolución basada en el artículo 13 de la Ley de Arrendamientos Rústicos, por extinción del derecho de la arrendadora a su muerte y consiguiente consolidación de la propiedad.

Tercero: Subsidiariamente, el demandado alega que el contrato experimentó una novación extintiva en el año 1984, pues, por un lado, se excluyeron dos fincas del arrendamiento (una se vendió al propio arrendatario y otra a un tercero) y se elevó la renta de forma considerable, y, por otro, la señora Calvo cedió sus derechos usufructuarios a Marcial Miralvés Río, uno de los actuales demandantes, el cual pasó a ser el nuevo arrendador, por lo que el arrendamiento no se habría extinguido por muerte de la usufructuaria y originaria arrendadora.

Este motivo del recurso también debe rechazarse, por los siguientes argumentos: A) aun suponiendo que en el año 1984 se produjo una novación extintiva porque quedó alterado el objeto y el precio del contrato, requisitos en los que se centra la jurisprudencia para reconocer dicho efecto, e incluso cuando concurre uno de ellos con carácter muy acusado o susceptible de alterar el régimen legal aplicable (sentencias de 27-IV-88, 23-VII-91 y 2-II-93), en todo caso la arrendadora siguió siendo Rosario Calvo, a cuyo fallecimiento se extinguió el usufructo y el arriendo, pues no consta en modo alguno tal cesión; B) ciertamente, en las cartas acompañadas a la contestación a la demanda, y cuya veracidad ha demostrado el informe pericial caligráfico, la señora Calvo indica insistentemente al

demandado que se abstenga de pagarle la renta y que se la abone a Marcial [Miralvés Río], pues «es de él», hasta el punto de que rechazó en varias ocasiones diversas transferencias bancarias. Pero estas manifestaciones pueden tener otro significado distinto a la cesión y responder a un pacto diferente al que aduce el locatario, como podría ser el ánimo de liberalidad de la señora Calvo respecto al importe de la renta (no sobre el derecho de usufructo en sí, sino, si acaso, sobre su ejercicio), o, en fin, podría encontrar su sentido en el poder general de administración otorgado por la usufructuaria en favor de Miralvés mediante escritura pública autorizada el día 27 de abril de 1978; C) el poder de representación confirma que el señor Miralvés actuaba en nombre de su principal cuando concertó con el hoy apelante el pacto de 1984; D) además, el usufructo o derecho de viudedad del que gozaba esta última no es alienable del modo como pretende el demandado (arts. 74 y 83 de la Compilación), y E) a mayor abundamiento, la cesión no supondría que el derecho de usufructo perdiera su naturaleza o se extinguiera por esta circunstancia, sino que subsistiría en la persona subrogada en él y sólo hasta el fallecimiento de la usufructuaria.

Cuarto: Por último, no podemos aceptar que exista un contrato independiente sobre las dependencias de «Casa Agustina». En primer lugar, aun partiendo de que en un primer momento se satisfacían dos rentas distintas, una para los prados o tierras y otra para la finca urbana, es evidente que ésta siempre ha tenido un carácter accesorio respecto a la explotación agrícola, dado que el edificio se destinaba principalmente a depósito o almacén de productos del campo, por lo que la estipulación de dos rentas distintas no significa que estemos ante otros tantos contratos, sino ante uno solo en el que el elemento principal son las fincas rústicas, tanto por destino como por el mayor valor de éstas, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.º-2 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. En segundo término, es evidente que en 1984 se produjo una modificación del contrato en cuanto a la renta, que pasó a ser única. Esta novación sería extintiva partiendo de la hipótesis que plantea el demanda-

do, pues una sola renta implica un solo contrato, calificándole como de arrendamiento rústico, por los motivos señalados.

Por todo ello, procede desestimar el recurso de apelación.

Quinto: Al desestimarse el recurso, procede condenar al apelante al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite el artículo sesenta y dos del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

que había existido entre Mariano Albás Liesa y Julia Bernad Beloré.

El Juzgado, en sentencia de 3 de marzo de 1997, procede a disolver la comunidad post-consorcial. Ambas partes apelan la sentencia de instancia.

Formado el rollo de apelación (79/97), la APH estima en parte los recursos de apelación interpuestos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37.3 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, son bienes comunes los frutos, desde que aparecen o se devengan, de los bienes tanto comunes como privativos. Con arreglo a este precepto los rendimientos del capital mobiliario, privativo del difunto, deben incluirse en el haber de la sociedad, en la parte que le corresponda, porque, como se dice en la sentencia, no se ha acreditado que todo el importe de esos depósitos fuera de su propiedad. Por consiguiente, a falta de prueba sobre el origen de los mismos, debemos presumir que pertenecían por terceras partes iguales a los titulares y sólo se puede computar en el haber un tercio de los cuatro millones veinte mil ochocientos cinco pesetas a que ascienden los intereses percibidos. También son bienes comunes los bienes que los cónyuges obtienen de su trabajo o actividad (art. 37.2), concepto en el que indudablemente ha de incluirse la pensión cobrada por el difunto señor Albás. Pero no ha lugar a incluir la suma de todas las cantidades que devengó durante la vigencia del matrimonio, con exclusión de las enumeradas el escrito de la actora de 14 de octubre de 1996, folio 77, toda vez que, como señala la sentencia de primer grado, no se ha acreditado que los gastos que se atendieron con dichos bienes sean de los que no debe asumir la comunidad. Al contrario, debemos considerar, siguiendo la sentencia impugnada, que fueron a sufragar las atenciones legítimas de la familia (art. 41.1 de la Compilación), entre ellas las necesidades del señor Albás.

Segundo: La transferencia de ochocientas cincuenta mil pesetas, ordenada por la actora en favor de su hija el 22 de febrero de 1993 (*vid* folio 93) procedía de una cuenta en la Caja de Ahorros de

Núm. 5

S. APH de 12 de febrero de 1998

6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: ACTIVO: BIENES COMUNES: Bienes muebles. *Son bienes comunes, ex art. 37.3 Comp., los frutos, desde que se aparecen o se devengan, tanto de bienes comunes como privativos. Por lo tanto, han de considerarse como bienes comunes los rendimientos del capital mobiliario aun cuando éste fuera privativo, en parte, de marido. Pensión: Son también bienes comunes los bienes que los cónyuges obtienen con su trabajo o actividad (art. 37.2 Comp.), concepto en el cual ha de incluirse la pensión que cobraba el señor Albás.*

6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: PASIVO: DEUDAS COMUNES: Donaciones: **5: FUENTES. CODIGO CIVIL: Derecho supletorio: Familia y sucesiones:** *La transferencia de 800.000 pesetas que la actora hizo en favor de su hija procedía de cuenta conjunta del matrimonio, de manera que en este caso se ha de considerar como un acto de liberalidad de los esposos, siendo a cargo de la sociedad conyugal como dispone el artículo 1363.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 37.2 y 3; art. 41.1 Comp.; art. 1363 Cc.

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

Doña Julia Bernad Beloré, ante el JPI n.º 2 de Huesca, interpone demanda en autos (29/96) de juicio declarativo de menor cuantía, frente a doña Pilar Liesa Cortina, interesando la disolución de la sociedad conyugal

la Inmaculada abierta a nombre de los cónyuges y cancelada por la actora, posición 8.^a, pero no consta que el saldo existente en aquel momento fuera privativo del esposo. En cualquier caso, no se ha solicitado su inclusión en el haber como un crédito a favor de la comunidad y con cargo a la actora, al ir destinado a la hija de un matrimonio anterior. El rechazo procede, además, porque se desconoce si fue un acto de liberalidad decidido de común acuerdo por los cónyuges, en cuyo caso sería a cargo de la sociedad conforme al artículo 1363 del Código Civil, de lo cual hay indicios si consideramos la fecha en que se produjo y que procedía de una cuenta común (*vid* folio 93), por lo que no podemos ahora presumir, sin prueba alguna en tal sentido, que se hizo contra su voluntad o con cargo exclusivamente a bienes privativos del señor Albás. Afirma la demandada que la donación de un millón de pesetas a la hija de la actora se hizo «... a costa de los bienes privativos de un cónyuge, cuando conciernen a la sociedad de gananciales» (*vid* folio 84). Sin embargo, los presupuestos fácticos de esta aseveración, esto es, el hecho mismo de la donación y su cuantía, la procedencia del dinero y el motivo, los deduce la parte de la hoja de anotaciones atribuida al fallecido, a la circunstancia de hallarse grapada junto a la orden de transferencia de ochocientas cincuenta mil pesetas a que hemos hecho referencia y al resguardo de una transferencia de igual cuantía ordenada por la madre de la actora a su nieta. Pero consideramos que no pasa de ser una pura especulación porque: a) las anotaciones manuscritas supuestamente realizadas por el fallecido —folios 87 a 91 y 97 a 102—, no han sido reconocidas por la actora; b) aunque realmente fueran del fallecido, no sabemos a qué obedecen, al figurar únicamente la fecha y la cuantía, pero no el origen del dinero ni el destino, que no puede inferirse del hecho de hallarse grapado junto a los resguardos citados, y c) la parte no ha pedido su inclusión en el inventario —*vid* folios 24, 25 y 86—.

Tercero: Los gastos de sepelio, cuyo importe asciende a quinientas setenta y ocho mil ochocientas setenta y una pesetas, fueron pagados con cargo a la cuenta de Ibercaja n.º 0100033837 de la que

eran titulares el fallecido y su madre, la demandada. Ahora bien, este pago tuvo lugar dos meses después del fallecimiento, fecha en la que se produjo la disolución de la comunidad a la que deben referirse los efectos de la liquidación. Ambas partes están de acuerdo en que la mitad del saldo existente en esa libreta en la indicada fecha se incluya en el inventario (*vid* hecho quinto de la demanda y cuarto de la contestación), lo que asciende a doscientas cuarenta y ocho mil seiscientos noventa y tres pesetas. El pago de los gastos de sepelio se produjo, como acabamos de exponer, con cargo a una cuenta conjunta del señor Albás y la demandada, pero no necesariamente con ingresos y gastos que no pueden ser debidos, lógicamente, a la actuación del señor Albás, entre ellos está el cargo por los gastos del funeral que, por lo expuesto, debemos presumir fue abonado con dinero de la demandada. De cuanto acabamos de exponer se advierte la omisión en el fallo de la sentencia de la mitad del saldo existente al fallecimiento del señor Albás, hecho aceptado por ambas partes, por lo que se hace preciso revocar la sentencia para incluirlo en el inventario.

Cuarto: Al estimarse siquiera sea parcialmente el recurso interpuesto, procede omitir un concreto 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. 6

A. APH de 25 de febrero de 1998

683: EL USUFRUCTO VIDUAL: SOBRE LA NUDA PROPIEDAD: 76: SUCESION INTESADA: DECLARACION DE HEREDEROS: Bienes troncales: Revocando el auto de este Juzgado, se declara herederos abintestato de los bienes troncales de la causante a sus dos hermanos, y a su esposo en cuanto al usufructo. Para lo primero no es preciso justificar en este

procedimiento la procedencia de los bienes existentes o el carácter troncal de los mismos. En cuanto al usufructo, parece que la denegación en primera instancia se debió a que los bienes, procedentes de herencia del padre de la causante, estaban ya usufructuados por la madre de la misma.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 72 y 132 Comp.; art. 980 Lec.

PONENTE: Ilmo. Señor don Santiago Serena Puig.

Don Ramón Piedrafita Lasheras promovió autos de declaración de herederos de su difunta mujer, doña María Victoria Sanz Otín, ante el Juzgado n.º 1 de los de Jaca (202/96), en favor de dos hermanos de la causante, con declaración de usufructo a su favor. El juez declaró no haber lugar a la declaración pedida.

Recorre en apelación el viudo, a cuyo recurso se adhirió el Ministerio fiscal. La Audiencia de Huesca (rollo civil n.º 155/97) revoca.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Solicita el recurrente y el Ministerio fiscal, que se adhirió al recurso en el acto de la vista, que se revoque la resolución dictada por el Juzgado para que, en su lugar, se proceda a declarar, como se intentaba en el escrito inicial, herederos troncales a los hermanos de doble vínculo y usufructuario al marido.

Segundo: El objeto y la finalidad de la declaración de herederos abintestato, como señala el artículo 980 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es otro que declarar quiénes son los herederos de una persona fallecida sin disposición de última voluntad. Por ello, el contenido de tal declaración es atribuir o denegar la condición de heredero a las personas que oportunamente han comparecido en el expediente, otorgándoles un título legítimo para acreditar tal cualidad. No es, por consiguiente, precisar o determinar los bienes que componen la herencia o el carácter o naturaleza de los mismos. Ni se ha de justificar en este procedimiento la procedencia de los

existentes, o el carácter troncal o cualquier otra circunstancia relativa a los mismos, como se entendió en la resolución de primer grado, sino, únicamente, el fallecimiento de una persona, el parentesco con la misma, que ha fallecido sin disposición de última voluntad y que el solicitante, o los solicitantes, solos o en unión de otros, son sus únicos herederos. Ahora bien, como expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1991, ello no impide que las personas extrañas a la litis que se crean con derecho a la sucesión de que se trata puedan deducir en otro proceso una petición semejante, como se desprende del artículo 997 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por no extenderse a aquellos la presunción de cosa juzgada, a tenor del artículo 1252 del Código Civil.

Tercero: Dispone el artículo 132 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón que, fallecido el causante intestado y sin descendencia, se deferirá la sucesión de los bienes que le hubieran provenido por cualquier título de sus padres o de otros ascendientes hasta el sexto grado, en primer lugar, a los hermanos por la línea de donde proceden los bienes. Existe, por otra parte, el derecho de usufructo reconocido por el Título VI del Libro I de la Compilación respecto del cónyuge viudo, promotor de este expediente, usufructo que se extiende a todos los bienes del que primero fallezca, a salvo lo pactado de instrumento público o lo dispuesto de mancomún (art. 72), y con las limitaciones previstas en el artículo 73, ninguno de cuyos supuestos concurre en el presente caso; por consiguiente, procede estimar el recurso y, con revocación del auto, declarar herederos abintestato de los bienes troncales de doña María Victoria Sanz Otín, por mitad e iguales partes, a sus hermanos de doble vínculo doña María Teresa y don Rodolfo Sanz Otín, en cuanto a la nuda propiedad, y a don Ramón Piedrafita Lasheras en cuanto al usufructo, tal y como se tenía solicitado en el escrito inicial.

Cuarto: Que siendo la presente resolución estimatoria del recurso interpuesto, no procede hacer un especial pronunciamiento sobre las costas.

7

Núm. 7

S. APH de 20 de abril de 1998

741: FIDUCIA SUCESORIA: DISPOSICIONES GENERALES: NATURALEZA Y FINALIDAD: *La naturaleza jurídica de la fiducia no impide que, en base al principio standum est chartae, los otorgantes vinculen su propia voluntad a la ordenación de la sucesión del otro cónyuge otorgante, a modo de pacto sucesorio recíproco; pero no ocurre así en el caso juzgado.*

742: FIDUCIA SUCESORIA COLECTIVA: SUBSISTENCIA: *En capítulos otorgados en 1932 se previó que para el caso de fallecer uno de los cónyuges capitulantes con sucesión y sin disposición de sus bienes, dispondrían entre los hijos el sobreviviente y un pariente del premuerto; si ambos fallecían sin disponer, lo harían dos parientes, uno de cada contrayente. El sobreviviente (disuelto el matrimonio por fallecimiento en 1949) testó en 1979 a favor de una de las hijas (demandante) y donó en 1993 fincas privativas de su difunto marido a su hijo. Estas donaciones se declaran nulas. Fallecida la viuda (1995), entienden el Juzgado y la Audiencia que procede ejecutar la fiducia, en cuanto a la herencia del marido, por parte de un pariente de éste, de acuerdo con el artículo 116 Comp.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 110, 114 y 116 Comp.

PONENTE: Ilmo. Señor don Antonio Angós Ullate.

Rosario y Jesús Abadías Latapia demandan a su hermano José ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 3 de los de Huesca, pidiendo y consiguiendo (S. 86/97) declaración de nulidad de parte de las donaciones otorgadas a este último por la madre común.

Apelan las demandantes contra aquella parte del fallo que declara aplicables los pactos sucesorios establecidos en las capitulaciones matrimoniales de sus padres, otorgadas en 1932, respecto a la fiducia sucesoria ordenada por su padre, fallecido en 1949. La Audiencia (n.º 364/97) confirma íntegramente los pronunciamientos del Juzgado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los expuestos en la sentencia impugnada, salvo en lo que a continuación puedan quedar contradiados.

Segundo: Puesto que sólo los actores han interpuesto recurso de apelación y mantienen las pretensiones planteadas en la demanda, el único extremo que sigue siendo objeto de controversia, tal como alegó expresamente el letrado de los apelantes en la vista del recurso, es el referido en la segunda parte del párrafo i) del fallo de la sentencia, en el cual, como hemos anticipado, se declara (aparte de que debe abrirse la sucesión testada respecto al caudal relicto de Juana Latapia Fau en aquellos bienes de su propiedad sobre los que no hubiera dispuesto válidamente en vida) que son aplicables los pactos sucesorios establecidos en las capitulaciones matrimoniales de los padres de los litigantes respecto a la fiducia sucesoria ordenada por el difunto Fernando Abadías Ferrando.

En suma, la cuestión que aquí hemos de decidir es si es eficaz respecto a este último y procede ejecutar la fiducia sucesoria establecida en tales capítulos o si, por concurrir el supuesto contrario, debe abrirse la sucesión intestada del mismo, tal como sostienen los actores, sustancialmente, en base al carácter recíproco de las estipulaciones matrimoniales y a que la mujer dispuso de sus bienes en testamento unilateral y por donación *inter vivos*.

Tercero: A tal efecto, los hechos más importantes de los que debemos partir son los siguientes: a) el día 3 de noviembre de 1932, en previsión del matrimonio que en breve iban a celebrar los padres de los hoy litigantes, Fernando Abadías Ferrando y Juana Latapia Fau, todos los interesados de una y otra familia suscribieron escritura pública de capitulaciones matrimoniales, cuya cláusula controvertida dice literalmente así: «Por muerte de cualquiera de los contrayentes con sucesión de su proyectado matrimonio y sin disposición de sus bienes, el sobreviviente y un pariente del premuerto que sea varón consanguíneo de más edad y más cercano, dispondrá[n] de los bienes del que así muera en favor de los hijos que hubieran procreado, en la forma y

proporción que mejor les parezca; e iguales facultades tendrán dos parientes que reúnan las antes expresadas condiciones, uno de cada contrayente, para el caso de que éstos fallezcan en igual forma, esto es, con sucesión y sin disposición; mas si para la institución de heredero o distribución de tales bienes no hubiera avenencia entre dichos dos parientes, resolverá con su parecer y voto cuantas diferencias se susciten, un tercer pariente nombrado por los dos primeros»; b) del matrimonio —que se celebró a finales del año 1932— nacieron cuatro hijos. Uno de ellos falleció soltero y sin descendencia, y los otros tres son los aquí actores y el demandado; c) el marido, Fernando Abadías Ferrando, murió el 13 de agosto de 1949 sin haber otorgado testamento y sin haber dispuesto de sus bienes de ningún otro modo; d) el 7 de agosto de 1979 la esposa, Juana Latapia Fau, otorgó testamento, en el que instituyó heredera a su hija Rosario, aquí demandante; y el 21 de septiembre de 1993 formalizó escritura de donación de diversas fincas en favor de su hijo José, aquí demandado. Como hemos dicho, la sentencia apelada declara nula en parte esta donación respecto a las fincas propiedad privativa del marido y a la mitad indivisa de las adquiridas constante matrimonio, por tener carácter ganancial; f) Juana Latapia Fau falleció el 24 de marzo de 1994; g) el 3 de enero de 1995 dos parientes correspondientes a cada una de las dos ramas familiares ratificaron en escritura pública la donación realizada el 21 de septiembre de 1993. La sentencia de primer grado también ha declarado nula esta escritura de 3 de enero de 1995.

Cuarto: Es indudable que, como sostiene la sentencia apelada, la fiducia sucesoria es en Aragón un acto de disposición de carácter individual, por el que el causante otorga a otro la facultad de ordenar su propia sucesión, aunque haya sido formalizada en capitulaciones matrimoniales o en testamento mancomunado. Así resulta de lo dispuesto en los artículos 110 y 114 de la Compilación, en los cuales se hace referencia a la ordenación de la sucesión nombrando a tal efecto fiduciario o fiduciarios.

La naturaleza jurídica de la fiducia no impide que, en base al principio *standum*

est chartae, los otorgantes vinculen su propia voluntad a la ordenación de la sucesión del otro cónyuge otorgante, a modo de pacto sucesorio recíproco, según denominación empleada por los apelantes, ya resulte de una estipulación expresa o de la interpretación que merezca el acto de que se trate.

En el presente caso no podemos defender esta solución, conforme al sentido literal que se desprende de la cláusula antes transcrita, pues se refiere a las circunstancias que pueden concurrir de forma individual en cada contrayente, de modo que implícitamente prevé la posibilidad de que sólo uno de los esposos muera sin disposición de sus bienes y el otro sí lo haya hecho, en cuyo supuesto los fiduciarios serán el sobreviviente y un pariente del premuerto («dispondrán de los bienes del que así muera», no de todo el patrimonio familiar).

Esta es la primera de las dos posibilidades previstas. La segunda es la siguiente: cuando la circunstancia de la falta de disposición concorra en ambos fallecidos, en cuyo caso los fiduciarios de ambas sucesiones serán, como es lógico, dos parientes de cada uno de ellos, conforme al apartado final del pacto de continua referencia.

De esta última previsión no se desprende reciprocidad alguna, pues no es aplicable a una tercera eventualidad que no está prevista en la estipulación antes transcrita, a saber, que como aquí ha ocurrido, el cónyuge sobreviviente haya dispuesto de sus bienes pero antes de morir no ha ejercitado la fiducia conferida en el primer apartado de la cláusula objeto de comentario junto con el pariente en ella designado. Nos encontramos ante una mera variante de la primera posibilidad en la que por muerte de uno de los fiduciarios designados, el cónyuge, debe aplicarse la previsión que a tal efecto dispone el artículo 116 de la Compilación para la subsistencia y ejecución a ultranza de la fiducia colectiva cuando fallezca el cónyuge viudo fiduciario: el cumplimiento de la fiducia por los demás fiduciarios designados, en este caso un pariente del padre de los hoy litigantes. El citado precepto es aplicable aunque la fecha de la apertura de la sucesión de Fernando Abadías Ferrando date

del 13 de agosto de 1949, es decir, estando vigente el apéndice y antes de la entrada en vigor de la Compilación, conforme a lo dispuesto en la disposición transitoria octava de este último cuerpo normativo.

La anterior interpretación está, además, avalada por el principio de confianza propio de la institución fiduciaria y por el carácter restrictivo con que Aragón debe aplicarse la sucesión intestada, en beneficio de la conservación de la casa.

En conclusión, la ordenación de la sucesión de Fernando Abadías Ferrando debe hacerse a través del mecanismo fiduciario previsto en las capitulaciones matrimoniales.

Por todo ello, procede desestimar el recurso.

Quinto: Al desestimarse el recurso, procede condenar a los apelantes al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento de lo dispuesto en el segundo apartado del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

8

NUM. 8

A. APH de 4 de mayo de 1998

741: FIDUCIA SUCESORIA: CONSTITUCION: RENUNCIA AL CARGO: *Tras denegación de inscripción de escritura de institución de heredero otorgada solamente por la viuda, siendo la fiducia colectiva y llamados a la misma junto con la viuda dos parientes de su difunto marido, negativa confirmada en el recurso gubernativo por auto del presidente del TSJA (19 noviembre 1997, RDCA, III, 1997, n.º 2, marginal 1), no procede siquiera admitir a trámite la solicitud de ni formar expediente de jurisdicción voluntaria tendente a reconocer validez a la dicha escritura.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 21.3 Comp.

PONENTE: Ilmo. Señor don Antonio Angós Ullate.

En autos de jurisdicción voluntaria promovidos por la viuda y su hija, a la que pretendió instituir heredera sin contar con los

demás fiduciarios, seguidos con el n.º 83/97 en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Boltaña, mediante providencia el juez acordó no admitir a trámite la solicitud y no haber lugar a la formación de expediente de jurisdicción voluntaria. Decidió también no dar lugar a la reposición solicitada. La APH desestima el recurso advirtiendo que el alcance de esta resolución impide entrar a conocer sobre las cuestiones de fondo planteadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Los hechos fundamentales que condicionan la presente controversia son los siguientes:

A) Mediante capitulaciones matrimoniales autorizadas en escritura pública de 24 de mayo de 1941 los cónyuges Hipólito Sierra Lacorz y una de las promotoras del presente procedimiento de jurisdicción voluntaria, Ascensión Sierra Grasa, acordaron la siguiente fiducia sucesoria: «Uno de los hijos de Hipólito Sierra Lacorz 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 Lacorz, y si ambos hubieran fallecido harán tal designación de heredero, con iguales atribuciones, tres parientes cercanos, dos por cada parte del contrayente y uno por parte de la contrayente» [...]. «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».

B) Hipólito falleció el día 17 de enero de 1953 sin haber instituido heredero.

C) Al parecer, sobreviven en la actualidad al causante su esposa; una hija común del matrimonio, Felisa Sierra Sierra, también promotora del expediente; dos hijos de un matrimonio anterior, Hipólito y Miguella Sierra Leris, y tres nietos, hijos de otra hija de su anterior matrimonio, María Sierra Leris, llamados Esteban y Ricardo Buil Sierra.

D) Con el fin de obtener la intervención de los dos parientes previstos en los capítulos matrimoniales para ejecutar la fiducia, la viuda, a través de sendas actas

notariales autorizadas los días 26 de noviembre de 1996 y 28 de enero de 1997, dirigió los correspondientes requerimientos a cuatro de ellos con este apercibimiento: «si en el plazo de los quince días siguientes a haber recibido este requerimiento el requerido no manifiesta su conformidad y disposición para intervenir en la asignación fiduciaria, se entenderá que renuncia a ella». Dos de los parientes residen fuera del partido de Boltaña y los otros dos dentro de él. Uno de ellos, con domicilio en Sariñena, contestó al requerimiento y renunció expresamente a intervenir. Los tres restantes no efectuaron manifestación alguna.

E) Por todo ello, en virtud de escritura pública de 21 de marzo de 1997, Ascensión Sierra Grasa entiende, al igual que el notario autorizante, que ella por sí sola, como fiduciaria de su esposo, se encuentra legitimada para proceder al nombramiento de heredero único de su patrimonio, y a tal efecto instituyó a su hija Felisa.

F) El registrador de la Propiedad de Boltaña denegó la inscripción de la anterior escritura «por el defecto de haberse realizado el nombramiento de heredero únicamente por la viuda, sin los otros dos parientes fiduciarios exigidos por el correspondiente pacto de fiducia que ahora se ejercita».

G) Contra la anterior nota el notario que autorizó la escritura de 21 de marzo de 1997 interpuso recurso gubernativo ante el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que desestimó por auto de 19 de noviembre de 1997.

H) En el presente expediente de jurisdicción voluntaria las instantes pretenden, en esencia, que se tenga por intentada la constitución de la Junta de Parientes para la ejecución de la fiducia y que, ante la imposibilidad de que sea constituida, se tenga por bien ejercitado el encargo fiduciario por parte de la viuda del causante y por efectuada la designación de heredera universal de la casa y patrimonio del mismo a Felisa Sierra Sierra, por lo que se deberá aprobar y ratificar la escritura de 21 de marzo de 1997 y expedir el consiguiente mandamiento al registrador de la Propiedad de Boltaña para que efectúe las oportunas inscripciones.

El auto impugnado acordó no admitir a trámite la solicitud ni haber lugar a formar expediente de jurisdicción voluntaria con fundamento, sustancialmente, en que los pedimentos exceden de forma notable del ámbito de la jurisdicción voluntaria y, además, en que no sea ha constituido válidamente la Junta de Parientes.

Segundo: En suma, la cuestión que aquí debemos decidir es si el procedimiento de jurisdicción voluntaria es el adecuado para tramitar las peticiones referidas.

La conclusión que debemos sostener es la misma a la que llega el auto apelado, aunque por razones estrictamente procesales, con independencia de las normas materiales aplicables al caso, atendiendo a la naturaleza del derecho en que se funda la solicitud inicial, y que tiene por objeto declarar la validez del título hereditario dimanante de la asignación fiduciaria llevada a cabo exclusivamente por la viuda del causante y no por los parientes también previstos en las capitulaciones matrimoniales. En suma, si bien el artículo 66 de la Ley Hipotecaria no especifica la clase de procedimiento al que debe acudir cuando se ha denegado la inscripción del título en el Registro de la Propiedad, entendemos que las pretensiones indicadas exceden del ámbito de un expediente de jurisdicción voluntaria, dada su naturaleza, máxime teniendo en cuenta que se constata una efectiva controversia o, como dice el artículo 1811 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, una contienda entre partes conocidas y determinadas, como son los demás hijos del fallecido en los que también puede recaer el nombramiento de heredero.

Ciertamente, la resolución definitiva dictada en un procedimiento de jurisdicción voluntaria no produce efectos de cosa juzgada material y cualquier interesado puede acudir posteriormente al juicio contradictorio. Pero este argumento no es suficiente para alterar la conclusión anticipada, y por el mismo motivo es incluso más oportuno que la validez de la ejecución fiduciaria se ventile en el procedimiento declarativo correspondiente.

El artículo 21.3 de la Compilación no es aplicable al presente supuesto, pues no se ha constituido la Junta de Parientes

ni ha adoptado acuerdo alguno, todo ello con independencia de que este precepto pueda aplicarse a las normas sobre efectividad de la fiducia.

Como hemos anticipado, el alcance de esta resolución impide entrar a conocer sobre las cuestiones de fondo planteadas.

Por todo ello, procede desestimar el recurso.

Tercero: Al desestimarse el recurso, procede condenar a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del último apartado del artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

9

NÚM. 9

S. APH de 12 de mayo de 1998

84: SERVIDUMBRES: DE PASO: *Usucapión: Frente a acción negatoria de servidumbre de paso se alega prescripción por uso inmemorial. No se considera probada ésta, pero sí usucapión de diez años.*

84: SERVIDUMBRES: POSESION INMEMORIAL: *Frente a acción negatoria de servidumbre de paso se alega prescripción por uso inmemorial. La Audiencia no considera probada ésta, pero sí usucapión de diez años.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 147 Comp.

PONENTE: Ilmo. señor don Antonio Angós Ullate.

José Pueyo Artieda interpone demanda negatoria de servidumbre frente a Luis Morigosa Abad y María Pilar Castán Rívaes. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2, en juicio verbal 334/97, desestima, al apreciar, según parece, posesión inmemorial. La APH, en recurso 159/98, confirma íntegramente, si bien por usucapión de la servidumbre en diez años.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos, en lo sustancial, los dos primeros fundamentos de derecho que contiene la sentencia apelada, excepto las siguientes declaraciones de hechos

probados: a) que el señor Marcuello fue el único que retranqueó su propiedad, pues se basa en las alegaciones de los demandados y de un tercero interesado sobre este particular, y b) que el paso existiera desde siempre o desde tiempo inmemorial, dado que se fundamenta en la prueba de confesión bajo juramento indecisorio de los propios demandados, la cual sólo perjudica al confesante, según el artículo 580 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Segundo: Partiendo de la declaración de hechos probados contenida en la sentencia apelada, con las matizaciones anteriormente expuestas, y que no ha sido cuestionada por el demandante en su recurso, no puede prosperar la acción negatoria de servidumbre de paso, pues este derecho real se ha constituido por prescripción de 10 años, conforme a lo dispuesto en el artículo 147 de la Compilación.

En efecto, desde 1984 hasta 1990 los demandados han venido utilizando como paso el reguero de tierra que dividía las fincas propiedad del actor y del indicado señor Marcuello para llegar hasta la puerta abierta en la casa de los primeros, que se encuentra al final del azarbe. A partir de esa fecha, con el fin de acceder tanto a la misma puerta como a otra anterior a la que se llega desde unas escaleras, también han pasado por el camino hormigonado construido sobre el reguero y un terreno anexo de un metro aproximadamente cedido por uno u otro propietario (demandante o el señor Marcuello), el cual sirve, además, de zapata de sujeción del muro de cemento levantado en el límite de la parcela del señor Marcuello.

En consecuencia, es indiferente que el accionante sea copropietario, en la proporción que fuere, del camino en cuestión junto con este último, pues se aprecia una posesión no interrumpida de más de 13 años y no por mera tolerancia o exclusivamente para que los demandados puedan acceder hasta los contadores que se encuentran al final del paso. También lo es que su finca tenga una tercera puerta de acceso desde la calle principal, dado el modo de constitución de la servidumbre alegado, a saber, la prescripción por el uso inmemorial de la cosa, en el cual cabe la usucapión legal referida.

Por todo ello, debemos desestimar el recurso de apelación.

Tercero: Al desestimarse el recurso, procede condenar al apelante al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite el artículo 62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

10

NÚM. 10

A.APH de 13 de mayo de 1998

82: RELACIONES DE VECINDAD:

IUS USUS INOCUI: *La tubería bajante de aguas pluviales ciertamente sobrevuela la propiedad del actor, sin embargo, dentro de las relaciones de vecindad debe estimarse su existencia como una manifestación del «ius usus inocui» que ningún perjuicio causa al actor pues antes de llegar al suelo de su propiedad se introduce en la pared para desaguar en las tuberías generales.*

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: *Azoteas y terrazas: Las terrazas o azoteas que no constituyan voladizo sobre predio ajeno, cuando están a menos de dos metros de la linde de éste, han de proveerse de reja y red con altura suficiente para impedir asomarse, por aplicación del art. 144 Comp.; pero no puede pedirse su demolición, ni que se levante en su alrededor un muro de piedra.*

DISPOSICIONES CITADAS: *art. 144 Comp.; 582 Cc. y 18 CE.*

PONENTE: *Ilmo. Sr. don Ángel Iribas Genua.*

Diego José Camarero Morán demanda a Isabel Pérez Arbués ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº II de Jaca, en menor cuantía nº 155/96. La demanda se estima parcialmente, declarándose la inexistencia de servidumbres que graven la finca del actor, y ordenándose la colocación de reja y red en los huecos, incluida una terraza abierta en la vivienda del demandado. El demandante recurre, pidiendo demolición de la terraza o, subsidiariamente, su cierre con muro de piedra. También, remoción de tubería de bajante de aguas que sobrevuela la propiedad del actor. La APH (recurso 444/97) desestima ambos pedimentos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Que el presente recurso de apelación, consentidos los restantes pronunciamientos de la sentencia impugnada, queda ceñida a tres cuestiones puntuales: la construcción de una terraza en la vivienda del demandado con vistas sobre el jardín del actor y las referidas a la tubería bajante y alero existentes en la fachada posterior de aquella vivienda.

Con respecto de la terraza, solicita el apelante que se proceda a su demolición y subsidiariamente sea circundada de un muro que evite las vistas sobre su jardín. Como ya dijimos en Sentencia de 26 de Junio de 1992 las relaciones de vecindad y servidumbres existentes en esta materia, tal y como vienen reguladas en la Compilación y el Código Civil, no suponen agresión alguna a derecho a la intimidad personal y familiar del actor, consagrado en el art. 18 de la Constitución desde el momento que únicamente inciden sobre la configuración física de las fincas, cuyos propietarios, si desean que un determinado acto permanezca reservado deben realizarlo en aquella parte de su finca que no sea visible desde la del vecino, sin perjuicio de que puedan exigir al colindante el cumplimiento de las distancias y limitaciones legalmente establecidas para la apertura de huecos.

El artículo 144 de la Compilación permite, a cualquier distancia de predio ajeno, la apertura de huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas, requiriendo tan solo que, dentro de las distancias previstas en el art. 582 del Código Civil, estén provistos de reja de hierro remitida en la pared y red de alambre u otra protección semejante, sin que tal facultad limite el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna. Por ello dada la permisividad existente en esta materia en Aragón para abrir huecos para luces y vistas, que no constituye una servidumbre, sino una regla de tolerancia y buena vecindad inspirada en el «ius usus inocui» (S.T.S. 30 de Octubre de 1983) no puede prosperar la petición del apelante en el sentido de que procede deruir la terraza de autos. Asimismo procede la desestimación de la petición subsidiaria relativa al cierre de la

terrazza levantando en su derredor un muro de piedra, dado que el art. 144 de la Compilación tan solo exige la colocación de reja de hierro y red de alambre, criterio que refiriéndose específicamente a azoteas ha sido seguido por el T.S. en sentencias de 23 de noviembre de 1983 en que no dio lugar a las medidas protectoras simplemente porque no habían sido solicitadas por el demandante, y la Sentencia de 12 de Diciembre de 1986 que establece que las cautelas del art. 144 son asimismo operantes para las terrazas o azoteas que no constituyen voladizo sobre predio ajeno.

Segundo: Con respecto al alero de la fachada posterior de la vivienda del demandado, de las pruebas practicadas, y esencialmente de la pericial, ha quedado debidamente acreditado que el mismo vuela sobre la terraza propia del demandado, por lo que en nada afecta al jardín de la actora y, en consecuencia no procede su demolición.

Por último, la tubería bajante de aguas pluviales ciertamente sobrevuela la propiedad del actor, sin embargo, dentro de las relaciones de vecindad debe estimarse su existencia como una manifestación del «ius usus incoqui» que ningún perjuicio causa al actor pues antes de llegar al suelo de su propiedad se introduce en la pared para desaguar en las tuberías generales, debiendo dar por reproducidos en esta cuestión los atinados razonamientos contenidos en la sentencia de instancia.

Tercero: Al desestimarse el recurso interpuesto, procede condenar al recurrente al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento de lo dispuesto en el segundo apartado del artículo 710 de la Ley procesal civil.

hubiera sido donado por el esposo y tenga el carácter de mueble, pues tal negocio jurídico es válido entre cónyuges (art. 24 Comp.) y nos encontramos ante un objeto precioso sobre el que recae la presunción de sitio (arts. 38.1ª y 4ª y 39.5ª Comp.). Es también privativo el saldo que tenía la mujer con su madre en una cuenta bancaria el día antes de contraer matrimonio (arts. 37.4ª y 39.6ª Comp.).

6635: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: LIQUIDACION Y DIVISION:

PROCEDIMIENTO: *El procedimiento a seguir cuando la formación de inventario deviene contenciosa no es directamente el juicio ordinario de menor cuantía sino el juicio incidental, por los trámites correspondientes, previsto en el art. 1088 Lec., y ello después de haber agotado todas las fases de esta especie de conciliación o arbitraje obligatorio en que consiste la testamentaria, principalmente el nombramiento, y consiguiente dictamen o cuaderno particional, del contador-partidor dirimente, frente al cual surge la oportuna acción de impugnación por razones formales o de fondo.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 1088 Lec., 24, 37, 38, 39 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. Antonio Angós Ullate.

Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Huesca se sigue juicio de menor cuantía (núm. 138/97) promovido por la mujer contra el marido; la sentencia de 10 de diciembre de 1997 estima parcialmente la demanda y acuerda la fijación del inventario de la comunidad conyugal; el marido interpone recurso de apelación (núm. 48/98) que la Audiencia estima en parte afirmando que no tiene ninguna obligación de dar o de reintegrar las joyas o el saldo de una cuenta privativos de la esposa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los expuestos en la sentencia impugnada, salvo en lo que a continuación puedan quedar contradichos.

6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: ACTIVO: BIENES PRIVATIVOS: Inmuebles o sitios aportados al matrimonio: *La pulsera de oro y el colgante de plata son bienes privativos de la mujer, con independencia de que uno de ellos*

Segundo: Hemos de indicar previamente, siguiendo el criterio sentado en la sentencia y en el auto de esta Sala de fechas 4 de febrero de 1991 y 30 de mayo de 1998, respectivamente, y en las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de julio de 1995 y 25 de noviembre de 1996, que el procedimiento que debería haberse seguido desde que el Juzgado constató la primera divergencia en las partes sobre las partidas que debían formar el inventario de la comunidad conyugal no es directamente el juicio ordinario de menor cuantía que aquí se ha tramitado, sino el juicio incidental, por los trámites correspondientes, previsto en el artículo 1088 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y además después de haber agotado todas las fases de esta especie de conciliación o arbitraje obligatorio en que consiste la testamentaria, principalmente el nombramiento y consiguiente dictamen o cuaderno particional del contador-partidor dirimente, frente al cual surge la oportuna acción de impugnación por razones formales o de fondo.

No obstante, procede, por esta vez, no declarar de oficio la inadecuación del procedimiento seguido atendiendo, por un lado, a que el criterio de la Sala no se ha consolidado definitivamente hasta el indicado auto de 30 de mayo de 1998 y, por otro, a los principios de economía procesal y de conservación de los actos procesales y a la finalidad de evitar el peregrinaje de los litigantes a que se refieren las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 1996, ya citada, y de 20 de junio de 1987.

Tercero: El demandado sólo cuestiona tres partidas del inventario, y que seguidamente vamos a analizar.

A) Joyas: Pulseras de oro y colgante de plata. La actora considera que faltan del joyero y que no se entregaron en la diligencia de 23-9-96 [apartado 8c) de la demandada]. La sentencia apelada sostiene que la carga de probar el cumplimiento de esta obligación de entrega recae en el marido.

Debemos reconocer que se trata de bienes privativos de la mujer, con independencia de que uno de ellos hubiera sido donado por el esposo y tenga el

carácter de mueble, pues tal negocio jurídico es válido entre cónyuges (artículo 24 de la Compilación). Pero esta declaración que contiene la sentencia de primer grado no puede implicar que el hoy apelante esté obligado a entregar las joyas, dado que no hay pruebas suficientes para presumir que la demandante perdió su posesión en favor del marido, de modo que, al no constar el hecho fundamental del que derivaría la responsabilidad de este último, no es procedente aplicar el principio de carga de la prueba para el caso de incumplimiento de la obligación.

Por todo ello, debemos estimar el recurso de apelación y aclarar el Fallo de la sentencia en el sentido indicado.

B) Saldo que tenía la actora junto con su madre en cuenta de Ibercaja el día antes de contraer matrimonio, es decir, el 17 de septiembre de 1993 (folio 101), el cual ascendía a 1.463.316 pesetas (documento número 8 de la demanda y folio 264).

Se trata de un bien privativo (artículos 37-4º y 39-6º de la Compilación), pero nuevamente hemos de indicar que esta declaración no puede suponer la obligación del demandado de devolver o reintegrar la diferencia entre la indicada suma y el inferior saldo que pudiera tener la cuenta con posterioridad, bien en la fecha en que se dictó la sentencia de separación (4-XI-96: f. 235) o en que adquirió firmeza, o bien en otro día anterior (por ejemplo, aquel en que se presentó la demanda: 19-VI-96), fundamento, al parecer, en que las cantidades correspondientes se habrían aplicado, constante matrimonio, a deudas comunes. En efecto, en la fecha en que ya debía de haberse producido la separación de hecho de los cónyuges, en concreto, el 30 de abril de 1996, había un saldo en la cuenta de 1.557.468 pesetas (f.267), superior al señalado, y al día siguiente de sólo 157.468 pesetas merced a una disposición en efectivo de 1.400.000 pesetas. Esto quiere decir, por un lado, que cualquier crédito de la actora contra la comunidad conyugal fue saldado, en la proporción correspondiente, con bienes comunes, los derivados de las nóminas que percibía esta parte y que ingresaba

en la cuenta; y, por otro, que los fondos bancarios allí existentes han ingresado en el patrimonio de la actora. Lo más ortodoxo sería computar en la liquidación general uno y otro tipo de partidas (los pagos por deudas comunes hechos a cuenta del caudal privativo y los ingresos salariales), mas no es procedente esta solución en el presente caso atendiendo tanto a que no se ha interesado como a criterios de equidad y justicia, pues no consta que la esposa haya tenido algún perjuicio por las disposiciones de dinero procedente de dicha cuenta, sino, si acaso, todo lo contrario, dado que van a ser adjudicados a su favor la mitad de los bienes adquiridos con dinero privativo ya reintegrado con ingresos de carácter ganancial (el sueldo que percibía constante matrimonio).

Por lo expuesto, debemos estimar el recurso sobre el particular examinado y aclarar la sentencia tal como se interesa.

C) Obras de mejoras realizadas y muebles unidos indisolublemente en la vivienda privativa del marido, por importe de 3.010.270 pesetas.

El demandado viene a aducir que ambos litigantes actuaron con cuentas distintas durante el matrimonio y que todas las obras se pagaron con el sueldo del marido.

No podemos aceptar esta tesis, pues el régimen legal del matrimonio sólo puede quedar derogado a través de un pacto expreso y formal realizado en escritura pública, como se desprende de lo dispuesto en los artículos 23 y 25 de la Compilación. En suma, como no consta dinero privativo del esposo antes de la celebración del matrimonio y sus emolumentos tienen carácter común, entendemos acertada la solución a la que llega la sentencia de primer grado, máxime teniendo en cuenta que la esposa sólo se ha servido personalmente de los bienes objeto de las obras durante unos dos años y medio.

Cuarto: Al estimarse en parte el recurso, huelga hacer especial pronunciamiento sobre las costas de esta apelación, conforme a lo dispuesto en el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

NUM. 12

S. APH de 10 de junio de 1998

662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO: INSTITUCIONES FAMILIARES CONSUETUDINARIAS: Acogimiento: Dación procesal: El matrimonio y el hermano del marido formaban una comunidad con una caja o fondo común integrado por el fruto de su trabajo y los productos, rentas e ingresos de sus respectivos bienes; con el fondo común se atendían indistintamente las necesidades de sus integrantes. Situación que no cabe calificar de dación personal, ni de acogimiento, pues estas instituciones del artículo 33 Comp. precisan pacto expreso; tampoco hay aportación irrevocable de bienes. La sentencia entiende que el fondo común acumulado ha de dividirse a partes iguales entre los tres, con base en la presunción de igualdad del artículo 393 Cc. y en la regla de equidad aludida en el artículo 34 Comp.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 33 y 34 Comp., 393 Cc.

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

Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Monzón se sigue juicio de menor cuantía (núm. 130/96-B), la sentencia de 13 septiembre de 1997 estima en parte la demanda del actor y en parte la reconvenicional; recurre en apelación la parte demandada (núm. 463/97) y la Audiencia estima parcialmente el recurso en lo que atañe a la participación del actor en las cuentas, imposiciones, intereses y rentas a que se refiere la sentencia de primera instancia para declarar que es de una tercera parte.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La parte apelante solicitó que, con la revocación de la sentencia, se desestimara la demanda y se diera lugar a la reconvenición, para lo cual, aunque la situación existente entre los litigantes y el marido ya fallecido de la apelante, no se corresponda con las figuras de la comunidad familiar de los artículos 33 y 34 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, en concreto, con la dación personal.

debía aplicarse por analogía; para el caso que no fuera estimado, declarando que las aportaciones eran de los tres y, por consiguiente, la participación no es por mitades, sino por terceras partes, y subsidiariamente por mitades. La parte apelada se adhirió al recurso por las costas de la reconvención, que no se imponen la demandada cuyas peticiones son desestimadas.

Segundo: Para una mejor comprensión de lo que es objeto del presente recurso, se hace necesario recordar que Miguel Montiu Aler convivía con el matrimonio formado por su hermano Alfredo, casado con Mercedes Montanuy Aler, hasta el fallecimiento de éste en 1988, y mantuvieron después Miguel y Mercedes hasta finales de 1991, momento en el que paso a convivir con sus sobrinos Noeli y Alfredo Montiu Montanuy. Los tres convivientes, Miguel y el matrimonio formado por Alfredo y Mercedes, formaban una comunidad con una caja o fondo común integrado por el fruto de su trabajo, y los productos, rentas e ingresos de sus respectivos bienes. Con él se atendían indistintamente las necesidades de sus integrantes, hasta esta última fecha. También son hechos pacíficos que Alfredo Montiu Montanuy, nombrado tutor de su tío Miguel cuando fue declarado incapaz en abril de 1994, en cuya representación inició la presente reclamación que mantiene ahora en su cualidad de coheredero, tras su fallecimiento en enero de este año, y su hermana Noeli no han contribuido al fondo común, y que desde que cuidan y conviven con su tío perciben el importe de las pensiones de las que es titular. Los ingresos procedían, principalmente, del cultivo de las siguientes fincas: tres fincas de las que eran propietarios, por mitad e iguales partes y en proindiviso, Alfredo y Miguel Montiu Aler, dos fincas adquiridas el 18 de agosto de 1957 y otra el 28 de junio de 1968, por terceras partes iguales entre ellos dos y Mercedes Montanuy estando ya casada (*vid* folio 41), y otra finca adquirida con carácter privativo por Mercedes Montanuy en 1967 (*vid* folios 95 a 98), y a partir de 1978 por las pensiones de inválido de guerra y desde 1979 la de invalidez absoluta, que se le reconocieron a Miguel, así como las rentas del capital. La demandada dispuso a su favor

de los 6.500.000 pesetas de la cuenta del Banco Español de Crédito y del saldo existente en la cuenta del Banco Zaragozano, según se declara probado en el fundamento tercero de la sentencia que no ha sido combatido, así como de sus intereses y de las rentas de las fincas.

Tercero: Efectivamente, como dice la sentencia recurrida, no cabe calificar esta situación de dación personal, ni de acogimiento, de Miguel Montiu, pues estas instituciones consuetudinarias familiares, recogidas en el artículo 33 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, precisan de un pacto expreso, inexistente en el presente caso. Tampoco hay, por parte del presunto donado, una aportación irrevocable de las fincas de las que era copropietario, ya que dispuso de ellas en la escritura de donación y contrato aleatorio de cesión de bienes por prestación de alimentos, otorgada el 22 de noviembre de 1974 por los integrantes de la comunidad en favor de los hijos y sobrinos (*vid* folios 82 a 89), y por el mantenimiento en su patrimonio de la titularidad de la tercera parte indivisa de las tres fincas adquiridas junto con su hermano y cuñada. Todos los convivientes conservaban la propiedad de sus respectivas fincas, ya que ninguno de ellos la había renunciado en favor de la comunidad. De todo esto se deduce que existía entre ellos una comunidad de productos o resultados derivada de la convivencia en común, a la que todos contribuían con su esfuerzo y trabajo, así como con la aportación de los medios productivos, las fincas, y luego las pensiones por invalidez o jubilación. No cabe desconocer la aportación de la demandada con sus bienes y su trabajo doméstico al sostenimiento de la caja o fondo común. El problema es determinar cuál es la participación de cada uno en el resultado de la comunidad, referido al momento de pedir la liquidación de las cuentas e imposiciones y de las rentas de las fincas desde 1991, tal y como se pide en la demanda. Hay que descartar la petición de la reconvención de que se entienden devengados a cambio de los cuidados y atenciones recibidos por Miguel Montiu, y que nada puede reclamar por este concepto, puesto que no se dan los presupuestos jurídicos para ello. El dilema está en si la división ha de hacerse por mitades, entendiendo que

una de las partes estaría formada por el matrimonio y la otra por el actor, como pretende la actora, o si debe declararse que le corresponde sólo un tercio, como sostiene con carácter subsidiario la demandada reconviniendo. De acuerdo con los hechos anteriormente expuestos, consideramos que esta participación ha de ser de un tercio, por las siguientes razones. De un lado porque, al no mediar pacto expreso y careciendo de una concreta y precisa valoración económica de las aportaciones de cada uno de ellos, a falta de prueba en contra, ha de prevalecer la presunción de igualdad las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad, artículo 393 del Código Civil. De otro, porque así resultaría de la regla de equidad a que se alude en el artículo 34 de la Compilación, prevista en la disolución de un consorcio entre matrimonios u otra situación permanente de comunidad familiar, interpretada conforme a la costumbre y atendidas las diversas aportaciones en bienes o trabajos, en una interpretación de la norma acorde con la realidad social (art. 3 del Código Civil). Hoy día no puede negarse la importancia económica y social del trabajo doméstico, con el que, según se deduce del pleito, colaboró la demandada al sostenimiento de la comunidad familiar. Finalmente, porque esa parece que fue la voluntad de los interesados. Esta interpretación se encuentra avalada por la adquisición por terceras partes de las fincas en 1957 y 1968, constante a la comunidad familiar, por la titularidad conjunta de las cuentas bancarias, imposiciones a plazo (*vid* folios 21 a 24), y así se viene a reconocer por el actor al replicar a la reconvención en el hecho segundo, cuando al referirse a la propiedad de los fondos depositados en las cuentas a nombre de los litigantes y de los hijos de la demandada, negando la propiedad exclusiva de esta última, destaca el hecho de que en su declaración de patrimonio de 1993 no declara la totalidad, sino una tercera parte. En atención a cuanto se lleva dicho, el recurso ha de prosperar por cuanto la participación que debe reconocerse al actor, hoy sus herederos, en los fondos, intereses y rentas a los que se refiere la demanda es de una tercera parte. Consecuentemente con las anteriores consideraciones, la

adhesión al recurso ha de ser rechazada, ya que la demanda reconvencional se estima parcialmente.

Cuarto: Al estimarse el recurso interpuesto, aunque sea inicialmente, procede omitir un 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.

NUM. 13

S. APH de 29 de junio de 1998

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Apertura de puerta: *No existiendo servidumbre de paso, debe suprimirse la puerta abierta en la valla del lindero para que desaparezca el signo aparente de servidumbre, pues no es hueco abierto para luces o para vistas, sino una puerta cuya finalidad no es otra que la de pasar, destino que nada tiene que ver con el hecho de tomar luces o con el de poseer, gozar y disfrutar de vistas.*

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

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Huesca se sigue juicio de cognición; la sentencia de 24 de marzo de 1998 desestima la demanda. Los actores recurren en casación y la Audiencia estima el recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: De forma previa, debemos dar por reproducidos los argumentos contenidos en el referido auto de 19 de mayo de 1998 sobre la intrascendencia que tiene la falta de motivación del recurso y de que no se solicitara expresamente la revocación de la sentencia.

Segundo: La escritura de 15 de diciembre de 1992 indica que la porción segregada y vendida por los actores y ahora apelantes al demandado es la que figura rayada en tinta negra en los dos planos iguales que, debidamente firmados, entregaron al notario para acompañar a las dos primeras copias parciales

que se expidieran. De dicho plano se desprende con total claridad que la parcela en cuestión —de 400 metros cuadrados de superficie, según el título— no comprende la franja objeto de controversia, sino que ésta se mantuvo dentro de la finca matriz.

Así lo corrobora tanto el propio demandado en prueba de confesión como los actos propios del mismo desarrollados después de la firma de la escritura, pues valló y cercó con seto vivo el perímetro fijado en el plano, excepto el espacio correspondiente a la puerta de la casa allí construida, y que permite acceder a la calle Ronda de Aragón atravesando el terreno discutido.

Ciertamente, la escritura pública indica que el solar segregado limita, por el fondo, con calle «Ronda de Aragón», cuando en realidad, partiendo del anterior criterio, debería haber dicho «resto de finca matriz y finca de la viuda de Campos». Pero por obvias razones de seguridad jurídica debemos dar preferencia al plano frente a uno de los puntos descriptivos de la finca. Además, la indicación errónea del límite pudo estar motivada por el proyecto de alineación viaria que se observa en el plano respecto a lo que el Ayuntamiento de Grañén denomina «remodelación de la Ronda de Aragón» (folio 101), y cuya ejecución podrá afectar a terrenos que actualmente son propiedad de los actores, no del demandado, sin perjuicio de la distancia de edificación, hasta 15 metros, a que se refiere el Consistorio municipal citando las normas subsidiarias de planeamiento.

Tercero: Por todo ello, procede estimar la acción declarativa de dominio ejecutada, dado que concurren todos sus requisitos (identificación de la cosa y título de dominio en favor de los demandantes), lo que conllevará la oportuna rectificación del Registro de la Propiedad, al amparo de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria.

También debe prosperar la acción negatoria de servidumbre de paso, pues no consta su adquisición ni por título o pacto ni por usucapión, aparte de que los demandados nada alegan al respecto. En consecuencia, como se pide, deberá suprimirse la puerta abierta en la valla del lindero para que desaparezca el signo

aparente de servidumbre, pues, como dijimos en nuestra sentencia de 30 de mayo de 1994, los demandados no tienen abierto un hueco para luces o para vista, sino una puerta cuya finalidad no es otra que la de pasar, destino que nada tiene que ver con el hecho de tomar luces o con el de poseer, gozar y disfrutar de vistas, que es lo autorizado por la Compilación.

Cuarto: Al estimarse el recurso, y con él la demanda, debemos imponer a los demandados las costas de primera instancia y no procede hacer especial pronunciamiento sobre las de esta alzada (arts. 523 y 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

NUM. 14

A. APH de 18 de julio de 1998

73: SUCESION PACCIONADA:

PACTO AL MAS VIVIENTE: Reversión: *Como el esposo sobreviviente no dispuso del patrimonio así heredado de ningún modo antes de su defunción, deben pasar los bienes a las personas llamadas en tal momento (fallecimiento del sobreviviente) a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido (art. 108.3 Comp.). Se trata de una especie de sustitución fideicomisaria de residuo en la que el llamamiento a los sustitutos puede tener fundamento legal o voluntario y, dentro del primero, no sólo abintestato en sentido estricto, sino también troncal.*

76: SUCESION INTESADA:

DECLARACION DE HEREDEROS: Bienes troncales: *El auto de declaración de herederos claramente indica que puede haber bienes troncales procedentes de la rama paterna y cuya sucesión ha de ser la prevista en los artículos 132 y 133 Comp.; dicha resolución se dictó sin perjuicio de los derechos sucesorios que correspondan a los herederos de los bienes troncales y troncales de abolorio del causante.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 108, 132 y 133 Comp.; art. 960, 973 y 977 Lec.

PONENTE: Ilmo. Señor don José Luis Ochoa Hortelano.

Ante el Juzgado de Primera Instancia de Monzón se siguen autos de prevención de juicio de abintestato (núm. 53/96-B) en que se dicta auto de 8 de enero de 1998, que declara contencioso este expediente, procediéndose a su archivo y remitiendo a las partes el procedimiento de jurisdicción contenciosa que proceda. Apelado el auto, la Audiencia estima el recurso (núm. 107/98), revoca la resolución impugnada, por lo que no procede el archivo, sino mantener las medidas adoptadas para la prevención del abintestato incluyendo la formación en pieza separada de declaración de herederos abintestato sobre los bienes troncales y troncales de abolorio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El procedimiento que nos ocupa se inició por solicitud de prevención de juicio de abintestato sobre los bienes troncales y troncales de abolorio del caudal hereditario de doña Josefa Solano Puigbert. La causante otorgó testamento mancomunado en el año 1977, en el que los cónyuges otorgantes se instituyeron recíprocamente herederos (pacto al más viviente). Falleció antes que su marido y sin haber hijos comunes, por lo que el sobreviviente heredó los bienes de la premuerta, según el artículo 108.3, inciso primero, de la Compilación. Como el esposo no dispuso del patrimonio así heredado de ningún modo antes de su defunción, deben pasar los bienes a las personas llamadas en tal momento (fallecimiento del sobreviviente) a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido, a tenor de lo dispuesto en el párrafo tercero del citado artículo 108. Así pues, como indicamos en nuestro auto de 17 de noviembre de 1997, el pacto al más viviente implica una especie de sustitución fideicomisaria de residuo, en el cual sustitutos son estos parientes del cónyuge fallecido en primer lugar llamados a la sucesión en el momento del óbito del cónyuge viudo. Y, como indicábamos en el referido auto, el llamamiento al que nos referimos, puede tener distinto fundamento, legal o voluntario, y dentro del primero, no sólo abintestato en sentido estricto, sino también troncal. En el expediente que nos ocupa, la prevención de juicio de abintestato se plantea sobre bienes troncales y troncales de abolorio, procedentes de la rama paterna de la

causante y cuya sucesión ha de ser la prevista en los artículos 132 y 133 de la Compilación.

Segundo: El acto impugnado justifica el archivo del expediente de prevención de juicio abintestato por tres razones: no cumplirse los requisitos de parentesco del artículo 960.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, haber transcurrido casi quince años desde el fallecimiento de la causante y, finalmente, por existir contradicción entre los interesados en la herencia de doña Josefa Solano Puigbert. Por su parte, la representación de los familiares que se oponen a la prevención, y también el auto, puesto que solicitan la rendición de cuentas por parte del administrador nombrado en dicho procedimiento, fundamentan básicamente su pretensión en la existencia de cosa juzgada por cuanto ya han sido declarados judicialmente los herederos de la señora Solano por auto de esta Audiencia Provincial de 17 de noviembre de 1997. Respecto a la primera cuestión, hemos de constatar que la prevención de abintestato puede proceder de oficio, en cuyo caso sí es de aplicación la limitación del artículo 960.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero también puede tramitarse, como es este el caso, a instancia de parte, a tenor de lo dispuesto en el artículo 973 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su apartado primero legitima, a estos efectos, a los parientes más próximos del finado que se crean con derecho a la herencia, por lo que los solicitantes de la prevención están legitimados por poder ser llamados a la sucesión según lo regulado en la Compilación Aragonesa. En relación con el hecho de que hayan transcurrido casi quince años desde el fallecimiento de la causante, hemos de señalar que el transcurso del tiempo siempre será lógico cuando se establece el «pacto al más viviente», siempre habrá que esperar al fallecimiento del cónyuge superstite para abrir la sucesión de los bienes del premuerto, como dispone el artículo 108 de la Compilación, sin establecer límites temporales. En cuanto a la posible contradicción entre los interesados en la herencia, consideramos de aplicación la doctrina que ya expusimos en el auto de 17 de noviembre de 1997, obrante al folio 167. Además, como indicaremos, el juzgador «a quo» deberá iniciar, en pieza

separada, el expediente de declaración de herederos de los bienes troncales y troncales de abolorio procedentes de la rama paterna de la causante, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 977 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por último, se alega por la parte que se opone a la prevención que los herederos ya han sido declarados en auto firme y que, por lo tanto, existe cosa juzgada. Por supuesto que no cabría la prevención si en dicho auto se hubiera declarado a otras personas herederas del mismo causante en todos sus bienes, derechos y acciones, con lo que en sede de jurisdicción voluntaria no sería procedente otra declaración de herederos contradictoria con la anterior. Pero este no es el caso, ya que el auto de nuestra Audiencia alegado claramente indica que puede haber bienes troncales procedentes de la rama paterna y cuya sucesión ha de ser la prevista en el artículo 132 y 133 de la Compilación. Por todo ello, consecuentemente, dicha resolución se dictó sin perjuicio de los derechos sucesorios que correspondan sobre los bienes troncales y troncales de abolorio de la causante, los que precisamente son objeto de la solicitud de los actores en estos autos. Por las razones expuestas, el auto debe ser revocado y debe ser estimada la apelación interpuesta por los solicitantes de las medidas de prevención. Asimismo, debe ser desestimada la pretensión de la otra parte sobre la rendición de cuentas de la administración en su momento nombrada, ya que dicha medida va a ser mantenida.

Tercero: Que el artículo 977 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que, una vez practicadas las medidas indispensables para la seguridad de los bienes, se procederá en pieza separada a hacer la declaración de herederos abintestato. Así se ordenó en el auto del Juzgado de Primera Instancia de Monzón de 29 de abril de 1996, donde, además, se acordaban las medidas de prevención pertinentes, como son la formación del inventario sobre bienes troncales y de abolorio y el nombramiento de administrador sobre dichos bienes (rectificado por auto de 22 de mayo de 1996). Posteriormente, estas medidas fueron canceladas en la instancia por el auto ahora recurrido, por lo que al ser ahora anulada dicha resolución primeramente adop-

tada debe volver a tener plena aplicación.

Cuarto: Al estimarse la apelación promovida por los solicitantes de la prevención de juicio abintestato y desestimarse la adhesión a la misma, solicitando la redención de cuentas de la administración no procede hacer expresa condena en las costas causadas en esta alzada.

NÚM. 15

S.APH de 22 de julio de 1998

0: OTRAS MATERIAS: LEY DE CAZA: Concepto de «residente»: *El empadronamiento no constituye una presunción de residencia iuris et de iure; el requisito de la residencia se exige para evitar el ingreso en la sociedad de cazadores de quienes no residen habitual y permanentemente en la localidad. Por tanto, no resulta equivocada la tesis de la apelante cuando hace referencia al censo de fuegos o a los habitantes con chimenea humeante en la localidad todo el año o con casa, patrimonio o hacienda, que done, es decir, que dé un servicio a la comunidad, según el Fuero Viejo.*

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

Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Jaca se siguen autos de juicio de cognición (núm. 12/98) promovidos por un cazador contra una sociedad de cazadores; la sentencia de 21 de mayo de 1998 estima la demanda y condena a la sociedad a admitir al demandante como socio de pleno derecho de la misma por cumplir los requisitos reglamentarios exigidos para ello. La demandada formalizó el presente recurso de apelación (núm. 258/98) que es estimado por la Audiencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La excepción de caducidad debe rechazarse por los argumentos desarrollados en la sentencia apelada al hablar de la falta de notificación del acuerdo impugnado, de donde resulta que el *dies a quo* comienza desde ese instante y que su indeterminación sólo pue-

de perjudicar a la parte demandada, ahora apelante. No es creíble la versión que a tal efecto dan los testigos propuestos por esta parte (que entregaron la copia del acuerdo el fin de semana siguiente al día de su adopción), pues se trata de personas relacionadas con la sociedad de cazadores, como miembros de la misma que son, de modo que este tipo de prueba no cumple con el requisito de fehaciencia exigible para demostrar el hecho cuestionado.

Por otro lado, es el artículo 19.2 del Real Decreto 177/1981, de 16 de enero, sobre Clubs y Federaciones Deportivas (en esté particular, no ha sido derogado por la Ley del Deporte de 15 de octubre de 1990 —nº 10/1990— ni por el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas, ni tampoco por la Ley del Deporte de Aragón, 4/1993, de 16 de marzo) el que establece el plazo de caducidad de la acción de 40 días para impugnar los acuerdos y actos de los clubes «contrarios al ordenamiento jurídico y a lo establecido en la Ley General de la Cultura Física y del Deporte, a las disposiciones del presente Real Decreto y demás normas de desarrollo de la Ley, o a las prescripciones de sus Estatutos [...], a partir de la fecha de adopción de los mismos». La asociación demandada tiene naturaleza de club deportivo, de acuerdo con los razonamientos contenidos en la resolución impugnada, pero el precepto transcrito tiene carácter reglamentario y carece del preciso soporte legal sobre la materia discutida, por lo que una norma de tan ínfimo rango no puede crear un plazo de caducidad para el ejercicio de una acción, dado que implica la extinción de un derecho subjetivo, todo ello de acuerdo con los principios de jerarquía normativa y de legalidad consagrados en el artículo 9.3 de la Constitución.

Segundo: Diferente acogida merece el segundo motivo del recurso.

El artículo 1.3 del Reglamento Interior de la sociedad de cazadores *Tierra de Biescas* señala que «sólo podrán ser socios de esta entidad quienes reúnan alguna de las siguientes condiciones», entre las que se encuentra —apartado a)— la esgrimida por el actor: «ser residente en el municipio de *Biescas*».

La prueba practicada acredita que el actor reside habitualmente en Zaragoza (al igual que su familia), en donde ejerce su profesión de comerciante. Es cierto que se halla empadronado en Biescas desde el 10 de mayo de 1997 y es posible que pase largas temporadas en esta población; tales como los fines de semana y los períodos vacacionales. Pero el empadronamiento no constituye una residencia *iuris et de iure* y el concepto de residente al que se refiere el Reglamento Interior de la sociedad no debe interpretarse con arreglo a la legislación administrativa citada en la sentencia objeto de recurso (artículos 15 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y 53, 53, 55 y 56 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales aprobado por el Real Decreto 1690/1986, de 11 de julio, y modificado por el real Decreto 2612/1996, de 20 de diciembre), sino de forma autónoma, de acuerdo con el objetivo desarrollado por la sociedad de cazadores y la finalidad perseguida por el requisito objeto de análisis, la cual no es otra que evitar el ingreso indiscriminado e ilimitado en la asociación de cualquier persona que no resida habitualmente y de forma permanente en *Biescas* y que no obstante consiga el empadronamiento, pues de lo contrario resultaría perjudicada la propia actividad cinegética que promueve la demandada y los intereses colectivos e individuales de los socios. Por tanto, no resulta equivocada la tesis de la apelante cuando hace referencia al censo de fuegos o a los habitantes con chimenea humeante en la localidad todo el año o con casal, patrimonio o hacienda, que done, es decir, que dé un servicio a la comunidad, según el Fuero Viejo.

La normativa sobre caza no es ajena al anterior concepto, sino todo lo contrario. A tenor de lo dispuesto en el artículo 14.12 del Reglamento de Caza de Aragón (Decreto 108/1995, de 9 de mayo, que desarrolla la Ley de Caza de Aragón, 13/1992, de 10 de diciembre, reformada por la Ley 10/1994, de 31 de octubre), «se consideran *cazadores* locales a los efectos de la Ley 12/1992 y del presente Reglamento, a los que tengan establecida su *residencia habitual y permanente* en las localidades radicadas en los términos municipales [...]

El propio artículo 40 del Código Civil señala que el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual.

Con ello no queremos decir que el domicilio —en sentido estricto— del actor no pueda radicar tanto en Zaragoza como en *Biescas*, sino que el término *residencia* utilizado por el Reglamento Interior es diferente a cualquier concepto legal y que la habitualidad no es extraña a las normas civiles y administrativas en materia de domicilio y residencia.

En suma, el demandante no reside habitual y permanentemente en Biescas, sino en Zaragoza, de forma que no podemos entender cumplido este requisito por el hecho de que se haya empadronado en esa localidad o que se traslade durante ciertos períodos al año hasta la misma, máxime teniendo en cuenta que el registro en el padrón se obtuvo sin cumplir las propias prescripciones legales sobre la materia, como la que señala que la inscripción debe realizarse en el municipio en que se habite durante más tiempo al año si se vive en varios de ellos.

Por todo ello, procede acoger el recurso de apelación y desestimar la demanda.

No obstante, la tercera causa de oposición (que se halla cubierto el cupo máximo de cazadores) debe rechazarse por los argumentos esgrimidos por el juez a quo.

Tercero: Conforme a lo dispuesto en los artículos 523 y 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debemos imponer al actor las costas de primera instancia y no procede hacer especial declaración sobre las de esta alzada.

verbal, completándole la capacidad a efectos de lo establecido en el art. 5 Comp.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 5 Comp.

PONENTE: Ilma. Sra. D^a Montserrat Belmonte Castells

Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Huesca se sigue juicio de menor cuantía (núm. 97/97) sobre reconocimiento de usufructo sobre determinadas fincas de los demandados; la sentencia de 9 enero 1998 estima la petición subsidiaria de la demanda y condena a los demandados a otorgar la correspondiente escritura de reconocimiento del usufructo. Demandante y demandado interponen recurso de apelación (núm. 60/98): la Audiencia desestima los recursos de los demandados y estima parcialmente el del demandante.

FUNDAMENTO DE DERECHO

Primero: Cabe en primer lugar resolver sobre el recurso de apelación interpuesto contra el auto de fecha 11 de Noviembre de 1997 que desestimaba la reposición planteada contra la providencia que no daba lugar a la prueba de confesión de los codemandados, entendiendo el juzgador de instancia que la admisión de dicha prueba sólo procede cuando las partes ejerciten intereses total y diametralmente opuestos entre sí, considerando que en el caso que nos ocupa esta prueba carece de eficacia probatoria al allanarse los codemandados a las pretensiones del demandante, haciendo por tanto superflua su eficacia cuya finalidad es probar aquello que perjudica a quien absuelve posiciones. El art. 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que sólo podrá otorgarse el recibimiento a prueba en la segunda instancia en casos determinados y previstos en ese artículo, estableciéndose en el primero de sus apartados que la Sala podrá estimar pertinente la diligencia de prueba desestimada en primera instancia en los casos previstos en el art. 567 del mismo texto rituario. Dicho artículo en su apartado segundo establece que contra las providencias en las que se deniegue diligencia de prueba en primera instancia, se podrá

interponer recurso de reposición, y si el Juez no lo estimase, «podrá la parte interesada reproducir la misma pretensión en la segunda instancia».

En los presentes autos, la parte interesada en fecha 14 de Noviembre de 1997 articula recurso de apelación contra el auto citado, sin que reproduzca en su momento y en segunda instancia la pretensión que le fue denegada, por lo que, al no cumplir con lo establecido en el art. 567 y 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede estimar la apelación interpuesta contra el auto de 11 de Noviembre de 1997.

Resuelto este primer recurso, sólo queda centrar nuestra atención en las apelaciones interpuestas por ambas partes contra la sentencia de fecha 9 de enero de 1998 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número Dos de Huesca, no sin antes hacer una referencia de los hechos acontecidos, y que originan el presente procedimiento.

En fecha 29 de Julio de 1977, el ahora instante de este procedimiento declarativo don **Antonio Audina Montori**, viudo y sin descendencia, otorga ante el notario Manuel Montaner Latorre escritura de compra-venta número de protocolo 813, compareciendo de otra parte Doña **Ignacia-Purificación Audina Zapater**, mayor de edad y casada con don **José M^a Felipe Zapater Carilla**, siendo ésa sobrina del anterior, compareciendo también en la citada compraventa don **José-Atanasio Audina Montori**, hermano de don Antonio, quien intervino como mandatario verbal de su hija M^a José de diecisiete años y soltera en aquel momento, a quien además en ese acto le completaba la capacidad. En dicha compra-venta, don Antonio vendía a sus sobrinas Ignacia-Purificación y M^a José sus fincas sitas en el término municipal de Huerto. Dicha compra-venta no era mas que la simulación de una auténtica donación por la que el mencionado tío donaba a sus sobrinas la nuda propiedad de todas sus tierras por mitades y pro-indiviso, al tiempo que don José-Atanasio igualmente, mediante otro negocio jurídico, donaba la nuda propiedad de todas sus tierras a sus hijas. El mismo día que se celebraba el contrato de compra-venta simulado, se redactó documento privado por el que las

sobrinas reconocían el usufructo universal de todas las fincas adquiridas en la mencionada escritura de compra-venta, obligándose a no vender ni gravar dichas fincas sin el consentimiento del usufructuario, al que, si fuera preciso, reconocerían el usufructo en escritura pública a su simple indicación; la firma de este documento al que denominaremos documento n^o 3 fue llevada a cabo por las mismas personas que comparecieron en el otorgamiento de la escritura de compra-venta. Presentada la escritura pública para su correspondiente liquidación ante Hacienda, la Abogacía del Estado consideró oportuno liquidar la transmisión efectuada a doña M^a José Audina como donación, dado que era menor de edad, soltera y estudiante, no teniendo capital propio para justificar la adquisición, sin que conste ante tal liquidación oposición alguna de la donataria.

Con posterioridad a la celebración de ambos negocios jurídicos, uno simulado y el otro disimulado, doña M^a José Audina en fecha 6 de Agosto de 1997 (folio n^o 279 obrante en autos) ratifica y aprueba en todas sus partes la compra-venta otorgada en 29 de Julio de 1977 en la que su padre actuaba como su mandatario verbal, completándole así mismo su capacidad al ser menor de edad pero mayor de catorce años, edad mínima que establece la compilación aragonesa para poder celebrar toda clase de actos y contratos. Al cumplir la mayoría de edad, nuevamente comparece ante notario el 15 de Noviembre de 1978 ratificando como mayor de edad la mencionada escritura de compra-venta.

Con ocasión de la concentración parcelaria afectuada en el término municipal de Huerto, las dos hermanas convienen mediante documento privado de 21 de Enero de 1987 extinguir el condominio de sus fincas a fin y a efecto de poder titularse las fincas de reemplazo aportadas a la concentración, en pleno dominio y en su integridad, a favor de las actuales copropietarias, otorgándose además escritura pública de segregación y extinción de la copropiedad por los dos matrimonios ahora demandados en fecha 5 de marzo de 1988 ante el notario de Sariñena don José Manuel Martínez Sánchez con número de protocolo 185, quedando así algunas de las fincas que fueron trans-

mitidas sustituidas por otras como consecuencia de la concentración parcelaria, pero repartidas entre ambas hermanas tal como ellas mismas pactaron y estipularon en el documento privado al que nos hemos referido, que fue aprobado mediante resolución de la Dirección General de Ordenación Rural de fecha 22 de Abril de 1988, y de la escritura pública citada.

Las tierras donadas las trabajaba don José-Atanasio hasta el momento de su jubilación, comenzándolas a trabajar a partir de ese momento don **Felipe Zapater Carilla**, marido de doña Ignacia-Purificación.

En 1995, doña M^a José Audina plantea juicio sobre el art. 41 de la Ley Hipotecaria contra el también hoy codemandado don Felipe Zapater en tanto que éste era poseedor de hecho de la mitad de las fincas pertenecientes a la entonces actora, y según ella, carecía de título. En dicho procedimiento, que concluyó por sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca nº 185 en autos nº 167/95 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Dos de Huesca, quedó acreditado que don Felipe Zapater poseía las fincas por contrato de precario, válidamente, precario que concertó con el hoy actor, precisamente porque era anterior titular registral y porque la existencia y realidad del usufructo reservado parecía acreditada; la solicitud posesoria de doña M^a José Audina fue desestimada. De la prueba practicada en aquel momento se verificó que el padre de la entonces actora y ahora demandada, no negó la firma del documento privado en el que se reconocía la donación, reservándose el tío donante el usufructo universal de las tierras donadas, quedando acreditado que los mismos documentos en los que se redactaron tanto la escritura de compra-venta como el documento privado fueron expedidos en papel timbrado correlativo, siendo la matriz de dicha escritura extendida en cinco folios de papel timbrado del Estado de la clase catorce, serie 1A, números 0892213, 0892217, 0892218, 0892219 y 0892220, mientras que el documento privado que reconocía el usufructo se extendió en papel de la misma clase y serie y con el número 0892221, circunstancia, entre otras muchas, que llevó a considerar a la

Sala acreditada la relación invocada en la demanda de contradicción, habiendo actuado el padre de la entonces actora con poder para comprar, incubriendo la donación, en unidad de acto, aunque fuera empleando una doble acta, la pública y la privada.

Llegados a este punto, plantea el hoy actor en este procedimiento don **Antonio Audina Montori** juicio declarativo ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número Dos de Huesca en autos de Juicio de Menor Cuantía número 97/97 contra don **José-Atanasio Audina Montori**, doña M^a **José Audina Zapater** y don **José Ballarín Cabellud** y contra don **José M^a Felipe Carilla** y doña **Purificación Audina Zapater**, allanados éstos a la demanda, solicitando se dicte Sentencia, por la que : 1^a se declare la autenticidad del documento privado aportado como documento nº 3 de esta demanda (documento privado aportado como documento nº 3 de esta demanda (documento privado de donación), declarando así mismo que es válido y vinculante para las partes que lo firmaron y para doña M^a José Audina Zapater; 2^a. se declare la existencia de contrato simulado en la escritura de compra-venta acompañada como documento número dos a la demanda (folio 13 de las presentes actuaciones), y que el auténtico negocio querido por las partes fue la donación de la nuda propiedad, con reserva de usufructo a favor del donante de todas las fincas de éste a doña Purificación y doña M^a **José Audina Zapater**, por mitades e iguales partes indivisas, siendo dicha donación condicionada a que las donatarias reconocieran el usufructo a favor del donante cuando fueran requeridas para ello; 3^a se declare que doña M^a **José Audina Zapater** ha incumplido la condición de la donación y, en consecuencia, se declare la revocación de la donación respecto a las fincas a ella transmitidas, volviendo las mismas al patrimonio del actor, siendo las fincas objeto de esta resolución las que fueron adjudicadas a dicha donataria en la escritura de extinción de comunidad acompañada como documento nº 8 (folio 53), mas la finca de concentración parcelaria descrita en el documento nº 9 (folio 63); 4^a se ordene la cancelación de los asientos registrales existentes a favor de doña M^a **José**

Audian Zapater, respecto a las fincas a que se refiere el punto anterior, ordenando la inscripción de todas ellas a favor de don **Antonio Audina Montori**; 5ª SUBSIDIARIAMENTE, y para el supuesto de que todo o parte de los anterior no fuera estimado, se declare:

A) la nulidad del contrato de compra-venta incorporado en la escritura autorizada con fecha 29 de Julio de 1977 por el notario don Manuel Montaner Latorre, bajo el nº 813 de su Protocolo (doc. 2 folio 13), por contener un contrato simulado; B) la nulidad de la escritura de Segregación y Extinción de Comunidad autorizada por el notario don José Manuel Martínez Sánchez con fecha 5-3-88, bajo el nº 185 de su Protocolo (documento 8 folio 53); C) la nulidad de las adjudicaciones de las fincas de concentración parcelaria a favor de doña Mª José Audina Zapater, doña Purificación Audian Zapater, y don Felipe Zapater Carilla, contenidas en los documentos 9, 10, 11 y 12 de la demanda (folios 63, 74, 81 y 88 de las presentes actuaciones); integrantes del acta de protocolización autorizada por el notario que fue de Sariñena don Pedro Albiol Marés con fecha 20-12-90, bajo el nº 500 de su Protocolo; D) la adjudicación de estas últimas fincas de concentración parcelaria a favor de don **Antonio Audina Montori**, ordenando así mismo la cancelación de las inscripciones registrales causadas por dichos documentos y la inscripción de todas las fincas a favor de don **Antonio Audina Montori**; 6ª y AUN SUBSIDIARIAMENTE, para el supuesto que lo anterior no fuera estimado en su totalidad, se condene a doña Mª José Audina Zapater y a don **José Ballarín Cabellud** a otorgar la correspondiente escritura de reconocimiento de usufructo de las fincas de su propiedad a que esta demanda se refiere, a favor de don **Antonio Audina Montori**; 7ª se condene a todos los demandados a estar y pasar por las anteriores declaraciones, y a otorgar cuantos documentos públicos y privados fueren precisos para ejecutar la Sentencia que se dicte; 8ª se condene por último, a los codemandados que a esta demanda se opusieran, al pago de las costas que se causen, excluyendo de tal condena en costas a don **Felipe Zapater Carilla** y a doña **Purificación Audi-**

na Zapater para el supuesto de que se allanen a la demanda.

Una vez producido el allanamiento de los codemandados doña Purificación y don Felipe, el Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que, estimando la petición subsidiaria deducida por la representación de don **Antonio Audina Montori**, condenaba a doña Mª José Audina Zapater, don **José Ballarín Cabellud**, don **Felipe Zapater Carilla** y doña **Purificación Audina Zapater** a que otorgaran la correspondiente escritura de reconocimiento de usufructo de las fincas de su propiedad a que esta demanda se refiere, a favor de don **Antonio Audina Montori**, condenando a los referidos y a don **José Atanasio Audina Montori**, a estar y pasar por la anterior declaración y a otorgar cuantos documentos públicos o privados fueren precisos para ejecutar la presente resolución, todo ello sin hacer expresa imposición de costas. Ahora bien, tal reconocimiento del usufructo no lo fundo el Juzgador de instancia en una mera donación de la nuda propiedad con reserva de usufructo, si no en el mero hecho de que los demandados no allanados manifiestan estar en disposición de reconocer un usufructo vitalicio en favor del demandante como agradecimiento a la donación efectuada.

Segundo: Abordando el estudio de lo actuado en los presentes autos, obligado es hacer referencia a la declaración de autenticidad del documento privado aportado como nº 3 de la demanda y considerar si éste tiene fuerza vinculante entre las partes que lo firmaron y para doña Mª José Audina Zapater. No cabe duda alguna sobre la validez de dicho documento, la propia demandada en confesión admite que existió una donación encubierta y que su padre, aquel día en el que se suscribió la escritura pública de compra-venta, actuaba como su mandatario verbal, completándole la capacidad a efectos de lo establecido en el art. 5 de la Compilación Aragonesa; prueba de ello es la propia escritura de ratificación que otorga ante notario el 6 de Agosto de 1977 (folio 280), en la que aprueba y ratifica en todas sus partes la escritura de compra-venta admitiendo expresamente que su padre actuaba su mandatario verbal completándole ade-

más su capacidad. No puede sin embargo aceptar la existencia de un negocio jurídico (compra-venta) y negar la existencia del otro (donación) tal como pretende en su contestación a la demanda objeto de las presentes actuaciones (folio 125); conocía perfectamente la hoy demandada la existencia de la donación, sabía que la transmisión de las fincas que recibía de su tío lo era en virtud de un *animus donandi* y no de una compra-venta, siendo absurdo mantener lo contrario ya que ni pagó precio alguno por dicha transmisión ni la Abogacía del Estado consideró que ésta fuera fruto de compraventa alguna al practicarle la liquidación que tampoco fue impugnada por la demandada. Por otra parte, el hoy actor, en el momento de donar a sus sobrinas sus fincas, sabía y conocía que les estaba donando la nuda propiedad, reservándose el usufructo universal y vitalicio de lo donado, haciendo constar además en el documento privado de donación la cláusula por la que aquellas no podían ni gravar ni vender lo donado; dentro de ese convencimiento, suscribió la escritura de compra-venta, aunque fuera disimulando el verdadero negocio jurídico que se estaba efectuando, y de la misma forma, todos y cada uno de los comparecientes en aquel acto en la notaría estaban en el mismo convencimiento, dándose la circunstancia de que el hoy actor aceptó a su hermano Don José Atanasio como mandatario verbal de su sobrina en el pleno y absoluto convencimiento de que efectivamente la estaba representado, pero no solamente al firmar la escritura de compra-venta, sino también al suscribir el documento privado, documento que conjuntamente con la escritura de compra-venta fueron ambos confeccionados, en unidad de acto hace unos veinte años, con la misma máquina de escribir y por la misma persona, extremos estos acreditados por la pericial practicada, extendiéndose ambos documentos tanto el público como el privado en papel timbrado del Estado de la misma clase y serie y números correlativos, como quedó probado en el procedimiento del art. 41 de la Ley Hipotecaria planteado por la ahora demandada y por la propia certificación emitida por el notario don Daniel Revuelta (folio 172), lo que a todas luces desvela que el padre de doña M^a José

actuó con poder para suscribir la compra-venta y para reconocer el usufructo que se reservaba el donante prácticamente en unidad de acto, aunque fuera empleando una doble acta, la pública y la privada. No cabe tampoco admitir la tesis de que la firma del documento privado no obliga a la ahora demandada ya que, si bien es cierto que, al contrato celebrado por el mandatario con los terceros, fuera de los límites del mandato o con poder insuficiente o nulo, no obliga al mandante, también lo es que puede ser ratificado por éste (art. 1727, 2^a del C.C.) expresa o tácitamente, forma esta última que tiene lugar cuando, sin hacer uso de la acción de nulidad, acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado, además tal como observó la Sentencia de 22/6/89 del Tribunal Supremo, los principios de seguridad jurídica y protección de terceros de buena fe impone que no se haya de perjudicar a dichos terceros por limitaciones del poder de representación que no hayan podido conocer, ni racionalmente prever, puesto que el acto ratificador se produce también cuando el representado crea una apariencia de apoderamiento o permite con su actitud que así se crea por terceras personas, en cuyo caso el principio de la buena fe exige que quede obligado (Sentencias del T.S. de 13/7/87, 1/3/90), supuestos estos de perfecta aplicación ya que don José Atanasio suscribió ambos documentos, el público y el privado, en unidad de acto y con el pleno convencimiento de todos los allí comparecientes y más en concreto de don Antonio, su hermano, de que estaba actuando como mandatario verbal de su hija, completándole además su capacidad, ratificando ésta con posterioridad dicha actuación tanto en escritura pública como por actos tácitos posteriores. Dicho esto, cabe precisar para que no exista duda alguna que lo realmente transmitido fue la nuda propiedad, afirmación que viene corroborada por la reserva del usufructo universal que se hace en documento privado, y ello supone que el nudo propietario carece de las facultades de goce y disfrute de la cosa usufructuada, residiendo en el usufructuario el derecho exclusivo a poseer, usufructo que por otra parte ya fue reconocido en favor del donante en la sentencia recaída en el procedimiento del

art. 41 de la Ley Hipotecaria, fundamento que dio lugar a la desestimación de la pretensión de la ahora demandada doña M^a José. Por otra parte, conociendo y admitiendo ésta que la transmisión efectuada en su favor por su tío fue consecuencia de una donación, también ha de conocer que para que la donación tenga lugar ha de ser aceptada por el donatario, y si ello no es así no se perfecciona el negocio jurídico, por lo que conociendo la verdadera naturaleza de la transmisión, si no acepta que lo transmitido es fruto de una donación de la nuda propiedad, mal puede aceptar la simulada compra-venta, llegando a la única conclusión de que tendría que devolver todos los bienes.

En segundo lugar, cabe decir sobre la existencia de un contrato simulado en la escritura de compra-venta cuando el auténtico negocio querido por las partes fue el de la donación de la nuda propiedad, manteniendo el usufructo universal del donante respecto de las fincas donadas, que efectivamente se trata de un contrato simulado y así lo reconocen todas las partes en litigio. La validez de las donaciones encubiertas bajo la forma de compraventa ha dado lugar a soluciones divergentes, no solo en la doctrina sino también en la jurisprudencia, y así numerosas sentencias reconocen la validez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de escritura pública de compra-venta, entre otras Sentencias del T. S. de 31/5/82, de 19/11/87, de 2/6/56, de 16/10/65, negando otras resoluciones validez para la donación en escritura de venta, por ello, para resolver este problema jurídico, ha de tenerse en cuenta en primer lugar las circunstancias de hecho concurrentes en cada caso. Regulado en el art. 633 del C.C. el requisito de forma de las donaciones de bienes inmuebles, lo que no ha de confundirse con el fondo, si bajo el negocio simulado existe negocio disimulado, la forma de éste será la propia del simulado y si es la exigida por la Ley para el tipo del negocio al que pertenece, cumple con el requisito formal correspondiente; en este caso, la exigencia de escritura pública para la donación se cumple, ya que el notario al autorizar el contrato de compra-venta en realidad estaba autorizando un contrato de donación que efectiva-

mente necesita además para su perfección, como hemos mantenido anteriormente, la aceptación de los donatarios, presuntos compradores que comparecieron al otorgamiento de las escrituras (Sentencia del T.S. del 9/5/88, del 22/1/91). Volvemos a insistir en que la donación lo era solamente de la nuda propiedad, por tanto no cabe considerar que el usufructo universal reconocido en el documento privado sea una carga en la transmisión, sino pura y simplemente la reserva lógica de los bienes transmitidos, estipulándose además para los donatarios la obligación de no vender o gravar las fincas donadas sin el consentimiento del donante, usufructo que por otra parte la propia demandada doña M^a José Audina y su marido don José Ballarín han venido reconociendo de forma pacífica hasta el año 1995, momento en el que plantearon el procedimiento del art. 41 de la Ley Hipotecaria, pero desde el momento en que se otorgó la escritura de compra-venta hasta el año 1988, venía cultivando las tierras transmitidas su padre don José Atanasio, pasando a partir de esa fecha a ser cultivadas por su cuñado don Felipe Zapater sin que existiera el menor reproche en ello, lo que implícitamente lleva a considerar el reconocimiento de ese usufructo en favor del donante, aunque si bien a partir de 1995, y con ocasión del posible aprovechamiento del subsuelo de una de las fincas de la que era nuda propietaria, interpone el pleito mencionado con la finalidad de desalojar de las tierras a su cuñado don Felipe Zapater que las venía cultivando en virtud de precario autorizado por el donante tal como queda acreditado en la sentencia del 31/5/96 de esta Audiencia Provincial recaída en las mencionadas actuaciones.

Respecto a la petición de declaración de nulidad de la escritura de compra-venta, no procede declarar la misma en virtud de lo ya manifestado anteriormente, reproduciendo en su totalidad el fundamento tercero de los razonamientos jurídicos de la Sentencia de Instancia, ya que el art. 1276 del C.C. establece que «la expresión de una causa falsa en los contratos dará lugar a la nulidad, si no se probase que están fundados en otra verdadera y lícita»; por ello es necesario que para que los negocios disimulados pue-

dan producir plenos efectos, se justifique la concurrencia de los requisitos del art. 1261 del C.C., o sea, el consentimiento y capacidad de los contratantes para prestarlo, objeto y principalmente, la causa lícita y verdadera en que se funde el acto que las partes han querido ocultar, encubriéndolo bajo un aparente contrato carente de causa o con causa falsa, si lo que se pretende es disimular, por medio de un contrato de compra-venta simulado, una donación válida, es de todo punto necesario probar, además, la concurrencia de los requisitos que los arts. 629, 630 y 633 del C.C. exigen para su eficacia y validez que básicamente y fundamentalmente son la aceptación por parte del donatario y el «animus donandi» del donante, requisitos estos que se dan en el presente caso, por lo que estimando parcialmente la demanda procede declarar que ha existido la simulación anteriormente aludida, en los términos que se dirán en la parte dispositiva. Es decir, procede estimar parcialmente el recurso interpuesto por el actor y procede desestimar el articulado por la demandada quien, afirmando la existencia de una compra-venta pretendía que el usufructo en favor del actor tuviera su causa en su graciosa concesión, y en todo caso limitado al usufructo de la explotación agrícola de las fincas transmitidas, pretensión a la que no podemos acceder, pues como ha quedado dicho, el actor solo donó la nuda propiedad y se reservó el usufructo universal, sin limitación alguna.

Así mismo, respecto a la petición subsidiaria de que los codemandados doña Ignacia Purificación Audina Zapater y don Felipe Zapater Carilla otorguen la correspondiente escritura de reconocimiento de usufructo universal de las fincas de su propiedad en favor de don Antonio Audina, cabe decir que el propio allanamiento de los codemandados manifiesta su intención de reconocer el usufructo solicitado, amén de que ya de una forma tácita lo han venido reconociendo pacíficamente desde la fecha de la transmisión.

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.

NUM. 17

S. APH de 30 de julio de 1998

681: EL DERECHO DE VIUDEDAD: PUBLICIDAD: *La viudedad, ya se encuentre en su primera fase —derecho expectante— o en la segunda —usufructo viudal—, es un beneficio legal o gravamen real que es oponible a terceros sin necesidad de inscripción en el Registro. Como con acierto señala la doctrina científica, esta institución familiar está investida de una publicidad legal que se sobrepone a la registral. Por ello, la Compilación no distingue entre transmisiones operadas dentro y fuera del Registro, sino que se refiere a todas ellas.*
EXTINCION: Renuncia: *La Compilación prohíbe la renuncia tácita (arts. 76.2 y 86.1.-1.º), pero admite no sólo la renuncia abdicativa, sino también la llamada traslativa, y sin necesidad de declaración expresa en tal sentido, cuando el viudo concurre en el acto de enajenación de la plena propiedad con los nudo-propietarios (art. 83.2; en parecidos términos: art. 76.2 para el derecho expectante); pero ha de ser renuncia traslativa a favor de un tercero a quien se enajena la plena propiedad, lo que no ocurre en el supuesto de división de una cosa común del viudo y los nudo-propietarios. Caducidad: Como se desprende de los antecedentes históricos del artículo 86.1.6.º Compilación, se trata de un caso de caducidad por no uso y no por falta de reclamación en sentido estricto, pues el usufructo nace sin necesidad de exigirlo de forma especial.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 72, 76 y 86 Comp.

PONENTE: Ilmo. Señor don Antonio Angós Ullate.

Ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Jaca se sigue juicio de cognición (núm. 328/97); la sentencia de 5 de mayo de 1998 estima la demanda y declara el derecho de usufructo viudal foral de la demandante; uno de los demandados interpone recurso de apelación (núm. 282/98) que es estimado en parte por la Audiencia, que declara que la actora ostenta el usufructo viudal sobre la mitad indivisa de las fincas en litigio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Como se desprende de los antecedentes de hecho que acabamos de referir, el Juzgado no se pronunció sobre la admisibilidad del recurso de apelación interpuesto por la demandante en el mismo escrito, mediante el cual impugnó el formulado de contrario.

Con el fin de subsanar tal omisión, hemos de indicar que dicho recurso no debió admitirse a trámite, pues habían transcurrido con creces el plazo de cinco días establecido en el artículo 62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 «a partir del siguiente al de su notificación» (en igual sentido se pronuncia el art. 732 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Esto quiere decir, como corroboran las disposiciones generales sobre esta materia, principalmente el artículo 303 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el cómputo del término comienza a partir de la respectiva notificación a la parte interesada y no desde la última que se hubiere practicado, como la actora parece sostener.

Por otro lado, no es posible la adhesión a la apelación como recurso independiente o autónomo, conforme a la tesis que sigue esta Audiencia sobre la base de la dicción literal del artículo 734 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite expresamente el citado artículo 62.

La causa de inadmisión puesta de relieve se convierte en esta fase en motivo de desestimación del recurso, por lo que sólo procede entrar a conocer del recurso de apelación formulado por el demandado.

Segundo: Los hechos fundamentales que condicionan el presente litigio, ninguno de ellos controvertidos, son los siguientes:

A) Pascual Sánchez Sarsa y Raimundo Casbas Azón, este último esposo de la demandante, Francisca Pardo Otal, y padre del codemandado Jesús Casbas Pardo, eran copropietarios en proindiviso y por mitad e iguales partes de un solar situado en Sabinánigo (finca registral 856), por haberlo adquirido constantes sus respectivos matrimonios, y sobre el cual se construyó un edificio con diversos locales y viviendas, situado en la calle Instituto Laboral, número 14.

B) Ambos condueños fallecieron antes del año 1980.

En concreto, el segundo de los referidos murió el 19 de septiembre de 1972, por lo que, mediante auto de fecha 29 de septiembre de 1978, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Jaca declaró herederos abintestato de Raimundo Casbas Azón, por mitad e iguales partes, a sus dos hijos, José Luis y el citado Jesús Casbas Pardo, «sin perjuicio del usufructo legal de viudedad correspondiente al cónyuge supérstite, doña Francisca Pardo Otal», la aquí demandante.

La heredera del otro condómino originario fue su esposa, Julia Casbas Azón, que falleció el 28 de septiembre de 1985; nombró heredero universal a una sobrina y legó a otros sobrinos diversas dependencias de la casa antes referida.

C) Como todos los interesados deseaban la división de la cosa común (la finca de continua cita), en virtud de escritura autorizada por el notario de Jaca el 15 de febrero de 1986, otorgaron, entre otros, los siguientes actos: a) los hijos de la hoy actora aceptaron la herencia de Raimundo Casbas Azón, con la aclaración de que «una mitad del valor líquido de la mitad indivisa de la finca descrita en esta escritura corresponde a la viuda, doña Francisca»; b) los demás interesados también aceptaron la herencia de Julia Casbas Azón; c) configuraron el inmueble en cuestión en régimen de propiedad horizontal; d) realizaron las adjudicaciones de las dependencias resultantes en favor de los derechohabientes de uno y otro causante (entre ellos, los hijos de la hoy actora), cuyos respectivos cónyuges renunciaron al derecho expectante de viudedad foral que pudiera corresponderles en lo no adjudicado a sus respectivos consortes.

En la escritura no consta disposición alguna ni sobre el derecho de copropiedad por la división de la comunidad matrimonial ni sobre el usufructo de viudedad de la demandante.

D) En el juicio ejecutivo número 172/91 tramitado ante el Juzgado número 1 de Jaca, le fueron embargadas al hoy codemandado, Jesús Casbas Pardo, las tres dependencias del edificio dividido por la escritura de 15 de febrero de 1986, y cuyo derecho de dominio (sin restric-

ciones) estaba inscrito en el Registro de la Propiedad. Se trata de las fincas números 9.085, vivienda izquierda, planta cero; 9.089, local en planta baja, a la izquierda entrando, y 9.097, vivienda primero izquierda.

Estas tres dependencias fueron adjudicadas al aquí demandado y apelante, Benjamín Acín Aínsa, que el 16 de octubre de 1997 presentó ante el Registro de la Propiedad el oportuno mandamiento de adjudicación.

El día 9 de marzo de 1998 se practicó la diligencia de entrega de la posesión de las fincas, pero no se llevó a cabo el lanzamiento de los ocupantes del piso correspondiente a la tercera finca, la actora y su hijo aquí allanado a la demanda, debido a que vivían en él.

E) Con anterioridad, mediante escritura de 22 de septiembre de 1997 otorgada ante el notario de Jaca, la actora y sus dos hijos expusieron que se había dejado a salvo el derecho de usufructo viudal foral correspondiente a la primera en la escritura de 15 de febrero de 1986, por lo que complementan este título en el sentido de entender que todas las fincas adjudicadas a estos últimos lo fueron en nuda propiedad, dejando subsistente el derecho de usufructo de su madre.

Como el registrador de la Propiedad no accedió a inscribir este documento, la actora interesa en su demanda que se declare y reconozca el derecho de usufructo en cuanto a los bienes embargados y se proceda a la rectificación de la inscripción registral errónea (la que considera que su hijo Jesús es propietario de tales fincas), al amparo de lo dispuesto en el artículo 40 c) de la Ley Hipotecaria.

Tercero: Como dice el apelante, la sentencia de primer grado es contradictoria, pues reconoce que en esa parte concurre la cualidad de tercero hipotecario y, sin embargo, admite la rectificación registral interesada, la cual perjudica, como es obvio, a los intereses del demandado señor Acín, y no procedería si éste tuviera tal condición.

En cualquier caso, Benjamín Acín no es tercer adquirente protegido por la fe pública registral, dada la naturaleza del derecho que trata de inscribirse: el usufructo viudal. Como se desprende de la

regulación contenida en el Título VI del Libro I de la Compilación (principalmente, de sus arts. 72.1 y 76), la viudedad, ya se encuentre en su primera fase —derecho expectante— o en la segunda —usufructo viudal—, es un beneficio legal o gravamen real que es oponible a terceros sin necesidad de inscripción en el Registro, al igual que ocurre con determinadas limitaciones, servidumbres aparentes y prohibiciones legales que pesan sobre las fincas o con los retractos legales. Como con acierto señala la doctrina científica, esta institución familiar está investida de una publicidad legal que se sobrepone a la registral. Por ello, la Compilación no distingue entre transmisiones operadas dentro y fuera del Registro, sino que se refiere a todas ellas.

A mayor abundamiento, no consta que el tercero haya inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad, como exige el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, para que sea protegido por la fe pública.

Cuarto: La omisión en que incurre la escritura de 15 de febrero de 1986 sobre el usufructo viudal de la demandante no puede ser interpretada como renuncia a ese derecho en favor de sus hijos, pues no hay base probatoria para presumirla (del mismo modo podríamos entender que se lo reservó tácitamente, como viene a sostener la actora) y además, de este modo, se estaría reconociendo una renuncia tácita prohibida por los artículos 76.2 y 86.1.1.^o

Es cierto que la Compilación admite no sólo la renuncia abdicativa, sino también la llamada renuncia traslativa, y sin necesidad de declaración expresa en tal sentido, cuando el viudo usufructuario concurre en el acto de enajenación de la plena propiedad con los nudo-propietarios, como señala el artículo 83.2 (en parecidos términos se pronuncia el artículo 76.2 en sede del derecho expectante de viudedad). Pero el supuesto contemplado en la norma se refiere a renuncia traslativa en favor de un tercer adquirente y a enajenación de la plena propiedad; y la división de una cosa común ni es en sentido estricto un acto de enajenación, pues no hay recíproca transmisión de cuotas, sino una concreción de la antes indeterminada titularidad sobre el bien, ni los favorecidos por la renuncia al usufructo serían terce-

ros en el presente caso, sino los mismos nudo-propietarios. A lo sumo, podemos aceptar esta clase de renuncia en lo que el usufructo afecta a los otros comuneros por las concretas dependencias adjudicadas, máxime teniendo en cuenta que el usufructo debe recaer solamente, por su propia naturaleza, en las dependencias atribuidas a los herederos del cónyuge premuerto.

Las anteriores conclusiones no son aplicables al derecho pleno de copropiedad de la demandante sobre una cuarta parte de la finca, dado el carácter común o ganancial del que ostentaba su marido con relación a la mitad indivisa del bien, el cual no es objeto de debate y sobre el que quizás podría defenderse su renuncia tácita (al parecer, en favor de sus hijos, dado que el número de dependencias adjudicadas a los mismos es superior a las atribuidas a los herederos de la otra rama).

Quinto: En contra de lo que sostiene el apelante, el usufructo viudal no se ha extinguido «por no reclamar su derecho durante los veinte años siguientes a la defunción del otro cónyuge», a tenor de lo dispuesto en el artículo 86.1.6.º de la Compilación.

Como se desprende de los antecedentes históricos de este precepto, se trata de un caso de caducidad por no uso y no por falta de reclamación en sentido estricto, pues el usufructo nace sin necesidad de exigirlo de forma especial. En el presente supuesto, no sólo no consta que la viuda haya hecho una dejación de su derecho durante el indicado plazo, sino que se ha demostrado todo lo contrario, por cuanto: a) instó la declaración de herederos abintestato de su esposo; b) hizo referencia al usufructo viudal tanto en este expediente como ante el notario que autorizó la escritura de 15 de febrero de 1986, y c) en este mismo documento público ya consta que residía en la calle Instituto Laboral, número 14 —en donde se encuentra la finca objeto de división—, y seguía viviendo allí el 9 de marzo de 1998, cuando se practicó la diligencia de lanzamiento acordada en el ejecutivo número 172/91, como hemos anticipado.

Sexto: Así pues, la señora Pardo sigue siendo titular del usufructo viudal sobre los bienes adjudicados a sus hijos, pero

no en los términos interesados en la demanda y en la escritura de 22 de septiembre de 1997, pues no se han concretado las dependencias atribuidas a los herederos del mismo, por lo que la indeterminación obliga a reconocer que el usufructo viudal recae únicamente sobre la mitad de las fincas objeto de juicio y no sobre la totalidad.

El contrato de arrendamiento en favor de la demandante sobre la vivienda primera izquierda, que constituye la finca registral 9.097, y que fue aportado por el deudor en el juicio ejecutivo, y el pago de alquiler de los meses de junio y julio son actos que, en cierto modo, corroboran la limitación del usufructo antes defendida, por lo que en sentido estricto no podemos hablar de que la demandante vaya contra sus actos propios.

Por todo ello, procede estimar en parte el recurso de apelación.

Séptimo: El pronunciamiento sobre las costas de primera instancia tiene el carácter de firme, como hemos anticipado. En cuanto a las de esta alzada, es aplicable el artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite el artículo 62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952, que regula el juicio de cognición.

NUM. 18

A. APH de 5 de octubre de 1998

92: DERECHO DE ABOLITORIO O DE LA SACA: PRECIO: Gastos o pagos legítimos: *La finalidad del artículo 1.518 Cc. es impedir que el retracto perjudique en lo más mínimo el patrimonio del comprador. La mediación de un agente de la propiedad inmobiliaria es no sólo habitual, sino hasta casi ineludible en la compraventa de fincas. Por tanto, ante la falta de una jurisprudencia consolidada sobre esta materia, entendemos que los honorarios de este profesional constituyen un pago legítimo hecho para la venta que el retractante debe reintegrar al comprador.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 1.518.1.º Cc.

PONENTE: Ilmo. Señor don Antonio Angós Ullate.

El auto del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Huesca, en el incidente producido en la ejecución de la sentencia recaída en juicio de retracto de abolorio (núm. 319/97), fija la cantidad que el demandante debe abonar al demandado como precio de la venta y gastos necesarios derivados de la transmisión; el demandante apela el auto y la Audiencia desestima el recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero: El actor y retrayente sostiene en su recurso, como único motivo de impugnación contra el indicado auto dictado en ejecución de sentencia, que no debe satisfacer los honorarios del agente de la propiedad inmobiliaria que actuó como mediador en la operación objeto de retracto de abolorio. En primer lugar, considera que no tienen el carácter de pago legítimo para la venta, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.518-1.º del Código Civil. Subsidiariamente, alega que el comprador y retraído no abonó la factura devengada por dicho profesional, sino que lo hizo la vendedora, de forma que todos ellos habrían simulado, en perjuicio del retrayente, la persona o parte que realizó el encargo al API y que pagó su remuneración.

Segundo: La finalidad del citado precepto es impedir que el retracto perjudique en lo más mínimo el patrimonio del comprador, como señala la doctrina científica. La mediación de un agente de la propiedad inmobiliaria es no sólo habitual, sino hasta casi ineludible en la compraventa de fincas, sobre todo si, como aquí ocurre, se trata de enajenar todo un patrimonio agrícola. Por tanto, ante la falta de una jurisprudencia consolidada sobre esta materia, entendemos que los honorarios de ese profesional constituyen un pago legítimo hecho para la venta que el retrayente debe reintegrar al comprador. En otro caso, el demandado, al que ningún reproche se le puede hacer aunque haya prosperado el retracto, se vería perjudicado al tener que asumir la remuneración del mediador y que en este caso asciende a la nada despreciable suma de 1.342.700 pesetas. Como hemos dicho, la finalidad de la Ley es que el patrimonio de esta parte quede incólume de forma absoluta, salvo por el pago de gastos que no estén objetivamente rela-

cionados con la compraventa, lo que aquí no ocurre.

Tercero: No hay indicios suficientes que acrediten la simulación subjetiva o fraude a que se refiere el hoy apelante.

No se desprende esta situación por que la vendedora apareciera relacionada profesionalmente con el agente con anterioridad a la compraventa que ha dado origen al presente pleito. Tampoco por el hecho de que aquella fuera la que se puso en concreto con el mismo mediador para conseguir la venta de las fincas. Todo ello no significa que la vendedora tuviera la obligación de pagar los honorarios del mismo, pues también es habitual que lo haga el comprador en virtud de lo acordado entre todas las partes, como declaran los testigos (el API que efectivamente intervino en la operación y otros dos compañeros de profesión), y como la Sala conoce por el enjuiciamiento de asuntos en los que se ha discutido el mismo problema.

El demandado no admite en prueba de confesión, sino todo lo contrario, que el demandante le hubiera comunicado la intención de ejercitar el retracto antes de que se consumara la venta (respuesta al absolver la posición cuarta: f. 103). Por ello, debemos atender a los datos objetivos que constan en autos, los cuales no favorecen la tesis del ahora recurrente. A saber: la de retracto se presentó el 22 de septiembre de 1997, mientras que la extracción bancaria de 1.020.000 pesetas en la cuenta del demandado se produjo mucho antes, el 6 de mayo de 1997 (f. 101). Este dato se corresponde con la fecha de pago de 1.000.000 de pesetas en concepto de provisión de fondos, «8/05/97», que consta tanto en la factura unida al folio 70, de 8 de agosto de 1997 como en el recibo del mismo día que aparece al folio 72. La cantidad pendiente de 342.700 pesetas se satisfizo merced a la extracción bancaria de esa misma suma efectuada por el retraído el 23 de septiembre de 1997 (f. 71).

Ninguna trascendencia tiene que se retiraran 1.020.000 pesetas en lugar de 1.000.000 de pesetas, pues las 20.000 pesetas que no eran necesarias para cubrir la provisión de fondos bien pudieron tener la finalidad de disponer de dinero efectivo.

Tampoco vemos trascendencia alguna en que la factura del agente se expediera tres meses después de consumada la venta.

Por el contrario, las pruebas comentadas justifican la realidad del pago cuestionado y la parte que lo realizó.

A mayor abundamiento, no apreciamos el motivo por el cual el agente iba a faltar a la verdad sobre ese tema, pues tiene derecho a la comisión correspondiente, ya la tenga que efectuar la vendedora o el comprador, y desde luego no podemos presumir un hecho que podría incluso ser constitutivo de delito de estafa.

Por todo ello, debemos desestimar el recurso de apelación.

Cuarto: Al desestimarse el recurso, procede condenar al apelante al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del último apartado del artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero: Pide el recurrente el cese del embargo de las setenta y nueve mil novecientas noventa y cinco pesetas mensuales hasta cubrir los cuatro millones de pesetas que retiró, y la devolución de la cantidad que exceda de ochocientas cincuenta mil quinientas ochenta y dos pesetas, que es lo que realmente se quedó después de atender deudas y necesidades comunes y devolver dos millones de pesetas con un pagaré. Poco podemos añadir a la resolución recurrida sin incurrir en reiteraciones, puesto que el Señor Juez ha expresado con la suficiente claridad los motivos por los cuales no puede acceder a la petición del recurrente, solamente nos queda rechazar los argumentos vertidos en la vista del recurso. Para ejecutar la sentencia que acordó reintegrar a una cuenta corriente los cuatro millones que había dispuesto el recurrente, el Juez ordenó la retención del salario hasta completar la indicada cantidad. Con ello no ha hecho mas que cumplir con el mandato constitucional de ejecutar lo juzgado, adoptando las medidas que le autoriza el ordenamiento. Argumenta el recurrente que ya no es necesaria la retención porque con la entrega de un pagaré de dos millones de pesetas, la aplicación de algo más de un millón a satisfacer deudas comunes solo quedarían por devolver ochocientas cincuenta mil quinientas ochenta y dos pesetas, ya cubiertas con lo retenido, en consecuencia debe alzarse la retención. No se pueden aceptar los argumentos del recurrente porque sería tanto como dejar en sus manos la liquidación del régimen económico matrimonial, calificando cuales son deudas comunes y aplicando el metálico existente a su capricho, —antes de proceder a realizar las oportunas compensaciones entre los créditos y deudas de los cónyuges pudieran tener a favor y contra la sociedad de gananciales—. La liquidación de sociedad conyugal en ejecución de la sentencia dictada en el proceso matrimonial, en el particular relativo a la división y liquidación de la sociedad conyugal, deberá hacerse siguiéndose los trámites previstos en la Sección sexta del Capítulo III, Título IV, del Libro Primero de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, si los cónyuges se rigen por el régimen consorcial, o en la Sección

19

NUM. 19

A.APH de 14 de octubre de 1998

6634: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: DISOLUCION: SEPARACION LEGAL: Liquidación y división: En ejecución de sentencia dictada en el proceso matrimonial, en el particular relativo a la división y liquidación de la sociedad conyugal, deberá hacerse siguiéndose los trámites previstos en la Sección sexta del Capítulo III, Título IV, del Libro Primero de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, si los cónyuges se rigen por el régimen consorcial.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Santiago Serena Puig

En autos de separación conyugal (núm. 283/95), el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Huesca desestimó el recurso de reposición del marido que solicitaba el cese del embargo; el marido interpuso recurso de apelación (núm. 204/98) que es desestimado por la Audiencia.

Quinta, Capítulo IV, Título III, del Libro Cuarto del Código Civil si se trata de la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales.

Segundo: Al desestimarse el recurso interpuesto, procede condenar al apelante al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del último apartado del artículo 896 de la Ley procesal civil.

20

NÚM. 20

SAPH de 14 de octubre de 1998

83: LUCES Y VISTAS: DERECHO HISTORICO: *Bajo el régimen de los fueros, la toma de luces y la proyección de vistas sobre fundo ajeno estaba reguladas también como relación de vecindad. Por ello, y dado que la existencia de huecos sin voladizos sobre el predio contiguo no constituía tampoco signo aparente de servidumbre, el carácter negativo de este tipo de servidumbre de luces y vistas exigía, al igual que ahora, el llamado acto obstativo del dueño del presunto fundo dominante dirigido al del sirviente para que no obstruya las luces y las vistas, como reconoció la STS 30 octubre 1983 (y las que en ella se citan), momento a partir del cual comienza el plazo de prescripción, y no antes, es decir, mientras se mantiene en sentido estricto la relación de vecindad o régimen de tolerancia sobre la apertura de los huecos. El Apéndice recogía expresamente este criterio en el párrafo tercero de su art. 14. SERVIDUMBRE: Naturaleza: La servidumbre de luces y vistas no aparente es negativa en Aragón y, por ello, no susceptible de posesión sino desde el acto obstativo. A pesar del incumplimiento de las previsiones del art. 144.2 Comp., es posible que no haya posesión de la servidumbre si el dueño del predio sirviente no edifica —y, por tanto, acepta la apertura— por mera conveniencia o interés propio y no como obligado por un derecho real. Como no existe medio alguno para conocer la verdadera intención de este último, el Derecho ha creado la figura del acto obstativo, a partir del cual la servidumbre no aparente es susceptible de posesión (art. 148). Usucapión: La servidumbre de luces y vistas, cuando*

no hay voladizos sobre fundo ajeno, es no aparente (art. 145 y 144.2) por lo que se le aplica el art. 148 en materia de usucapión. La expresión de este artículo «que la servidumbre sea susceptible de posesión» no hace referencia al modo en que se utiliza la luz y las vistas, sino que significa que sólo se posee sin más requisitos la servidumbre de luces y vistas cuando es aparente, pues, al ser a la vez positiva, la adquisición por usucapión no precisa acto obstativo del dueño del hipotético predio dominante. Por el contrario, no hay posesión en la servidumbre no aparente sino desde el acto obstativo, mediante el cual se impide al propietario del fundo sirviente la edificación que puede afectar a las luces y vistas.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 14 apéndice; arts. 144, 145, 148 comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Antonio Angós Ullate

Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Huesca se sigue juicio de cognición (núm. 59/98); la sentencia de 17 julio 1998 estima íntegramente la demanda y declara que el actor tiene derecho a construir en el solar de su propiedad, obstruyendo los huecos que la parte demandada tiene en la fachada que colinda con el solar de su propiedad; las demandadas interpusieron recurso de apelación (núm. 379/98) que es desestimado por la Audiencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los que contiene la sentencia apelada, salvo en lo que a continuación puedan quedar contradichos.

Segundo: La declaración del testigo Sr. Ripoll (nacido en 1920) y la respuesta que da el demandante al absolver la posición tercera, en relación con la prueba documental (escritura de 28 de abril de 1919, sobre la venta del entonces corral situado en Sena, finca registral 520; recibo de la contribución territorial urbana del año económico 1921-22 y, por último, declaración de obra nueva que consta en el Registro de la Propiedad sobre el mismo inmueble, formalizada en escritu-

ra de 1 de agosto de 1973, en la que los interesados manifiestan que la casa se construyó hace más de veinte años), acreditan que, originariamente, a principios de siglo, sólo había un hueco en la construcción propiedad de las demandadas colindante con el solar del actor, mientras que el resto de los varios que actualmente se encuentran abiertos en la misma pared —ventanas y balcón— datan de los años cuarenta ó cincuenta y de 1968, en que se construyeron los baños. Este último dato se desprende de la respuesta de la demandada Sra. **Almerge Simón** al absolver la posición segunda.

Tercero: Aunque no se ha individualizado la fecha en que se abrieron cada uno de los huecos, es indiferente que sea aplicable al presente supuesto, aun parcialmente, el Derecho histórico, las Observancias y el Apéndice Foral de Aragón de 1925, en detrimento de la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 8 de abril de 1967, pues en ningún caso se habría constituido una servidumbre de luces y vistas por prescripción.

Bajo el régimen de los fueros, la toma de luces y la proyección de vistas sobre fundo ajeno estaban reguladas también como relación de vecindad. Por ello, y dado que la existencia de huecos sin voladizos sobre el predio contiguo no constituía tampoco signo aparente de servidumbre, el carácter negativo de este tipo de servidumbre de luces y vistas exigía, al igual que ahora, el llamado acto obstativo del dueño del presunto fundo dominante dirigido al del sirviente para que no obstruya las luces y las vistas, como reconoció la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1983 (y las que en ellas se citan), momento a partir del cual comienza el plazo de prescripción, y no antes, es decir, mientras se mantiene en sentido estricto la relación de vecindad o régimen de tolerancia sobre la apertura de los huecos.

El Apéndice recogía expresamente este criterio en el párrafo tercero de su artículo 14.

Cuarto: Las anteriores consideraciones son trasladables al vigente sistema legal recogido en la Compilación, como dijimos en nuestra sentencia de 24-4-97.

Nos encontraríamos ante una servidumbre no aparente, conforme a lo dis-

puesto en su artículo 145, pues aquí no cae ningún voladizo sobre el fundo ajeno y no son signos aparentes de servidumbre ni la falta de protección señalada en el artículo 144.2 de la Compilación ni los voladizos sobre fundo propio.

En definitiva, es aplicable al presente caso el artículo 148 de la Compilación en materia de usucapión de las servidumbre no aparentes. La expresión «que la servidumbre sea susceptible de posesión» no hace referencia al modo en que se utiliza la luz y las vistas, sino que tiene un alcance estrictamente técnico. Significa que sólo se posee sin más requisitos la servidumbre de luces y vistas cuando es aparente, es decir, cuando el voladizo cae sobre fundo ajeno imponiendo una especie de ocupación al dueño del predio sirviente y, en definitiva, la obligación de dejar hacer alguna cosa, de forma que la servidumbre aparente es a su vez positiva y para su adquisición por usucapión no es preciso el llamado acto obstativo del dueño del hipotético predio dominante. Por el contrario, no hay posesión en la servidumbre no aparente sino desde el acto obstativo, mediante el cual se impide al propietario del fundo sirviente la edificación que puede afectar a las luces y vistas. A pesar del incumplimiento de las medidas previstas en el artículo 144.2, es posible que no haya posesión si el dueño del predio sirviente no edifica —y, por tanto, acepta la apertura— por mera conveniencia o interés propio y no como obligado por un derecho real. Como no existe medio alguno para conocer la verdadera intención de este último, el Derecho ha creado la figura del acto obstativo. En consecuencia, la servidumbre no aparente es negativa en Aragón y su cómputo sólo comienza desde dicho acto, a partir del cual es susceptible de posesión, al igual que en las servidumbres aparentes, como señala el precepto comentado sin emplear las denominaciones del Código Civil.

Además, tampoco concurre el requisito del justo título en la época en que es aplicable directamente la Compilación, como exige su artículo 148.

Quinto: En suma, ninguno de los huecos que se abrieron en las tres épocas referidas, cuando se encontraban vigentes las Observancias, el Apéndice y la

Compilación, respectivamente, ha determinado la constitución de servidumbre de luces y vistas por prescripción adquisitiva, por lo que el actor tiene derecho, como se pide en la súplica de la demanda, «a construir en el solar de su propiedad, obstruyendo los huecos que la parte demandada tiene en la fachada de su propiedad», sin perjuicio de las distancias exigibles por las normas urbanísticas [tres metros si los paramentos a que dan frente a la futura construcción tienen huecos de ventana y metro y medio si los paramentos son ciegos, según el certificado unido al folio 79].

Nada tiene que ver la acción aquí ejercitada con aquella otra a la que las apelantes parecen aludir, consistente en el cierre de las aberturas con reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente (artículo 144.2 de la Compilación), la cual no ha sido ejercitada y respecto a la que sí tendría transcendencia el Derecho transitorio.

Por todo ello, procede desestimar el recurso de apelación.

Sexto: Al desestimarse el recurso, procede condenar a las apelantes al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al que se remite el artículo 62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

mente consolidada que la rescisión por lesión (art. 1074 Cc.) es de aplicación a la partición de una sociedad de gananciales disuelta, por mandato del art. 1410, sin que a ello obste que haya ocurrido con ocasión de un convenio regulador de la separación matrimonial (que no es el caso), pero la acción rescisoria debe ser interpretada y aplicada restrictivamente. La asignación de un valor convencional a los bienes comunes contiene una renuncia a la rescisión, que no existiría tampoco por ser de aplicación el art. 1078 Cc.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 1.2 Comp., 1074, 1077, 1078, 1410 Cc.

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

Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Huesca se sigue juicio de menor cuantía (núm. 339/97); la sentencia de 8 mayo 1998 estima la demanda y declara haber lugar a la rescisión por lesión de las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales y, en consecuencia, condena a la demandada a consentir una nueva partición o a que indemnice al actor en la cantidad que se determine en ejecución de sentencia. La demandada interpuso recurso de apelación (núm. 243/98) que la Audiencia estima y declara que no procede la rescisión por lesión de las operaciones de liquidación de la sociedad consorcial.

NÚM. 21

A.APH de 27 de octubre de 1998

5: FUENTES: Código civil: Familia y Sucesiones: *A la rescisión por lesión de las capitulaciones matrimoniales de liquidación y división es de aplicación, a falta de disposiciones legales concretas sobre esta materia en la Compilación, el Código civil por remisión del art. 1.2 Comp.*

6635: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: LIQUIDACION Y DIVISION: CONTRACTUAL: Rescisión por lesión: *A la rescisión por lesión de las capitulaciones matrimoniales de liquidación y división es de aplicación, a falta de disposiciones legales concretas sobre esta materia en la Compilación, el Código civil por remisión del art. 1.2 Comp. Es doctrina legal plena-*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El matrimonio de los litigantes se regía por las normas del Derecho Civil de Aragón, como ellos mismos reconocen en el expositivo segundo de la escritura de capitulaciones matrimoniales de 1 de agosto de 1994, cuya nulidad y, subsidiaria, rescisión por lesión se interesa en este pleito, por lo que, a falta de disposiciones legales concretas sobre esta materia en la Compilación, por remisión del artículo 1.2 es de aplicación el Código Civil. Firme la desestimación de la nulidad, al no recurrir contra la misma, queda pendiente la procedencia de la rescisión por lesión acordada por la sentencia de primer grado, contra la que se alza la demandada alegando la improce-

dencia de la misma por violación del artículo 1078 del Código Civil, que impide el ejercicio de esta acción al heredero o adjudicatario de los bienes que haya vendido la totalidad o una parte considerable de los bienes inmuebles que le hubieran sido adjudicados. Antes de resolver sobre la cuestión planteada, se hace preciso recordar que, conforme a la doctrina legal plenamente consolidada, la rescisión por lesión según el artículo 1074 del Código Civil, es de aplicación a la partición de una sociedad de gananciales disuelta por mandato del artículo 1410, sin que a ello obste que haya ocurrido con ocasión de un convenio regulador de la separación matrimonial, que no es el caso, sentencias de 26 de enero de 1.993 y 8 de marzo de 1995, y que la acción rescisoria —como dice la sentencia de 5 de diciembre de 1995— debe ser interpretada y aplicada restrictivamente, y así, en la Sentencia de 9 de marzo de 1951 se dice que «es constante jurisprudencia la de aplicar un criterio restrictivo a las acciones que pretenden la nulidad de las particiones».

Segundo: Los hechos probados de la sentencia de primera instancia deben adicionarse con los siguientes: el día 1 de septiembre de 1994, al mes de pactar la liquidación de la sociedad consorcial, el actor adquirió un terreno en la localidad de Triste por un millón de pesetas que le entregó su esposa mediante un talón por ese importe, —documento número 16 de la contestación a la demanda y posición 13ª—; reconoce igualmente que en cumplimiento de lo acordado en las capitulaciones matrimoniales, la demandada amortizó o se hizo cargo de un crédito por importe de más de cinco millones de pesetas —documento número 2 folio 91 y posición 9ª—; que el actor administraba la economía familiar —posición 17ª—; y que de la escritura pública de capitulaciones se expidieron el mismo día de su otorgamiento tres copias, una para cada uno de los litigantes y una tercera para su inscripción en el Registro Civil —folios 316 y 317—, finalmente, dejar constancia de lo estipulado en el párrafo último del pacto primero que, textualmente, dice: «ambas partes aceptan sus respectivas adjudicaciones, manifestando que lo adjudicado lo consideran de igual valor y asumen los derechos y deberes inheren-

tes a las actividades profesionales y empresariales de cada uno, liberando al otro de las que no les corresponde», que se repite en la escritura de rectificación de errores.

Tercero: La demanda argumenta acerca de la valoración de los bienes adjudicados a cada uno de los capitulantes el 1 de agosto de 1994, en escritura pública adicionada por la de 22 de agosto de ese mismo año, de subsanación de errores, y pormenoriza el valor asignado en los referidos capítulos a determinados bienes, añadiendo el que, a su juicio, le corresponde. Entre los mencionados en la demanda incluye el número 8, una casa en la localidad de Triste adjudicada al actor, con la mención de que nada objeta a su valoración por tres millones setecientos mil pesetas. Pero no dice que dicho inmueble había sido vendido con anterioridad a la interposición de la demanda, hecho que surge en el período de prueba y se acredita con la testifical de las personas que lo compraron —folios 282 y 286— y la confesión del actor —posición 15, folios 263 y 269—. A esta circunstancia se hace expresa referencia en el escrito de conclusiones de la parte demandada —folios 339 y 340—, por consiguiente no se trata de un hecho nuevo introducido en la segunda instancia, aunque no se le dio la significación jurídica ahora alegada, lo cual no es obstáculo para su examen y decisión pues en la contestación a la demanda se opuso, con carácter general, que «las acciones ejercitadas en la demanda no son ejercitables (sic)» y que el demandante carece de acción y derecho para instar la rescisión por lesión, en virtud de otros razonamientos jurídicos distintos que no excluyen el principio general *da mihi factum dabo tibi ius*.

Cuarto: Por las razones que fueran, los otorgantes de las capitulaciones asignaron un valor convencional a los bienes que formaban el patrimonio común, y por dos veces manifestaron —en la escritura de capitulaciones el 1 de agosto de 1994 y en la de rectificación de 22 de agosto— que lo adjudicado lo consideran de igual valor, a lo que asintieron tras la lectura por el Señor Notario —posición 2ª de las absueltas por el demandado folios 216 a 264— y suscribieron con su firma, por lo que no puede alegarse por

ellos desconocimiento o ignorancia de su contenido, pues cada uno recibió una copia el día de su otorgamiento. Esta declaración de voluntad contiene una renuncia a la rescisión como tiene declarado, en un caso muy similar al enjuiciado, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1994, que dice: «Se trata, en suma, de una liquidación, y partición de la sociedad de gananciales en que se han dado a los bienes y a los lotes un valor convenido; que se ha tenido tiempo de notificarla o enmendarla antes del otorgamiento de la escritura pública, (se había otorgado previamente un documento privado preparatorio) y no se ha hecho; y que el recurrente la consintió y firmó libremente, pues no se han probado sus alegaciones de coacciones para hacerlo. A estos corolarios no es obstáculo la doctrina de esta Sala sobre las cualidades que deben poseer las renunciaciones, ya que no pueden interpretarse de manera que sólo sean válidas las que se hagan con palabras prácticamente sacramentales. Es posible inferirlas o deducirlas de hechos, actos o conductas que han de llevar rectamente, sin duda alguna, a darles la significación de renunciaciones», por lo que el actor carece de acción para pedir la rescisión, tal y como se decía en la contestación a la demanda.

Quinto: A mayor abundamiento, carecería igualmente de acción al haber dispuesto de un bien inmueble de considerable importancia en relación con el importe de los que le fueron adjudicados, artículo 1078 del Código Civil. Dicho precepto indica que «no podrá ejercitar la acción rescisoria» el que haya dispuesto de todos o una parte considerable de los bienes inmuebles, lo que más bien parece un requisito de la acción que vedaría al heredero, o adjudicatario de los bienes, intentar la rescisión por dos razones, una porque supondría una renuncia tácita a la misma, y la segunda porque, de prosperar la demanda, se impondría al demandado la indemnización del daño, artículo 1077, ya que no podría hacerse una nueva partición debido a la imposibilidad de reintegrar a la masa todos o una parte considerable de los inmuebles, originada, precisamente, por la conducta del que intenta dejar sin efecto el acto de división y adjudicación. Declara probado la sentencia que el valor

de los bienes asciende a treinta y cinco millones cuatrocientas noventa y dos mil ciento setenta y dos pesetas y el valor aceptado de la casa a tres millones setecientas mil pesetas, lo que supone algo mas del diez por ciento del total, el doble de lo que, en una división por mitad le correspondería, y mas de una tercera parte de los ocho millones setecientos ochenta y una mil seiscientos diecisiete pesetas en que, conforme a la sentencia de primer grado, se evalúan los que se adjudicaron al actor, por lo que hay que concluir que tampoco, por este motivo, procede declarar la rescisión.

Sexto: La estimación del recurso y consiguiente desestimación de la demanda hacen que deban imponerse las costas de la primera instancia a la parte actora, y debamos omitir un concreto pronunciamiento sobre las de esta alzada, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 523 y en el segundo apartado del artículo 710 de la Ley procesal civil.

NÚM. 22

S.APH de 16 de noviembre de 1998

RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL:

PASIVO: DEUDAS POSTERIORES PRIVATIVAS: Aplicación del art. 1373 Cc.: Se dice, a mayor abundamiento, que también prosperaría la tercería de dominio, con independencia de la adjudicación del bien común a la esposa, porque la deuda de la que deriva el embargo es privativa del marido y, sin embargo, la esposa no tuvo ocasión de ejercer la facultad prevista en el art. 1373 Cc., en relación con el art. 144 Rh., pues la comunicación del embargo se entendió con el marido, lo que infringe el derecho de defensa del otro cónyuge.

6634: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: DISOLUCION: CONVENIO MATRIMONIAL: En convenio matrimonial aprobado por la sentencia de separación los cónyuges acordaron la disolución de la comunidad conyugal, relacionaron el haber consorcial y se distribuyeron los bienes que lo componían. La firmeza de la sentencia de separación conllevó la disolución de la comunidad conyugal legal por acuerdo expreso de los cónyuges y por disposición legal (arts. 95 Cc. y 52.2ª Comp., este último en relación con el 1392.3ª Cc.); desde ese momento el convenio produce los mis-

mos efectos que si la disolución, liquidación y división se hubiera pactado en escritura pública, y supone también una forma de tradición instrumental (art. 1462.2º Cc poranología). La nueva situación es oponible a los acreedores posteriores aunque no se haya inscrito todavía la sentencia en el Registro Civil ni los derechos de los cónyuges en el Registro de la Propiedad.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. Comp., 95, 1373, 1392, 1462 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. Antonio Angós Ullate

Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Fraga se sigue juicio de menor cuantía (núm. 250/93) en el que se tramita pieza separada de tercería de dominio; la sentencia de 14 abril 1988 estima íntegramente la demanda y ordena que se alce el embargo trabado sobre la tercera parte indivisa de la finca. Los demandados interpusieron recurso de apelación que la Audiencia desestima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Aceptamos y damos por reproducidos los que contiene la sentencia apelada, salvo en lo que a continuación puedan quedar contradiados.

Segundo: El título en que se funda la presente tercería de dominio es el convenio matrimonial aprobado en la sentencia de separación de fecha 14 de septiembre de 1990. Allí, los cónyuges decidieron dar por terminado el régimen económico que denominan de gananciales y adoptaron el de separación absoluta de bienes y patrimonio. Al mismo tiempo, relacionaron el haber consorcial y distribuyeron los bienes que lo componían. A la esposa, hoy tercerista y apelada, le correspondió la finca rústica objeto del presente juicio. El marido asumió las cargas y deudas derivadas de su actividad comercial.

La deuda de la que proviene el embargo sobre el mismo inmueble se produjo en 1992, como se desprende de la demanda que dio origen a los autos principales. El embargo se practicó el 9 de noviembre de 1993.

Tercero: Con fundamento en los anteriores hechos, ha de prosperar la ter-

cería de dominio, por los argumentos que seguidamente se exponen.

La finalidad de la tercería de dominio es el levantamiento del embargo con fundamento en que el tercerista es propietario del bien sobre el que aquél recae por un título anterior o «que tenga realidad en el momento del embargo», como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1990, pues la traba sólo puede tener efectividad cuando recae sobre bienes que en el momento en que se practica pertenecen al deudor ejecutado o están incorporados a su patrimonio. En suma, pretende sustraer bienes del procedimiento de apremio porque no pertenecen al apremiado. El actor en la tercería de dominio tiene la carga de probar, además de su condición de tercero, la titularidad del bien embargado, así como la adquisición, a través de esa titularidad, del dominio de la cosa con anterioridad a la realización de la traba.

En el presente caso, la tercerista era propietaria de la finca rústica en cuestión tres años antes de que se hubiera practicado el embargo, en virtud de la adjudicación acordada en el convenio matrimonial tras la sentencia de separación, cuya firmeza inmediata (la demanda fue presentada de mutuo acuerdo) conllevó la disolución de la comunidad o consorcio legal de bienes por acuerdo expreso de los cónyuges y por disposición legal (artículos 95 del Código Civil y 52-2º de la Compilación, este último en relación con el artículo 1392-3º del Código Civil).

El convenio cumple con los requisitos formales típicos de todo negocio jurídico de familia, pues la sentencia de separación lo aprobó expresamente. A partir de la firmeza de la resolución judicial, la esposa era propietaria de la finca igual que si se hubiera pactado la separación de bienes y la liquidación de la comunidad en escritura pública. El convenio también supone una forma de tradición instrumental (artículo 1462-2º del Código Civil, por analogía) o al menos *fieta* o simbólica, por la realización de actos jurídicos que de manera patente entrañan la misma significación de entrega, como ha admitido la jurisprudencia.

Es indiferente que la resolución judicial no se hubiera inscrito todavía en el Registro Civil cuando se practicó el

embargo, por cuanto la adquisición del dominio en favor de la ahora tercerista ya se había consumado desde la firmeza de la sentencia, de forma que este efecto jurídico no exigía el cumplimiento de otros requisitos formales. la protección de terceros de buena fe que dispensa el Registro Civil no alcanza, pues, a los acreedores embargantes.

Como éstos no ostentan la condición de terceros hipotecarios (sentencias del Tribunal Supremo de 7-1-92 y 22-2-94, y las que citan), tampoco tiene trascendencia alguna que la tercerista no hubiera inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad. La citada sentencia de 7-1-92 señala que «la garantía de la anotación preventiva de embargo sólo otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha de la propia anotación y no en cuanto a los actos de disposición, ni tampoco sobre los créditos anteriores de carácter preferente al del embargo anotado, anotación que no altera la situación jurídica existente es decir, la doctrina transcrita coincide con una abundante uniforme jurisprudencia interpretativa, en el sentido de referir el momento de la justificación dominical del tercero a una fecha anterior a aquella en que se realizó la diligencia de embargo causante de la decisión restrictiva del derecho que en la tercería se combate».

Cuarto: Los demandados no adujeron en primera instancia que el título de la tercerista fuera nulo porque se había aprobado en fraude de acreedores. Lo hacen en segunda instancia como cuestión nueva e infringiendo el principio *pendente appellatione nihil innovetur*.

Además, no se ha acreditado ningún tipo de simulación o fraude. Es por sí solo irrelevante el hecho de que la mujer se trasladara durante un tiempo intermedio al domicilio del esposo, como se desprende del certificado de empadronamiento unido al folio 106. Por otro lado, como se desprende del contenido de las posiciones redactadas frente a la Sra. Rico (folio 37), los propios demandados admiten el posterior divorcio y que ésta ha contraído matrimonio con otra persona.

Quinto: A mayor abundamiento, con independencia de la adjudicación del

bien, también prosperaría la tercería de dominio. Es innegable la separación matrimonial y que a partir de ese momento se inició el régimen de separación de bienes por disposición legal, como hemos anticipado. Por tanto, la deuda de la que deriva el embargo aquí cuestionado tiene carácter privativo. Sin embargo, la esposa no tuvo ocasión de ejercer la facultad prevista en el artículo 1373 del Código Civil, en relación con el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, pues la comunicación el embargo se entendió con el marido (folio 23), lo que infringe el derecho de defensa del otro cónyuge. Este es el criterio que en un caso parecido siguió el Tribunal Supremo en su sentencia de 17 de junio de 1997. En el presente supuesto, hemos de tener en cuenta, además, que los esposos ya se hallaban separados, como expuso el propio deudor en la diligencia de notificación del embargo o del procedimiento ejecutivo.

Por todo ello, procede desestimar el recurso de apelación.

Sexto: Al desestimarse el recurso, procede condenar a los apelantes al pago de las costas causadas en esta alzada (art. 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

NUM. 23

S. APH de 19 de noviembre de 1998

5: FUENTES: CODIGO CIVIL: Derechos reales: Implicación de los artículos 537 y 539 Cc a la usucapión de la servidumbre de paso. Aplicación supletoria del artículo 532 Cc.

84: SERVIDUMBRES: DE PASO: Naturaleza: La servidumbre de paso 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. La apariencia, según signos exteriores, se refiere a aquellos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro. Es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino o carril. Usucapión: La servidumbre de paso

cuando es no aparente no puede adquirirse, sin justo título, por usucapión.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 1.2, 147 Comp., 532, 537, 539 Cc.

PONENTE: Ilmo. Señor don Gonzalo Gutiérrez Celma.

Ante el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña se sigue juicio de cognición (núm. 42/98); la sentencia del juzgado estima parcialmente la demanda, declara que el demandante es titular del prado y campo litigiosos y que dichas fincas se encuentran libres de toda carga, y condena al demandado a indemnizar los daños producidos en la propiedad del demandante; interpuesto recurso de apelación por el demandado (núm. 388/98), es desestimado por la Audiencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

Segundo: Aunque la recurrente no solicitó la práctica de prueba alguna en el suplico de su escrito interponiendo la apelación, que es donde se formalizan para ante el Tribunal las pretensiones de las partes, debe indicarse ahora que las pruebas aludidas por el apelante en la motivación de su alzada, a la luz de las pruebas ya practicadas y de las mismas alegaciones del apelante, son manifiestamente innecesarias y, por lo tanto, impertinentes por lo que su práctica en esta segunda instancia sólo podría servir para dilatar el proceso. Como luego se verá, el nudo gordiano de la cuestión estriba en la apariencia y la parte recurrente tiene ya llanamente admitidos los hechos que han de servir de base para la calificación de la indicada apariencia, haciendo así impertinente la práctica de más prueba sobre el particular, no porque la admisión de hechos a la parte que le perjudican haga prueba, sino porque es innecesaria la práctica de dicha prueba sobre hechos no controvertidos. Este principio lo recoge nuestro derecho positivo en el artículo 565 de la Ley procesal. Además, para que en esta segunda instancia

podiera practicarse la prueba de reconocimiento judicial, habría sido imprescindible que la parte, como manda el artículo 733, hubiera formulado en su momento la oportuna reserva, y no lo hizo.

Tercero: Insiste el recurrente en que concurre la excepción de cosa juzgada por la incidencia del anterior procedimiento interdicial. Tal pretensión nos parece insostenible pues los interdictos, por definición legal, carecen de cosa juzgada material, tanto en su faceta negativa como en la positiva. Así, el Tribunal Supremo tiene declarado que «cuantas declaraciones contenga el procedimiento interdicial, 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 de 10 de julio de 1987—. En el mismo sentido se pronuncian las sentencias del alto Tribunal de 26 de julio de 1995 y 3 de febrero de 1996. Por otro lado, bien conocida es ya la reiterada doctrina de este Tribunal sobre la acción interdicial la cual, como lo venimos proclamando invariablemente siguiendo la constante doctrina jurisprudencial (así, entre otras, nuestras sentencias de 2 de abril de 1990, de 25 de enero, 12 y 30 de abril y 31 de octubre de 1991, de 23 de enero, 13 y 29 de febrero, 24 de abril y 4 de noviembre de 1992, 13 de enero de 1993, 5 de febrero, 3 de marzo, 3 de mayo, 18 de junio, 17 de noviembre de 1994, 1 de junio, 22 de septiembre y 19 de octubre de 1995, y 25 de marzo, 24 de septiembre de 1996, 27 de febrero y 2 de diciembre de 1997, y 31 de marzo de 1998), ostenta un destacado carácter provisional e interino que viene ya apuntado por la misma significación etimológica del término interdicto, cuya regulación fue asumida por nuestro derecho procesal dando lugar a un procedimiento declarativo, especial y sumario con el que se ampara y protege no sólo la posesión acreditada como legítima, sino todo género de posesión, hasta comprender la simple tenencia, en aplicación del artículo 446 del Código Civil y del artículo 1.651 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tal y como vienen siendo reiteradamente interpretados por los Tribunales. Con todo ello, como tenemos dicho y reitera-

do en las sentencias antes citadas, el legislador no ha pretendido sino evitar el desorden social que generaría el que los ciudadanos restaurasen por sí mismos la posesión de la que se considerarían despojados sin acudir a los Tribunales, en cuya jurisdicción reside la única y exclusiva competencia para amparar y restablecer los derechos conculcados, de modo que este procedimiento se constituye así en un puro juicio «de facto» cuya inmediata meta no es otra que la de proteger y amparar transitoria, momentánea e interinamente la posesión concebida como hecho, reparando y reponiendo aquellas situaciones, igualmente de hecho, que son arbitraria y unilateralmente alteradas por los particulares sin contar con el auxilio de la autoridad; con la ineludible consecuencia de que quedan fuera de su limitado ámbito todos aquellos aspectos extraños al hecho posesorio, como las cuestiones sobre la propiedad y cualquier otro derecho personal o real, incluso las controversias sobre el mejor derecho a la posesión, cuya discusión y resolución queda relegada para un ulterior procedimiento ordinario para el cual y con la fórmula de «sin perjuicio de tercero», queda reservado a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o la posesión definitiva, tal y como resulta del artículo 1.658 de la Ley procesal civil. De este modo, el interdicto únicamente protegió el hecho de pasar, pero no el derecho a hacerlo, que es cuestión que sólo se puede resolver en el juicio declarativo.

Por otra parte, en lo que concierne al mismo fondo del asunto, el caso es que este Tribunal ya se ha pronunciado también en repetidas ocasiones sobre un problema jurídico similar. Así, tenemos repetidamente declarado que el Código Civil, cuando niega la posibilidad de usucapir la servidumbre de paso, conforme a los artículos 537 y 539 del Código Civil, no resulta realmente de aplicación al caso, pues en Aragón existe una regulación específica distinta a la prevista en el Código Civil. Efectivamente, se está pretendiendo el reconocimiento de una servidumbre de paso adquirida por prescripción, para lo que debe 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 artículo 147, que las servidum-

bres 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 Cc., a tenor del artículo 1.2 de dicha Compilación— que son servidumbres aparentes las que se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el aprovechamiento de las mismas, y no aparentes las que no presentan indicio alguno exterior de su existencia (art. 532 del Cc.)». 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 y 10 de julio de 1995 y 27 de marzo y 25 de julio y 4 de noviembre de 1996, y 16 de junio de 1997, entre otras, puede o no ser aparente, según los casos, pues puede ejercitarse por lugar determinado como 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 aquellos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro; por ello, puede decirse, con las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1957 y 10 de junio de 1967, que es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino o carril.

Pues bien, en el presente caso en absoluto concurre el requisito de la apariencia. Para negarla basta con estar a la explicación dada por el mismo recurrente, en la alegación tercera de su recurso, cuando trata de justificar el hecho de que el perito no pudiera encontrar señal alguna del paso de tractores, maquinarias, personas o animales. Se trata de un paso, discontinuo como todos que, según el mismo escrito de recurso, únicamente se usa dos días en verano. Lógicamente, cada vez que se pasa queda marcada la huella correspondiente, pues el tractor que se viene empleando desde hace algunos años no pasa levitando. Pero tal huella luego desaparece al quedar oculta por la hierba, de forma que en el lugar no ha llegado a quedarse marcada una senda,

un camino o un carril. De este modo, al faltar la apariencia, la servidumbre, sin justo título, no puede haberse adquirido por usucapión, por lo que debe desestimarse el recurso, sin perjuicio, claro está, que el recurrente pueda llegar a adquirir en el futuro un paso por título o por constitución forzosa.

Cuarto: Al desestimarse el recurso interpuesto, procede condenar a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada, en cumplimiento del artículo 736 de la Ley procesal civil, al que se remite el artículo 62 del Decreto de 21 de noviembre de 1952.

24

NUM. 24

A. APH de 25 de noviembre de 1998

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES: JUNTA DE PARIENTES:

Fiducia: *No es admisible la constitución judicial de la Junta de Parientes para la ejecución del encargo fiduciario. El proceso para la formación de la voluntad familiar es dilatado y debe efectuarse extrajudicialmente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21.3 Compilación, al que se refiere su artículo 117. El artículo 22 se remite a las normas específicas del Título IV del Libro II, de forma que no es aplicable en bloque a la fiducia sucesoria, con carácter supletorio, la normativa general de la Junta de Parientes; el artículo 118 quedaría vacío de contenido de seguir la tesis contraria, pues lo único que el juez puede hacer es señalar un plazo para que los fiduciarios cumplan su cometido. A pesar de ello, el Juzgado admite la determinación judicial de los parientes que deben constituir la Junta.*

742: FIDUCIA SUCESORIA COLECTIVA: CONSTITUCION: *El Juzgado admite la determinación judicial de los parientes que deben constituir la Junta. RENUNCIA AL CARGO:* *El silencio de los parientes requeridos para intervenir en la fiducia colectiva puede equipararse, en aras a la buena fe y a la seguridad jurídica, a una declaración de voluntad propiamente dicha cuando existe obligación de hablar. Pero en el caso de autos, ni la buena fe ni la seguridad jurídica (la viuda ha actuado de forma interesada y de mala fe) justi-*

fican que debemos interpretar su silencio como renuncia a su condición de fiduciarios, máxime teniendo en cuenta la especial naturaleza de la fiducia colectiva. Cuando los parientes han recibido una comunicación judicial, han acudido al Juzgado y han expresado su deseo de cumplir su mandato. Fijación de plazo: No procede el señalamiento de una fecha y hora exactas para la celebración de la Junta de parientes fiduciarios, pues la única potestad atribuida legalmente a los órganos jurisdiccionales sobre esta materia es la fijación de plazo para el cumplimiento del encargo, conforme al artículo 118 Compilación, lo que no ha sido solicitado. Además, no hay controversia sobre este extremo y el señalamiento que se interesa podría confundirse con el término previsto en el indicado precepto.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 20, 21, 22, 117, 118.

PONENTE: Ilmo. Señor don Antonio Angós Ullate.

Ante el Juzgado de Primera Instancia de Bollaña se sigue expediente de jurisdicción voluntaria sobre constitución de Junta de Parientes (núm. 101/97) en el que, por auto, se decidió que la Junta de Parientes para nombrar al heredero universal de la Casa y de todos los bienes de don Hipólito Sierra Lascorz estará integrada por la viuda, don Félix Sierra Buil y don Alejandro Sierra Buil, parientes más próximos de aquél residentes en el partido judicial de Bollaña. La viuda interpone recurso de apelación (núm. 152/98) que es desestimado por la Audiencia.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero: La promotora de este procedimiento de jurisdicción voluntaria, Ascensión (o Asunción) Sierra Grasa, ahora apelante, también instó un anterior expediente de igual naturaleza que dio lugar a nuestro auto de 4 de mayo de 1998.

Allí dejamos constancia de los siguientes hechos:

A) Mediante capitulaciones matrimoniales autorizadas en escritura pública de 24 de mayo de 1941, los cónyuges Hipóli-

to Sierra Lascorz y Ascensión Sierra Grasa acordaron la siguiente fiducia sucesoria colectiva: «Uno 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, y si ambos hubieran fallecido, harán tal designación de heredero, con iguales atribuciones, tres parientes cercanos, dos por cada parte del contrayente y uno por partes de la contrayente» [...]. «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».

B) Hipólito falleció el día 17 de enero de 1953 sin haber instituido heredero.

C) En la actualidad, sobreviven al causante las siguientes personas: su esposa; una hija común del matrimonio, Felisa Sierra Sierra; dos hijos de un matrimonio anterior habido con Catalina Leris Ciprés, Hipólito y Miguella Sierra Leris, y tres nietos, hijos de María Sierra Leris, la tercera hija, ya fallecida, de ese primer matrimonio, los cuales se llaman Esteban y Ricardo Buil Sierra.

D) Con el fin de obtener la intervención de los dos parientes previstos en los capítulos matrimoniales para ejercitar la fiducia, la viuda, a través de sendas actas notariales autorizadas los días 26 de noviembre de 1996 y 28 de enero de 1997, dirigió los correspondientes requerimientos a cuatro de tales familiares con este apercibimiento: «si en el plazo de los quince días siguientes a haber recibido este requerimiento el requerido no manifiesta su conformidad y disposición para intervenir en la asignación fiduciaria, se entenderá que renuncia a ella». Dos de los parientes residen fuera del partido de Boltaña y los otros dos dentro de él. Uno de ellos, con domicilio en Sariñena, contestó al requerimiento y renunció expresamente a intervenir. Los tres restantes no efectuaron manifestación alguna.

E) En virtud de escritura pública de 21 de marzo de 1997, Ascensión Sierra Grasa entiende que ella por sí sola, como fiduciaria de su esposo, se encuentra legitimada para proceder al nombramiento

de heredero único de su patrimonio, y a tal efecto instituyó a su hija Felisa. El registrador de la Propiedad de Boltaña denegó la inscripción de la anterior escritura «por el defecto de haberse realizado el nombramiento de heredero únicamente por la viuda, sin los otros dos parientes fiduciarios exigidos por el correspondiente pacto de fiducia que ahora se ejercita». Contra la anterior nota el notario que autorizó la escritura de 21 de marzo de 1997 interpuso recurso gubernativo ante el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que desestimó por auto de 19 de noviembre de 1997.

En el anterior expediente, la promotora pretendía que se legitimara la ejecución de la fiducia hecha en la escritura de 21 de marzo de 1997. La Sala entendió que era inadecuado el procedimiento elegido.

Ahora interesa los siguientes pedimentos, a tenor de lo que consta en la súplica de su escrito inicial: «[...] se acuerde: 1.º Ordenar la constitución judicial de la Junta de Parientes, señalando día y hora para la celebración de la misma, a fin de proceder al cumplimiento del encargo fiduciario expresado en el cuerpo de este escrito, adoptando sus acuerdos conforme a lo establecido por el causante, y con citación de los parientes más próximos llamados Félix y Alejandro Sierra Buil, residentes en este partido judicial, en Sarsa de Surta-Las Bellostas —Aínsa—, Sobrarbe y/o en su defecto o renuncia se requiera judicialmente para su asistencia a la misma a los siguientes parientes del causante, Bernardino Sierra Broto, de Huesca y, en su caso, a José Ángel Sierra Grasa, de Sariñena [...]. 2.º Que en el supuesto de no lograrse acuerdo o mayoría entre los parientes asistentes llamados a la Junta de Parientes, se proceda conforme a lo dispuesto en el número 3 del artículo 20 y números 2 y 3 del artículo 21 de la vigente Compilación del Derecho Civil de Aragón».

Segundo: La apelante reproduce las pretensiones deducidas en primera instancia, de acuerdo con las manifestaciones vertidas por su letrado en la vista del recurso.

El auto objeto de impugnación sostiene —como la doctrina científica— que no es admisible la constitución judicial de la Junta de Parientes para la ejecución

del encargo fiduciario. A tal efecto, argumenta, en esencia, que el proceso para la formación de la voluntad familiar es dilatado y debe efectuarse extrajudicialmente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21.3 de la Compilación, al que se refiere su artículo 117, en caso de empate o de que no se logre el acuerdo; que el artículo 22 se remite a las normas específicas del Título IV del Libro II, de forma que no es aplicable en bloque a la fiducia sucesoria, con carácter supletorio, la normativa general de la Junta de Parientes, y que el artículo 118 quedaría vacío de contenido de seguir la tesis contraria, pues lo único que el juez puede hacer es señalar un plazo para que los fiduciarios cumplan su cometido.

A pesar de tales argumentos, la resolución apelada admite la determinación de los parientes que deben constituir la Junta en unión de la viuda, en los términos indicados en los antecedentes de hecho del presente auto. En suma, estimó parcialmente el pedimento primero del escrito que ha dado origen al expediente. Sin embargo, la apelante sostiene ahora que a dichos familiares residentes en el partido judicial de Boltaña se les tiene que tener por renunciados al cargo de fiduciarios al no haber contestado a los requerimientos notariales aludidos en la letra D) del anterior apartado, de acuerdo con las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1982 y 7 de julio de 1990, citadas en el auto del presidente del Tribunal Superior de Justicia ya referido.

La postura así adoptada supone, en sentido material, ir contra los actos propios y, desde el punto de vista procesal, *mutatio libelli*. En definitiva, implica cambio de acción o modificación sustancial en los términos del debate, lo que está prohibido en nuestro Derecho, pues todos los derechos subjetivos deben ejercitarse de acuerdo con las reglas de la buena fe. Por tales razones, puesto que la juzgadora de instancia admite aquello que se le pidió, no podemos aceptar que Alejandro y Félix Sierra Buil hayan renunciado a sus campos de fiduciarios.

La misma conclusión hemos de sostener respecto al escrito de fecha 7 de octubre de 1997, mediante el cual la promotora del expediente solicitó al Juzgado e instó para que se tuviera a los mismos

parientes por renunciados a su asistencia e intervención en la Junta.

En cualquier caso, en ese momento ya constaban en autos las manifestaciones de Alejandro y Félix Buil Sierra sobre la cuestión controvertida emitidas en comparecencia efectuada ante la jueza *a quo*, a cuyo tenor «tienen la voluntad de cumplir el encargo fiduciario que tienen conferido y no tienen inconveniente alguno en reunirse con todos los interesados en la oportuna Junta de Parientes y que no renuncian a ejercer dicho cargo» (f. 66).

A mayor abundamiento, es verdad que el consentimiento, en términos generales, puede ser no sólo expreso, sino también tácito y presunto, y el silencio puede equipararse, en aras a la buena fe y a la seguridad jurídica, a una declaración de voluntad propiamente dicha cuando existe la obligación de hablar (sentencias del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 1990, 7 de julio de 1990, 6 de abril de 1989, 18 de octubre de 1982 y 14 de junio de 1963), que es lo que defienden, para casos muy distintos a la fiducia sucesoria aragonesa, las citadas sentencias de 18 de octubre y 7 de julio de 1990. Pero el nombramiento que recae en favor de los familiares del fideicomitente no puede quedar sin efecto por una manifestación de voluntad unilateral de quien ha demostrado ser una parte interesada en que su hija sea la heredera en detrimento de los hijos del primer matrimonio del instituyente. La ahora apelante podía haber actuado de otra manera más directa para conocer la clara voluntad de los demás fiduciarios, como la convocatoria de la propia Junta de Parientes. Cuando éstos han recibido una comunicación judicial, han acudido al Juzgado y han expresado su deseo de cumplir su mandato. Así pues, ni la buena fe ni la seguridad jurídica justifican que debamos interpretar su silencio como renuncia a su condición de fiduciarios, máxime teniendo en cuenta la especial naturaleza de la fiducia colectiva.

Tercero: Como hemos dicho, el auto apelado ha determinado la composición de la Junta por unas determinadas personas. Este pronunciamiento es ya incuestionable. Pero no procede el señalamiento de una fecha y hora exactas para la celebración de la Junta, pues la única potestad atribuida legalmente a los órganos jurisdic-

cionales sobre esta materia es la fijación de plazo para el cumplimiento del encargo, conforme a lo dispuesto en el artículo 118 de la Compilación, lo que no ha sido solicitado. Además, no hay controversia sobre este extremo y el señalamiento que se interesa podría confundirse con el término previsto en el indicado precepto.

No hay infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, pues la apelante podrá instar extrajudicialmente la convocatoria de la Junta, sin perjuicio de la intervención que pueda tener el juez de primera instancia en otro tipo de problemas que puedan plantearse.

No procede, por el momento, resolver el segundo pedimento contenido en la súplica del escrito inicial, dado que todavía no se ha celebrado la Junta. Además, el artículo 21.3 de la Compilación no determina en todos los casos la intervención del juez de primera instancia en caso de empate.

Por todo ello, procede desestimar el recurso.

Cuarto: Al desestimarse el recurso, procede condenar a la apelante al pago de las costas causadas en esta alzada (art. 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

TERUEL

NÚM. 25

S. APT de 20 de julio de 1998

5: FUENTES: CODIGO CIVIL: **Derechos reales:** *Las servidumbres se extinguen por su no uso durante 20 años (art. 546.2 Cc.).*

84: SERVIDUMBRES: EN GENERAL:

Prueba: *En materia de servidumbres ha de partirse siempre del principio de libertad de predios, consagrado en los arts. 346 y 348 Cc. y ya reconocido en la STS de 20 diciembre 1927, lo que impone a quien reclama la existencia del gravamen la carga de la prueba de su adquisición, o en el caso de la servidumbre legal de paso, de los requisitos de la misma. DE PASO: Naturaleza: La servidumbre de paso, salvo cuando existe carril, camino u otro signo permanente de su existencia, tiene el carácter de discontinua y no aparente, no bastando para convertirla en aparente la simple existencia de huellas de vehículo reveladoras de un paso que bien puede ser circunstancial, y es por ello que la misma solo puede adquirirse por prescripción en los términos que establece el art. 148 Comp. EXTINCION: No uso: Las servidumbres se extinguen por su no uso durante 20 años (art. 546.2 Cc.). POSESION INMEMORIAL: Posesión inmemorial es aquella cuyo inicio se remonta «más allá de donde alcanza la memoria»; pero debe*

mantenerse en el tiempo hasta el momento en que se pretende hacer valer como título para la adquisición de la servidumbre, pues no debe olvidarse que las servidumbres se extinguen por su no uso durante 20 años (art. 546.2 Cc.).

DISPOSICIONES CITADAS: 147 Comp., 346, 348, 564, 565 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fermín Fco. Hernández Gironella

Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Teruel se siguen autos de juicio verbal civil (núm. 363/1997); la sentencia de 20 mayo 1998 desestima la excepción de falta de legitimación pasiva y estimando parcialmente la demanda declara la existencia de una servidumbre de paso constituida a favor de la finca de la demandante sobre la finca actualmente perteneciente al Sr. Ibañez. El demandado interpuso recurso de apelación (núm. 153/98) que es estimado por la Audiencia. Arts.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Frente a la sentencia de instancia que, estimando en parte la demanda, declara que la finca de que es titular el demandado apelante es predio sirviente de una servidumbre de paso para ganado y maquinaria agrícola, en favor de la finca de propiedad de la actora se alza dicho demandado, reproduciendo en

primer término la excepción de falta de legitimación activa que ya formuló en la instancia, y alegando en segundo término el error del Juzgador de instancia por entender que ni existen pruebas de la adquisición de la citada servidumbre por prescripción, ni tampoco concurren los requisitos necesarios para constituir una servidumbre forzosa de paso.

II. Reproduce la parte recurrente en esta segunda instancia la excepción de falta de legitimación pasiva alegada en la primera, y que tiene por fundamento la ausencia de efectos de la resolución que en su día se dicte sobre los titulares de las parcelas 83, 82, 81, 80 y 79. Tal excepción debe ser rechazada de plano porque, en primer lugar y fundamentalmente, el principio dispositivo que rige el proceso civil impide que en modo alguno pueda un demandado arrogarse la representación de otros, oponiendo en su nombre excepciones de carácter personal afectantes a su legitimación, cuando aquellos en ningún momento la han negado, y en segundo lugar porque, ejercitándose en el presente supuesto, aunque de forma subsidiaria, una acción tendente a la constitución forzosa de una servidumbre de paso, se hallan pasivamente legitimados todos los propietarios de las fincas colindantes entre las que aquella se enclava, ya que la determinación de cual es el lugar menos perjudicial para el establecimiento de dicho gravamen no corresponde determinarlo al actor, sino que debe quedar establecido en la resolución judicial que ponga término al juicio.

III. Dos son las pretensiones que de forma alternativa y subsidiaria ejercita en el presente procedimiento la parte demandante: en primer término, que se declare la existencia de una servidumbre de paso sobre la finca número 85 de propiedad del demandado Sr. Ibañez Guillen, de la que es predio dominante la finca número 84 propiedad de la actora, adquirida por usucapión, y en segundo término, subsidiariamente a la anterior para el caso de que aquella no fuere estimada, que se proceda a la constitución de una servidumbre legal de paso en favor de la finca de la actora, por hallarse ésta enclavada sin salida a camino público, y sobre la finca del demandado, por ser este el lugar menos perjudicial para el

establecimiento de aquella, previa indemnización por el valor del terreno. Sin embargo, en su resolución el Juzgador de Instancia refunde ambas pretensiones refiriéndose indistintamente a una y a otra, cuando cada una de ellas tiene un fundamento distinto. Baste para ello con comprobar que el primer planteamiento del juzgador hace referencia a la situación de la finca de la actora sin salida a camino público, presupuestó este de la constitución de una servidumbre legal de paso que en el presente caso constituye una pretensión subsidiaria, o con reproducir el último párrafo del fundamento jurídico cuarto donde se invocan los arts. 564 y 565 del Código Civil y el art. 147 de la Compilación Foral como fundamento legal para la estimación de la acción confesoria de servidumbre, cuando los primeros hacen referencia a la servidumbre legal de paso, y el segundo a la adquisición de servidumbre por prescripción. Se hace de esta forma necesario examinar de forma separada y sucesiva, a la luz de las pruebas practicadas, las exigencias legales de una y otra pretensión, teniendo siempre en cuenta que en materia de servidumbres ha de partirse siempre del principio de libertad de predios, consagrado en los arts 346 y 348 del Código Civil y reconocido ya en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1927, lo que impone a quien reclama la existencia del gravamen la carga de la prueba de su adquisición, o en el caso de la servidumbre legal de paso, de los requisitos de la misma.

IV. Frente a lo argumentado por el Juzgador de instancia no cabe duda que la servidumbre de paso, salvo en aquellos supuestos en que existe carril, camino u otro signo permanente de su existencia, tiene el carácter de discontinua y no aparente, no bastando para convertirla en aparente la simple existencia de huellas de vehículo reveladoras de un paso que bien puede ser circunstancial, y es por ello que la misma solo puede adquirirse por prescripción en los términos que establece el art. 148 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Aragón, esto es por la usucapión de diez años entre presentes o veinte entre ausentes, con justo título y buena fe, o por la prescripción inmemorial sin ningún otro requisito. A falta de justo título, que en el presente caso no aparece acreditado, tan

solo puede invocarse la prescripción inmemorial, que es aquella en que el inicio de la posesión en que la misma se basa se remonta «mas allá de donde alcanza la memoria»; pero en todo caso y con independencia de la indeterminación en cuanto al inicio de la posesión, aquella debe mantenerse en el tiempo hasta el momento en que se pretende hacer valer como título para la adquisición de la servidumbre, pues no debe olvidarse que las servidumbres se extinguen por su no uso durante veinte años (art. 546. 2 del C. Civil). Desde este punto de vista, las declaraciones testificales de D. Gregorio y D. Domingo Bronchal, en el sentido de que hace treinta años, cuando eran arrendadores de la finca de la actora, accedían a la misma a través de la finca del demandado, o la afirmación del codemandado Sr. Gonzalvo en el sentido de que hace mas de veinte años a la finca 84 propiedad de la actora se accedía a través de la finca 85, que sirven al juzgador de instancia para justificar la adquisición de la servidumbre por usucapción carecen de relevancia para acreditar la posesión actual del paso litigioso, afirmando tan solo los codemandados Sres. Andrés Conejero y Benedicto Lahoz haber visto utilizar en fechas recientes la finca del demandado para acceder a la de la actora, manifestaciones estas que resultan contradictorias con la de los testigos Sres. Escusa Mateo y Blasco Palomar, que depusieron a instancia de la parte demandada, por lo que carecen de la virtualidad necesaria para justificar la adquisición por prescripción de la servidumbre litigiosa, debiendo prevalecer en tal caso la presunción de libertad de predios a la que anteriormente se ha hecho referencia.

V. Rechazada la primera de las pretensiones de la demanda tendente a acreditar la adquisición por usucapción de la servidumbre litigiosa, es preciso examinar la pretensión subsidiaria de que por aquel punto se constituya una servidumbre forzosa de paso. El presupuesto esencial de la servidumbre forzosa de paso, regulada en los arts. 564 y ss. del C. Civil, es que la necesidad de la del paso para finca en cuyo favor se solicita por hallarse aquella enclavada entre otras ajenas sin salida a camino público, debiendo precisarse al respecto, de un lado que necesidad no puede confundirse con la utili-

dad, comodidad o conveniencia, y de otro que la salida a camino publico a que se refiere el citado precepto legal no precisa ser una salida directa sino que puede ser indirecta, a través de otra servidumbre distinta de la que se pretende constituir. Así las cosas, a la vista de la prueba pericial practicada en autos, no puede sostenerse que la finca de la demandante reúna el requisito del «enclavamiento» exigido por el art. 564 del C. Civil para la constitución forzosa de una servidumbre de paso, por cuanto que aquella puso de manifiesto la existencia en la parte norte de la misma de un camino de servidumbre que sirve de acceso tanto a la parcela de la demandante como a las demás colindantes con la misma, por lo que aun cuando es forzoso reconocer que la servidumbre que se pretende constituir resulta mas útil para la actora que la servidumbre mencionada, puesto que el acceso al camino público resulta mucho mas corto, hoy por hoy no puede afirmarse que exista una verdadera necesidad de aquel, lo que hace necesariamente decaer la pretensión de constituir una servidumbre de paso sobre aquella, y lleva necesariamente a desestimar la totalidad de las pretensiones de la demanda, con total estimación del recurso planteado por la parte demandada.

VI. Conforme al art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la total desestimación de la demanda determina la imposición a la parte actora de las costas causadas en primera instancia, sin que proceda hacer imposición expresa de las costas causadas en el presente recurso, conforme al criterio establecido en el art. 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

NÚM. 26

S. APT de 27 de octubre de 1998

663 I: RÉGIMEN MATRIMONIAL

LEGAL: ACTIVO: BIENES COMUNES:

Aperos de labranza: La calificación de los aperos de labranza como bienes de uso personal del marido no impide su consideración de bienes comunes, pues aquella calificación tan sólo concede al marido un derecho de adjudicación preferente en su haber, hasta donde este alcance, a la hora de hacer la liquidación. Los aperos de

labranza forman parte integrante de la explotación agrícola (art. 39.1 Comp.) y deben tener la misma naturaleza que ésta, que sin duda es de carácter consorcial.

6635: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: REINTEGROS Y REEMBOLSO: *Partiendo de lo preceptuado en los arts. 55.2 Comp. y 1397, 1390 y 1391 Cc., se decide que el reintegro de los bienes comunes de que cada uno de los cónyuges ha dispuesto con anterioridad a la disolución de la comunidad sólo podrá tener lugar si se justifica que tal acto de disposición tuvo carácter fraudulento, ocasionando con ello un claro perjuicio al otro cónyuge, correspondiendo en todo caso la prueba del fraude a quien alega su existencia.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 39, 55 Comp., 1397, 1390 y 1391 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fermín Fco. Hernández Gironella

Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel se sigue juicio de menor cuantía (núm. 203/97); la sentencia de 3 junio 1998 estima parcialmente la demanda y acuerda se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales con arreglo al inventario que se ha reseñado, practicándose en trámite de ejecución de sentencia las oportunas operaciones particionales. La actora interpuso recurso de apelación (núm. 147/98) que la Audiencia desestima.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

I. Las pretensiones articuladas por las partes litigantes en esta segunda instancia se concretan esencialmente en dar respuesta a dos cuestiones fundamentales: si deben reintegrarse al activo de la sociedad conyugal aquellos bienes de que alguno de los cónyuges hubiera dispuesto con anterioridad a la disolución de la misma, pretensión que ejercitan ambas partes litigantes respecto al saldo a fecha veintidós de diciembre de 1994 de la Libreta Ordinaria número 904-87 de la Caja de Ahorros de la Inmaculada dispuesto por el esposo y respecto a los reintegros de las cuentas comunes efectuados por la esposa; y en segundo lugar si aquellos bienes muebles pertenecientes a la

profesión o industria ejercida por uno de los cónyuges, a los que se atribuyó la condición de bienes de uso personal, tienen el carácter de bienes privativos como pretende la parte demandante.

II. En lo que se refiere a la primera de las cuestiones que se plantean esto es la relativa a la inclusión en el activo de la liquidación de aquellos bienes de que alguno de los cónyuges hubiera dispuesto con anterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales, ha de partirse de lo preceptuado en los artículos 55. 2 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Aragón y 1397, párrafos 1º y 2º del Código Civil en virtud de los cuales formaran parte del activo de la liquidación los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución de la sociedad conyugal, debiendo reintegrarse tan solo aquellos bienes existentes con anterioridad a este momento que hubieran sido enajenados por negocio ilegal o fraudulento y no hubieran sido recuperados, precepto este estrechamente relacionado con los arts. 1390 y 1391 del mismo texto, que convierte en deudor de la sociedad al cónyuge que por acto de administración o disposición hubiera obtenido un beneficio o lucro exclusivo u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, y al que hubiera realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte. Así las cosas, hay que tener en cuenta que la disolución de la sociedad conyugal se produce en el momento en que recae sentencia firme de separación (art. 1392. 3) sin que puedan retrotraerse sus efectos al momento del inicio de la crisis matrimonial, como pretende el recurrente, salvo en aquellos supuestos en los que haya mediado separación de hecho prolongada, en los que la Jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de Junio de 1986, 26 de Noviembre de 1997 y 23 de Diciembre de 1992) ha entendido que carece de fundamento la existencia de la sociedad conyugal. Es por ello que, datando los actos de disposición del metálico que se pretende integrar en el activo de la liquidación de fecha anterior incluso a la presentación de la demanda de separación matrimonial, tal reintegro tan solo podrá tener lugar si se justifica que tal acto de disposición tuvo un carácter fraudulento, ocasionado con ello un claro perjuicio al

otro cónyuge, correspondiendo en todo caso la prueba del fraude a quien alega su existencia.

III. Partiendo de lo anteriormente expuesto, y en lo que se refiere a; la integración en el activo de la liquidación del saldo que presentaba a fecha veintidós de diciembre de 1994 la libreta Ordinaria número 904-87 de la Caja de Ahorros de la Inmaculada, por importe de diez millones de pesetas, que pretende la esposa demandante, el cual fue traspasado en aquella fecha a la libreta 9070-02 de la misma entidad, de la que son titulares D^a Lucía Tomás Arnau y Da. Carmen Montoya Tomás, no existe prueba alguna que justifique la existencia del mentado fraude, debiendo tenerse en cuenta que tanto de la libreta ordinaria 904-87 como de la imposición a plazo fijo 230-36, de donde provenía el saldo ingresado en la libreta 904-87, al vencimiento de aquella imposición, figuraba como titular junto con los cónyuges litigantes, la hermana de uno de ellos D^a. Lucía Tomas Arnau en cuyo favor de dispusieron los fondos, por lo que difícilmente puede hablarse de disposición fraudulenta en el hecho de que uno de los titulares de un saldo disponga en su favor del mismo, no debiendo olvidarse a este respecto que existe una doctrina jurisprudencial consolidada, de la que son exponente las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de Marzo de 1971, 19 de Octubre de 1988, 23 de Mayo de 1992 y 15 de Julio de 1993, que señala que la existencia de titulares plurales en una cuenta corriente o depósito bancario tan solo implica que cualquiera de ellos tendrá facultades respecto del saldo que arroje la misma, pero sin que ello determine un condominio sobre aquel.

IV. De igual modo, y en lo que se refiere al reintegro por la esposa demandante de la cantidad de un millón de pesetas, en el mes de enero de mil novecientos noventa y cinco, pretendida por la representación del esposo demandado, tampoco puede afirmarse que dicho acto de disposición se hubiera efectuado en provecho exclusivo de aquella y en fraude del otro cónyuge, pues como apunta el Juzgador de instancia en la sentencia recurrida, tal reintegro se llevo a efecto cuando ni siquiera se había presentado la demanda de separación matrimonial, sin

que tampoco se haya justificado en forma alguna el destino de aquellos.

V. Queda en último término por analizar la pretensión del esposo demandado de que se detraigan del activo de la liquidación los aperos de labranza de su propiedad, por tratarse de bienes privativos a los que esta misma sala reconoció tal carácter al señalar que se trataba de bienes de uso personal. A este respecto debe de señalarse que el hecho de que esta misma sala calificarse tales bienes como de exclusivo uso personal del esposo demandado en auto de diecinueve de diciembre de mil novecientos noventa y seis, en nada afecta a su carácter privativo o consorcial, pues aquella calificación tan solo otorga al cónyuge en cuyo favor se reconoce de que los referidos bienes se incluyan preferentemente en su haber, hasta donde este alcance, a la hora de efectuar la liquidación de la sociedad conyugal, pero en nada empee que aquellos se incluyan en el activo de la liquidación si ostentaban carácter común. Sentado lo anterior hay que partir del hecho de que tratándose de los aperos de labranza necesarios para el cultivo de la explotación agrícola, forman parte integrante de la misma como elemento afecto y deben seguir, en cuanto a su calificación como bienes privativos o comunes, la misma suerte que aquella (art. 39, 1º de la Compilación del Derecho Civil Foral de Aragón), y en este caso, habiendo reconocido el esposo demandado en su contestación a la demanda que alguna de las de las fincas que la integraban fueron adquiridas constante matrimonio, o fueron vendidas por ambos cónyuges, no cabe duda del carácter consorcial de la explotación a la que sirvió de sustento a la unidad familiar y a la que ambos cónyuges dedicaron buena parte de sus vidas. Consecuentemente rechazados los motivos de impugnación alegados por ambas partes litigantes, procede confirmar en su integridad la sentencia recurrida.

VI. Al desestimarse en esta resolución los recursos formulados por ambas partes litigantes, no procede hacer pronunciamiento específico respecto de las costas ocasionadas en esta alzada, debiendo abonar cada parte las causadas a su instancia y dividiéndose por mitad las comunes, conforme al criterio establecido en el art. 710,2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

27

NUM. 27

S. APT de 23 de noviembre de 1998

663 I: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: ACTIVO: BIENES COMUNES: Derecho de arrendamiento de la vivienda: *Contrato de arrendamiento de vivienda celebrado por el novio con su empresa pero condicionado al proyectado matrimonio de aquél; contrato oneroso perfeccionado una vez contraído el matrimonio por lo que el derecho de arrendamiento de la vivienda debe considerarse bien consorcial al haberse adquirido onerosamente y, en cualquier caso, por aplicación de la presunción de comunidad. Se reconoce a la esposa el carácter de cotitular del contrato de referencia. La renuncia del marido a él solo puede afectarle.*

6633: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: GESTIÓN: GESTION DE LOS BIENES PRIVATIVOS: Vivienda familiar: *En la sentencia de separación conyugal se acordó el uso provisional por la esposa de la vivienda familiar arrendada al marido por su empresa. El marido renuncia a su derecho de arrendamiento y la empresa reclama a la esposa por carecer de título para poseer. La Audiencia entiende que el derecho de arrendamiento es bien común, reconoce a la esposa el carácter de cotitular del contrato de referencia y declara que la renuncia del marido a él solo puede afectarle (art. 6.2 Cc.)*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 40 Comp., 1361 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. José Antonio Ochoa Fernández.

Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Alcañiz se sigue juicio de menor cuantía (núm. 200/97) sobre inexistencia de contrato; la sentencia de 30 junio 1998 desestima íntegramente la demanda; la demandante interpone recurso de apelación (núm. 179/98) que la Audiencia desestima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El recurso que formaliza la entidad ENDESA —Empresa Nacional de Electricidad, S.A.— contra la sentencia que desestima sus pretensiones no puede acogerse; por cuanto, aun cuando sea

por otros fundamentos, estima la Sala que la conclusión final a la que ha llegado el Juzgador de instancia es absolutamente ajustada a Derechos, dado que la misma no contradice el uso provisional que se acordó en la sentencia de separación de los esposos D^a Pilar Camín Lorente y Don Román Herrera Galve de fecha 5 de enero de 1995, ni detenta dicha señora, hoy demandada, el inmueble litigioso en precario, como ya se determinó en la sentencia de 7 de abril de 1997, después confirmada por la de esta Audiencia de 14 de mayo del dicho año, argumentos ambos en los que apoya la recurrente su impugnación —provisionalidad del uso y carencia de título para poseer— ahora en esta alzada, habida cuenta de la renuncia que ha efectuado a sus derechos el esposo de la demandada.

Segundo: El contrato de arrendamiento de vivienda que se suscribió entre la ahora recurrente —Endesa— y Don Román Herrera Galve, como empleado de la primera, en 12 de enero de 1987, se condicionó a que Don Ramón contrajera matrimonio con D^a Pilar en agosto de 1987, folios 13 a 18, suceso futuro e incierto que, como establece el art. 1113 del Código Civil y la jurisprudencia del Tribunal Supremo —por todas las sentencias de 16 de junio de 1995 y 19 de octubre de 1996— constituye una condición suspensiva y naturaliza al contrato como arrendamiento sometido a la condición de que se celebre el matrimonio, como así se cumplió, lo que conforme a lo resuelto en la STS de 19 de octubre de 1993 no solo hace que el contrato adquiriera toda su plenitud «sino que, además, y por virtud de lo prevenido en el art. 114 en relación con los arts. 1113.1 y 1120.1 inciso primero del Código Civil, esos plenos efectos se retrotraen al momento de la celebración del contrato», en este caso al 12 de enero de 1987.

Así las cosas es indiscutible que el contrato de arrendamiento es un contrato oneroso y conforme hemos dicho se perfeccionó una vez celebrado el matrimonio entre D^a Pilar y Don Román, por lo que representando un bien —el derecho de arrendamiento de la vivienda— que se incorporó al matrimonio —y un bien importante, dada la renta estipulada de dos mil cuatrocientas doce pesetas anuales— debe presumirse ganancial o si

mejor se quiere integrante de la sociedad conyugal legal aragonesa de comunidad de muebles y adquisiciones o de muebles y ganancias, al haber sido adquirido onerosamente y en cualquier caso por aplicación de la presunción que recoge el art. 1361 del Código Civil y 40 de la Compilación Aragonesa.

Tercero: Sentado lo que antecede y reconociendo a la esposa el carácter de cotitular en el contrato de referencia, no hemos olvidado dos cuestiones: que el esposo Don Román ha renunciado a su titularidad y que dicho contrato tiene un término fijado de forma específica como causa especial de conclusión, de resolución y en suma de extinción del contrato, cual es que quedará resuelto el día en que Don Román deje de ser empleado de la actora ENDESA.

La primera cuestión —renuncia a su derecho de arrendatario— a él solo puede afectarle, aparte de que bien podría encajar su conducta en el nº 2 del art. 6 del Código Civil, dado que el perjuicio que hubiera podido causar a su familia es evidente de haber sido el único titular del derecho de arrendamiento sobre la vivienda conyugal.

La segunda no se ha producido o no ha llegado a darse aun la circunstancia que debe generar la resolución del contrato, puesto que consta en autos que el Sr. Herrera Galve sigue siendo empleado de la actora.

Cuarto: A la vista de lo expuesto hemos de rechazar el recurso formulado, confirmar la sentencia de instancia íntegramente e imponer las costas de esta alzada a la recurrente en armonía con lo prevenido por el art. 710 de la L.E. Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Se desestima el recurso formalizado por la entidad Endesa contra la sentencia de fecha treinta de junio del presente año, dictada en los autos civiles nº 200/97 del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Alcañiz de los que este rollo dimana, y en consecuencia SE CONFIRMA íntegramente dicha resolución con expresa imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante.

Notifíquese esta resolución a las partes, contra la que no cabe recurso ordinario alguno, en la forma que determina el art. 248.4 de la L.O.P.J., y con testimonio de la misma, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, extendida en tres folios de papel de oficio, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos mandamos y firmamos.

NÚM. 28

S.APT de 27 de diciembre de 1998

5: FUENTES: CODIGO CIVIL: Derechos reales: 84: SERVIDUMBRES: DE SACA DE AGUAS: *El contenido propio de la servidumbre de saca de aguas y paso para hacerla efectiva es el que resulta de lo dispuesto en el art. 1.2 en relación con los arts. 145 a 148 Comp. y los 530, 542 y ss. y 556 Cc.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 1.2, 145 a 148 Comp. y 530, 542 y ss. y 556 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. José Antonio Ochoa Fernández

Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Alcañiz se sigue juicio de menor cuantía (núm. 63/97); la sentencia de 13 julio 1998 estima parcialmente la demanda y declara, entre otras cosas, la existencia y validez de los acuerdos particionales sobre la herencia de los padres de los litigantes; los demandados interpusieron recurso de apelación (núm. 190/97) que la Audiencia desestima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Las alegaciones hechas por los recurrentes en esta alzada para apoyar su genérica pretensión de que se revoque la sentencia de instancia y se desestime íntegramente la demanda han quedado, en síntesis, reducidas, como no podía ser menos después del resultado de la prueba de confesión judicial —especialmente la prestada por los propios demandados y ahora recurrentes— a la cuestión del uso y disfrute del agua por

los interesados, partiendo de la base de que nadie discute que el derecho principal del uso del agua quedó para el heredero a quien se adjudicó la finca en la que radica el abrevador y que más valor tenía: Dña. Trinidad Peris Vidal, según se recoge y reconoce por los actores en el hecho quinto de la demanda (folio 6).

Segundo: En las confesiones judiciales (folios 167, 168, 170 a 172, 190, 215, 217, 219, 220 y 222) principalmente, y las obrantes a los folios 248 a 254, se plasma de forma indiscutible la realidad de los hechos que con acierto y precisión ha recogido en su sentencia la juzgadora de instancia, por lo que esta Sala solo tiene que hacer suyas esas conclusiones en esta resolución, debiendo limitarnos al estudio de quién tiene derecho al uso y disfrute del manantial para agua de boca y aseo, con el derecho de paso correspondiente para realizar la recogida del agua que sea necesaria.

A este respecto, hemos de reiterar lo ya expuesto de que Dña. Trinidad Peris Vidal es titular, entre otras, de la parcela 23 d del polígono 27 del término municipal de los Olmos (Teruel), que constituía y conforma la balsa de recogida de agua del manantial proveniente de monte común, con derecho por su parte de la facultad proporcional de aprovechamiento de la misma para boca y aseo, así como al derecho de aprovechamiento de TODA EL AGUA SOBRANTE (o que sobrase) después del uso a que tenían derecho los demás coherederos (folio 4 vuelto en relación con su confesión judicial, folios 168 y 171).

Los herederos con derecho al uso proporcional del manantial para boca y aseo con facultad de paso correspondiente para realizar la recogida del agua necesaria, a quienes se les atribuyó en las operaciones de partición de la herencia de los padres fueron: Dña. Antonia, Dña. Teresa, Don Manuel, Dña. Pilar, Dña. Alegría y Dña. María Peris Vidal.

Tercero: La constitución, pues de un derecho de servidumbre de saca de aguas y paso para hacerla efectiva es incuestionable; planteándose en definitiva por los recurrentes, de forma imprecisa, si tal servidumbre constituida voluntariamente lo fue con carácter *personal*, en favor de

los referidos herederos nominativa y personalmente considerados (arts. 531 y 536) y, por ende, de duración temporal —mientras fueran titulares de la finca cuya propiedad determinó la atribución del derecho —o si, por el contrario, dicha servidumbre se constituyó con carácter predial para beneficio de quien en cada momento fuese titular de la finca dicha.

La juzgadora de instancia ha estimado que la servidumbre se estableció con carácter predial y eso mismo entiende la Sala por la razón de que la finca de la Pilora, como las demás que se dividieron entre los ahora contendientes, perteneció a sus ascendientes y es lógico que los beneficios que el agua reportaba se redistribuyesen después entre todos los sucesores con propiedades colindantes o cercanas y, además, porque al hacer la atribución se precisó en muchas de las adjudicaciones que el aprovechamiento no solo era de boca sino también para «aseo de la masada», referencia a un inmueble sin especificación ni limitación personal o temporal alguna y así se ha venido disfrutando, incluso por quienes hoy ya no son los primeros adjudicatarios del derecho, hasta que se han producido los hechos que han dado lugar a este juicio (cierre del manantial y del abrevadero en la primavera del año 1996, posición 12, folios ya dichos) y con el contenido propio de dicha servidumbre que resulta de lo dispuesto en el art. 1.2 en relación con los 145 a 148 de la Compilación Aragonesa y los 530, 542 y siguientes y 556 del Código Civil.

Cuarto: Sentado lo que antecede y reiterando el carácter de predial y no personal de la servidumbre que nos ocupa, hemos de resaltar el elemento de inseparabilidad de la misma respecto de la finca a la que sirve o a la que grava (art. 534 de C.c.) destacando por un lado que la misma no puede ser objeto autónomo o separado de transmisión por cualquier título y, por otro, que está jurídicamente adherida a la finca siguiendo la vida jurídica que esta tenga.

Finalmente, hemos también de destacar que, al ser las servidumbres derogaciones o limitaciones del derecho de dominio que no pueden existir sin una

utilidad que pueda prestar al fundo dominante y sin la correlativa utilidad o necesidad que con ella pueda cubrir el sirviente, precisa comportarse el titular del predio dominante CIVILITER en el ejercicio de la misma, o, lo que es igual, en la forma menos onerosa que sea posible para el titular del sirviente y ajustándose estrictamente a las necesidades que justifican su constitución; rechazándose un uso que exceda del contenido propio de la servidumbre o que pueda constituir una violación de la prohibición contenida en el art. 7 del Código Civil.

Quinto: Por todo lo expuesto y reiterando el acogimiento por la Sala de los fundamentos de la sentencia de instancia recurrida, así como las conclusiones a las que ha llegado, procede rechazar el recurso interpuesto y, por ello, la imposición a los apelantes de las costas de esta alzada.

cuantía (núm. 123/98) sobre declaración de nulidad de disposición testamentaria; la sentencia de 1 octubre 1998 desestima la excepción de falta de legitimación activa, estima parcialmente la demanda, declara la nulidad parcial del testamento y abierta la sucesión intestada sobre dos tercios del caudal relicto del Sr. Soriano González, etc. La actora interpone recurso de apelación (núm. 235/97) que la Audiencia desestima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Las alegaciones hechas por la actora/recurrente, D^a Concepción Adobes Sánchez en nombre y representación de su hija menor de edad D^a Soraya Soriano Adobes solicitando la revocación parcial de la sentencia y la íntegra estimación de su pretensión de total «nulidad del testamento otorgado por Don José Soriano González» no tiene virtualidad jurídica para producir el efecto pretendido, toda vez que el juzgador de instancia, estima la Sala, ha hecho una correcta interpretación de las normas de la Compilación y del Código Civil, que vienen a regular la materia que ahora se nos somete a nuestra consideración.

Segundo: Es evidente que a la vista del concepto de preterición que se deduce de los arts. 119, 120, 122, y 123 de la citada Compilación, como falta de mención formal en el testamento de todos los legitimarios, no estamos ante ese supuesto en el caso que nos ocupa, al haber sido expresamente designados los que en el momento de otorgar el testamento tenían dicha cualidad, por lo que necesariamente hemos de contemplar un supuesto de desheredación que igualmente contempla, aunque no definen los citados preceptos, si bien los efectos que de ambas situaciones se derivan se unifiquen por el art. 122, siempre que concurran las circunstancias que establecen los arts. 848 y siguientes del Código Civil, aplicables supletoriamente conforme remite el art. 1.2 de la Compilación.

Aquietadas las demandas con el pronunciamiento de la sentencia de instancia, que declara la nulidad parcial del testamento otorgado por don José Soriano González el 9 de septiembre de 1992, en

29

NÚM. 29

S.APT de 28 de diciembre de 1998

75: LEGITIMAS: DESHEREDACION:
Los arts. 848 y ss. Cc. son aplicables supletoriamente conforme remite el art. 1.2 Comp. Los efectos que se recogen en los núms. 1º y 2º del art. 122 Comp. se refieren, de forma expresa, no a la desheredación injusta sino a la preterición. Los efectos de la desheredación ilegal del único descendiente existente no deben ser otros que los de anular la institución de heredero (art. 851 Cc.) «en cuanto perjudique al desheredado»; perjuicio que, siendo el único descendiente existente, debe alcanzar a toda la cuota de legítima colectiva (art. 119 Comp.); porción coincidente con la recogida en el art. 122 Comp.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 1.2, 119, 120, 122, 123 Comp., 818, 848 y ss. Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. José Antonio Ochoa Fernández

Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Teruel se sigue juicio de menor

cuanto a las dos terceras partes de la institución de heredero, la pretensión de la recurrente, en esta instancia, no se revela temerariamente insistente, dado que los efectos que se recogen en los números 1º y 2º del art. 122 de la Compilación se refieren, de forma expresa, no a la desheredación injusta sino a la preterición, de ahí que se hable y se condicione la apertura de la sucesión intestada a que se omita la mención formal de Todos los legitimarios en el testamento de los 2/3 del caudal, si la existencia de todos aquéllos era conocida por el testador al tiempo de hacer la disposición «mortis causa» y a todo el caudal si todos no eran conocidos por dicho testador, o en cualquier otro caso.

Tercero: Así las cosas hemos de estimar que la desheredación efectuada por el Sr. Soriano González es claramente ilegal e injusta, a la vista de las condiciones que establecen para ella los ya citados arts. 848 y siguientes del Código Civil, ya que se ha producido *sin expresión de causa*; ante lo cual, sus efectos no deben ser otros que los de anular la institución de heredero (art. 851 del Código Civil) «en cuanto perjudique al desheredado»; perjuicio que, siendo el único descendiente existente, debe alcanzar a la cuota legítima colectiva que el art. 119 de la C.A. cifra en las dos terceras partes del caudal, fijado conforme a lo dispuesto en el art. 818 del Código Civil; porción coincidente con la recogida en el art. 122 de la dicha Compilación para los supuestos de preterición de todos los legitimarios conocidos y de injusta desheredación.

Cuarto: Llegados a este punto y sin necesidad de un más extenso discurso, hemos de reiterar la correcta solución dada en su sentencia por el juzgador de instancia; si bien ante la no especialmente clara redacción de los preceptos que regulan esta institución en la Compilación, estima la Sala que el recurso no ha sido temerario y que, en armonía con lo prevenido en el art. 710 de la Ley Procesal Civil en relación con el 523 de la misma que las costas de esta alzada deben ser satisfechas por ambas partes en la forma que fue tradicional hasta la Ley 34/84 de 6 de agosto.

NUM. 30

S. APT de 31 de diciembre de 1998

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Derecho del vecino a edificar o construir: En el caso de autos no se aprecia la concurrencia de las circunstancias subjetivas y objetivas que definen el ejercicio abusivo del derecho que concede el art. 144.3 Comp., pues el levantamiento del muro que ha tapado la ventana del actor se ha hecho para conseguir un efecto estético, para aislamiento del ambiente exterior y forma parte del plan general de rehabilitación de la vivienda para transformar lo que era una antigua casa de labor en una vivienda de esparcimiento y recreo.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 144 Comp.; 7 Cc.

PONENTE: Ilma. Sra. Da María Teresa Rivera Blasco

Ante el Juzgado de Primera Instancia de Calamocha se sigue juicio de cognición (núm. 1/98) sobre ejercicio abusivo del derecho; la sentencia de 13 octubre 1998 desestima íntegramente la demanda; el actor interpuso recurso de apelación (núm. 272/98) que la Audiencia desestima.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La sentencia de instancia, tras hacer un estudio preciso y detallado de la figura del abuso del derecho, desestima la demanda por entender que no ha quedado suficientemente probada la mala fe del demandado al ejercitar el derecho que le corresponde según la Compilación Aragonesa (art. 144). Frente a esta resolución interpone el actor recurso de apelación por entender que ha existido error en la apreciación de la prueba practicada en autos al haberse acreditado, añade, que la pared levantada por el demandado no le resulta de utilidad y porque según la Compilación el propietario colindante únicamente puede obstruir la ventana construyendo o edificando pero no levantando una pared que «no reporte un verdadero beneficio al que la hace».

Segundo: El abuso de derecho, con apoyo en el art. 7 del Código Civil, debe venir determinado por la circunstancia

subjetiva de ausencia de finalidad sería y legítima y por la objetiva de exceso en el ejercicio del derecho, requiriendo una intención dañosa en la conducta de quien actúa y pudiendo sólo acudirse a su existencia en casos patentes —manifesto abuso o ejercicio anormal de un derecho— en que no resulte provecho para quien se dice haber incurrido en el abuso (SsTS 17 feb. 1993, 27 abr. 1994, 28 feb. 1995). A partir de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 1.944 la posterior doctrina jurisprudencial va desarrollando y perfilando la figura del abuso del derecho, concretando su esencia en la naturaleza antisocial del daño causado a un tercero, manifestada tanto en su forma objetiva como en su forma subjetiva. En la evolución posterior de esta doctrina se concreta más el concepto, exigiéndose que el ejercicio del derecho se haga con la intención decidida de dañar, utilizando el derecho de un modo anormal, y sin que resulte provecho alguno para el agente que lo ejercita; como remedio extraordinario que es, la jurisprudencia viene declarando que sólo se puede acudir a esta doctrina en los casos patentes y manifestos (STS 11 abr. 1995).

La jurisprudencia, profundizando en el aspecto subjetivo, señala que en todo caso son el móvil y el fin los que hay que considerar, siendo necesario, para llegar a una conclusión afirmativa, preocuparse de la conducta del agente, así como de su mentalidad, resultando preciso establecer también por qué ha actuado y cómo lo ha hecho, y si ha obedecido a un motivo legítimo, es decir, hay que proceder a una investigación subjetiva, y desde este punto de vista, la teoría del abuso del derecho adopta un sentido, si no intencional, al menos subjetivo (SsTS 14 feb. 1994, 22 sep. 1959, 31 ene. 1969, 5 jun. 1972, 4 jul. 1973, 2 dic. 1994).

Tercero: La permisón de abrir huecos o ventanas contenida en los párrafos 1º y 2º de dicho precepto, con acogimiento a los cuales fueron abiertas las ventanas a que se refiere este proceso, no

es más que un acto meramente tolerado y potestativo, como simple relación de vecindad, que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta. Al interpretar este artículo la Audiencia Territorial de Zaragoza (hoy Tribunal Superior de Justicia de Aragón) ha señalado que no puede ser jurídicamente permisible que, pretendiendo acogerse a este incuestionable derecho que le concede el citado párrafo 3º del art. 144 de la Compilación, el dueño del fundo sobre el que aparecen abiertos los huecos trata de cerrarlos o taparlos sin realizar como establece dicho precepto alguna construcción o edificación (S. 30-10-83, 23-11-83, 12-12-86, 20-7-89). En el caso estudiado no se aprecia la concurrencia de las circunstancias subjetivas y objetivas que definen el ejercicio abusivo del derecho pues el levantamiento del muro que ha tapado la ventana del actor no obedece a un hecho aislado del demandado que tenga como finalidad única y manifiesta la de perjudicar las luces del Sr Sebastián, sino que forma parte del plan general de rehabilitación de la vivienda, de acuerdo con el cual han sido adecentadas y reconstruidas todas las paredes para transformar lo que era una antigua casa de labor en una vivienda de esparcimiento y recreo. La pared en cuestión se construyó para conseguir un efecto estético en la rehabilitación de la casa y por aislamiento del ambiente exterior, ya que la pared de la casa de don Amado Sebastián Polo que daba al patio del demandado y que ha quedado ahora oculta estaba en mal estado: así ha quedado acreditado en autos pues a pesar de la afirmación del actor de que en 1.995 se hizo una pared nueva lo cierto es que la prueba practicada ha demostrado que se limitó a poner cemento sobre las grietas existentes, ofreciendo el mismo aspecto de descuido que el resto de las paredes de la casa del actor y que pueden apreciarse en las fotografías aportadas. Por todo ello debe ser desestimado el recurso interpuesto, confirmándose íntegramente la sentencia de instancia.

ZARAGOZA

31

NÚM. 31

S. APZ de 13 de enero de 1998

6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: ACTIVO: BIENES COMUNES:

Aun cuando en verdad se pudiera sostener que el predio tuviera carácter de bien privativo del marido de la actora, la cosecha de ese inmueble siempre sería ganancial (sic), y en consecuencia la esposa ha de tener aptitud para reclamarla

DISPOSICIONES LEGALES: Art. 37.3 Comp.; arts. 1214 y 1347.2 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García.

Dña. Victoria López Ceballoda, ante el JP11 de Daroca, interpone demanda en autos de juicio de cognición (139/96) contra D. Jesús López Vicente sobre reclamación de cantidad. El Juzgado, en sentencia de 13 de mayo de 1997, estima la excepción de falta de legitimación activa propuesta por el demandado, y no entra a conocer del fondo del asunto. La parte demandante interpone recurso de apelación.

Formado el rollo de la apelación (353/97), la sec. 5ª de la APZ estima el recurso formulado condenando al demandado al pago de la cantidad reclamada más los intereses legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

NO se aceptan LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO de la sentencia apelada, y

Primero: Impugna la representación procesal de la parte demandada la capacidad procesal de la actora para efectuar la reclamación que formula en su demanda, es decir, la entrega de parte del precio que dice corresponderle por la recolección de la cosecha de girasol plantada por la contraparte en una finca de su propiedad, excepción ésta que ha sido la acogida en la Sentencia del Juzgado, que por tanto no ha entrado a conocer del fondo del tema litigioso; para la correcta resolución de la cuestión, habrá de estarse de modo principal a la formulación misma de la primera posición dirigida al demandado, y su absolución efectuada por éste —Es. 37 y 38—, por las que se reconoce ser cierto que la demandante

es la esposa del propietario de la finca de que se trata, y, siendo ello así, será de aplicación al caso lo que se establece en los puntos segundo del artículo 1.347 del Código Civil y tercero del artículo 37 de la Compilación Aragonesa, por el que, aun cuando en verdad se pudiera sostener que el predio tuviera el carácter de bien privativo del marido de la actora, si bien documentalmente nada se ha acreditado al respecto, la cosecha de ese inmueble siempre sería ganancial, y en consecuencia la esposa ha de tener aptitud para reclamarla.

Segundo: La resolución del tema de fondo exige la consideración de varias cuestiones; la primera debe ser aquella por la que el demandado niega que la finca tenga la extensión que afirma la actora, pues si parece ser cierto que en un principio cultivaba las 19 Ha. que se dicen en la demanda, luego quedó reducida a 16,72 Ha.; la extensión de la finca dada en cultivo no ha sido objeto de debida acreditación, debiendo entenderse que la afirmación de esa más reducida extensión como un hecho obstativo, cuya cumplida prueba correspondería a la parte que lo ha introducido en el pleito, y que al no haberlo hecho así —el documento dos del escrito de contestación y las posiciones absueltas por la demandante no lo justifican— debe ser apreciado en su contra por disposición del artículo 1.214 del mismo Código y doctrina que lo interpreta.

Tercero: La segunda cuestión a considerar es la relativa a la producción de la referida finca; cierto es que el demandado, con su escrito de contestación presentó un documento conteniendo un informe, que después fue ratificado en prueba testifical, siendo en definitiva ésta la prueba que debe entenderse por este medio practicada, que debe sucumbir ante la verdadera pericial en las actuaciones bajo los principios de bilateralidad y contradicción; en ésta se distingue entre los supuestos de haberse empleado, o no herbicidas, y aún eligiéndose. el primero por ser su resultado más favorable al demandado, se llega a la conclusión de

que corresponde al propietario de la finca doscientas treinta mil ciento treinta (230.130) pesetas, señalándose al final del dictamen que «La cantidad demandada sí es fundada», siendo aquella, la que por fin debe acogerse en esta Sentencia, sin que por lo demás se haya ofrecido acreditación alguna de la razón de los números tachados en el ticket de la báscula que fue aportado como documento de la demanda, por lo que la Sentencia del Juzgado será en este sentido revocada.

Cuarto: Aún cuando la expresada cantidad dineraria es inferior que la solicitada en el suplico de la demanda, por las razones apuntadas y la escasa diferencia que existe entre una y otra, a efectos de imposición de costas y pago de intereses, se considera que hay una estimación esencial de la demanda, por lo que las costas de la primera instancia serán en su totalidad satisfechas por la parte demandada, sin que proceda hacer condena respecto de las propias de esta alzada, conforme a los artículos 523,1 y 763 de la Ley de Enjuiciamiento.

32

NÚM. 32

S.APZ de 19 de enero de 1998

84: SERVIDUMBRE: DE PASO: Usucapción: *La servidumbre discutida puede considerarse aparente (art. 147), pero aun cuando no lo fuera (art. 148), la usucapción también se produjo, pues con la finca se transmitió ese paso, como se deduce de la prueba, lo que constituiría justo título a los efectos de los arts. 1952 a 1954 Cc.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 147 y 148 Comp.; arts. 543, 564 y 1952 a 1954 Cc.

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

Doña M.ª del Carmen Perales Pardo, ante el JPI n.º de Calatayud, interpone demanda en autos de juicio verbal (51/97) contra Dña. Angeles Gil Abian y D. Julián Millán Nieto, ejercitando acción confesoria de servidumbre.

El Juzgado, en sentencia de 16 de mayo de 1997, estima la demanda. La parte demandada interpone recurso de apelación. Formado el rollo de la apelación (366/97), la Sección 5ª de la APZ desestima el recurso interpuesto y confirma la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan en parte los de la sentencia recurrida, y

Primero: Fundamentalmente de la conjunción de las pruebas de reconocimiento judicial y testificales, se deduce que la actora ha pasado por el punto litigioso para realizar las tareas agrícolas de su finca.

No existe prueba de que el paso se realizara por otro punto de la finca de la Sra. Perales. Se dan, pues, los requisitos exigidos por el Artículo 147 de la Compilación Foral Aragonesa para la adquisición de las servidumbres. En el recurso de apelación no se discute ya la apariencia que —llevo— en su caso a los demandados a poner los abstráculos de piedra y malezas que se observan en los documentos fotográficos.

Segundo: Más, aun cuando se considerase que la servidumbre era no aparente (Artículo 148 de la Compilación Foral Aragonesa), la usucapción también se produjo, pues con la finca se transmitió ese paso, como se infiere de la testifical del Sr. Cabrera, lo que constituiría justo título a los efectos de los artículos 1952 a 1954 del Código Civil. Esta conclusión se infiere, además de la propia situación de la finca, determinada claramente en la prueba de reconocimiento judicial. Sin que se haya acreditado la realidad de otros pasos practicables por los testigos de los demandados, señores Gil y Torres. Siendo la situación descrita por el testigo, señores Bemejo una situación especial, por la naturaleza de las operaciones que iba a llevar a cabo.

Tercero: Ahora bien, la referencia del artículo 564 del Código Civil es errónea, pues no se ejercita una acción constitutiva, sino confesoria de servidumbre (declarativa). Y aunque el fallo de la sentencia contiene una incongruencia extra petitum, referida a los gastos de conservación de la servidumbre y a la indemnización a conceder por ella, esto no ha sido objeto específico de impugnación; y, además no varía los derechos de las partes relativas a una servidumbre de paso ya constituida (art. 543 del Código Civil y 564 a contrario sensu).

Cuarto: La desestimación del recurso llevará aparejada la condena en costas de la parte recurrente (art. 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

33

NÚM. 33

S. APZ de 19 de enero de 1998

682: EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD: BIENES AFECTOS:

Litisconsorcio pasivo necesario: *La excepción de litisconsorcio pasivo necesario no puede prosperar, pues la pretensión de que se llame al proceso al cónyuge del demandado por ostentar aquél un derecho expectante, supone no tener en cuenta ni el contenido del art. 76 Comp. ni del 405 Cc., conforme al cual la división de una cosa común no perjudicará a tercero.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 76 Comp.; arts. 400, 405, 1248 y 1940 Cc.; art. 38 Lh.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri Salinas.

Dña. Carmen Castillo Hernández, ante el JPIL de Daroca, interpone demanda en autos de juicio declarativo de menor cuantía (124/96) contra D. Eduardo Minguillón Castillo y D. Ignacio Mainar Castillo ejercitando la *actio communi dividundo*.

El Juzgado, en sentencia de 17 de junio de 1997, estima la demanda. Lo demandados interponen recurso de apelación.

Formado el rollo de la apelación (470/97), la sec. 5ª la APZ dicta sentencia desestimado el recurso interpuesto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan en esta instancia los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, salvo en su ordenación numérica; y

Primero: Ejercitada en la demanda la *«actio communi dividundo»* en base a lo establecido en el artículo 400 del Código Civil, la parte demandada, en representación de D. Eduardo Minguillón Castillo, invocó las excepciones procesales de falta de legitimación activa, al no tener la parte actora la condición de copropietaria de la casa indivisa, y la de litisconsorcio pasivo necesario, denunciando la falta de convocatoria al proceso de Dª Agustina Herrera Mainar, su cónyuge, que se vería afectada por la decisión del litigio al ostentar un derecho expectante de viudedad.

Respecto a las citadas excepciones, esta sala hace suyos, para confirmarlos, los argumentos que se exponen en el primer fundamento de la sentencia apelada, pues la primera de aquéllas viene referida a la legitimación *«ad causam»*, resoluble por tanto al entrar a conocer sobre el fondo de la cuestión litigiosa, mientras que la pretensión de que se llame al proceso a la persona que pueda ostentar un derecho expectante de viudedad foral no tiene en cuenta el contenido de los artículos 76 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón y 405 del Código Civil, conforme al cual la división de una cosa común no perjudicará a tercero.

Segundo: Respecto al tema de fondo, la parte apelante funda su pretensión de que se revoque la sentencia dictada en primera instancia, se desestime la demanda deducida de contrario y se estime la reconvencción formulada por el Sr. Minguillón, en la existencia de un contrato verbal de compraventa de la parte indivisa de la casa, concertado entre los hermanos Dª Luisa y D. José Castillo, madre y padre, respectivamente, del citado demandado y de la actora. A su vez, la existencia de dicho contrato verbal se trata de acreditar con un documento de abono, por importe de 90.000 pesetas, en *«concepto de pago de Casa»*, del entonces existente Banco de Aragón, y por prueba testifical.

El examen de la prueba practicada en autos muestra el acierto de la Juez *«a quo»* al hacer la procedente valoración conjunta de la prueba, sin que exista error alguno al respecto.

En cuanto al citado documento, cuya autenticidad no es objeto de discusión, se trata de una orden de pago bancario en la que la ordenante expresa, como declaración unilateral de voluntad, el concepto por el que lo efectúa, pero no existe determinación alguna de la aceptación de dicho concepto por la persona beneficiada del pago, al no conservar la entidad bancaria documentación referida a la operación, dado el largo tiempo transcurrido desde el año 1969, en que se produjo —*vid.* documento de contestación de la entidad Banco Central Hispano, sucesor del Banco de Aragón, folio 175—; además, en el propio documento aportado por la parte reconvi-

niente no se ofrece dato alguno de identificación de la casa, para cuyo caso se hace la operación, de modo que no podemos afirmar que se tratase del inmueble objeto de la litis.

Y respecto a la prueba testifical practicada en el ramo de la parte apelante, las declaraciones de los testigos respecto a su conocimiento del pretendido contrato verbal, cuyo concierto no fue presenciado por ninguno de ellos, no pueden tener valor probatorio a los efectos pretendidos, siendo aplicable al caso el artículo 1.248 del Código Civil, que previene a los jueces para evitar que de la simple coincidencia de algunos testimonios puedan quedar definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados o algún principio de prueba por escrito, como es el caso de las compraventas de inmuebles.

Por último, debemos recordar que la actora tiene a su favor la inscripción registral del dominio —*vid.* certificación obrante al folio 156— y, por ende, la presunción de veracidad del contenido del Registro, a tenor del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

Tercero: Las alegaciones que realizan los apelantes en relación a la adquisición de la propiedad por prescripción no pueden ser tampoco acogidas, ya que esta forma de adquisición del dominio no fue oportunamente planteada en la primera instancia, en el escrito de contestación a la demanda y reconvención del señor Minguillón Castillo —*vid.* folios 19 y 20—, como hubiera debido hacerse para propiciar la contradicción procesal y permitir a la parte contraria el legítimo ejercicio de su derecho a la defensa. Por tanto, se trata de una cuestión nueva en segunda instancia, que no puede ser objeto de consideración por la Sala y que, en todo caso, habría de ser desestimada al no recurrirse los requisitos establecidos en los artículos 1.940 y siguientes del Código Civil.

Cuarto: Las razones expresadas conducen a la desestimación del recurso, con imposición a la parte recurrente de las costas de esta alzada, a tenor de lo ordenado por el artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

NÚM. 34

S. APZ de 21 de enero de 1999

721: SUCESSION TESTAMENTARIA EN GENERAL: INTERPRETACION DEL TESTAMENTO: 723: TESTAMENTO MANCOMUNADO: INTERPRETACION DEL TESTAMENTO: *La determinación de la voluntad de los testadores ha de estar referida al momento en que se efectuó el acto de disposición, y no al momento de la apertura de la sucesión, como se desprende de los arts. 657 y 661 Cc. En dicho momento, los únicos hijos matrimoniales (nietos de los testadores) del demandante (hijo de los testadores) eran los demandados/apelantes, y no la parte actora/apelada que tuvo con posterioridad al testamento su condición de hija matrimonial del actor/apelante (art. 119 Cc).*

75: LEGITIMAS: LEGITIMA MATERIAL COLECTIVA: *No discriminación por matrimonio: El principio de no discriminación por razón de matrimonio, que será perfectamente aplicable a las normas legales y a las decisiones de las administraciones públicas, no puede imponerse a los deseos de los testadores, máxime cuando estos en Aragón tienen derecho a disponer de sus bienes entre sus hijos y descendientes, con la amplia libertad que concede el art. 119 Comp. Preterición intencional: Efectos: Los testadores quisieron declarar herederos a quienes en el momento del otorgamiento eran hijos matrimoniales del actor, hijo único de aquéllos. El hecho de que la actora, con posterioridad al testamento, consiga ser también hija matrimonial del hijo de los causantes (art. 119 Cc.) no afecta a la declaración de última voluntad ni obliga a los testadores a hacer un nuevo testamento, pues ya habían manifestado su voluntad.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 94 y 119 Comp.; arts. 119, 657, 661, 667, 675, 695, 669 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri Salinas.

Don Manuel Marzal Martín y doña Amparo Marzal Herrera (su hija), ante el JPI n.º 10 de Zaragoza, interponen demanda en autos de juicio declarativo de menor cuantía (779/96) contra don Alfonso y doña Celia Marzal Lasobras (hijos y hermanos, respectivamente, de los demandantes), sobre interpretación de testamento y reclamación de herencia.

El Juzgado, en sentencia de 30 de junio de 1997, estima la demanda, declarando a los nietos del causante (Amparo, Alfonso y Celia) herederos a partes iguales de la nuda propiedad de la herencia, y a su hijo Manuel (padre de los anteriores) heredero universal del usufructo de la misma.

La parte demandada interpone recurso de apelación. La Sección 5.ª de la APZ estima el recurso y declara no tener derechos en la herencia la actora/apelada (Amparo Marzal Herrera).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan en esta instancia los fundamentos de derecho primero a sexto de la sentencia apelada y no se aceptan los restantes; y

Primero: Tanto la parte actora como la demandada reconviniendo están conformes en la validez y eficacia del testamento otorgado por los causantes, don Benito Marzal Anadón y doña Amparo Martín Nuez, en fecha 6 de agosto de 1981, ante el notario de Zaragoza don Juan Luis Gimeno Pérez, bajo el número 1.799 de su protocolo, así como en el nombramiento como heredero testamentario de su hijo, don Manuel Marzal Martín, en cuanto al usufructo de su herencia. La discrepancia entre las partes radica en determinar quiénes son herederos en cuanto a la nuda propiedad, puesto que la parte demandante insta una declaración de que lo son doña Encarnación Marzal Lasobras, don Alfonso Marzal Lasobras y doña Amparo Marzal Herrera, todos ellos hijos matrimoniales de Manuel Marzal Martín, por terceras e iguales partes proindiviso, mientras que la demandada reconviniendo interesa declaración judicial de que lo son doña Encarnación Celia Marzal Lasobras y don Alfonso Marzal Lasobras, por partes iguales, y que doña Amparo Marzal Herrera no es heredera universal testamentaria de una tercera e igual parte proindiviso de la nuda propiedad de la herencia. Este es el punto jurídico objeto del debate procesal, que ha de ser resuelto por la Sala, a virtud del efecto devolutivo del recurso de apelación que se interpone contra la sentencia dictada en primera instancia.

Segundo: La cuestión litigiosa ha de decidirse interpretando la voluntad de los causantes, don Benito Marzal Anadón

y doña Amparo Martín Nuez, puesto que en la sucesión testamentaria la voluntad de los instituyentes es la ley, conforme a lo establecido en el artículo 675 del Código Civil. En su virtud, la función de los tribunales es la de llevar a cabo la interpretación de las cláusulas testamentarias, siendo la primera regla interpretativa la de la literalidad, como lo ordena el citado precepto del Código Civil, y es reiterado por constante jurisprudencia: sentencias del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1984, 10 de abril de 1986 y 5 de marzo de 1990, entre muchas otras.

Esa determinación de la voluntad del testador, en este caso de los testadores, al tratarse de disposición mancomunada efectuada al amparo del artículo 94 de la Compilación Aragonesa, ha de ser referida al momento del otorgamiento del testamento, según se desprende de la exégesis de la norma, y de la propia consideración del testamento como acto jurídico (art. 667 del Código Civil) sujeto al principio de unidad de acto (arts. 695 y 699 del mismo cuerpo legal). Así se desprende también de reiterada doctrina legal, emanada de sentencias del Tribunal Supremo de 13 de abril de 1984 y 9 de junio de 1987, afirmando ésta que constituye un deber del intérprete indagar, inquiriéndole acuciosamente, y revelar la voluntad verdaderamente existente en el ánimo del causante en el momento en que efectuó el acto de disposición. Por ello, carece de relevancia la argumentación de la actora en cuanto al momento de la eficacia del testamento que es, efectivamente, el de la apertura de la sucesión, conforme a los artículos 657 y 661 del Código Civil, puesto que la interpretación de la voluntad del testador ha de hacerse conforme a la situación cognoscitiva que éste tenía en el momento en que compareció ante notario para emitir su última voluntad —en el sentido de referirla a la disposición para después de la muerte—, sin perjuicio de la eficacia de la disposición testamentaria. Por ello habrá de estarse a la situación existente en la fecha de 6 de agosto de 1981, cuando los causantes otorgaron el testamento mancomunado.

Tercero: En el mismo expresan, como institución de herederos universales, en cuando el usufructo de su herencia a su nombrado hijo, Manuel Marzal Martín; y

en cuanto a la nuda propiedad de la misma por partes iguales a los hijos matrimoniales de su repetido hijo, nietos de los testadores, con sustitución en favor de los descendientes y derecho de acrecer, en su caso, la porción vacante —cláusula tercera—; mientras que legan la cantidad de 50 pesetas, en concepto de legítima, a cualquier otra persona o personas que se crean con derecho a ella —cláusula cuarta—.

Para determinar la voluntad de los testadores es de tener en cuenta, según se ha expresado precedentemente, el hecho de que en la fecha del otorgamiento los hijos matrimoniales de su nombrado hijo, don Manuel Marzal Martín, eran los demandados reconvinientes don Alfonso Marzal Lasobras y doña Encarnación Marzal Lasobras, mientras que la demandante, doña Amparo Marzal Herrera, era hija no matrimonial, nacida de la unión de su repetido hijo con doña Juana Herrera Sierra.

También son hechos relevantes, para la fijación de la voluntad de los causantes, los acreditados documental y testificalmente respecto a la relación mantenida con doña Encarnación y don Alfonso Marzal Lasobras, a los que los testadores venían cuidando desde la separación de sus padres, considerándolos como hijos, y poniéndolos como titulares de las libretas de ahorro aportadas al proceso, habiendo declarado en autos como testigo don José Antonio Ruiz Santamaría, que a su vez fue testigo del testamento —vid. folio 15—, que la voluntad de los causantes fue la de nombrar herederos en nuda propiedad a dichos nietos, quienes consolidarían las facultades del dominio una vez extinguido el usufructo que se constituía en favor de su hijo, don Manuel Marzal Martín. En este mismo sentido se han pronunciado los restantes testigos aportados por la parte demandada.

Cuarto: De lo dicho se infiere que los testadores, al momento de otorgar su testamento mancomunado, quisieron declarar herederos, en cuanto a la nuda propiedad de su herencia, a quienes entonces eran hijos matrimoniales de su citado y único hijo. El hecho de que posteriormente la actora, doña Amparo Marzal Herrera, pasase a ostentar tal condición, a virtud del matrimonio de sus padres celebrado el 25 de agosto de 1983, y por efecto de lo establecido en el artículo 119 del Código

Civil, no afecta a dicha declaración de última voluntad. Y aunque los causantes todavía sobrevivieron a dicho evento varios años, no venían obligados a comparecer de nuevo ante notario y otorgar un testamento aclaratorio del anterior, puesto que ya habían emitido su voluntad para después de sus días y no manifestaron intención alguna de modificarla.

Quinto: Tales razones conducen a la estimación del recurso y de la reconvencción. A lo que no puede oponerse con éxito la referencia que hace la parte actora al principio constitucional de no discriminación por razón de nacimiento, que será perfectamente aplicable a las normas legales y a las decisiones de las administraciones públicas, pero que no puede imponerse a los deseos de los testadores, máxime cuando éstos, en Aragón, tienen derecho a disponer de sus bienes entre sus hijos y descendientes, con la amplia libertad que concede el artículo 119 de la Compilación.

Sexto: Finalmente, debemos constatar que, aunque la antes expuesta aparece claramente como la voluntad de los otorgantes, dicha decisión no es acorde con los criterios hoy generalmente aceptados, que tienden a la igualdad entre los descendientes con independencia de su nacimiento dentro o fuera de la institución matrimonial; pero es que, en el caso de autos, estamos interpretando y aplicando la voluntad de unos causantes nacidos el año 1906, y emitida en 1981, cuando todavía los hábitos sociales y culturales no habían evolucionado hasta el punto enunciado anteriormente.

Séptimo: Procede imponer a la parte actora el pago de las costas de primera instancia, a tenor del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues sus pedimentos son esencialmente desestimados, y sin hacer especial declaración acerca de las costas de esta alzada, al ser estimado el recurso.

NÚM. 35

S. APZ de 2 de febrero de 1998

**6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL
LEGAL: ACTIVO: BIENES PRIVATIVOS:
Presunción de bienes por sitios: La presunción de muebles por sitios (art. 39.6) es, a los efectos del art. 38 Comp., que fija los bienes que constituyen el patrimonio priva-**

tivo de cada cónyuge, por tanto, no es transmisible esa equiparación de dinero a bienes inmuebles, a los efectos formales del art. 632 Cc. Por ello, y aun cuando se trate como en el caso de autos de una donación, no se requiere para su validez el otorgamiento de escritura pública.

6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: PASIVO: CARGAS DEL MATRIMONIO: Gastos de entierro y funeral: Los gastos de entierro y funeral son cargas de la comunidad, según el art. 41.1 Comp., por lo que efectivamente deben constar en el pasivo como disminución de la cuantía total de la herencia.

683. EL USUFRUCTO VIDUAL: DERECHOS Y OBLIGACIONES: En aplicación de los arts. 72 y 79 Comp., le corresponde a la viuda el usufructo sobre la totalidad de la herencia, pero ello no le da derecho a imponer a los dos nudo-proprietarios la enajenación de los bienes objeto del usufructo (en el caso de autos, unos fondos de inversión). **DISPONIBILIDAD DEL DERECHO Y DE LOS BIENES:** El establecimiento de una renta vitalicia en sustitución del usufructo no puede imponerse, en Aragón, al usufructuario. Por ello, en aplicación del art. 83.1 Comp., los pactos acerca del usufructo vidual requieren, por esencia, el consentimiento del usufructuario y de los nudo-proprietarios, por lo que no puede esta parte exigir una modalidad del cumplimiento del derecho de usufructo que no es aceptada por la actora usufructuaria. **TRANSFORMACION DEL USUFRUCTO:** El establecimiento de una renta vitalicia en sustitución del usufructo no puede imponerse, en Aragón, al usufructuario, ya que éste no ostenta un simple derecho de crédito, no siendo trasladable al Derecho aragonés la jurisprudencia dictada en aplicación de la cuota legitimaria del cónyuge, según el Código Civil.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 38, 39, 6, 41.1, 72.1, 79 y 83.1 Comp.; arts. 467, 471, 839 y 1.214 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri Salinas.

Doña Celia Paesa Campos, ante el JPI n.º 11 de Zaragoza, interpone demanda en autos de juicio de cognición (659/96) contra sus sobrinos, doña Clara, doña Pilar y don Antonio Marín Alcalá, reclamando determinadas cantidades como viuda usufructuaria de su

difunto esposo. Antonio Marín Alcalá formula, por su parte, reconvencción negando que determinados bienes sean objeto del usufructo vidual.

El Juzgado, en sentencia de 26 de mayo de 1996, estima integralmente la demanda y desestima la reconvencción. Los demandados interponen recurso de apelación.

Formado el rollo de la apelación (440/97), la Sección 5.ª de la APZ estima en parte el recurso de apelación formulado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan en esta instancia los fundamentos de derecho primero y segundo de la sentencia apelada, no aceptándose los restantes; y

Primero: La sentencia dictada en primera instancia estima la demanda deducida por doña Celia Paesa Campos y rechaza la reconvencción formulada por uno de los demandados D. Antonio Galo María Alcalá; los pronunciamientos de dicho fallo, que es impugnado por los demandados, determinan: A) que la actora, en su condición de usufructuaria de la herencia de su difunto esposo, tiene derecho a percibir los intereses o cantidades asimilados que se hayan producido desde la fecha del fallecimiento del causante; B) la condena a los demandados a vender las participaciones que el fallecido tenía en fondos de inversión, y C) la condena a los demandados a que abonon a la actora una renta vitalicia, cuya cuantía se determinará en ejecución de sentencia, en sustitución del usufructo, caso de no llegar a ningún acuerdo por las partes.

Frente a esta sentencia se alzan los demandados, en petición de una profusión de declaraciones, que, desde luego, no pueden ser iniciadas por el pronunciamiento sobre costas, pues es necesariamente el último a resolver y, según el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, depende en su declaración de lo decidido acerca de las pretensiones principales.

Segundo: Desde una perspectiva formal y procesal, haya que señalar que los demandados formularon separadamente las respectivas contestaciones a la demanda, aunque el contenido de ellas es sustancialmente idéntico; pero solo uno de ellos, don Antonio Galo Marín Alcalá, ha formulado reconvencción. Por tanto, la solicitud de todos los demandados, que actúan

con una misma representación de que se dicte sentencia conforme a las contestaciones de la demanda y, conforme a la reconvencción de don Antonio, no es procesalmente correcta, pero será admisible al tratarse de una comunidad hereditaria, en la que cualquiera de los comuneros pueda hacer lo que beneficie a los demás.

Tercero: El derecho de la actora, aquí apelada, a percibir los intereses o las cantidades asimiladas, respecto de los bienes de la herencia y desde la fecha del fallecimiento del causante, es conforme al ordenamiento jurídico, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 72.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, y 467 y 471 del Código Civil, respecto a los efectos del usufructo. Ahora bien, la declaración que al efecto se realiza en la sentencia de primera instancia no concreta la cantidad que constituye el capital, pues mientras la demanda lo fijaba en 6.409.465 pesetas, 2.822.755 pesetas y 1.779.702 pesetas, en total 11.011.922 pesetas, en el fundamento de derecho tercero de la sentencia se cifra en 9.984.849 pesetas, si bien en el fallo se estima la demanda íntegramente, siendo por tanto evidente la incongruencia interna de la sentencia apelada.

Ante ello, habremos de examinar: 1.º si las cantidades que los demandados-apelantes denuncian como detraídas indebidamente por la viuda, están acreditadas como tales; 2.º si estas mismas deben ser reintegradas al caudal hereditario, como se afirma en el segundo fundamento de derecho de la sentencia —aunque no se recoge en el fallo—, o si lo procedente es la compensación con la renta vitalicia, como afirman los apelantes; 3.º si el fondo de Iberdinero pertenecía, en parte, al reconviniente don Antonio Galo Marín.

Cuarto: Es hecho admitido por la parte demandante el haber dispuesto de 400.000 pesetas del fondo de La Caixa, de 105.019 pesetas de un fondo de Ibercaja, de 37.500 pesetas de una libreta de La Caixa y de 22.500 pesetas de una libreta de Ibercaja; pero, además de tales sumas, la parte apelante solicita declare indebidamente dispuesta por la actora la cantidad de 96.531 pesetas, procedentes del fondo Iberahorro.

Esta cantidad es el 50% de la suma percibida por el difunto señor Marín Tomás, al cancelar la cuenta en el fondo

de Iberahorro, por importe de 3.193.062 pesetas, y abrir otra cuenta por importe de 3.000.000 de pesetas, en Iberdinero, pero respecto de ella no podemos afirmar que las hiciera suyas la demandante reconvénida, de modo indebido, pues siendo bienes privativos del cónyuge premuerto se produjo donación en favor de la esposa, por las razones que más ampliamente se expondrán, al tratar de la petición principal que se articula en la reconvencción.

Quinto: Respecto de las cantidades detraídas del caudal por la usufructuaria, antes citadas (400.000 pesetas, más 105.019 pesetas, más 27.500 pesetas, más 22.500 pesetas), lo pertinente es la reintegración a la masa de la herencia, como se pide en el apartado tercero del súplico de la contestación a la demanda y reconvencción —folio 71—, y como es afirmado en el segundo fundamento de derecho de la sentencia apelada aunque, como hemos dicho, no se recogen en el fallo; no procede la compensación con la renta vitalicia, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1196 del Código Civil, «a contrario sensu», al no ser líquida y exigible la renta aún indeterminada, siendo de notar la incoherencia de la petición tercera de la parte recurrente —reintegro a la suma— con la quinta —compensación con la renta vitalicia— respecto de las mismas deudas.

Sexto: El fondo de inversión Iberahorro, a que se refiere el documento de Ibercaja aportado como número 11 de la contestación a la demanda, estaba a nombre del fallecido, don Isidro Marín Tomás, y don Antonio Galo Marín Alcalá, pero de todo el capital dispuso don Isidro Marín para abrir, acto seguido, la cuenta en fondo de inversión Iberdinero, a su nombre y el de su esposa, doña Celia. Así aparece de los documentos aportados y unidos como diligencia para mejor proveer —folios 209 y 211—, sin que el reconviniente hiciese entonces reclamación o protesta alguna ante tal acto de disposición de su tío.

Aplicando a estos hechos las normas que se dirán, podemos inferir:

a) el carácter privativo de tal suma —3.193.062 pesetas—, por aplicación de lo dispuesto en los artículos 38.1.º y 39.6.º de la Compilación;

b) la donación de la mitad a la esposa, al poner 3.000.000 de pesetas en el nuevo fondo de inversión a nombre de ambos y depositar, el resto, en una cuenta bancaria también de titularidad indistinta de ambos cónyuges.

En cuanto a esta inferencia, es de notar que las liberalidades ciertamente no se presumen, pero que en este caso resulta acreditada por la propia actuación del cónyuge premuerto, como actos reveladores de una voluntad, que fue la de donar a su esposa, lo que ésta aceptó.

No es admisible el argumento jurídico de la parte apelante, en sentido de que tratándose de bienes muebles equiparados a sitios, la donación exigía para su validez forma de escritura pública; artículo 632 del Código Civil. Es de notar al respecto que la presunción de muebles por sitios, recogida en el artículo 39 de la Compilación, y que sería aplicable a la suma discutida conforme al número 62 de dicha norma, es a los efectos del artículo anterior, que fija los bienes que constituyen el patrimonio privativo de cada cónyuge —artículo 38 de la citada Compilación—; por tanto, no es transmisible esa equiparación de dinero a bienes inmuebles, a los efectos formales referidos en el citado artículo del Código Civil.

Séptimo: El fondo de Iberdinero, abierto el 24 de enero de 1992, con un saldo de 3.000.000 de pesetas, no es propiedad del reconviniente don Antonio Galo Marín Alcalá, pues procediendo dicho fondo de otro en Iberahorro, del que dispuso el difunto, para luego abrir el citado a su nombre y al de su cónyuge, doña Celia Paesa Campos, ninguna participación tiene el reconviniente en esta suma. La propia doctrina legal citada por el recurrente, en sentido de que la forma indistinta de constitución de unos fondos o depósitos bancarios no prejuzga acerca de la titularidad de las sumas depositadas, es aplicable aquí: el reconviniente tenía la carga de la prueba respecto a los hechos en que funda su pretensión, según el artículo 1214 del Código Civil, y nada ha acreditado acerca de la pertenencia de las cantidades obrantes en el fondo Iberahorro.

Por tanto, la petición contenida en el súplico de la reconvencción —folio 74— no podrá prosperar, pues la disposición

de la mitad del haber del fondo citado lo hizo la actora ajustadamente a derecho.

Octavo: Los gastos de entierro y funeral del difunto don Isidro Marín Tomás, por importe de 495.741 pesetas, son cargas de la comunidad, según el artículo 41.1.º de la Compilación, por lo que efectivamente debe constar como pasivo y, por tanto, como disminución de la cuantía total de la herencia, respecto de la cual la actora tiene derecho de usufructo. Pagada dicha cantidad con cargo al fondo de Iberagentes, folios 37 a 44, deberá en este punto estimar el recurso, atendiendo a la solicitud deducida en el apartado segundo de la contestación a la demanda.

Noveno: También invoca la parte recurrente la vulneración, por aplicación indebida, del artículo 839 del Código Civil, en relación al artículo 467 y concordantes del mismo cuerpo legal, por haber ordenado el fallo de la sentencia la venta de las participaciones de fondos de inversión de que era titular el causante.

En este punto tiene razón la parte apelante, puesto que ni las normas citadas ni las restantes de aplicación al derecho de usufructo —artículos 72 y 79 de la Compilación— imponen a los nudopropietarios la enajenación de los bienes objeto del usufructo, teniendo el usufructuario la obligación de conservar la forma y la sustancia de tales bienes, conforme al artículo 467 del Código Civil.

Por ello, deberá ser revocada la decisión que se adopta en el fallo, de condena a los demandados a vender las participaciones en fondos de inversión antes descritos.

Décimo: Se opone la parte apelante a que la renta vitalicia fijada en el fallo de que disiente se constituya a partir de la posible ejecución de la sentencia, «*ex nunc*», pidiendo que se declare «*ex tunc*», es decir, desde la fecha del fallecimiento, sin que sea posible declarar dos formas distintas de «pago del usufructo».

Olvida la parte recurrente que el establecimiento de una renta vitalicia en sustitución del usufructo no puede imponerse, en Aragón, al usufructuario, y que éste no ostenta un simple derecho de crédito, no siendo trasladable al derecho aragonés la jurisprudencia dictada en

aplicación de la cuota legitimaria del cónyuge, según el Código Civil.

Por ello, es de aplicación el artículo 83.1 de la Compilación, sobre pactos acerca del usufructo vidual, pactos que por esencia requieren el consentimiento del usufructuario y de los nudopropietarios, por lo que no puede esta parte exigir una modalidad de cumplimiento del derecho de usufructo que no es aceptada por la actora usufructuaria.

Undécimo: De todo lo expuesto se concluye en la estimación parcial del recurso, y por tanto de la demanda, lo que conlleva la no imposición de costas del juicio en primera instancia, a tenor del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Duodécimo: No procede hacer especial declaración acerca de las costas de la alzada, al estimar en parte el recurso interpuesto.

36

NÚM. 36

S. APZ de 11 de febrero de 1998

76: SUCESION INTESTADA:

SUCESION DEL CONYUGE Y LOS COLATERALES: A favor de hermanos: *Fallecido intestado el causante, le heredan sus hermanas, las actoras, y en aplicación de los arts. 128 Comp., 659 y 661 Cc., es claro que la demandada (sobrina del causante) no tenía derecho a disponer de los bienes del difunto tal y como lo realizó.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 128 Comp.; arts. 659 y 661 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri Salinas.

Doña Carmen y doña Asunción P. Beltrán Deville, ante el JPI n.º 10 de Zaragoza, interponen demanda en autos de juicio de cognición (971/96) contra doña Ana Isabel Salvador Beltrán, sobre reclamación de cantidad.

El juzgado, en sentencia de 26 de mayo de 1997, estima la demanda. La demandada recurre en apelación la sentencia de instancia.

Formado el rollo de la apelación (405/97), la Sección 5.ª de la APZ desestima el recurso formulado, confirmando íntegramente la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan en esta instancia los fundamentos de derecho de la sentencia apelada; y

Primero: Las consideraciones que efectúa la representación procesal de la parte demandada, en apoyo del recurso de apelación que sustenta contra la sentencia de primera instancia, que la condena al pago a los demandantes de la cantidad de 315.000 pesetas, no pueden gozar de acogida favorable, pues la cuestión relevante en derecho que se discute no radica en la cotitularidad de las cuentas bancarias pertenecientes al fallecido don Antonio Beltrán Deville, hermano de las actoras y tío de la demandada, sino el derecho «*post mortem*» a los bienes de aquél. Y al respecto, está acreditada la condición de heredera «*ab intestato*» del fallecido don Antonio, reconocida en las personas de las demandantes doña Carmen Beltrán Deville y doña Pilar Beltrán Deville, sin que aparezca en autos que el difunto hiciera ninguna disposición de sus bienes para después de sus días.

Frente a esta sentencia se alzan los demandados, en petición de una profusión de declaraciones, que, desde luego, no pueden ser iniciadas por el pronunciamiento sobre costas, pues es necesariamente el último a resolver y, según el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, depende en su declaración de lo decidido acerca de las pretensiones principales.

Segundo: Partiendo de estos datos fácticos acreditados en autos, y en aplicación de lo establecido en los artículos 128 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón y 659, 661 y concordantes del Código Civil, es claro que la demandada no tenía derecho a disponer de los bienes del difunto, como consta lo realizó. Está igualmente acreditado, y reconocido en confesión judicial —respuesta afirmativa a la posición novena, folios 94 y 95— que los únicos ingresos que se realizaban en la libreta ordinaria de la que se hizo la disposición procedían de la pensión de jubilación que el fallecido percibía, por lo que el saldo de dicha libreta pertenecía al difunto.

Tercero: En consecuencia, procede la desestimación del recurso deducido y la

confirmación de la sentencia apelada, que es plenamente ajustada a derecho, con imposición de las costas de esta alzada a la parte apelante, a tenor del artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

37

NÚM. 37

S. APZ de 19 de febrero de 1998

6634: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: DISOLUCION: CAUSAS: *La disolución de la comunidad legal de bienes tiene lugar, unas veces, de modo automático u «ope legis», como son los supuestos que contempla el art. 1.392 Cc., al que se remite el art. 52 de la Comp. Otras veces, como en el presente, es precisa la previa petición de uno de los cónyuges, al concurrir alguna de las causas previstas en el art. 1393 Cc., al que también se remite el art. 52 Comp.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 52 Comp.; arts. 1082, 1392, 1393 y 1402 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri Salinas.

Doña Laura Ferrando Bundío, ante el JPI n.º 7 de Zaragoza, interpone demanda en autos 576/93, de juicio declarativo de menor cuantía, interesando la disolución y liquidación de su consorcio conyugal contra su cónyuge, don Juan Calvo Pujol y la sindicatura del concurso de acreedores necesario del mismo. El cónyuge demandado se allana a la demanda.

El Juzgado, en sentencia de 11 de junio de 1996, estima la demanda. La demandada apela la sentencia, sin en dicha instancia intervenga don Juan Calvo Pujol.

Formado el rollo de la apelación (415/96), la Sección 5.ª de la APZ confirma la demanda de instancia en cuanto al fondo del asunto, si bien revoca la misma en lo que hace a las costas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan en esta instancia los fundamentos de derecho de la sentencia impugnada, en cuanto no contradigan a los siguientes:

Primero: La parte demandada, la Sindicatura del Concurso Necesario de Acreedores de don Juan Calvo Pujol, interpone recurso de apelación contra la sentencia que estimó totalmente la demanda deducida por doña Laura Ferrando Bundío. Con el recurso se pretende la revocación parcial de la sentencia impugnada y que, en la que se dicte de nuevo, se declare no haber lugar a practicar, dentro del presente procedimiento, la liquidación de la sociedad de gananciales que existió entre la actora y el codemandado don Juan Calvo Pujol, este último allanado a la demanda de la primera, así como que no se impongan a la Sindicatura apelante las costas de la primera instancia. Como motivo del recurso, se alega la no aplicación, por parte del juez «a quo», de lo dispuesto en el artículo 1082 del Código Civil, que si bien está comprendido dentro de las normas que regulan la partición de las herencias, es aplicable a la liquidación de la sociedad de gananciales en virtud de la remisión legal que se contiene en el artículo 1402 del propio Código Civil.

Segundo: Pero la primera pretensión del recurso debe ser desestimada. El precepto invocado para sustentarla, concretamente el artículo 1082 del Código Civil, establece que «los acreedores reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos». Pero los términos liquidación y partición, referidos a la sociedad de gananciales, significan conceptos diferentes, que no deben confundir entre sí como parece hacer la parte ahora apelante. Cronológicamente, para que puedan partirse, o repartirse, entre los cónyuges, o los que lo fueron, los bienes que integraron una sociedad de gananciales, primero hay que proceder a liquidarla; así, la partición será el colofón, o punto final, de una liquidación. Entendemos, coincidiendo con la juez «a quo», que en el presente procedimiento, en el que se ha comprobado la existencia de causa legal para declarar, como se declara, la disolución de la comunidad legal de bienes, o sociedad de gananciales, que existió entre la actora, señora Ferrando Bundío, y el codemandado, señor Calvo Pujol, a cuya declaración nunca se opuso la parte

ahora apelante, procede, en período de ejecución de sentencia, llevar a cabo la liquidación de dicha sociedad de gananciales.

Tercero: Conviene recordar que la disolución de la sociedad de gananciales, o más propiamente, puesto que estamos en Aragón, de la comunidad legal de bienes, unas veces se produce de un modo automático, u *«ope legis»*, como son los supuestos que contempla el artículo 1392 del Código Civil, al que se remite la Compilación del Derecho Civil de Aragón en su artículo 52, y en otros casos, es precisa la previa petición de uno de los cónyuges, al concurrir alguna de las causas previstas en el artículo 1393 del Código Civil, al que también se remite el mentado precepto de la Compilación Aragonesa, y además que exista una declaración judicial de disolución, previa comprobación de que verdaderamente existe la causa alegada. Ciñéndonos al caso que nos ocupa, en procedimiento instado por uno de los acreedores de don Juan Calvo Pujol, concretamente el «Banco de Fomento, S.A.», fue aquél declarado en estado de concurso necesario de acreedores, siguiéndose el procedimiento universal núm. 576 de 1993, ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Zaragoza; posteriormente y habiendo alcanzado firmeza el auto en que se declaraba en estado de concurso necesario de acreedores a don Juan Calvo Pujol, su esposa doña Laura Ferrando Bundio, con sustento en la causa 19 del artículo 1393 del Código Civil, formuló demanda contra su mentado marido y contra la Sindicatura del Concurso de Acreedores, al objeto de que se declarara disuelta la comunidad de bienes existente entre los citados cónyuges, y, en período de ejecución de sentencia, se procediera a su liquidación. Dicha demanda, en principio fue turnada al Juzgado de Primera Instancia número 3 de Zaragoza que, en atención al valor de los bienes comprendidos en la comunidad legal de bienes, siguió el juicio de mayor cuantía número 754 de 1995, pero a petición de la propia Sindicatura demandada, con fundamento en el artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que no se opusieron las otras partes litigantes, dicho juicio declarativo quedó acumulado al juicio universal —el

de concurso necesario de acreedores—, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia número 7 de esta capital. Después de dicha acumulación, y al tiempo de contestar a la demanda formulada por la señora Ferrando Bundio, su marido se allana totalmente a la misma, pero la Sindicatura manifestó que no se oponía a que se declarase la disolución de la sociedad de gananciales, o de la comunidad legal de bienes y que tampoco se oponía a que se procediera a su liquidación, siendo a lo único que se oponía a que dicha liquidación se practicara dentro del presente procedimiento, ni aun en período de ejecución de sentencia. Entiende esta Sala que cuando en una sentencia, como es el caso de la impugnada, se declara disuelta una sociedad de gananciales, el período de ejecución de esa sentencia será el momento adecuado para practicar la liquidación de esa sociedad de gananciales, o, en este caso, la comunidad legal de bienes aragonesa. Y ello, por el derecho que tiene la actora, señora Ferrando Bundio, conforme a los artículos 24, 117 y 118 de la Constitución Española, de conseguir la efectividad de la sentencia que se dicte declarando la disolución instada, de forma que no se haga irreal al derecho que tiene de ver disuelta y liquidada esa comunidad legal de bienes. Así pues, es indudable que el mismo órgano jurisdiccional que decreta la disolución de la sociedad de gananciales es competente para practicar, en período de ejecución de sentencia, la liquidación de la misma, y de un modo indirecto lo ha reconocido recientemente el Consejo General del Poder Judicial, al resolver la cuestión suscitada acerca de si los Juzgados de Familia, en las poblaciones donde existen, son competentes para proceder a la liquidación de regímenes económicos de los matrimonios, una vez han dictado sentencia de nulidad, separación o divorcio; el alto órgano de Gobierno ha entendido que sí, pues si las sentencias referidas producen el efecto, conforme a los artículos 90 y 91 del Código Civil, de disolver, cuando proceda, el régimen matrimonial del matrimonio, la liquidación de mismo no es sino la ejecución de lo resuelto en la sentencia, de cuya ejecución debe conocer el mismo órgano judicial que conoció en primera

instancia (art. 949 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Cuarto: Del no total allanamiento a la demanda de la señora Ferrando Bundio y de la formulación de la primera pretensión del recurso, parece subyace en la Sindicatura del Concurso de Acreedores el temor de que puedan resultar perjudicados los legítimos intereses de los acreedores concursales. Pero esto no es así, pues como pone de relieve la juez «*a quo*», la Sindicatura del Concurso, parte en el presente litigio, tiene a su disposición medios suficientes, tanto recogidos en el Código Civil como en la Compilación del Derecho Civil de Aragón, para defender, en ejecución de sentencia, los intereses de los acreedores concursales. El legislador, al prevenir la defensa de los intereses del cónyuge no concursado, no podía en manera alguna oponerse a la defensa de los acreedores en el concurso, ni al tutelar los intereses de éstos puede permitir que se dañe el interés del cónyuge no concursado. Es por ello que estimamos conveniente introducir una puntualización en la sentencia impugnada, aun cuando la confirmemos en su contenido, no relativo a la imposición de las costas. Esta puntualización será la de que al practicar, en ejecución de sentencia, la liquidación de la comunidad legal de bienes, se habrán de respetar, en todo caso, la cuantía de los créditos ya reconocidos a favor de los acreedores concursales.

Quinto: Distinta suerte debe correr la segunda pretensión de la parte apelante, la relativa a no tener que soportar una expresa imposición de las costas causadas en la primera instancia, que sí merece ser acogida. En realidad, al contestar la Sindicatura a la demanda de la señora Ferrando Bundio, se oponía, como hemos reseñado, a una parte de su contenido, pero se allanaba a lo restante; además, la complejidad del asunto debatido justifica que, como excepción fundada en lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 523 de la Ley Procesal Civil, no se haga expresa imposición de las costas de la primera instancia.

Sexto: El acogimiento, aún parcial, del recurso, veda un expreso pronunciamiento sobre las costas de la presente alzada.

NÚM. 38

A. APZ de 25 de febrero de 1998

662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO: CAPITULACIONES: Inoponibilidad a terceros: La transformación del régimen económico conyugal, del consorcio aragonés al de separación de bienes regulado en los arts. 1435 a 1444 Cc., no puede producir efectos contra terceros, tal y como lo establece el art. 26 Comp. Lo acordado en dichos capítulos no puede afectar al embargo realizado, que es anterior a aquéllos.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 26, 42, 43, 45 y 46 Comp.; art. 1317 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fernando Zubiri Salinas.

Doña Luisa López Fandos interpone recurso de apelación contra el auto dictado por el JPI n.º 11 de Zaragoza de fecha de 9 de junio de 1997. La Sección 5.ª de la APZ confirma el auto apelado.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Se aceptan en esta instancia los del auto apelado; y

Primero: Lo primero que es preciso constatar, respecto del recurso de apelación interpuesto contra el auto de 9 de junio de 1997, y no providencia como erróneamente se afirma en el recurso, es que el escrito en que se interpone carece de la preceptiva firma de letrado, según es de ver al folio 26; aunque se trate de un defecto subsanable, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, sentada en la sentencia de 21 de enero de 1987 (Sala 1.^a), no es menos cierto que la ausencia debió advertirse en su momento para corregir el defecto procedimental apuntado. No obstante, llegado ya el momento de decisión del recurso interpuesto, debe la Sala pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada, para dar cumplida respuesta al derecho de acceso a la jurisdicción, que a las partes procesales se reconoce.

Segundo: También es forzoso indicar que el acto de la vista no ha comparecido la representación de la parte recurrente.

pese a estar citada en forma, de modo que no se ha podido conocer en dicho acto el razonamiento jurídico en que la parte se apoya para defender su recurso, que habrá de desprenderse de las consideraciones que aparecen en el escrito de interposición del mismo.

La no comparecencia a la vista no implica, sin embargo, desistimiento del recurso, de modo que éste subsiste procesalmente, y ha de ser resuelto por el Tribunal en la presente resolución.

Tercero: En orden a la cuestión de fondo planteada, del testimonio de particulares aportado se infiere que el embargo de bienes en el procedimiento de menor cuantía número 717/94, del Juzgado de Primera Instancia número 11 de Zaragoza se llevó a cabo con anterioridad a la escritura de capitulaciones matrimoniales, que es de fecha 24 de octubre de 1996, de modo que esa transformación del régimen económico conyugal del consorcio aragonés al de separación de bienes regulado en los artículos 1435 y 1444 del Código Civil no puede producir efecto contra terceros, pues así lo establece el artículo 26 de la Compilación Aragonesa y, en concordancia, el artículo 1317 del Código Civil.

Cuarto: Tampoco la escritura aportada, de fecha 10 de marzo de 1994, en la que se dice subsanar un defecto de la anterior de 14 de julio de 1988, puede tener la virtualidad pretendida, a efectos de la prosperabilidad del recurso. En dicha escritura los cónyuges exponen que las acciones adquiridas lo son para sí y con carácter privativo de la esposa, aquí recurrente, lo que es corroborado por su compareciente marido, don Félix Bello Mainar. Afirma la apelante que este documento es anterior al embargo, mas en el testimonio de particulares aportado no aparece ni la fecha precisa de éste ni el débito que lo determinó. No hay base en autos para conocer si la deuda era o no común, con los efectos comprendidos en los artículos 42 y 43 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, que regía el matrimonio de los cónyuges hasta la modificación de régimen económico operada en octubre de 1996; ni si era anterior al matrimonio, a los efectos del artículo 45 del mismo cuerpo legal, ni, finalmente, si la deuda era privativa del otro cónyuge y, en este caso, la concurrencia de la norma de

excusión contenida en el artículo 46 de dicha Ley.

En todo caso, correspondía a la parte apelante mostrar la equivocación del juzgador «a quo», al hacer aplicación del derecho respecto al mantenimiento del embargo, y ese invocado error no está comprobado.

Quinto: Procede por ello la confirmación del auto apelado, con imposición de costas de esta alzada a la parte apelante.

NÚM. 39

A. APZ de 27 de abril de 1997

723: TESTAMENTO MANCOMUNADO: PACTO AL MAS VIVIENTE: Sustitución fideicomisaria de residuo: Fallecido el esposo supérstite, heredero por el «pacto al más viviente», procede la declaración de herederos abintestato a favor de los herederos del premuerto respecto de aquellos bienes así heredados sobre los que el supérstite no hubiera dispuesto (art. 108.3 i.f.).

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 108 Comp.

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

El Juzgado había acordado no admitir a trámite la declaración de herederos abintestato solicitada por los parientes del cónyuge primeramente fallecido, por entender que el cónyuge premuerto murió con testamento (a favor de su cónyuge), lo que hace imposible el posterior abintestato a favor de sus parientes. El procedimiento adecuado sería el declarativo ordinario (A. JPI n.º 7 de Zaragoza de 9 de septiembre de 1997, n.º 711/97, ratificado en recurso de súplica por el de 19 del mismo mes. Tras auto de la Audiencia ordenando seguir adelante en trámite de la declaración de herederos), se hace así por A. de 15 de junio de 1998, que recogemos con el marginal...

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero: La cuestión planteada al recurrir el auto del Juzgado, de fecha 19

de septiembre de 1997, se limita a determinar si ha de seguirse o no el trámite solicitado en la pretensión inicial, por tratarse o no de un procedimiento de jurisdicción voluntaria de declaración de herederos abintestato (arts. 980 y siguientes de la L.E.C.).

Segundo: La finalidad de este proceso sin oposición (jurisdicción voluntaria) es simplemente declarar quiénes son las personas llamadas a la herencia de un fallecido sin testamento. Es decir, su finalidad es netamente subjetiva: determinar personas, mas no bienes, ni distribución del caudal. A falta de herederos testamentarios la sucesión se defiende abintestato. Así se infiere del artículo 744 del Código Civil.

Tercero: La doctrina que ha estudiado la figura comprendida en el último inciso del artículo 108 de la Compilación Foral se ha referido a ella como una especie de «sustitución fideicomisaria de residuo». Ahora bien, lo que aquí se plantea es cómo determinar qué parientes son los llamados a la herencia de los bienes no dispuestos y que pertenecieron al cónyuge premuerto. Si tal posibilidad hubiese sido contemplada en disposición *mortis causa* —lo que es perfectamente lícito—, sí que estaríamos ante una llamada «testamentaria». Pero, no sucediendo así, habrá que acudir al llamamiento «legal» o abintestato. Así se infiere, también, del artículo 912 del Código Civil, principalmente en su regla segunda.

Cuarto: Consecuentemente, procederá estimar el recurso, en cuanto que trata sobre aspectos procedimentales. Sin entrar, por tanto, en el fondo de la pretensión solicitada. Todo ello sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada (art. 896 L.E.C.).

ausentes. El concepto de «entre presentes» significa que no resida en el extranjero (art. 1958 Cc). Además, en este caso la realidad constructiva se acomoda a las previsiones del art. 571 Cc.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 148 Comp.; arts. 571, 577 y 578 Cc.

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

Don Rafael Alberdín Ramo y doña Dolors Domene Molina, ante el JPI n.º 10 de Zaragoza, ejercitan una acción negatoria de servidumbre y otra de reparación de daños causados contra doña Ángeles Pérez Simón y don Antonio Ruiz García. Demandados que, a su vez, reconviene ejercitando una acción confesora de servidumbre de medianería.

El Juzgado, en sentencia de 19 de septiembre de 1997, estima en parte la demanda y condena a los demandados reconvinientes a efectuar parte las reparaciones solicitadas. Junto a ello se estima íntegramente la reconvencción. La parte demandante interpone recurso de apelación.

Formado el rollo de la apelación 662/97, la Sección 5.ª de la APZ estima parcialmente el recurso interpuesto, condenando a los demandos-reconvinientes a la reconstrucción del muro medianil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan en parte los de la sentencia recurrida, y

Primero: Las partes litigantes, en unión a la jurisprudencia, están conformes en el tratamiento que recibe y ha de recibir la servidumbre de medianería. Esta se identifica más con un supuesto de comunidad o copropiedad sobre el muro medianero que con una servidumbre *strictu sensu*. Y en esa medida y con esos condicionantes habrá que estudiar las cuestiones suscitadas por la parte apelante (sentencia del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1982).

Segundo: La primera parte del recurso insiste en el reconocimiento de la petición inicial de la demanda, es decir, que la pared litigiosa y que separa las vivien-

NÚM. 40

S. APZ de 11 de mayo de 1998

84: SERVIDUMBRES: DE MEDIANERÍA: Usucapión: *No procede estimar la pretensión de la parte demandante que considera el muro como de su exclusiva propiedad. Además, no hay que olvidar que las servidumbres pueden adquirirse por 10 años entre presentes y 20 entre*

das de ambos contendientes no es medianera y sí sólo de los actores (hoy apelantes). Sin embargo, la prueba practicada —fundamentalmente la pericial— lleva a la misma conclusión que el juez de instancia. Existen varios elementos externos favorables a la realidad de la medianería. La jácena que se observa en las fotografías previas a la construcción motivadora de la discusión (folio 118) no sólo es evidente, sino notoria y aparente.

Tercero: Pero, además, las dos viguetas posteriores que atraviesan también todo el muro (no sólo su mitad) y que datan de más de 20 años; el perito insiste en que pueden verse desde la casa de la parte actora. Mas, aunque así no fuere y aceptando su carácter de «no aparente» en ese punto concreto y sólo a efectos dialécticos, no ha de olvidarse que el artículo 148 de la Compilación Foral habla de adquisición por usucapión de 10 años entre presentes y que el concepto de presentes no significa que se vea explícitamente la obra, sino que no esté ausente, es decir, residiendo en el extranjero (art. 1958 del Código Civil), cosa que no parece sucediera a los anteriores propietarios de la casa de los actores. Más aún, si tenemos en cuenta el «uso local», perfectamente descrito por el perito judicial, al que se acomoda la realidad constructiva del caso presente y al que se remite el propio artículo 571 del Código Civil.

Cuarto: Desestimando, pues, el recurso en lo atinente a la calificación de muro independiente, procede entrar a conocer el recurso de apelación en su contenido subsidiario. El primer punto, dentro del mismo, se refiere a la destrucción del muro medianero. Ciertamente que la sentencia desestima la petición de reconstrucción del mismo sin dar explicación alguna. En este sentido, la prueba practicada (pericial y testifical, ambas en relación con las documentales fotográficas) sí que permite concluir que el muro medianil fue cortado, produciéndose una ampliación de la fachada de los demandados en 10 centímetros (folios 299, 302, 305). Esta actuación no es acorde con el concepto de muro medianero. Dicha situación permite al copropietario el uso proporcional y «civiliter» de dicha pared, tal y como explicita el artículo 579 del Código Civil. Pero, de ningún modo

significa —ni permite— que la mitad del medianil sea de cada vecino o colindante. El precepto que acabamos de citar, en su segundo párrafo da las pautas para usar la medianería: permiso de los demás comuneros y, en su defecto, determinación por peritos de las condiciones de uso.

Quinto: De las fotografías obrantes, por ejemplo, a los folios 36, 37, 140, 118, 165 y 168 de los autos, se deduce que los actores no se han limitado a recubrir la mitad del muro litigioso de piedra de Calatorao —reforzando así, quizás, el antiguo muro de adobe—, sino que (como señala el perito), se han apropiado de la mitad (más o menos: 10 centímetros) del muro litigioso, pues claramente se aprecia una línea divisoria en lo que antes era un todo constructivo. Dicha actuación es contraria al comportamiento debido por un medianero, lo que conllevará la sanción legal pertinente.

Sexto: Esta supondrá la reconstrucción del muro medianero como tal. Y ello se hará, bien de común acuerdo, bien, como determinan peritos, puesto que tampoco sería exigible volver a situación constructiva precedente, si esta fuese más débil que la que ahora pudiera hacerse, en atención a lo ya hecho. Así se expresa la jurisprudencia, *ad exemplum*, sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, Sección 2.ª, de 10 de junio de 1996 (A.C., n.º 1304).

Séptimo: Sin embargo, la petición de demolición de la base de cemento que sujeta la barandilla, así como la propia barandilla no encuentra apoyo en la prueba practicada, pues con dicha actuación, la parte demandada no ha hecho sino utilizar el derecho que le conceden los artículos 577 y 579 del Código Civil.

Octavo: En lo que se refiere al recorte de las dos vigas que penetran la pared medianera, la antigüedad de su construcción (extremo ya razonado en esta resolución) y el presumible aquietamiento del titular inicial, llevan, también a desestimar aquella pretensión.

Noveno: La estimación parcial del recurso impedirá la condena en costas en esta alzada, a tenor del artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

41

NUM. 41

S. APZ de 1 de junio de 1998

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: AZOTEAS Y TERRAZAS: *La terraza no vuela sobre el muro de los demandantes, sino que está construida sobre la pared que linda con aquél sin llegar a volarlo. Así, que teniendo en cuenta el art. 145 Comp. no existe signo aparente de servidumbre, estando ante relaciones de vecindad del art. 144 Comp. Las azoteas o terraza no son «huecos» y, por lo tanto, no han de estar provistas de reja y red. Reja y red: Se ha de desestimar la pretensión de la actora (y en este punto revocar la sentencia de instancia) de condenar a los demandados a proveer a la azotea de reja de hierro remetida en pared o construir un muro de 2 metros para evitar las vista sobre el fundo vecino. El art. 144 se refiere a «huecos», previsión que no cabe predicar de una azotea o terraza.*

84: SERVIDUMBRES: DE MEDIANERÍA: *Usucapción: No consta acreditado que la construcción tenga una antigüedad superior a 10 años, plazo para poder adquirir por prescripción tal servidumbre de medianería, según el art. 147 Comp.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 144, 147 Comp.; art. 573.3.º y 582 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Eduardo Navarro.

Molinos Aragón, S.L., ante el JPI de Tarazona, interpone demanda en autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía 61/96, ejercitando acciones de servidumbre de medianería, de luces y vistas y otros extremos, contra los cónyuges doña Belén Lajustica González y don Luis Sánchez Colás.

El Juzgado, en sentencia de 17 de junio de 1997, estima la demanda formulada, y condena a los demandados a hacer las obras necesarias para que su fundo deje de estar apoyado sobre la pared de los demandantes o a indemnizar el terreno y muro invadido, así como a colocar reja y red en la terraza de los demandados. Ambas partes interponen recurso de apelación.

Formado el rollo de la apelación 535/97, la sección 4.ª de la APZ estima el recurso interpuesto por la mercantil demandante y parcial-

mente el formulado por los demandados, de manera que se revoca la sentencia de instancia en lo que hace a la obligación de colocar reja y red en la terraza.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los correlativos tercero, cuarto y quinto de la sentencia de instancia, en cuanto se opongan o contradigan a los que se exponen a continuación.

Primero: Los demandados impugnan en su recurso contra la mentada resolución, en primer lugar, el pronunciamiento de la misma, estimatorio de la acción negatoria de servidumbre de medianería ejercitada por la mercantil actora respecto del muro construido en el lindero oeste de su finca, descrita en el hecho primero de su escrito inicial de demanda, lindero por el que limita con la finca de los demandados, declarando ser propiedad exclusiva de dicha mercantil, pronunciamiento cuya revocación ahora impetran, alegando error en la apreciación de las pruebas por la juzgadora a que, e insistiendo en el carácter medianero de tal construcción.

Se rechaza tal pretensión de los demandados y se confirma el referido pronunciamiento de la sentencia apelada, al responder a una correcta valoración del conjunto de las pruebas practicadas y ser de todo punto ajustado a Derecho.

Que el muro de referencia fue construido en toda su anchura sobre el terreno de la finca de la actora, lo que constituye signo exterior contrario a la servidumbre de medianería según el artículo 573.3.º del Código Civil, es un dato que queda acreditado no sólo por el testimonio del señor Pardo Velilla, sino también y de forma muy señalada por el de la señora Rodrigo Chamorro, testigo especialmente cualificada, por cuanto que fue la propietaria anterior de la finca colindante por su linde este con la de la actora, y quien la transmitió mediante enajenación a los demandados, sus actuales propietarios, habiendo reconocido al contestar tanto a las preguntas formuladas por la actora, como a las repreguntas de los demandados, que dicho muro ha sido siempre propiedad exclusiva de la mercantil actora, quien lo construyó dentro de su finca sin llegar a su límite o lin-

dero oeste, al retranquearlo hacia el interior de la misma, dejando terreno de su propiedad entre aquél y el límite de referencia, de modo que pese a rematar la mentada construcción con albardilla cerámica con vertiente a ambos lados de la misma, las aguas pluviales precipitaban sólo sobre terreno de la finca de la actora, por lo que es acertada la conclusión a que llega la juzgadora *a quo* en su sentencia al aseverar que frente a tal dato no podían prevalecer los signos exteriores alegados por los demandados relativos a las características de la albardilla, y el hecho de que existiera una hilera de ladrillos en la parte inferior del muro ocupando sólo la mitad de su anchura, colocada en su día por la actora, ni tampoco el que una construcción anterior a las obras llevadas a cabo por los demandados, existente en la finca de éstos, hubiese podido apoyarse parcialmente sobre el mentado muro, ya que no consta acreditado que fuese de antigüedad superior a los diez años, plazo para poder adquirir por prescripción tal servidumbre de medianería, según el artículo 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Segundo: Ambas partes apelantes coinciden al impugnar, aun cuando sea partiendo de planteamientos diferentes, el pronunciamiento de la sentencia de instancia por el que entendiendo que el supuesto contemplado en estos autos, relativo a la realidad de una invasión parcial de la finca propiedad de la actora por parte de los demandados, al edificar en su finca apoyando una pared de cierre de la casa sobre la mitad del mentado muro y ello a lo largo de unos nueve metros, es subsumible en la figura de la accesión invertida o construcción extralimitada, lo que obsta a la acción reivindicatoria deducida por la actora, que interesa la demolición de lo construido sobre su muro, otorgando dicha sentencia a los demandados el poder optar entre la ejecución de las obras necesarias para que dicha pared deje de apoyar sobre el muro o hacer suya dicha porción del suelo de la finca de la actora, previo el abono del precio del muro y terreno ocupados.

Se alega por ambas partes la incongruencia en que incide la sentencia de instancia al variar el *thema decidendi*, efec-

tuando un pronunciamiento sobre cuestión no planteada por las partes, ni sometida a la contradicción de las mismas.

Procede acoger tal motivo impugnatorio, por cuanto que, como tiene señalado la doctrina emanada del Tribunal Constitucional en su sentencia 222/94, de 18 de julio, en la que se remite a otras anteriores como las n.º 166/93, 122/94, 211/98, 144/91, 43/92 y 20/82, tras indicar que la congruencia de la resolución judicial es plenamente compatible con el principio «*iura novit curia*», debe destacarse que cuando el órgano jurisdiccional aprecie que es otra la norma aplicable, ello no le permite poder modificar la causa «*pettendi*» y, a través de ello, alterar de oficio la acción ejercitada, «pues si tras haberse ejercitado una acción y producido una defensa frente a ella el órgano judicial estimase otra acción diferente, la resolución judicial se habría dictado sin oportunidad de debate ni de defensa sobre el punto en que ahora viene a situar el juzgador el «*thema decidendi*», vulnerando el principio de contradicción en el proceso».

Tercero: En los presentes autos no se ha planteado por ninguna de las partes litigantes la cuestión de la accesión invertida en relación con la construcción de una de las paredes de cierre de la casa de los demandados sobre el muro de la finca de la actora, lo que supone un factor diferenciador respecto del caso analizado por la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su sentencia de 3 de abril de 1.992 (RJA 2936), y al que alude la juzgadora de instancia en el tercero de los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, incidiendo, conforme a lo anteriormente expuesto, en el vicio de incongruencia, que determina la procedencia de que tenga que ser revocado tal pronunciamiento, dando lugar, por el contrario, a acoger la acción reivindicatoria deducida por la actora en su demanda, al concurrir los requisitos que legal y jurisprudencialmente se exigen para ello, condenando a los demandados a demoler lo construido sobre el muro de referencia, propiedad exclusiva de la mercantil actora.

A mayor abundamiento ha de destacarse que aun cuando pudiera hipotéticamente soslayarse el mentado vicio de incongruencia, tampoco sería factible

dar lugar a la accesión invertida al fallar uno de los requisitos exigidos para ello por la doctrina jurisprudencial, recogida, entre otras sentencias de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, en la de 22 de marzo de 1996 (RJA 2584), cual es que el edificante haya procedido de buena fe, ya que los demandados eran sabedores que el aludido muro no era medianero, sino propiedad exclusiva de la mercantil actora, pues así se lo había hecho saber la anterior propietaria de la finca por ellos adquirida, señora Rodrigo Chamorro, como así lo declara al contestar a las preguntas y repreguntas formuladas a la misma, conocimiento incompatible con la buena fe.

Cuarto: Los demandados impugnan, por último, el pronunciamiento de la sentencia de instancia que acoge la acción negatoria de servidumbre de luces y vistas formulada por la actora respecto de la terraza existente en el piso o planta primera de la casa construida por ellos en finca de su propiedad, y en cuanto tiene vista directa sobre la de la actora, pronunciamiento basado en que dicha terraza se proyecta actualmente sobre la mitad del repetido muro y, por tanto, sobre el fundo de la actora, constituyendo signo aparente de tal servidumbre, que no se ha acreditado haya llegado a ser adquirida por prescripción.

Pretenden dichos apelantes ser revocado tal pronunciamiento por no constar debidamente acreditados los supuestos fácticos que lo sustentan, pretensión que debe ser acogida, toda vez que conforme resulta del informe pericial emitido en el incidente sobre adecuación del proceso de menor cuantía seguido, informe obrante a los folios 86 a 89, y que constituye la única prueba que arroja luz sobre el particular, se evidencia que la aludida terraza no vuela sobre el referido muro, sino que está construida sobre pared que linda con aquél, sin llegar a volarlo.

Partiendo de tal dato y teniendo en cuenta lo normado en el artículo 145 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, no existe signo alguno aparente de tal clase de servidumbre por lo que respecta a la terraza de referencia que justifique el ejercicio por la actora de dicha acción negatoria, hallándonos, en todo caso, en el ámbito de las relaciones de

vecindad, que regula el artículo 144 de dicha norma.

Quinto: Llegados a este punto y siguiendo el criterio establecido por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo en su sentencia de 23 de noviembre de 1993 (RJA 6496), procede, revocando parcialmente la sentencia recurrida, desestimar la pretensión deducida por la actora en su demanda, apartado 20 b) del suplico de la misma, en orden a que se condene a los demandados a levantar en dicha terraza, en su porción lindante con la finca de la actora, una pared de dos metros de altura para que no puedan observar su propiedad o, subsidiariamente, a realizar los actos necesarios a fin de que dicha terraza se ajuste a las distancias y prescripciones exigidas por el Código Civil y la Compilación con respecto a luces y vistas sobre predio ajeno, toda vez que, por una parte, el régimen normal de luces y vistas que establece en su párrafo primero el mentado artículo 144 de la Compilación, le permite la construcción de la aludida terraza sin sujeción a distancia alguna respecto al predio vecino, al tiempo que el dueño de éste último, que en el caso de autos es la mercantil actora, está autorizado a construir o edificar en el suyo sin sujeción tampoco a distancia alguna, según el párrafo tercero de dicho artículo, y, de otra parte, porque lo único que se contiene en el párrafo segundo del mismo es la obligación de proveer a «los huecos», dentro de las distancias marcadas por el artículo 582 del Código Civil, de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente, además de que carecerán de balcones y otros voladizos, previsión que no cabe predicar de una azotea o terraza, espacio que no necesita por tanto estar provisto de tales elementos, como es el caso contemplado en estos autos.

Sexto: Ante la estimación sólo parcial de la demanda iniciadora de este juicio no procede hacer expreso pronunciamiento respecto de las costas de la primera instancia, según el artículo 523 de la Ley Rituaria Civil, así como tampoco en cuanto a las de esta alzada, al acogerse, siquiera sea parcialmente, ambos recursos de apelación formulados por las partes litigantes, y ello de conformidad con el artículo 710 de dicha ley.

42

NÚM. 42

S. APZ de 17 de junio de 1998

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Ausencia de voladizos: *Conforme al art. 144 Compilación, todo propietario de un inmueble puede abrir huecos sobre el vecino, si carecen de voladizos y están protegidos con reja y red, pudiendo taparlos el colindante construyendo en su propio predio, salvo que su actuación sea movida sólo por mala fe. La existencia de un alféizar en la ventana no implica voladizo y, por ello, estamos ante meras relaciones de vecindad. SERVIDUMBRE: Aplicación del art. 541 Cc.*

5: FUENTES: CODIGO CIVIL: Derechos reales: *El artículo 541 se aplica en Aragón, pero respetando su peculiar derecho en la regulación de los signos aparentes de luces y vistas, o el art. 1.2 de la Compilación sobre fuentes jurídicas en nuestro peculiar ordenamiento.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 114 y 145 Comp.; art. 541 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Pedro Antonio Pérez García.

Don Pablo Cabrera Marín y doña Felisa Peligero Ripollés, ante el JPI de Daroca, interponen interdicto de obra nueva en autos 77/97, contra Posada del Almudi, S.A.L., al considerar que las actuaciones de ésta infringen una servidumbre a favor de los actores.

El Juzgado, en sentencia de 16 de octubre de 1997, desestima el interdicto y levanta la suspensión de la obra. Los actores apelan la sentencia.

Formado el rollo de la apelación 748/97, la sección 5.ª de la APZ desestima el recurso interpuesto y confirma la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos de derecho de la sentencia apelada, y:

Primero: Las fotografías que han sido aportadas a estas actuaciones y el acta levantada conteniendo la prueba de reconocimiento judicial permiten afirmar, sin ningún género de dudas, que los huecos abiertos en el edificio propiedad de los

promotores del interdicto están protegidos por medio de una reja de hierro remetida en la pared, y que asimismo carecen de voladizos sobre el fundo vecino. Conforme a la peculiar regulación que de la materia se contiene en el artículo 144 de la Compilación Aragonesa, todo propietario de un inmueble puede abrir huecos sobre el vecino, pero con reja de hierro ni voladizo que se adentre en el contiguo de diferente dueño, pero ello no constituirá servidumbre alguna, sólo normales relaciones de vecindad, pudiendo en consecuencia el colindante taparlos construyendo en su propio predio, salvo que su actuación sea movida sólo por la mala fe, que no es protegible jurídicamente.

Por el contrario, si existen aquellos signos es prueba de servidumbre, de luces o vistas, imponiendo la consiguiente limitación sobre el próximo fundo, cuyo dueño únicamente podrá edificar respetando la servidumbre y las distancias legalmente exigidas. Es obvio que la existencia de un alféizar en una ventana no implica voladizo, que por definición gramatical supone una cierta construcción saliente en las paredes o edificios, y además de tal resistencia que permita mirar hacia fuera pudiendo avanzar sobre ella el torso del observador, como se dice en la sentencia dictada por la Sección 4.ª de esta Audiencia en 12 de enero de 1993, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987.

Segundo: Lo expuesto es rigurosamente aplicable al caso que se enjuicia, en el que los actores instan el interdicto de obra nueva porque los dueños del predio contiguo han comenzado a edificar sobre él sin guardar la —según ellos—necesaria distancia, solicitando así la paralización de la obra empezada con todas las consecuencias que le son legalmente inherentes. Pero no han tenido en cuenta aquel distingo recogido en la Compilación, tantas veces reiterado, sobre servidumbre y simple relación vecinal, y que en esta segunda, porque no hay servidumbre, se permite construir a cualquier distancia. Es la doctrina con que se ha venido interpretando aquel artículo antes reseñado, que ha sido san-

cionada en una abundantísima Jurisprudencia, como es la constituida por la sentencia antes citada, o por las de 20 de mayo de 1991 y 22 de julio de 1993 de la Audiencia Provincial de Teruel, entre otras muchísimas, que muestran un cuerpo de doctrina sin fisura alguna, resolviendo todas ellas casos idénticos al que ahora se enjuicia, pues, no existiendo intención de perturbar la posesión ajena, sólo el legítimo ejercicio de un derecho, la acción interdictal no puede prosperar.

Tercero: En el fundamento jurídico cuarto del escrito de demanda se pretende la aplicación al caso de lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil, al que, en efecto, se remite el artículo 145 de la Compilación, que viene a completar la dicción de su inmediato anterior. No es este, desde luego, el lugar adecuado para hacer una exégesis de ambos preceptos, o de sus precedentes legislativos, desde la observancia «*de aqua pruviali arcenda*» al anteproyecto de Compilación del año 1962, con una remisión directa a los preceptos del Código Civil, o el posterior anteproyecto de 1965 que hacía inaplicable en Aragón la adquisición de la servidumbre de luces y vistas al amparo del artículo 541 del Código Civil, o el significado del precepto actual, que sigue una tercera vía, distinta de las otras dos, que mantiene la vigencia de ese artículo 541 del Código en Aragón, pero respetando su peculiar derecho en la regulación de los signos aparentes de servidumbres de luces y vistas, o el artículo 1.2 de la Compilación, sobre fuentes jurídicas de nuestro peculiar ordenamiento —por todos, sentencia de la Sección 2.^a de esta Audiencia de 9 de julio de 1994—. Sea suficiente con indicar que la afirmación que se contiene en aquel fundamento sobre preexistencia de los signos de servidumbre a la transmisión de la propiedad de la demandada, creándose con ello la servidumbre por destino del padre de familias, no ha sido convenientemente probada, cuando no ha quedado justificada la situación o trazos de la vía pública que pudiera existir entre ambos fundos en tiempos pasados, o cuál era su punto de colindancia, o si los huecos de mención estuvieron en momento alguno desprotegidos de reja, o cuándo en su caso ésta pudo ser colocada, bastando indicar

que al tiempo actual no pueden ser considerados como constitutivos de servidumbre que impida la edificación contigua.

Cuarto: La solución adoptada en la sentencia del Juzgado respecto del tubo de desagüe también se estima acertada, dándose aquél por reproducidas las consideraciones que se contienen en el fundamento cuarto, pues, conforme al informe pericial, que en aquel se reproduce, no hay indicio suficiente que permita sostener la servidumbre, quedando siempre a salvo el derecho de las partes para reproducir sus pretensiones en el juicio declarativo que corresponda, en el que con mayores posibilidades probatorias podrían replantear el tema.

Quinto: No existiendo precepto que obligue a su imposición, no se ha de hacer condena en costas de la alzada.

NÚM. 43

S. APZ de 22 de junio de 1998

6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: PASIVO: DEUDAS COMUNES: Derivadas del ejercicio del comercio: El sistema de responsabilidad delineado por el Ccom. no coincide con el que se deduce de la Compilación aragonesa, resultando ésta de aplicación preferente. Así, las deudas de comercio, como son las compras a proveedores, normalmente redundan en beneficio común, o al menos proceden de actividades tendencialmente útiles a la comunidad; por ello, son a cargo del consorcio conyugal (art. 41 Comp.); pero en defecto de bienes comunes, la responsabilidad definitiva es exclusiva del cónyuge que contrajo la deuda.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 44 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. José J. Solchaga Loitegui.

La cónyuge de don Luis S. C., ante el JPI de Tarazona, interpone en autos 81/86 de juicio de menor cuantía una tercería de dominio para que se levante el embargo sobre un bien privativo de la esposa a resultas de una deuda

contraída por el marido en el ejercicio de su profesión, pero posterior a la adquisición de dicho inmueble por la esposa.

La Sección 4.ª de la APZ confirma la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los correlativos de la sentencia apelada, pudiendo destacarse.

Primero: La tercería de dominio no es una acción reivindicatoria ni implica el ejercicio de tal acción en un proceso de ejecución. La tercería de dominio pretende el alzamiento de una traba judicial.

Segundo: En autos de juicio de menor cuantía del Juzgado de Tarazona, núm. 81 de 1986, la sentencia de casación confirmatoria apelación que se ejecuta, parte de la existencia de una deuda del demandado don José Luis S.C., esposo de la tercerista, contraída en el ejercicio de su profesión de contratista, y para la efectividad de la correspondiente indemnización se ha embargado el piso, a que se refiere la tercería.

Tercero: Dicho piso es propiedad privativa de la esposa, adquirido en 24 de febrero de 1978, en cuanto consta en la escritura que los esposos pactan y convienen, que el precio de venta tiene la consideración de bien sitio propio de ella, figurando con carácter de privativo en el Registro de la Propiedad.

Cuarto: La cuestión radica en si dicho piso privativo responde de la deuda posterior contraída por el esposo en el ejercicio de su profesión de contratista.

El sistema de responsabilidad delinea por el Código de Comercio no coincide con el que se deduce de la Compilación Aragonesa para el mismo supuesto de deudas contraídas en el ejercicio del comercio por persona casada.

Es de aplicación preferente el de la Compilación desde 1967, aunque según el Código de Comercio, el cónyuge empresario no puede afectar u obligar en su gestión mercantil los bienes propios del otro cónyuge sin el consentimiento expreso de éste.

Según la Compilación de Derecho Civil de Aragón, y con referencia al texto

de 1967, entonces vigente, las deudas de comercio que comprende toda deuda que esté relacionada con la actividad mercantil del cónyuge deudor o pertenencia al giro o tráfico de su empresa, como son los derivados de compras a los proveedores derivados de un ejercicio ordinario, normalmente redundan en beneficio común, o, al menos proceden de actividades tendencialmente útiles a la comunidad, por lo que son a cargo del consorcio conyugal (art. 41); en defecto de bienes comunes, la responsabilidad definitiva es exclusiva del cónyuge que contrajo la deuda, por tanto, es de confirmar la sentencia apelada (STS de 2 de julio de 1984, *Aranzadi* 3788; fecha 23 de noviembre de 1984, *Aranzadi* 5657).

Quinto: Según lo determinado en el artículo 710.2.ª LEC, al confirmarse la sentencia procede condenarse al recurrente al pago de las costas de esta alzada.

NÚM. 44

S. APZ de 21 de septiembre de 1998

83: LUCES Y VISTAS: SERVIDUMBRE: *Vistas oblicuas: No hay en el caso servidumbre, por lo que se ordena la demolición del mirador que vuela sobre la proyección de la finca del actor, hasta la distancia de 60 centímetros. En anómalo recurso de nulidad de actuaciones, desestimado, se admite hipotéticamente que en el espacio entre la proyección de la finca actora y los 60 centímetros pudiera proceder tan sólo el cerramiento, no la demolición ordenada.*

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

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

Don Antonio Arguedas Martínez y su cónyuge, ante el JPI de Calatayud interpone demanda en autos (191/97) de juicio declarativo de menor cuantía, ejercitando acción negatoria de servidumbre, contra doña María Arcos Cortés y otros.

El Juzgado, en sentencia de 11 de marzo de 1997, estima íntegramente la demanda. Los demandados interponen recurso de apelación.

Formado el rollo de apelación (277/98), la Sección 2.ª de la APZ confirma la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El objeto del presente recurso consiste en determinar si la construcción de los demandados invade la propiedad de los actores, infringiendo las distancias que para voladizos con vistas de costado oblicuo prevé el artículo 144 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón y 582 del Código Civil; la sentencia de instancia estima la pretensión de los actores y condena al derribo de los miradores en la medida que exceda de la distancia de 60 centímetros desde la pared medianil de los inmuebles de las partes contendientes.

Segundo: Indiscutible la legitimación para el ejercicio de la acción por la esposa del demandante que en modo alguno puede considerársele ajena al litigio al tener interés directo en la acción negatoria de servidumbre ejercitada, la cuestión de fondo no puede tener otro tratamiento distinto que el que recoge la sentencia de instancia, la prueba practicada, especialmente la de juicio de peritos (art. 610 LEC) y el reconocimiento judiciales concluyente en el sentido de que los miradores en litigio vuelan sobre la propia proyección de la finca de los actores, impidiendo su construcción a éstos; por otro lado, no respeta las distancias a que se refieren los artículos 582 del Código Civil y artículo 144 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, es decir, los 60 centímetros de distancia a la pared medianil, por lo que contrariamente a lo expuesto por el recurrente son de aplicación aquellos preceptos al supuesto de autos, por cuanto los voladizos están construidos dentro del límite de la distancia de 60 centímetros en vistas oblicuas o de costado sobre la finca de los demandados. Tal incumplimiento no conlleva el nacimiento de signo aparente de servidumbre, si en cambio el propietario afectado puede exigir su demolición, por lo que procede desestimar el recurso confirmado la sentencia de instancia.

Tercero: Conforme el artículo 710 de la LEC, las costas del recurso se imponen a los apelantes.

NÚM. 45

S. APZ de 24 de septiembre de 1998

82: RELACIONES DE VECINDAD:

IUS USUS INNOCUI: La invocación por el recurrente del ius usus innocui es insuficiente para justificar la excepción o dispensa de las medidas de protección prevenidas en el art. 144.2 Comp., que confirman el régimen normal de luces y vistas.

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN

NORMAL: El Derecho civil de Aragón instaura un principio de libertad absoluta en la apertura de huecos para luces y vistas. Sólo dentro de las distancias del art. 582 Cc. se imponen determinadas limitaciones. Ahora bien, este derecho no limita la posibilidad que tiene el propietario del fundo vecino de construir o edificar tapándolas: AUSENCIA DE VOLADIZOS: La existencia de la servidumbre que se defiende por la parte demandada no puede prosperar pues no es aceptable el pretender que el tejado o cubierta de un edificio pueda constituir un voladizo a los efectos del art. 145 Comp.

84: SERVIDUMBRES: SIGNOS APA-

RENTES: No constituye signo aparente de servidumbre de luces y vistas el tejado o cubierta que sobre eleva una finca, a los efectos del art. 145 Comp., ni tampoco a los efectos del art. 541 Cc.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts.

144 y 145 Comp.; arts. 541 y 582 Cc., y art. 38 LH.

PONENTE: *Ilmo. Sr. Medrano Sánchez.*

El demandante interpone acción negatoria de servidumbre, Pretensión ratificada por el Juzgado y por la Sección 5.ª de la APZ, que resuelve esta sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El funcionamiento del recurso de apelación se asienta sobre la previa existencia de una servidumbre de luces y vistas según resultará, por una parte, de la preexistencia de un voladizo sobre la finca ajena, «a través del cual la finca de mi mandante siempre ha vertido sus aguas a la finca del actor», de modo

que incluso «al sobreelevar la edificación se habían dejado a un extremo un par de hileras de tejas del antiguo tejado, todavía remitidas en la pared colindante, asegurando así su antigüedad». Y por otra, por los actos propios que supondrá el que en el acto de conciliación que precedió al presente proceso se postulaba se aviniese a reconocer que «al levantar la nueva edificación, perdió sus derechos de servidumbre de luces y de verter las aguas».

Segundo: El artículo 144.1 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón instaura un principio de absoluta libertad en la apertura de huecos para luces y vistas. Sólo dentro de las distancias del artículo 582 Cc. se imponen determinadas limitaciones a ese derecho, a saber, interdicción de existencia de ventanas y otros balcones, así como la colocación de determinadas protecciones en los huecos. Ese derecho, como cuida de precisar el número 3 del mismo precepto, «no limita el derecho del propietario del fundo vecino a edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna». Este es el régimen normal de luces y vistas y, en principio hay que presumir a la propiedad libre de cargas. La existencia de la servidumbre que se defiende por la parte demandada no es, a criterio de la Sala, atendible, no siendo ni aceptable ni razonable aceptar que el tejado o cubierta de un edificio pueda constituir voladizo, a los efectos del artículo 145 de la Compilación. Si voladizo es «aquello que no impide las vistas ni asomarse al exterior, por lo tanto, permite al observador asomar el torso sobre el mismo» (AP Zaragoza, S 12 de enero de 1993), constituye una verdadera evidencia que mal puede tener esa consideración el tejado que sobrevuela fundo ajeno, pues la cubierta es un elemento estructural de cierre del edificio propio desde el que no reciben luces ni vistas de ningún tipo al ser el destino de tal elemento estructural la protección del edificio, debiendo resaltarse, como ya hacía la sentencia de esta Sala de fecha 27 de enero de 1997 con cita de la del TS de 20 de octubre de 1987, que «no todo saliente que presenta ventana o hueco, abierto en una pared que carga sobre fundo ajeno debe tener la consideración de signo aparente denotador de la existencia de una servidumbre de luces y vis-

tas, sino que para que ello se produzca el saliente ha de tener palabras que las disposiciones legales anteriormente citadas (arts. 145 de la Compilación y 582 Cc.) colocan junto a la palabra «voladizo».

Podrá tenerse acaso la servidumbre de desagüe de aguas pluviales, cuestión no planteada en los presentes autos, por lo que al haber elevado su edificación la parte demandada podrá, en su caso, mantener el desagüe de las aguas recibidas en la nueva cubierta a la finca del demandante, extremo que para nada se altera en el pronunciamiento de la sentencia de instancia, que se limita a incidir sobre el balcón construido en el nuevo edificio y en el que, a la altura a la que se encontraba la anterior cubierta se ha construido un balcón que sobrevuela la finca ajena de los demandantes. Ni consta la solución técnica dada a la evacuación de las aguas pluviales de la nueva edificación ni la sentencia de instancia incide para nada en dicho extremo.

Tampoco cabe entender como un acto propio la pretensión del acto de conciliación de dar por perdida tal servidumbre, pues no se puede perder un derecho que no se tenía. Es de reiterar que no existía voladizo, no constituyendo signo aparente de servidumbres de luces y vistas que el tejado o cubierta sobrevolara sobre la finca de la parte demandante, ni a los efectos del artículo 145 de la Compilación ni a la del artículo 541 Cc.

Tercero: Tampoco puede prosperar el recurso encaminado a cuestionar las medidas impuestas en sentencia, acogiendo en este particular la demanda, encaminadas a establecer las protecciones impuestas en el artículo 144.1 de la Compilación. El fundamento del recurso se centrará en atender a la *ratio legis* de esas protecciones, a saber, «proteger la intimidad colindante y en segundo lugar proporcionarle protección frente a los huecos abiertos por el colindante», de manera que admitido por ambas partes «que la finca colindante a la de mi mandante es ocupada en su totalidad por una cochera, que según se aprecia en las fotografías aportadas es de altura inferior al piso en que se ubica el voladizo de mi mandante y cuyo tejado está constituido por una cubierta de teja árabe». Esto es, las vistas lo son sólo sobre el tejado de la

cochera, con lo que en ningún caso se efectuaría la intimidad de la parte demandante.

Esta invocación por el recurrente al *ius usus innocui* es insuficiente para justificar la excepción o dispensa de las medidas de protección prevenidas en el artículo 144.2 de la Compilación, que confirman el régimen normal en las relaciones de vecindad.

Por último, no es cuestionable la legitimación del demandante, al constar su titularidad en documento público inscrita en el Registro de la Propiedad e investida de la presunción que le otorga el artículo 38 LH.

46

NÚM. 46

S. APZ de 22 de octubre de 1998

718: CONSORCIO FORAL: 10: DERECHO TRANSITORIO: CONSORCIO FORAL: *No procede sobre parte indivisa de una finca. Sí aun cuando los hermanos hayan adquirido proindiviso de un ascendente por títulos diferentes y en diversos momentos. Derecho transitorio: la donación anterior a 1967 no origina consorcio foral.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 142 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. José Javier Solchaga Loitegui.

Don Joaquín Murillo Ortego, ante el JPI de Tarazona, interpone demanda en autos (203/95) de juicio declarativo de menor cuantía sobre consorcio foral, contra doña Concepción y doña María Pilar Tardío Bailo.

El Juzgado, en sentencia de 18 de noviembre de 1998, estima parcialmente la demanda, declarando la existencia del consorcio foral sobre determinadas fincas e igualmente estima en parte la reconvencción formulada por las demandadas. El actor interpone recurso de apelación.

Formado el rollo de apelación (20/98), la Sección 4.ª de la APZ estima en parte el recuso formulado, confirmado en lo restante la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El demandante motiva su recurso expresando que sin entrar en la difícil polémica de la posibilidad o no de

constitución de consorcio foral parcial sobre una parte indivisa de una finca, se puede llegar a afirmar que sobre las fincas números 1-2, 5 a 15 de la sentencia (a las que se refiere la apelación) se constituyó consorcio sobre la totalidad del bien inmueble.

Segundo: Respecto de la finca 1 de la sentencia, Urbana almacén, en la calle Francisco de Goya, número 10, en Borja, dice la misma: Título: fue adquirida por los hermanos Joaquín, Juana y Luis por compra a doña María Ferrández Elgorriaga en escritura de 1 de febrero de 1941. Fallecido Luis, la tercera parte indivisa de éste fue heredada por su madre, doña Damiana Ortego Blasco, quien la donó a sus otros dos hijos en escritura notarial de 10 de abril de 1975.

Luego ya, dos terceras partes no han sido adquiridas de un ascendiente, y la finca no podrá ser consorcial en su totalidad en ningún caso.

Tercero: En cuanto a la finca 2 de la sentencia, Urbana casa, en calle Francisco de Goya, 6 y 8, en Borja, su título de adquisición es: Doña Damiana era propietaria de 10/32 partes y su esposo de las 22/32 restantes, las que fueron asignadas por la fiduciaria a sus tres hijos en escritura otorgada el 7 de enero de 1934. Fallecido Luis, su madre se adjudicó por «derecho de recobro» la tercera parte indivisa de 22/32 partes, pasando a ser propietaria de 52/36 partes indivisas, las cuales donó a Joaquín y Juana en escritura de 10 de abril de 1975.

Si partimos, por una parte, de referirse al artículo 142 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón a adquisición a título gratuito; el cual comprende tanto si es por causa de muerte, como por acto *inter vivos*, y por otra, al criterio sustentado en el fundamento de derecho tercero de la sentencia apelada, párrafos primero a séptimo, en particular en el quinto; que ha servido para resolver el carácter consorcial, no impugnado de otras fincas. Resulta que el actor y su hermana, aun por títulos diferentes, recibieron pro indiviso de sus ascendientes la totalidad de la finca, y es de estimar el recurso respecto de la misma.

Cuarto: Por lo que respecta a la finca número cinco de la sentencia: Rústica, olivar en el paraje «Campo», conocida por

cuencas, expresa la sentencia como título de adquisición: fue donada por doña Damiana Ortego Blasco en escritura notarial de 27 de diciembre de 1955; recobrando la tercera parte indivisa correspondiente a su hijo Luis a su fallecimiento; en este tercio sucedieron Joaquín y Juana a su madre, en virtud de testamento de ésta.

La institución de Derecho civil aragonés «consorcio o fideicomiso foral», en el apéndice al Código Civil de 7 de diciembre de 1925, no era recogida, fue la compilación aprobada por Ley de 8 de abril de 1967, quien la introduce en artículo 142, la cual carece de disposición transitoria específica relativa a dicha norma, por lo que conforme a su transitoria duodécima, las demás cuestiones de carácter intemporal que puedan suscitarse se resolverán aplicando el criterio que informa las disposiciones transitorias del Código Civil.

Según la disposición transitoria segunda de éste: «Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas». Por tanto, en virtud de la anterior donación los tres hijos adquirieron proindiviso el dominio de esta finca cinco, sin que se constituyera consorcio foral entre los mismos, pues no se había aprobado la Compilación de 1967, y no se produjo el efecto tercero del citado artículo 142: si un consorte muere sin descendencia antes de la división su parte accede a los demás consortes; sino que su madre recobró la tercera parte indivisa correspondiente a su hijo Luis, fallecido el 27 de abril de 1957.

Cuando el actor y su hermana suceden en este tercio a su madre en virtud de testamento de ésta, no se constituyó consorcio foral sobre la totalidad de la finca.

Quinto: Respecto a las fincas números seis a diez inclusivos y quince de la sentencia: Título: Herencia de don Luis Murillo Tejadadas a quien pertenecían privativamente, y asignadas por su esposa, doña Damiana Ortego Blasco, como fiduciaria de su marido, en escritura notarial otorgada el 28 de noviembre de 1934, en pro indiviso a sus tres hijos, adjudicándose la fiduciaria al fallecimiento de su hijo Luis el tercio que a éste le correspondía, en el que había sucedido Joaquín y Juana a su fallecimiento.

Es de hacer las consideraciones del fundamento de Derecho tercero de esta resolución para la finca urbana, casa número 2 de la sentencia; por tanto, es de estimar el recurso de apelación en cuanto a las mismas.

Sexto: Las fincas rústicas once, campo en el paraje «Sópez Collado», y doce, campo en el paraje de «Priñén»; título: pertenecían al padre del actor privativamente en cuanto a una mitad indivisa, y al matrimonio Murillo Ortego en cuanto a la otra mitad indivisa, que adquirieron por compra constante matrimonio. La madre, doña Damiana, asignó como fiduciaria y donó la cuarta parte indivisa que le correspondía en la escritura otorgada en 27 de diciembre de 1955, atribuyéndose al fallecimiento de su hijo Luis por recobro la tercera parte indivisa que a éste correspondía, en la cual sucedieron a doña Damiana por partes iguales Joaquín y Juana a su fallecimiento. En consecuencia, si la madre donó la cuarta parte indivisa que le correspondía en la escritura de 27 de diciembre de 1955, entonces, conforme a las consideraciones del fundamento jurídico tercero de esta resolución, no se ha constituido consorcio foral sobre la totalidad de estas fincas once y doce, como sostiene el recurso interpuesto.

Séptimo: Finalmente, las fincas rústicas trece, olivar en el paraje «Toledo», y catorce, olivar en el paraje «Collado», tienen como título de adquisición que pertenecieron a la sociedad conyugal de don Luis y doña Damiana, siendo asignados y donados por ésta, por terceras partes indivisas, a sus tres hijos, en la escritura notarial de 27 de diciembre de 1955, recobrando la madre una tercera parte al fallecimiento de su hijo Luis, en la que sucedieron posteriormente Joaquín y Juana Murillo.

Por lo expuesto en el fundamento de derecho anterior, es de confirmar la sentencia apelada respecto de las mismas.

Octavo: En definitiva, se estima el recurso de apelación interpuesto respecto de las fincas 2-6 a 10 y 15, que se incluirán en el apartado a) del fallo y se desestima en cuanto a las fincas 1, 5, 11, 12, 13 y 14.

Noveno: Estimándose en parte el recurso de apelación interpuesto, no procede hacer condena en costas de esta

segunda instancia (art. 710.2.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

47

NÚM. 47

S. APZ de 24 de octubre de 1998

0: OTRAS MATERIAS: DERECHO INTERNACIONAL: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL. 6634: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: DISOLUCION: Robo con fuerza en las cosas: Proceso penal: *Tras medidas provisionales que confieren a la mujer el uso exclusivo del domicilio conyugal, el marido, sirviéndose de llaves de local adjunto, logra sustraer unos cuadros, un teléfono y un fax, bienes presuntamente comunes e inventariados a efectos de la liquidación de la comunidad conyugal. La sentencia plantea cuál sea el régimen de matrimonio (en razón de la vecindad civil del marido en el momento de casarse, antes de 1990), y absuelve, indicando que la calificación penal correcta de los hechos sería la falta de coacciones.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 9.2 y 16.1.1 Cc.; arts. 238, 239, 455 y 620 Cpen.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Mauricio Murillo y García-Atance.

La Sección 1.^a de la APZ vio en juicio oral y público la causa procedente del juzgado de Instrucción número 3 de Zaragoza, en relación a un delito de robo con fuerza en las cosas del que se acusa a Jorge Luis Martínez Suárez, ejercitando la acusación particular su cónyuge, ya separada legalmente del acusado, María Pilar Ortega Cano.

La Audiencia estima que no hay robo ni hurto al ser los bienes sustraídos por el esposo comunes a ambos, pues no se había procedido todavía a la liquidación de la comunidad, en este caso ganancial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Se imputa al acusado por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, personada en las actuaciones, la comisión de un delito de robo con fuerza en las cosas al emplearse para ello llaves que al efecto tienen la consideración de falsas, por no haberse entregado pese a haber sido requerido para ello de modo legal y formal, en casa habitada, ya que el hecho se cometió en un domicilio que es el habitual de la esposa e hijo del acusa-

do, y de la que se halla separado. El acusado se apoderó para sí de los bienes que se expresan en el relato histórico y cuyo valor supera, a tenor de las tasaciones efectuadas, las 50.000 pesetas.

Viene exigiendo la Jurisprudencia de nuestros Tribunales para considerar que existe el delito de robo con fuerza en las cosas, los siguientes requisitos o elementos: a) el apoderamiento de una cosa mueble realizado por el agente; b) el ánimo de lucro, entendiéndose como tal, sobre la base del anterior requisito, que exista voluntad de hacerla para sí, es decir, para ingresarla en el propio patrimonio (SSTS 30.3.1999 y 11.10.1990); c) que la cosa mueble tenga algún valor (STS 14.7.1989); d) empleo de fuerza, entendida como tal, en el hecho de quebrantar las protecciones para acceder al contenido y no cuando se produce simplemente una fuerza en el objeto protector o continente para apoderarse de él (SSTS 22.7.1991, 17.12.1991 y 27.2.1993); y dentro de los 3 supuestos del art.^o 238 del Código Penal; y e) ajenidad o ajenidad de la cosa apoderada, lo que debe ser objeto de estudio concreto en los siguientes fundamentos jurídicos.

Segundo: Planteados los requisitos que exige nuestra jurisprudencia para considerar cumplido el tipo delictivo del robo con fuerza en las cosas, está claro que existió un apoderamiento de cosas muebles, comprensibles de cuadros y de un fax y un teléfono, valorados todos ellos en más de 50.000 pesetas como queda relatado en la narración histórica, tras las pericias practicadas durante la instrucción sumarial, y que dichos objetos fueron tomados por el acusado para sí, con ánimo de incorporarlos a su patrimonio, circunstancias que reconoce en el acto del Plenario lisa y llanamente, al namifestar que eran suyas y que por ello se las llevaba.

Se plantea el foro de discusión en las dos circunstancias siguientes, como es la de determinar si hay fuerza en las cosas, y si éstas son o no ajenas al agente imputado.

En cuanto a la fuerza en las cosas, tanto el Ministerio Fiscal como la Acusación Particular han manifestado en sus conclusiones definitivas la existencia de fuerza en las cosas ejercida en el continente donde se ubicaban las cosas muebles que toma para sí el acusado, ya que empleó unas llaves, que aunque legítimas, tenía

que habérselas devuelto por imperativo legal y legítimo derivado de una concreta orden judicial que a ello le obligaba, ya que la apertura de la puerta que realizó con las mismas el acusado, lo fue en dependencia ajena del domicilio al que se le impedía acceder y por lo tanto adquiría la naturaleza de aquél a los efectos de entender su acceso en la prohibición judicial impuesta al decretarse las medidas de separación matrimonial.

En lo que respecta al uso de las llaves que eran las que tenía el acusado, distintas de las de acceso al domicilio conyugal, y que entregó en su momento, debe entenderse que son falsas a los efectos del tipo delictivo que aquí se plantea, siempre y cuando el acusado hubiera tenido la obligación de devolverlas y no lo hubiera realizado dado el mandato contenido en la resolución del Juzgado de Familia que atribuía el exclusivo uso del domicilio conyugal a la esposa, y ello a tenor de lo expuesto en el artículo 239 del vigente Código Penal en relación con el nº 4 del artículo 238 del mismo cuerpo legal.

Por el contrario no podrán considerarse llaves falsas, si al acusado no se le impuso la obligación de devolverlas.

Considera la Sala que las llaves que empleó el acusado para acceder al domicilio conyugal no son llaves falsas a los efectos de entender la aplicación del tipo delictivo que se imputa al acusado, ya que ha quedado probado que el acceso al domicilio se hizo a través del estanco, anejo al domicilio y con acceso independiente a éste, si bien entre ambos existe una comunicación interior, y ello por considerar que el estanco no es dependencia aneja al domicilio al objeto de entenderlo como tal. La razón del argumento expuesto estriba en el propio Auto de medidas provisionales dictado en el Juzgado de Familia de Zaragoza en fecha 12 de Diciembre de 1996 y aclarado en fecha 17 del mismo mes y año, pues a los efectos del pago o abono de los créditos hipotecarios que gravaban el domicilio y el estanco, distingue entre aquél y éste, lo que debe interpretarse en el sentido de que son dos bienes distintos, circunstancia favorable para el acusado en aplicación del principio IN DUBIO PRO REO. Expuesto lo antecedente debe

colegirse que en ningún momento se requirió por el Juzgado al acusado para que entregara las llaves que abrían el estanco, por lo que no puede reputarse que las mismas sean falsas a los efectos previstos e interpretados jurisprudencialmente, en los artículos 238.4 y 239 del vigente Código Penal, por lo que los hechos y en razón de la homogeneidad de los tipos penales, deben considerarse dentro del ámbito del hurto.

Tercero: Efectivamente, la falta del requisito de fuerza, degrada prima facie los hechos al hurto, tipo delictivo que requiere los mismos elementos configuradores que el robo, a excepción de la violencia o intimidación en las personas y la fuerza en las cosas, que se concreta en este caso en lo dispuesto en los artículos 238 y 239 del vigente Código Penal. Así, mientras el hurto se caracteriza por las notas de clandestinidad, furtividad y actuar subrepticio, en el robo inexorablemente ha de concurrir el requisito de la violencia o intimidación en las personas o fuerza en las cosas (SSTS 5.11.1986 y 16.7.1993). Si, como se ha expuesto, el acusado penetra en el domicilio que fue el suyo donde vive su hijo, aunque tenga el uso exclusivo del mismo su esposa de quien se haya separado, ello debe entenderse comprendido, en este caso, en el tipo delictivo del hurto pues ello implica la atribución de las notas expuestas de clandestinidad, furtividad y actuar subrepticio que definen el citado tipo penal, previsto en el artículo 234 del vigente Código Penal.

El problema que se plantea en este momento es el de determinar si las cosas o bienes muebles de los que se apodera el acusado, tienen la característica de ajeneidad o ajeneidad configuradora del tipo penal de hurto, circunstancia también predicable del robo.

Alega el acusado que tales bienes eran de su exclusiva propiedad, si bien el teléfono y el Fax se compraron constante matrimonio, no así los cuadros que eran anteriores al matrimonio. La esposa por su lado durante la instrucción y en el Plenario, manifiesta que los cuadros los compraron constante matrimonio, si bien a preguntas del Ministerio Fiscal, manifiesta que su marido los aportó al matrimonio. Se plantea la cuestión, así de determinar cual es el régimen conyu-

gal del matrimonio. El acusado es asturiano y por lo tanto y siguiendo el criterio de la ley personal, sujeto al régimen general del conyugal, la esposa por el contrario es aragonesa y sujeta a los dictados de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, si bien por casarse con anterioridad a 1990 adquiere la vecindad civil del marido, lo que implica la sujeción del matrimonio al régimen de gananciales, circunstancia que queda clara también en el artículo 16.1.1, al determinar que el matrimonio se regirá por la legislación de la ley personal del marido en el momento del matrimonio, que será el de gananciales o de adquisiciones onerosas constante matrimonio. Ahora bien, independientemente que se considere o no, que el hecho de casarse en territorio aragonés pudiera considerarse una especie de capitulación tácita a los efectos de considerar que nos hallamos ante el régimen consorcial aragonés y por aplicación del principio constitucional de igualdad de sexos, lo cierto es que el teléfono y el Fax se adquieren constante matrimonio sin que el marido justifique y al mismo corresponde probarlo, que los ha comprado con bienes privativos, y los cuadros son incluidos como comunes en el inventario presentado en su momento en el Juzgado de Familia por el acusado lo que implica su reconocimiento claro y contundente de que son comunes, no pudiendo colegirse lo contrario pues nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, lo que implica que hay que dar validez a las declaraciones de la esposa de que fueron adquiridos constante matrimonio por lo tanto son comunes.

Llegados a este punto la cuestión estriba en determinar si los bienes de los que se apodera el acusado, que son comunes con su esposa, tienen la característica de ajenidad o ajeneidad o no. Hay opiniones doctrinales como la mantenida por Muñoz Conde que entiende que hay hurto en la apropiación de la cuota proporcional antes de que se proceda a la división si con ello se perjudica el valor económico del todo, en tanto la ajenidad debe ser entendida como la falta de legitimación para disponer de las cosas sin autorización de los condóminos. Por su parte García Arán manifiesta que no es necesaria una reinterpretación del concepto de ajenidad a estos efectos para establecer la punibilidad del apoderamiento

ilícito de cosas en régimen de copropiedad. En aquellos casos en que falte el desplazamiento de la cosa sin salida del ámbito de disponibilidad de los restantes propietarios no cabe hablar de hurto, y los eventuales perjuicios serán sólo acreedores de reclamación civil. Pero, habiendo sustracción, de la misma forma que en la propiedad pro indiviso las cosas no son ajenas a ninguno de los copropietarios, tampoco puede negarse que exista propiedad sobre la cuota proporcional. Lo que sí existe en la sustracción de una cuota proporcional antes de la división de la cosa, es una afectación a la legítima posesión del condónimo cometida por quien es propietario de dicha cuota, contra quien tiene derecho de disposición y posesión sobre la misma, porque en el artículo 236 del vigente Código Penal nada dispone que el legítimo poseedor sea también, copropietario de la cosa que de esta forma, resulta protegido frente al otro copropietario de la misma.

Ambas opiniones fuerzan el concepto de ajenidad, y no dejan de ser, aunque interesantes, opiniones contrarias al sentir general de la doctrina y la jurisprudencia que atiende a la ajenidad de la cosa mueble entendiendo a ésta como a un todo y no por cuotas, lo que implica la exclusión de lo dispuesto en el artículo 236 del vigente Código Penal, y por cuanto es requisito que el apoderamiento lo sea de la ajeno, no pudiéndose entender por tal aquellos bienes disfrutados en común en cuanto su disponibilidad es accesible, tanto desde el punto de vista lógico como legal, a cualquiera de los copartícipes (STS 17.2.1992), cuestión pues aplicable a los bienes comunes previa la liquidación de la sociedad conyugal, dada la expectativa que se tiene de poder tenerlos como propios o para sí.

No hay ajenidad de la cosa, y por tanto tampoco hay hurto.

Cuarto: Llegado a este punto se pueden hacer muchas disquisiciones, como por ejemplo considerar que los hechos se pueden encuadrar en un tipo delictivo previsto en el artículo 455 del Código Penal de la realización arbitraria del propio derecho, y aunque la sentencia concreta del Tribunal Supremo de 3.11.1990, estima que el citado tipo delictivo es un robo impropio, y la fuerza o vis in re, no es históricamente propia del

delito de robo, lo que favorecerá su aplicación por considerarlo figura homogénea al robo, lo cierto es que su inclusión como delito contra la Administración de Justicia en el título XX del Libro II del vigente Código Penal, hacen imposible su aplicación por heterogeneidad, al estar el robo en el Título XIII del mismo Libro II del vigente Código Penal.

Podría considerarse asimismo que nos hallamos ante un delito de Allanamiento de Morada perseguible por el procedimiento de Jurado previsto en la Ley especial que lo regula, pero lo cierto es que nos hallamos ante versiones contradictorias de los hechos, la esposa dice que no le permitió entrar, lo que sí dice el marido, aquí acusado, siendo que la mujer no estaba esa noche en el domicilio conyugal, lo que no deja de ser una curiosa coincidencia, el marido tenía acceso legal del estanco, lo que le permitiría acceder sin trabas al domicilio conyugal. Se plantea un dubio que debe ser resuelto favorablemente al reo, por lo que procede también la exculpación por este delito.

Quinto: Lo que no se puede negar de ninguna manera es que el acusado empleó una vía de hecho que a tenor de los antecedentes obrantes y ya expuestos debería de ser objeto del oportuno reproche legal, ya que se dan los requisitos que la jurisprudencia exige al interpretar y aplicar el artículo 177 del vigente Código Penal, como son: a) una vis compulsiva contra la esposa ejercida a través y por el hecho de llevarse los cuadros, el Fax y el teléfono; b) un modus operandi encaminado a hacer lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiera, sea justo o injusto; c) hay una intensidad suficiente para ser delito; d) hay un ánimo tendencial consistente en un deseo de restringir la libertad ajena, privando de los bienes a los que también tendría derecho, y e) una ilicitud del acto examinado desde la perspectiva social (SSTS 10.4.1987 y 6.10.1995, entre otras muchas). Ahora bien por el mismo criterio de heterogeneidad ya expuesto, no cabe la condena por tal delito de coacciones comprendido en el título V del Libro II del vigente Código Penal, ya que no hay acusación formal ni material por este delito, y no puede tampoco imponerse la condena por falta de coacciones ya que el criterio de heterogeneidad abar-

ca también a las faltas, y la conducta del acusado, no ha sido calificada correctamente, lo que implica su impunidad habida cuenta que el principio acusatorio es aplicable a las faltas que recogen por lo tanto la condición de heterogeneidad que impide una condena por ello.

Sexto: Las costas se impondrán a los criminalmente responsables de todo delito o falta (artículo 123 Código Penal), no debiendo incluirse las de la Acusación Particular porque no han sido relevantes en este juicio.

Vistas las disposiciones legales citadas y los artículos 1, 2, 10, 15, 27, 28, 32, 33, 35, 36, 50, 53, 54, 58, 61, 66, 109 a 115, 116 a 122, 123, 127 y 128 del Código Penal y los 142, 203, 239 a 241, 741 y 742 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El Tribunal: por la autoridad que le confiere la Ley, emite el siguiente:

FALLAMOS

Que debo absolver y absuelvo libremente a Joge Luis Martinez Suarez del delito de robo con fuerza en las cosas de que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal y la Acusación Particular y con declaración de costas de oficio.

Queden las cosas muebles recuperadas en poder de su poseedora hasta que se practique la oportuna liquidación de la sociedad conyugal.

Cumplase lo dispuesto en el artículo 265 de la L.O.P.J.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

NÚM. 48

S. APZ de 28 de octubre de 1998

84: SERVIDUMBRES: DE PASO:
Usucapión: Servidumbres no aparentes. Se niega la existencia de servidumbre de paso sobre la finca del actor (aunque acaso cabría constituirla por ser fundo sin salida el del demandado). No hay camino propiamente dicho, sino que el paso se utiliza exclusivamente para realizar las labores propias del agro: por tanto, servidumbre discontinua y no aparente. Puesto que no hay justo título no cabe usucapión. Tampoco se ha demostrado la posesión inmemorial.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 148 Comp.; arts. 532, 564 y 567 Cc.

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

Don Emiliano Saz Lapuerta, ante el JPI de Daroca, interpone demanda en autos seguidos en juicio de cognición, ejercitando acción negatoria de servidumbre contra don Mariano García Barra y otra.

El Juzgado, en sentencia de 23 de marzo de 1998, estima la demanda y declara no haber lugar a la servidumbre. La parte demandada interpone recurso de apelación.

Formado el rollo de apelación, la Sección 5.ª de la APZ estima el recurso interpuesto en lo tocante a las costas, confirmando en lo demás la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan en parte los de la sentencia recurrida, y:

Primero: Centra bien la *quaestio litis* la juez de Instancia cuando enfoca la misma desde la óptica de la acción negatoria de servidumbre y no entra a considerar sobre un posible derecho de los demandados a constituir una servidumbre de paso, ya que, para tal fin, se hubiere precisado del ejercicio de una acción, mediante la pertinente reconvencción.

Segundo: En su consecuencia, el tema debatido ha de limitarse a concretar si los demandados poseen la servidumbre de paso (no si tienen derecho a ello ex art. 564 y 567 del Código Civil) como titulares de un predio dominante.

Tercero: Lo que resulta palmario y admitido por ambas partes litigantes es el hecho de que no hay título alguno de adquisición del meritado derecho real, lo que nos conduce inexorablemente a la posible adquisición del mismo mediante el instituto de la prescripción adquisitiva.

Cuarto: A tal fin habrá que calificar la presunta servidumbre en litigio. De la prueba practicada se colige que estamos ante un paso —no un camino propiamente dicho— que se utiliza exclusivamente para realizar las labores propias del agro, relativo a la finca de los demandados. Por tanto, servidumbre discontinua y no aparente (art. 532 del Código Civil).

Quinto: Esto nos remite al artículo 148 de nuestra Compilación Foral. Obviamente, habremos de remitirnos al último inciso del precepto, ya que en el caso enjuiciado no aparece (ni siquiera se alega) la existencia de «justo título».

Sexto: De la prueba practicada —fundamentalmente testificales contradictorias— no se infiere con la precisión suficiente que estamos ante un paso de posesión inmemorial. Ciertamente que puede haber indicios, sobre todo si se pone en conexión las testificales de los demandados con la prueba de reconocimiento judicial. Mas, no es ello suficiente, tanto a la vista de los testigos de los actores como del informe de la Confederación Hidrográfica del Ebro.

Séptimo: Atendiendo, pues, al principio de libertad de fundos como presunción *iuris tantum*, procederá confirmar la sentencia. Si bien el dispar contenido de las pruebas permite aplicar la excepcionalidad del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que implicará la estimación parcial del recurso en dicha materia.

NÚM. 49

S. APZ de 9 de noviembre de 1998

662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO: INSTITUCIONES FAMILIARES CONSUETUDINARIAS: Casamiento a sobre bienes: *El marido, en liquidación de la sociedad conyugal tras separación judicial, reconviene alegando un contrato verbal de «acogimiento o casamiento a sobre bienes» concertado entre él mismo y su mujer, de una parte, como acogidos y los padres de su esposa, como acogentes. Se desestima, por falta del requisito de escritura pública de capitulación. El hecho de que el marido se trasladara a la localidad y casa de habitación de los padres de su mujer y se dedicase al cultivo y gestión de las fincas de los suegros no acredita la realidad del pacto. Son privativas de la mujer las imposiciones a plazo fijo efectuadas a lo largo de muchos años, procedentes del dinero que le donaron sus padres (se entiende que por subrogación).*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 33 y 52.2 Comp.; art. 1392.3 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Eduardo Navarro Peña.

María Pilar Millán Soro, ante el JPI n.º 6 de Zaragoza, interpone demanda en autos (397/97) de juicio declarativo de menor cuantía sobre liquidación de la comunidad de bienes contra su cónyuge, don Manuel Oliver Lapuente, que reconviene alegando, entre otras cosas, la existencia, por acuerdo verbal, de un casamiento a sobrebienes.

El Juzgado, en sentencia de 22 de diciembre de 1997, estima la demanda y acoge en parte la reconversión. El demandado reconviniendo apela la sentencia de instancia.

Formado el rollo de apelación (66/98), la Sección 4.ª de la APZ desestima el recurso interpuesto y confirma la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida, en cuanto no se opongan o contradigan a los que se exponen a continuación.

Primero: La hoy apelada, doña María Pilar Millán Soro, promovió demanda de juicio de menor cuantía frente a su esposo, don Manuel Oliver Lapuente, sobre liquidación del patrimonio consorcial del matrimonio, al haber quedado disuelta la comunidad legal por la que se regía su régimen económico, tras decretarse su separación por sentencia firme recaída en autos de juicio número 1494/95 del Juzgado de Primera Instancia número 5 de esta ciudad, y ello de conformidad con lo normado en el artículo 52.2 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, en relación con el artículo 1392.3.º del Código Civil, solicitando se declarasen como bienes privativos de la actora las fincas rústicas detalladas en el hecho tercero de su demanda, debiendo serle devueltas por el demandado; la suma de once millones de pesetas donada a ella por sus padres e invertida en determinadas imposiciones a plazo fijo a nombre suyo y de su hija, doña María Pilar Oliver Millán; la vivienda sita en paseo de la Justicia, de Fuentes de Ebro. Que se declarasen como únicos bienes inmuebles integrantes del patrimonio consorcial los relacionados en el hecho cuarto de la demanda, integrándose en dicho activo el importe de las dos imposiciones a plazo fijo números 00251003478 y 00251003487 de la oficina del Banco Zaragozano de la calle Miguel Servet, de esta ciudad, y como pasivo de la socie-

dad, lo establecido en el hecho quinto de la demanda, más los recibos de gastos que se vayan generando a lo largo del presente proceso, y que ascendían al momento de formular aquella a 319.157 pesetas, dividiéndose por mitad los bienes comunes entre ambos cónyuges conforme al hecho sexto de la demanda, así como también el pasivo, declarándose asimismo la obligación del demandado de indemnizar a la actora en la cantidad a fijar en ejecución de sentencia por el tiempo que demorase la devolución de los bienes privativos de la misma, así como de los bienes comunes que le fueran adjudicados.

El demandado se opuso a dicha demanda excepcionando la falta de litis consorcio pasivo necesario y la inadecuación de procedimiento, sobre la base argumental de que la liquidación del mentado patrimonio consorcial requería inexcusablemente llevar a cabo, al propio tiempo, la del consorcio foral familiar derivada de «casamiento a sobre bienes» concertado verbalmente entre los cónyuges litigantes y los padres de la actora, don Manuel Millán Escuaín y doña María Soro Naharro, con ocasión de contraer aquellos matrimonio, con el compromiso de vivir en la casa de estos últimos y de encargarse el hoy demandado de dedicarse al cultivo y explotación de las fincas de sus suegros, lo que ha venido efectuando desde entonces, liquidación que requería la llamada al proceso de los padres de la actora, lo que no había tenido lugar con la consiguiente defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal. Al propio tiempo, dedujo demanda reconventional, condicionada a la corrección de dicho defecto procesal, en la que venía a interesar que se declarase que entre los hoy litigantes y el matrimonio formado por los padres de la actora se había celebrado un contrato atípico creador de una situación permanente de comunidad familiar a la que le era de aplicación lo normado en el artículo 34 de la referida Compilación a los fines liquidatorios; que consiguientemente se declarasen incluidos en el acervo de la misma cuantos bienes figurasen vinculados a dicha comunidad, con independencia de la cualidad registral de los mismos, así como el haber dinerario que apareciere a nombre de cualquiera de ambos cónyuges al inicio del proceso de

separación matrimonial; que se fijasen los criterios para la liquidación y partición de dichos bienes conforme venía a exponer el reconviniente.

La juzgadora de instancia, tras desestimar mediante auto de 27 de junio de 1997 las dos citadas excepciones procesales, resuelve en su sentencia de 22 de diciembre estimar sustancialmente la demanda principal y parcialmente la reconvenzional, en la forma que se contiene en el fallo de la misma, anteriormente transcrito.

Frente a dicha resolución, se alza el demandado-reconviniente, por medio del recurso de apelación ahora analizado, interesando que con revocación de la misma se acojan en su integridad los pedimentos contenidos en su escrito de contestación a la demanda.

Procede la desestimación de dicho recurso, y ello de conformidad con los siguientes razonamientos.

Segundo: Por lo que atañe, en primer lugar, a la pretensión reiterada por el recurrente de que se reconozca la existencia de un contrato verbal de «acogimiento o casamiento a sobre bienes» concertado entre los hoy litigantes, como acogidos, y el matrimonio formado por los padres de su esposa, como acogentes, lo que constituye la base fundamental de su recurso, debe ser rechazada toda vez para que nazca a la vida jurídica dicha institución familiar consuetudinaria, a la que alude el artículo 33 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, se requiere, tal como resulta del propio contenido de dicho precepto, ubicado dentro del capítulo destinado a la regulación del régimen matrimonial paccionado, que dicho contrato se plasme en escritura pública de capitulaciones, al tener por objeto la regulación de relaciones patrimoniales entre matrimonios, siendo de su esencia la fijación precisa de los derechos y obligaciones de los contratantes.

Que ello es así lo tiene establecido de forma unánime la doctrina científica y así se desprende también de los antecedentes históricos constituidos por los proyectos de Apéndice de 1904 y 1924, que al tratar de dicha institución en sus artículos 309 y 71, respectivamente, hacían expresa referencia a la capitulación

como forma esencial de dicha modalidad contractual.

El simple hecho de que el apelante y su esposa viviesen desde el inicio de su vida matrimonial en la casa de los padres de aquélla, en Fuentes de Ebro, adonde se trasladó desde Zaragoza donde vivió de soltero, y de que se dedicase al cultivo y gestión de las fincas de sus suegros desde entonces, resulta insuficiente para establecer la existencia de tal pretendida institución familiar, máxime cuando ni tan siquiera se acredita la realidad de pacto, ni su plasmación en la correspondiente escritura pública de capitulaciones.

Tercero: La configuración del activo y del pasivo del patrimonio consorcial de los cónyuges litigantes que se establece en la sentencia de instancia es de todo conforme a lo normado al respecto en los artículos 37, 40, 41 y siguientes de la Compilación, así como la determinación de los bienes privativos de cada uno de los mismos, según lo dispuesto en los artículos 38 y 39 de aquélla, a la vista del resultado que arroja el conjunto de la prueba practicada, y señaladamente la documental integrada por las copias de las escrituras públicas de donación y compraventa aportadas a autos, relativas a las fincas rústicas y urbanas que se relacionan en el inventario del activo de dicho patrimonio consorcial, como en la relación de bienes privativos de cada cónyuge.

Asimismo, queda acreditado cumplidamente por la documental obrante a los folios 517, 518, 585 a 588 y testifical del señor Alcacera Alegre (folio 592) que el importe de las imposiciones a plazo fijo que aparecen efectuadas a lo largo de muchos años a nombre de la actora-apelada y de su madre corresponden a dinero propiedad de la privativa de la señora Millán Soro.

NÚM. 50

S. APZ de 2 de diciembre de 1998

6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: BIENES COMUNES: Bienes muebles: BIENES PRIVATIVOS: Inmuebles o sitios aportados al matrimonio. PRESUNCION DE COMUNIDAD: 6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: PASIVO: CARGAS DEL MATRIMONIO. Son comunes los muebles existentes en el domi-

cilio conyugal, teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 40 Comp. y 1361 Cc., ya que «no se ha desvirtuado la presunción de ganancialidad» (se omite referencia al art. 37.4 Comp.). Es privativo el negocio de venta al por menor de pescado, pues se adquirió varios años antes del matrimonio (art. 39.1, en relación con el 38 Comp.), si bien la comunidad acreditada frente al cónyuge la cantidad abonada durante el matrimonio; de modo similar respecto del puesto de venta de pescado adquirido antes del matrimonio y pagado en parte durante el mismo (art. 1357 Cc.). El edificio y piscina construidos sobre finca rústica privativa son privativos, pero al hacerse la mejora con dinero común habrá de abonarse a la comunidad el aumento de valor (art. 1359.2 Cc., y art. 47.1 Comp.). En cuanto a cantidad de que dispuso el marido, se entiende que se trata de gastos «a cargo de la sociedad de gananciales» (art. 1362 n.º 3 Cc.).

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 40 y 47.1 Comp.; arts. 1357, 1359,2 y 1361 Cc.

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

Doña Alicia Fernández Ainoza, ante el JPI n.º 5 de Zaragoza, interpone demanda en autos (1142/97) de juicio de menor cuantía sobre liquidación de la sociedad conyugal contra su consorte, don Miguel Ángel López Latorre.

El Juzgado, en sentencia de 15 de mayo de 1998, estima en parte la demanda. Ambas partes apelan dicha sentencia.

Formado el rollo de apelación (449/98), la Sección 4.ª de la APZ estima el recurso del marido y no el de la esposa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En el presente proceso derivado de la liquidación de la sociedad consorcial (art. 1316 del Código Civil y 484 y 488 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) formada por las partes contentientes, recayó sentencia y auto aclaratorio de instancia por el que se declaraba que el activo de la sociedad comprendía los siguientes bienes:

a) Fondo de inversión en activos del mercado monetario (FIM) por valor de 10.033.714 pesetas.

Letras del Tesoro por valor de 10.163.465 pesetas.

Depósito en la libreta ordinaria número 0182 0741860011501783, por valor de 65.920 pesetas.

Póliza de seguro individual de pensiones suscrita por la compañía Pelayo, con el número de certificado individual 06.017799.000197.4, por 995.028 pesetas.

Fondos de inversión en activos del mercado monetario (FIM) por valor de 10.033.714 pesetas.

Letras del Tesoro por valor de 7.000.000 de pesetas.

b) Un vehículo matrícula Z-5934-O, por valor de 50.000 pesetas.

c) Muebles existentes en el domicilio conyugal valorados en 2.061.000 pesetas.

d) Negocio de venta al por menor de pescados, situados en el puesto número 13 del Mercado de San Valero, en la calle Unceta, número 13, de Zaragoza, cuyo valor de liquidación es de 2.200.000 pesetas.

e) Mejora consistente en edificio con piscina sobre la finca rústica de carácter privativo del demandado, situada en el término municipal de Peñaflo, partida de «Los Guarales», finca número 22 en el camino de Perdiguera, cuyo valor se determinará en ejecución de sentencia.

f) Mejoras realizadas en el piso propiedad privativa del demandado sito en avenida de Navarra, 18, 7.ª F, de Zaragoza, por 379.500 pesetas.

g) Parte proporcional del 37,2 por ciento del valor que actualmente tenga el puesto de venta al por menor de pescado, puesto número 13 del Mercado de San Valero, sito en calle Unceta, número 13, de Zaragoza, cuyo valor también se determinará en ejecución de sentencia. No existiendo pasivo de la comunidad.

Segundo: El demandado recurrente muestra su conformidad en cuanto a los depósitos dinerarios, vehículos, mejoras realizadas en el piso sito en la avenida de Navarra, 18, 7.ª, de esta ciudad, mostrando su oposición en primer lugar al apartado relativo a los muebles existentes en el domicilio familiar, al negocio de venta al por menor de pescados sito en el puesto 13 del Mercado de San Valero de esta ciudad, mejora consistente en edificio

con piscina en la finca sita en el término municipal de Peñaflo y parte proporcional del 37,2% del valor que actualmente tenga el puesto de venta al por menor del puesto anteriormente mencionado. Por contra, la actora únicamente se adhiere al recurso en el apartado relativo al activo de la comunidad consorcial en la que debe añadirse 485.454 pesetas procedentes de la libreta ordinaria 639-22 de la CAI, dispuestos por el demandado.

Tercero: Respecto a los bienes muebles y teniendo en cuenta lo dispuesto en las actas 40 Compilación Derecho Foral de Aragón y 1361 del Código Civil, no se ha desvirtuado la presunción de ganancialidad de las mismas, la existencia de unas facturas a nombre del recurrente por las que se adquirirían algunos de aquellos no implica que fuera de su exclusiva pertenencia, siendo lógico pensar que estando próxima la boda fueran sufragados comunitariamente por ambos de forma que debe incluirse necesariamente en el activo consorcial, confirmandose la sentencia en este punto.

Cuarto: En cuanto al negocio de venta al por menor de pescados situado en el puesto 13 del Mercado de San Valero, de Zaragoza, necesariamente ha de prosperar el recurso. Se trata de un negocio iniciado por el padre del recurrente, adquirido por éste en el año 1981, siete años antes de contraer matrimonio, ha de considerarse pues un bien privativo del apelante (art. 39.1, en relación con el art. 38 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón), los documentos a que se refiere la sentencia de instancia para conceder la condición de ganancialidad al negocio forma parte de una actuación simulada por el entonces matrimonio dirigida a obtener la prestación de desempleo de una sola vez, como lo acredita el hecho de volverse a cambiar a nombre del recurrente una vez transcurrido el tiempo mínimo para no tener que ser devuelta al INEM la prestación contributiva, todo ello sin perjuicio de reconocer el crédito de la comunidad consorcial contra el recurrente por el importe de las 700.000 pesetas abonadas debidamente actualizadas.

Quinto: En cuanto a la parte proporcional del 37,2 por ciento del valor que actualmente tenga el puesto de venta al que menor susodicho, no consta acredita-

do que la totalidad del pago del precio aplazado fuera realizada antes de contraer matrimonio por el hoy recurrente; no obstante, se trata de un bien adquirido antes de comenzar la sociedad que tiene siempre carácter privativo (art. 1357 del Código Civil), siendo en todo caso acreedora la sociedad conyugal por el dinero consorcial invertido por el recurrente en el abono del resto de plazos que quedaban una vez contraído matrimonio, cantidad que igualmente deberá ser actualizada, revocándose la sentencia en este punto.

Sexto: En cuanto a las mejoras realizadas en la finca rústica de la que el recurrente es copropietario, consistentes en edificio con piscina, la prueba practicada en autos indica que la construcción se realizó constante matrimonio, dada la poca consistencia de las facturas aportadas por el recurrente de fecha sospechosamente cercana a la de la celebración del matrimonio, aparte de la vincularidad familiar del contratista con su cuñado, por lo que al hacerse la mejora en bien privativo con dinero común la sociedad es acreedora del aumento de valor que los bienes tengan como consecuencia de aquella, al tiempo de la disolución de la sociedad (art. 1359, párrafo 2.º, del Código Civil, en su actual redacción, y art. 47.1.º de la Compilación), si bien habrá de tenerse en cuenta que según reconoce la actora (folio 3-3) en confesión judicial sólo se abonó la mitad de la edificación, correspondiendo la otra parte a la aportación de la hermana de su esposo, por lo que el activo de la sociedad será la mitad del aumento del valor antedicho.

Séptimo: En cuanto a la adhesión al recurso de la demandante, sobre el saldo existente en la cuenta 639-22 de la CAI, ha de partirse del saldo que recoge la sentencia de instancia por cuanto aun admitiendo la realidad de las cargas a los que se refiere la actora en su escrito obrante al folio 310 se trata de gastos a cargo de la sociedad de gananciales (art. 1362 n.º 3 del Código Civil), por lo que en este punto se confirma la sentencia de instancia.

Octavo: No procede especial declaración sobre las costas de esta alzada, dada la naturaleza del tema debatido.

51

NÚM. 51

S. APZ de 14 de diciembre de 1998

723: TESTAMENTO MANCOMUNADO: DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS: *No es disposición correspectiva aquella por la que ambos testadores instituyen herederos a su hija en usufructo y a sus nietos, por lo que puede revocarla el viudo en cuanto a su herencia.*

721: SUCESION TESTAMENTARIA EN GENERAL: NULIDAD DE TESTAMENTO: *Incapacidad: No se aprecia la incapacidad. La presunción de sanidad de juicio (en testadora no incapacitada) no ha sido desvirtuada.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 97.3 Comp.; arts. 663.2 y 737 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Eduardo Navarro Peña.

Doña María del Pilar Ramos Puig interpone demanda en autos (480/97) de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra doña María del Pilar Puig Fernando, ejercitando acción de nulidad de testamento.

El juzgado, por sentencia de 23 de febrero de 1998, desestima la demanda. La parte demandada apela la sentencia.

Formado el rollo de apelación (201/98), la Sección 4.ª de la APZ desestima el recurso de apelación, confirmando la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan en su integridad los correlativos de la sentencia de instancia, que hace suyos la Sala y los da por reproducidos en evitación de reiteraciones innecesarias.

Primero: Los motivos que aduce la demandante, señora Ramos Puig, como fundamento de su recurso de apelación contra la mentada resolución, a saber, error de derecho en que incurre la misma al negar el carácter correspectivo de las cláusulas de testamento mancomunado otorgado en fecha 14 de junio de 1995 por los cónyuges don Félix Puig Casasús y doña Victoriana Fernando Escario, y la contravención, en consecuencia, de lo normado en el artículo 97.3 de la Compilación de Derecho Civil

de Aragón por el testamento otorgado el 16 de abril de 1996 por la señora Fernando Escario, en estado de viuda, modificando las disposiciones correspectivas contenidas en dicho testamento mancomunado del año 95, lo que debía determinar la nulidad de aquél, y, en segundo lugar, error en la apreciación de la prueba pericial practicada en la instancia, al rechazar la incapacidad de dicha señora Fernando Escario al momento de otorgar su mentado testamento de 16 de abril de 1996, deben ser rechazados por resultar de todo punto carentes de fundamento, lo que determina el decaimiento de dicho recurso de apelación y la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia.

Segundo: Es doctrina jurisprudencial emanada de la Sala Primera del Tribunal Supremo, y que recogen, entre otras, las sentencias de la misma de 27 de enero y 12 de mayo de 1998 (RAJ 394 y 3570), que la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada, pues a toda persona debe preguntársele en su cabal juicio, como atributo normal del ser, de modo y manera que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción «*iuris tantum*», que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena para otorgar testamento y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario «evidente y completa», «muy complicada y convincente», «de fuerza inequívoca», como destaca dicha jurisprudencia, que señala, asimismo, que la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador, que previene el artículo 696 del Código Civil, adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre «cumplidamente» en vía judicial su incapacidad, destruyendo la enérgica presunción *iuris tantum* que revela el acto del otorgamiento, en el que se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el notario, recayendo en quien alega la incapacidad del testador la carga de su prueba.

Tercero: En el supuesto ahora analizado, la prueba pericial médica practica-

da en la instancia —informe del médico especialista en Neurología, doctor Antonio Oliveros Juste (folios 96 a 100 y 101 a 127, comprensivos de la historia clínica de doña Victoriana Fernando Escario, y folios 148 y 149), lejos de constatar en dicha testadora, a fecha 16 de abril de 1996, en que otorgó el testamento cuya nulidad se impetra por la parte actora, hoy apelante, el padecimiento de alguna afección mental grave que le hiciera desaparecer la conciencia de sus propios actos, incapacitándole para tal acto, según lo normado en el artículo 663.2.^º del Código Civil, concluye aseverando que no se registran datos objetivos que permitan sustentar la hipótesis de que la señora Fernando Escario tuviere a tal fecha una disminución patológica de sus funciones cerebrales superiores (especialmente memoria, orientación y capacidad de juicio), no habiéndosele ni tan siquiera diagnosticado demencia senil ni de ningún otro tipo.

Con tal acervo probatorio no cabe sino concluir aseverando, tal como acertadamente señala el juzgador a quo en su sentencia, que la presunción de capacidad para testar de que gozaba dicha señora al momento de otorgar su testamento en fecha 16 de abril de 1996, resta incólume, decayendo, por tanto, el alegato de la demandante en cuanto a la pretendida, por su parte, incapacidad de aquélla para tal acto, y con ello el segundo de los motivos aducidos como fundamento de su recurso ahora analizado.

Cuarto: Conforme preceptúa taxativamente el artículo 97, apartado 1, de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, la corresponsividad o condicionamiento recíproco de disposiciones otorgadas por los cónyuges en testamento mancomunado requiere la voluntad declarada de ambos en el mismo testamento o en documento público, estableciendo tal carácter de aquéllas.

Del examen del testamento abierto mancomunado otorgado en fecha 14 de junio de 1995 ante el notario de esta ciudad, don Pascual Gomis Vidal, por los cónyuges, don Félix Puig Casasús y doña Victoriana Fernando Escario, no cabe deducir que la disposición contenida en aquél, apartado tercero, por la que dichos testadores instituyen herederos,

en usufructo vitalicio, a su hija María Pilar Puig Fernando, y en nuda propiedad, por terceras e iguales partes indivisas, a sus tres citados nietos, María Pilar Ramos Puig y María y Eduardo Domeque Puig, fuese corresponsiva o recíprocamente condicionada, deviniendo, por tanto, irrevocable o inmodificable, tras la muerte de uno de dichos cónyuges, por el otro, ya que no existe voluntad declarada de ambos testadores de dotar a la aludida disposición de tal carácter, lo que no cabe deducir, por supuesto, de las disposiciones contenidas en los anteriores testamentos mancomunados otorgados por dichos cónyuges en fechas 27 de octubre de 1976, 22 de noviembre de 1978, 27 de octubre de 1983 y 6 de julio de 1990, cuyas copias obran en autos, como pretende la recurrente para basar el primero de los motivos de su recurso.

Quinto: Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, es claro y evidente que al otorgar doña Victoriana Fernando Escario, en fecha 16 de abril de 1996, siendo de estado viuda, tras haber fallecido su mentado esposo el 2 de diciembre de 1995, testamento abierto ante el notario de esta ciudad, don Manuel García Granero Fernández, en el que instituía heredera a su hija María Pilar Puig Fernando, y en defecto de la misma, a sus descendientes, no vulneró lo preceptuado en el artículo 97.3 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, ya que el testamento mancomunado de 14 de junio de 1995 no contenía disposición corresponsiva de institución de herederos que hubiere podido entenderse revocada o modificada por la del aludido testamento otorgado por aquélla tras el fallecimiento de su esposo, estando facultada legalmente dicha señora Fernando Escario para realizar esta nueva y última disposición testamentaria, conforme a lo normado en el artículo 737 del Código Civil, por lo que tampoco es de apreciar la segunda y última de las causas de nulidad hechas valer por la hoy apelante, tal como establece la sentencia recurrida.

Sexto: Ante el decaimiento del recurso de apelación formulado por la actora procede imponerle las costas de esta segunda instancia, según preceptúa el artículo 710 de la Ley Rituaria Civil.

52

NÚM. 52

S. APZ de 22 de diciembre de 1998

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: *Reja y red: Ejercitada acción negatoria de servidumbre, se estima y ordena colocar red de alambre en hueco para luces y vistas abierto en pared medianera; el hueco tenía reja de hierro y red de alambre hasta que se sustituyó la reja por otra de aluminio.*

84: SERVIDUMBRES: DE SALIDA DE HUMOS: *Ejercitada acción negatoria de servidumbre, se estima y ordena cerrar el hueco abierto en pared medianera para salida de humos de la caldera de calefacción individual.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 144.3 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Fernández Álvarez.

Don Adolfo Gil Aylagas y su cónyuge, ante el JPI n.º 13 de los de Zaragoza, en autos de juicio verbal (378/98), ejercitan acción negatoria de servidumbres contra don José Ramón Pérez Colás y su cónyuge.

El Juzgado, por sentencia de 11 de septiembre de 1998, estima parcialmente la demanda. La parte demandada apela la sentencia de instancia.

Formado el rollo de apelación (747/98), la Sección 2.ª de la APZ desestima el recurso de apelación formulado, confirmando íntegramente la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: De la prueba de autos se desprende que los demandados proce-

dieron a abrir en la pared medianera un hueco en el que colocaron el tubo de salida de humos de la caldera de su calefacción individual (ver folio 78, posición 2.ª), acto que llevaron a cabo sin contar con la oportuna autorización de los actores, por lo que deben proceder a su cierre, tal como acuerda acertadamente la resolución de instancia, pues su actuación no es ajustada a derecho, debiendo respetarse las limitaciones impuestas por las mútuas relaciones de vecindad.

Por otro lado, la ventana abierta en la mentada pared medianera ha de estar provista de red de alambre o protección semejante o equivalente, tal como previene el artículo 144.3 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón; tal exigencia consta claramente en el documento privado de fecha 27 de julio de 1972, suscrito por los anteriores titulares de las fincas colindantes, donde expresamente se dice que la pared de la nueva casa en construcción es medianil en toda su extensión, y que las ventanas que se abran en ella deberán tener rejas remetidas de hierro y red de alambre (folio 58); a mayor abundamiento, la prueba testifical acredita que las ventanas existentes en dicho medianil están provistas de reja, y la señora López García manifiesta que la ventana del señor Pérez Colás tenía red de alambre, y al cambiar la reja de hierro por otra de aluminio, no la puso.

Segundo: Las costas de esta alzada se imponen a la parte apelante, de conformidad con lo prevenido en el artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento 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.

- 1.5: LA VECINDAD CIVIL.
 - 1.6: PROBLEMAS DE DERECHO INTERREGIONAL.
 - 2: HISTORIA DEL DERECHO ARAGONÉS.
 - 2.1: FUENTES.
 - 2.2: HISTORIA HASTA 1707.
 - 2.3: HISTORIA POSTERIOR A 1707.
 - 3: TEMAS GENERALES.
 - 3.1: EXPOSICIONES DE CONJUNTO.
 - 3.2: JURISTAS ARAGONESES.
 - 3.3: TEMAS VARIOS.
 - 4: LA COMPILACIÓN Y SUS ANTECEDENTES.
- B) PARA BIBLIOGRAFÍA Y JURISPRUDENCIA
- 5: FUENTES
 - 6: PERSONA Y FAMILIA
 - 61: PERSONA Y FAMILIA EN GENERAL
 - 62: PERSONAS. EDAD
 - 63: AUSENCIA
 - 64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES
 - 65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES
 - 66: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL
 - 661: RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL EN GENERAL
 - 662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO
 - 663: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL
 - 6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: ACTIVO
 - 6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: PASIVO
 - 6633: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: GESTIÓN
 - 6634: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: DISOLUCIÓN
 - 6635: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN
 - 67: COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA
 - 68: VIUDEDAD
 - 681: EL DERECHO DE VIUDEDAD
 - 682: EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD
 - 683: EL USUFRUCTO VIDUAL
 - 7: DERECHO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE
 - 71: EN GENERAL. MODOS DE DELACIÓN. NORMAS COMUNES
 - 711: DERECHO DE SUCESIONES EN GENERAL
 - 712: MODOS DE DELACIÓN
 - 713: ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA

- 714: BENEFICIO LEGAL DE INVENTARIO
- 715: RESERVA DE BIENES
- 716: COLACIÓN
- 717: SUSTITUCIÓN LEGAL
- 718: CONSORCIO FORAL
- 72: SUCESIÓN TESTAMENTARIA
 - 721: SUCESIÓN TESTAMENTARIA EN GENERAL
 - 722: TESTAMENTO ANTE CAPELLÁN
 - 723: TESTAMENTO MANCOMUNADO
- 73: SUCESIÓN PACCIONADA
- 74: FIDUCIA SUCESORA
 - 741: FIDUCIA SUCESORA: DISPOSICIONES GENERALES
 - 742: FIDUCIA SUCESORIA COLECTIVA
- 75: LEGÍTIMAS
- 76: SUCESIÓN INTESTADA
- 8: DERECHO DE BIENES
 - 81: DERECHO DE BIENES EN GENERAL
 - 82: RELACIONES DE VECINDAD
 - 83: LUCES Y VISTAS
 - 84: SERVIDUMBRES
- 9: DERECHO DE OBLIGACIONES
 - 91: DERECHO DE OBLIGACIONES EN GENERAL
 - 92: DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA
 - 93: CONTRATOS SOBRE GANADERÍA
- 10: DERECHO TRANSITORIO
- 0: OTRAS MATERIAS

5: FUENTES

APÉNDICE

S. JPII HUESCA núm. 2 28 marzo 1996

La sentencia compara el art. 1 de la Compilación con el 1 del Apéndice y resalta sus diferencias. Expone la situación del Derecho aragonés en los momentos de euforia del movimiento codificador. Y concluye: la idea de creación de un absoluto y completo cuerpo de Derecho civil aplicable en Aragón, con base en las normas tradicionales y sus fuentes históricas, no era la voluntad y el espíritu de los creadores del Apéndice de 1925. Pero aunque lo fuera, tampoco serviría de base a la idea de sostener la existencia y vigencia de instituciones no recogidas en el mismo, por cuanto no debe olvidarse que en el mismo sólo se recogían las que a juicio de sus elaboradores merecían ser salvadas de la labor unificadora consensuada.

64 1998, IV (núms. 1º y 2º)

CÓDIGO CIVIL

• DERECHO SUPLETORIO

S. APT 23 junio 1995

En armonía con lo que previene el art. 149.1.8ª CE y lo que determina con carácter general la regla 3ª 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. 1.1º Comp.), aplicables al supuesto de hecho.

22 1997, III (núm. 1º)

S. JPII HUESCA N.º 2. 10 diciembre 1997

Hay que entender que pese a que los artículos 57 y 58.2 Comp. se refieren al cónyuge sobreviviente, las facultades en ellos concedidas no excluyen una detracción o adjudicación preferente en el caso de separación, por cuanto el artículo 1.406 Cc, que regula la división y adjudicación en ámbito del Derecho

común, de aplicación supletoria, recoge la posibilidad de atribución preferente de estos bienes.

28 1999, V (núm. 1º)

S. APH 12 febrero 1998

La transferencia de 800.000 pesetas que la actora hizo en favor de su hija procedía de una cuenta conjunta del matrimonio, de manera que en este caso se ha de considerar como un acto de liberalidad de los esposos, siendo a cargo de la sociedad conyugal, como dispone el artículo 1363 Cc.

5 1999, V (núm. 2º)

S. TSJA de 26 de febrero 1999

A la vista del artículo 1.º Comp., la mención a los artículos 1347 y 1362 del Cc. como principalmente infringidos, puesta en relación con los artículos 36 y 37 de la Compilación, es, al menos, desafortunada, pues estando previsto en estos últimos el régimen económico del matrimonio en Aragón y el concepto de patrimonio común, huelga toda referencia al Código civil, que no es en esta materia sino de aplicación supletoria.

4 1999, V (núm. 1º)

S. TSJA de 6 de octubre 1999

El artículo 1398 Cc. es de aplicación en Aragón, pues así lo establece el artículo 1.2 Comp., que considera al Derecho civil general del Estado como supletorio en defecto de norma aragonesa directamente aplicable. Dicho precepto del Código civil, regulador de la disolución y liquidación de la comunidad conyugal, se funda en similares principios que los sustentados para dicha materia en el Derecho aragonés.

3 1999, V (núm. 2º)

• 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 coposeder 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 Nº 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 EJEJA Nº 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 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)

S. APH 10 julio de 1995

Como ya quedó dicho en la S. TS. de 12 de julio de 1984, la Compilación de Aragón establece en su art. 147, que las servidumbres apa-

rentes 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. 1ª)

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. 1ª)

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. 1ª)

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, 1ª Cc.).

29 1997, III (núm. 1ª)

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. 2ª)

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. 9ª Comp.). Se declara la existencia de servidumbre voluntaria de desagüe de acuerdo con el art. 541 Cc.

26 1997, III (núm. 2ª)

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 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. 2ª)

S. APH 4 septiembre 1996

Aplicación supletoria del art. 532 Cc. en cuanto define las servidumbres aparentes y no aparentes.

10 1997, III (núm. 2ª)

S. APZ de 30 enero 1997

La falta de reja de hierro y red de alambre en una ventana que recae sobre fundo ajeno no es un signo aparente de servidumbre, pero sí lo es la existencia de un balcón sobre ella. Y esta afirmación sobre signo aparente de la servidumbre no queda desvirtuada por lo dispuesto en el artículo 541 Cc.

34 1998, IV (núms. 1.ª y 2.ª)

S. APZ de 21 abril 1997

El artículo 144.3 Comp. autoriza a construir sobre el propio fundo sin sujeción a distancia alguna, pero no a inmiscuirse en pared medianera tapando los huecos que en ella pudieran existir abiertos, más aún cuando ésto no reporta al actor utilidad alguna, además de que en la medianería ninguna de las partes puede hacer las obras que estime oportunas sin contar con el consentimiento de la otra parte como expresa el artículo 575 Cc.

41 1998, IV (núms. 1.ª y 2.ª)

S. APH 15 mayo 1997

El art. 532 Cc es de aplicación supletoria en Aragón de acuerdo con el art. 1.2 Comp.

8 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ de 28 mayo 1997

La adquisición de una servidumbre de paso por usucapión, aun cuando no requiere ni justo título ni buena fe, exige un determinado tiempo de posesión (10 o 20 años) y además, por aplicación del Código Civil, *ex* artículo 1.2 Comp., que esa posesión o disfrute lo sea en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, no aprovechando a ella los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño, como se desprende de los artículos 1941 y 1942 Cc.

22 1998, IV (núms. 1.º y 2.º)

S. JPII TARAZONA 6 junio 1997

El artículo 539 Cc. no resulta aplicable en Aragón dado el contenido de los artículos 147 y 148 Compilación.

17 1999, V (núm. 1º)

S. APH 16 junio 1997

Los arts. 537 y 539 Cc., en lo que hace a la usucapión de servidumbres, no son aplicables en Aragón, al contener la Compilación del Derecho civil de Aragón su propio régimen jurídico en el art. 147. No obstante, a tenor del art. 1.2 de dicha Compilación, sí es aplicable el art. 532 Cc., como Derecho supletorio, para establecer lo que son servidumbres aparentes y no aparentes.

11 1998, IV (núm. 1º y 2º)

S. APT 21 julio 1997

No alegándose por el demandado la titularidad de servidumbre alguna de luces y vistas o de salida de humos con las que pudieran estar gravadas las fincas de la actora, nos encontramos ante simples relaciones de vecindad *ex* arts. 144 y 145 Comp., así como los correlativos preceptos del Cc. en cuanto puedan ser de aplicación expresa o por analogía, habida cuenta de lo prevenido en el art. 4 Cc., y lo dispuesto en el art. 590 del mismo cuerpo legal.

26 1998, IV (núm. 1º y 2º)

S. APT 27 julio 1997

En el Derecho aragonés no hay una regulación especial de la mal llamada servidumbre de medianería, por lo que en armonía con lo dispuesto en el art. 1.2 Comp., nos hemos de remitir a la legislación general —arts. 571 y ss Cc.— si bien con la particularidad que contiene el art. 144 Comp., e interpretar todas estas normas en función del art. 3.1 Cc.

27 1998, IV (núm. 1º y 2º)

S. APT 27 octubre 1997

Invoca el recurrente el art. 564 Cc., pero no con la finalidad de solicitar su constitución mediante este pleito, sino dándola por ya existente. En este sentido, la servidumbre de paso legal, como discontinua, sólo puede adquirirse en virtud de título, por escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, por sentencia firme o por destino del padre de familia.

28 1998, IV (núm. 1º y 2º)

S. APT 7 noviembre 1997

De cualquier manera, y aun habiendo adquirido el actor la servidumbre de paso *ex* art. 147 Comp., tendría derecho a la misma conforme al art. 564 Cc. Por lo que respecta a la anchura de la servidumbre se acoge el recurso interpuesto por ser de aplicación el art. 566 Cc.

29 1998, IV (núm. 1º y 2º)

S. APZ 17 de junio 1998

El artículo 541 se aplica en Aragón, pero respetando su peculiar derecho en la regulación de los signos aparentes de luces y vistas, o el artículo 1.2 Comp. sobre fuentes jurídicas en nuestro peculiar ordenamiento.

42 1999, V (núm. 2º)

S. APT 20 julio 1998

Las servidumbres se extinguen por su no uso durante veinte años (art. 546.2 Cc.).

25 1999, V (núm. 2º)

S. APH 19 noviembre 1998

Inaplicación de los artículos 537 y 539 Cc. a la usucapión de la servidumbre de paso. Aplicación supletoria del artículo 532 Cc.

23 1999, V (núm. 2º)

S. APT 27 diciembre 1998

El contenido propio de la servidumbre de saca de aguas y paso para hacerla efectiva es el que resulta de lo dispuesto en el artículo 1.2, en relación con los artículos 145 a 148 Comp., y los 530, 542 y ss. y 556 Cc.

28 1999, V (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. 12ª Comp. y disp. trans. preliminar, 1ª y 2ª 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 el art. 271.2 del Cc., sin que pueda sustituirse tal autorización judicial por la de la Junta de Parientes, tal como establece para el menor de edad el art. 13 de la Compilación, refiriéndose con carácter general al administrador de sus bienes. Se trata de un caso concreto no regulado en la Compilación, al que se aplica el Cc. como Derecho supletorio al no existir tampoco costumbre ni principio general tradicional aragonés que le sea de aplicación.

50 1996, II (núm. 1º)

A. PRES. TSJA 17 marzo 1993

Tanto del Derecho histórico como del vigente se desprende la necesidad de la autorización judicial para la disposición de bienes inmuebles del pupilo mayor de edad por el tutor; exigencia que coincide con la norma del art. 271.2º del Cc. En cambio la exigencia del art. 2.015 Lec. de que la enajenación se

lleve a cabo en subasta pública resulta hoy legalmente innecesaria e improcedente. El auto contiene consideraciones de tipo general sobre la regulación aragonesa de la tutela, en Derecho 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 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 corresponde 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 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. 2ª)

S. APT 8 abril 1997

Las clases de parentesco que contempla y admite nuestra legislación civil son las previstas en el Código civil al que se remite nuestra Compilación *ex art.* 1.2. De manera que no es cierto que nuestra legislación sólo contemple el parentesco por consanguinidad y por adopción, por cuanto existe un tercer grado de parentesco legal que es el de afinidad, género admitido en Aragón por la remisión hecha al Código civil.

20 1998, IV (núms. 1ª y 2ª)

A. APZ 12 mayo 1997

La aplicación de las consecuencias del art. 1373 exigen como *præius* includible el que la deuda sea propia del esposo demandado. No procediendo su aplicación cuando la deuda es ganancial. En el presente caso no puede admitirse la presunción de privatividad de la deuda, pero la presunción contraria tampoco puede impedir a la esposa del demandado que acredite la privatividad de la misma.

42 1998, IV (núm. 1ª y 2ª)

S. APZ 21 mayo 1997

Los gastos de entierro y funeral se deben pagar con el dinero de la herencia, de conformidad con lo prevenido en el artículo 903 Cc.

44 1998, IV (núms. 1ª y 2ª)

S. APT 2 julio 1997

La Compilación, en materia de sucesión testada, sólo regula determinadas formas típicas de testar, pero no la institución de la desheredación, pues aun cuando hace referencia a la misma en los arts. 122 y 123, en verdad se regulan los efectos de la preterición respecto del cónyuge, igual vacío legal se produce en los arts. 72 y ss Comp., por lo cual, y según el art. 1.2 Comp., debemos acudir a la regulación del Cc.: arts. 848 y ss.

25 1998, IV (núm. 1ª y 2ª)

S. APH 18 septiembre 1997

La disolución de la sociedad matrimonial se produce con la separación del matrimonio

en aplicación de los arts. 95 y 1.392. 2 Cc. o a petición de uno de los cónyuges por concurrir alguna de las causas previstas en el art. 1.393 Cc., al que se remite el art. 52.2 Comp.

14 1998, IV (núms. 1ª y 2ª)

S. APH 12 febrero 1998

La transferencia de 800.000 pesetas que la actora hizo en favor de su hija procedía de una cuenta conjunta del matrimonio, de manera que en este caso se ha de considerar como un acto de liberalidad de los esposos, siendo a cargo de la sociedad conyugal como dispone el artículo 1363 Cc.

5 1999, V (núm. 2ª)

S. APH 27 octubre 1998

A la rescisión por lesión de las capitulaciones matrimoniales de liquidación y división es de aplicación, a falta de disposiciones legales concretas sobre esta materia en la Compilación, el Código civil, por remisión del artículo 1.2 Comp.

21 1999, V (núm. 2ª)

• OBLIGACIONES Y CONTRATOS

S. TSJA 22 enero 1990

La aplicación de los llamados «gastos legítimos» que señala el artículo 1.518 Cc. al retracto de abolorio nunca ha sido cuestionada.

1 1995, I (núm. 1ª)

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. 1ª)

S. TSJA 9 noviembre 1991

Posibilidad de los instituyentes de revocar el pacto de institución de heredero por incumplimiento grave de cargas: abandono de la casa por el heredero instituido. Intransmisibilidad de la acción del art. 647 Cc. a los herederos del donante o disponente.

4 1995, I (núm. 1ª)

S. JP II HUESCA N° 2 21 febrero 1994

Para fundamentar el principio de irrevocabilidad unilateral de un pacto sucesorio otorgado en 1903 puede servir de ayuda el Derecho supletorio (art. 13 Cc.): arts. 1256 y 1331 (antes 1319) Cc.

4 1996, II (núm. 2º)

S. APT 14 junio 1997

Tratándose de dinero, la donación se perfecciona por mero consentimiento y entrega del mismo, conforme resulta de lo dispuesto en el art. 1.2 de la Comp., en relación con los arts. 67.2 y 100 de la misma y 632 Cc., estimándose que en el presente caso el demandado actuó como mandatario de su madre.

24 1998, IV (núm. 1º y 2º)

• *PARTE GENERAL**S. TSJA 10 abril 1995*

Mala fe: no puede deducirse que los esposos firmantes del contrato de opción hayan tenido mala fe por no hacerse expresa mención del estado civil de los mismos. Abuso de Derecho: en cuanto a la actuación de las esposas que han invocado la nulidad del contrato de opción de compra, tal circunstancia no puede apreciarse por no darse los requisitos que configuran el abuso de derecho. Fraude de ley: la impugnabilidad del contrato por parte de las esposas no disponientes no supone el ejercicio de un derecho prohibido por el ordenamiento.

2 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)

S. APH 24 abril 1997

El abuso de derecho que prescribe el art. 7.2 Cc. sólo concurre cuando lo que se hace es con la intención de dañar (acto de emulación) o utilizando el derecho de un modo anormal o plenamente contrario a la convi-

vencia ordenada, por lo que viene determinado por la circunstancia subjetiva de ausencia de finalidad seria y legítima, y la objetiva de exceso en el ejercicio de un derecho.

6 1998, IV (núm. 1º y 2º)

S. APT 13 junio 1997

Debe rechazarse la alegación de que los actores en el ejercicio de esta acción, actúen con abuso de derecho, *ex art. 7 Cc.*, pues no puede considerarse que abusa de su derecho quien ejercita acciones legítimas en defensa de su propiedad.

23 1998, IV (núm. 1º y 2º)

S. TS 20 febrero 1998

Aunque la asignación a los herederos fiduciarios de un determinado bien arrendado, así como la renuncia al usufructo vital sobre dicho bien, son actos en sí mismos lícitos, con ello se evidencia la existencia de un fraude a la ley; al crear con tales actos una titularidad dominical posibilitadora de la denegación de prórroga al inquilino.

1 1997, IV (núm. 1º y 2º)

COMPILACIÓN

• *APLICACIÓN PREFERENTE**S. JP II TARAZONA 5 diciembre 1997*

La deuda contraída por el marido de la actora es privativa de éste. No obstante, al ser una deuda de gestión debe incluirse en el supuesto de hecho del artículo 42 Comp., de manera que responderán frente a terceros los bienes privativos del cónyuge deudor, y también directamente y con carácter principal los bienes comunes, pero no los privativos del cónyuge no deudor, al ser de preferente aplicación en este territorio el artículo 42 Comp., frente al Código de comercio.

25 1999, V (núm. 1º)

• *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 prin-

cipios 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)

S. TSJA 11 noviembre 1998

Voto particular: No existe costumbre que obligue a dejar algo al legitimario excluido de la herencia. Elementos de la costumbre. La realidad jurídica aragonesa es que cumplida la legítima formal, aunque no exista atribución de legítima material individual, se mantiene la idea de protección a la familia, principio fundamental del Derecho de familia y sucesorio de Aragón.

2 1999, V (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)

PRINCIPIOS

S. TSJA 11 de noviembre 1998

Voto particular: La idea de protección a la familia es un principio fundamental del Derecho familiar y sucesorio de Aragón; el principio de equidad es uno de los principios en que se inspira el Derecho aragonés.

2 1999, V (núm. 1º)

«STANDUM EST CHARTAE»

S. TSJA 13 septiembre 1999

Como ya tiene declarado esta Sala, este principio constituye un mandato del legislador al juez para resolver los litigios, debiéndose estar a la voluntad de los otorgantes de la «carta» o documento en que se recoge o expresa dicha voluntad. Consagra así el legislador aragonés el principio de libertad civil, que permite a los ciudadanos aragoneses establecer sus relaciones en la forma y con el contenido que tengan por conveniente, tanto en materia de obligaciones y contratos como en otros ámbitos del Derecho civil.

2 1999, V (núm. 2º)

• APLICACIÓN DE OFICIO

S. TSJA 5 octubre 1998

Los principios «*iura novit curia*» y «*da mihi factum, dabo tibi ius*» exigen a los tribunales que conocen de un litigio que ha de ser resuelto conforme al Derecho civil de Aragón que apliquen el art. 3º de la Compilación, sin necesaria invocación de parte, por tratarse de un precepto general sobre aplicación de las normas del Derecho civil de Aragón.

1 1999, V (núm. 1º)

• ARRENDAMIENTOS

S. JP II 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 I.N.E.) 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 contradigan el pacto sucesorio anterior.

4 1996, II (núm. 2º)

S. JPII EJEJA Nº 2 28 junio 1994

Conforme al art. 3 de la Compilación, ha de estarse a lo dispuesto en el pacto sucesorio, sin que el favorecido por una estipulación pueda exigir su cumplimiento si no cumple él a su vez los requisitos previstos en la misma como correspectivos. Lo dispuesto en el pacto sucesorio prevalece ante el art. 109 Comp.

16 1996, II (núm. 2º)

S. TSJA 5 octubre 1998

La necesidad de estar a la carta no excluye la interpretación del contenido del documento, precisamente para alcanzar la real voluntad de los que lo otorgaron (STSJA 29 septiembre 1992).

1 1999, V (núm. 1º)

• *INTERPRETACIÓN DEL PRINCIPIO*

S. TSJA 29 septiembre 1992

La sentencia recurrida ha cumplido con la función que al Juzgador atribuye el principio «standum est chartae» de estar y juzgar según la única carta existente a los fines del litigio.

8 1995, I (núm. 1º)

S. TSJA 13 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)

S. TSJA 5 octubre 1998

El principio «standum est chartae» constituye un mandato del legislador al juez para resolver los litigios estando a la voluntad de los otorgantes de la «carta», o documento en el que se recoge y expresa dicha voluntad; permite a los ciudadanos establecer sus relaciones en la forma y con el contenido que tengan por conveniente, tanto en materia de obligaciones y contratos como en otros ámbitos del derecho civil, con las únicas limitaciones previstas en el artículo 3.º Comp.

1 1999, V (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 aso-

cieron 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 Nº 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 Nº 2 31 diciembre 1994

Es doctrina común que si las partes fijan libremente para una vivienda de protección oficial un precio de renta superior al establecido por la Administración, podrán derivarse, tras su denuncia, las sanciones administrativas establecidas, pero nunca conllevará ello la nulidad de la cláusula de pago estipulada, puesto que el precio pactado fué 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

62: PERSONAS. EDAD

DEL MAYOR DE CATORCE AÑOS

- *REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA*

S. APH 29 julio 1998

Por la compradora o donataria (donación encubierta) de 17 años interviene su padre, como su mandatario verbal, completándole la capacidad a efectos de lo establecido en el art. 5 Comp.

16 1999, V (núm. 2º)

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 EJEJA N^º 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. 2^º)

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. 1^º)

• *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, 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. 1^º)

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES

JUNTA DE PARIENTES

• *DISPOSICIÓN DE INMUEBLES DE PUPLOS MAYORES DE EDAD*

A. PRES. TSJA 29 octubre 1992

Es precisa la autorización judicial para la enajenación de bienes raíces por el tutor de

un mayor de edad declarado incapaz, de vecindad foral aragonesa, debiendo aplicarse el art. 271.2 del Cc., sin que pueda sustituirse tal autorización judicial por la de la Junta de Parientes, tal como establece para el menor de edad el art. 13 de la Compilación, refiriéndose con carácter general al administrador de sus bienes. Se trata de un caso concreto no regulado en la Compilación, al que se aplica el Cc. como Derecho supletorio al no existir tampoco costumbre ni principio general tradicional aragonés que le sea de aplicación.

50 1996, II (núm. 1^º)

• *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 usucapción del heredero.

15 1996, II (núm. 1^º)

S. TSJA 13 junio 1995

Composición de la Junta de parientes para designar heredero de la Casa según la voluntad del causante expresada en capítulos matrimoniales.

3 1996, II (núm. 1^º)

A. APH 25 noviembre 1998

No es admisible la constitución judicial de la Junta de Parientes para la ejecución del encargo fiduciario. El proceso para la formación de la voluntad familiar es dilatado y debe efectuarse extrajudicialmente, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21.3 Comp., al que se refiere su artículo 117. El artículo 22 se remite a las normas específicas del Título IV del Libro II, de forma que no es aplicable en bloque a la fiducia sucesoria, con carácter supletorio, la normativa general de la Junta de Parientes; el artículo 118 quedaría vacío de contenido de seguir la tesis contraria, pues lo único que el juez puede hacer es señalar un plazo para que los fiduciarios cumplan su cometido. A pesar de ello, el Juzgado admite la determinación judicial de los parientes que deben constituir la Junta.

24 1999, IV (núm. 2^º)

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 Parientes, tal como establece para el menor de edad el art. 13 de la Compilación, refiriéndose con carácter general al administrador de sus bienes. Se trata de un caso concreto no regulado en la Compilación, al que se aplica el Cc. como Derecho supletorio al no existir tampoco costumbre ni principio general tradicional aragonés que le sea de aplicación.

50 1996, II (núm. 1º)

A. PRES. TSJA 17 marzo 1993

Tanto del Derecho histórico como del vigente se desprende la necesidad de la autorización judicial para la disposición de bienes inmuebles del pupilo mayor de edad por el tutor; exigencia que coincide con la norma del art. 271.2º del Cc. En cambio la exigencia del art. 2.015 Lec. de que la enajenación se lleve a cabo en subasta pública resulta hoy legalmente 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. JPH 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 formación 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 proseguir 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

DERECHO SUPLETORIO

S. TSJA 26 febrero 1999

A la vista del artículo 1 Comp., la mención a los artículos 1347 y 1362 del Cc. como principalmente infringidos, puesta en relación con los artículos 36 y 37 de la Compilación, es, al menos, desafortunada, pues estando previsto en estos últimos el régimen económico del matrimonio en Aragón y el concepto de matrimonio común, huelga toda referencia al Código civil, que no es en esta materia sino de aplicación supletoria.

4 1999, V (núm. 1º)

DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE

S. TSJA 10 marzo 1999

La cuestión a dilucidar es la vecindad civil de los cónyuges al momento de contraer matrimonio (arts. 16 y 9 Cc.). El régimen económico matrimonial inicial no es alterado por el cambio de vecindad civil consiguiente a la residencia continuada en otro territorio, sino que permanece inmutado, sin perjuicio de la facultad que los cónyuges tienen de modificarlo por pacto. Las normas del régimen económico de un determinado matrimonio deben ser aplicadas por los jueces y tribunales conforme al principio «da mihi factum, dabo tibi ius».

5 1999, V (núm. 1º)

- *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 supérstite, 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 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.

21 1997, III (núm. 2º)

S. APZ 12 abril 1997

Como establece el art. 1.317 Cc., la modificación del régimen económico no puede perjudicar a terceros, por lo que la separación de bienes pactada en 1994 no puede perjudicar a un acreedor de 1993.

39 1998, IV (núm. 1º y 2º)

RÉGIMEN PACCIONADO Y RÉGIMEN LEGAL

S. APT 26 mayo 1997

El régimen económico matrimonial, en defecto de pacto (*ex art. 36 Comp.*), lo constituye una comunidad denominada de muebles y adquisiciones, similar en su contenido al régimen legal de gananciales del Derecho común.

21 1998, IV (núm. 1º y 2º)

• 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

• FORMA

S. JPI ZARAGOZA N.º 2, 3 junio 1996

El pacto contenido en documento privado carece de validez porque, a tenor del art. 25.2 Comp., «los capítulos y pactos habrán de cons-

tar en escritura pública», requisito de forma que no tiene un mero carácter de prueba sino «ad solemnitatem», sin el cual carecen de toda validez y eficacia jurídica.

8 1999, V (núm. 1º)

• **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 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.

21 1997, III (núm. 2º)

A. APZ 25 febrero 1998

La transformación del régimen económico conyugal, del consorcial aragonés al de separación de bienes regulado en los artículos 1435 a 1444 Cc., no puede producir efectos contra terceros, tal y como lo establece el artículo 26 Comp. Lo acordado en dichos capítulos no puede afectar al embargo realizado, que es anterior a aquéllos.

38 1999, V (núm. 2º)

• **RESCISIÓN**

S. JPII TERUEL Nº 1 13 septiembre 1994

Se declara la rescisión por fraude de acreedores de la modificación del régimen económico matrimonial, en cuanto perjudique a la Hacienda Pública como acreedora de ambos cónyuges, así como la rescisión de varias donaciones otorgadas por los cónyuges, cuyo régimen será el de la sociedad conyugal tácita aragonesa en cuanto pueda perjudicar a los acreedores.

19 1996, II (núm. 2º)

INSTITUCIONES FAMILIARES CONSUETUDINARIAS

• **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 sucesión de los bienes reunidos a través de la asociación.

10 1997, III (núm. 1º)

S. APZ 10 junio 1998

El matrimonio y el hermano del marido formaban una comunidad con una caja o fondo común integrado por el fruto de su trabajo y los productos, rentas e ingresos de sus respectivos bienes; con el fondo común se atendían indistintamente las necesidades de sus integrantes. Situación que no cabe calificar de dación personal, ni de acogimiento, pues estas instituciones del artículo 33 Comp. precisan pacto expreso; tampoco hay aportación irrevocable de bienes. La sentencia entiende que el fondo común acumulado ha de dividirse a partes iguales entre los tres, con base en la presunción de igualdad del artículo 393 Cc. y en la regla de equidad aludida en el artículo 34 Comp.

12 1999, V (núm. 2º)

• **CASAMIENTO A SOBRE BIENES**

S. APZ 9 noviembre 1998

El marido, en liquidación de la sociedad conyugal tras separación judicial, reconviene alegando un contrato verbal de «acogimiento o casamiento a sobre bienes», concertado entre él mismo y su mujer, de una parte, como acogidos y los padres de su esposa, como acogentes. Se desestima, por falta del requisito de escritura pública de capitulación. El hecho de que el marido se trasladara a la localidad y casa de habitación de los padres de su mujer y se dedicase al cultivo y gestión de las fincas de sus suegros no acredita la realidad del pacto.

Son privativas de la mujer las imposiciones a plazo fijo efectuadas a lo largo de muchos años, procedentes del dinero que le donaron sus padres (se entiende que por subrogación).

49 1999, V (núm. 2º)

• *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 contratantes —un matrimonio y el tío de uno de los cónyuges— ha existido un contrato atípico —de contenido «do ut des» y con clara preponderancia del elemento «familiar»— que creó una situación permanente de comunidad familiar que se prolongó durante nueve años, comunidad que fue disuelta de mutuo acuerdo y a su liquidación le es de aplicación el art. 34 Comp.

4 1996, II (núm. 1º)

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)

S. JPII MONZÓN 13 septiembre 1997

Para la existencia de comunidad familiar en el sentido del art. 33 Comp. es preciso que se haya pactado expresamente. En el caso, se descarta la existencia de comunidad familiar aragonesa, típica o atípica, y se aprecia existencia de una comunidad ordinaria de bienes a la que se aplican los arts. 392 ss. Cc.

21 1999, V (núm. 1º)

• *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 planteado 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)

S JPII MONZÓN 13 septiembre 1997

La dación personal supone la cesión de todo el patrimonio de la persona, soltera o viuda sin descendientes, que pasa a insertarse en la familia a cambio de los cuidados que ésta se obliga a prodigar. En el caso, mal puede admitirse su existencia, cuando se mantiene patrimonio inmobiliario propio y, posteriormente, se ceden parte de los bienes a favor de los sobrinos a cambio de alimentos.

21 1999, V (núm. 1º)

S APH 10 junio 1998

El matrimonio y el hermano del marido formaban una comunidad con una caja o fondo común integrado por el fruto de su trabajo y los productos, rentas e ingresos de sus respectivos bienes; con el fondo común se atendían indistintamente las necesidades de sus integrantes. Situación que no cabe calificar de dación personal, ni de acogimiento, pues estas instituciones del artículo 33 Comp. precisan pacto expreso; tampoco hay aportación irrevocable de bienes. La sentencia entiende que el fondo común acumulado ha de dividirse a partes iguales entre los tres, con base en la presunción de igualdad del artículo 393 Cc., y en la regla de equidad aludida en el artículo 34 Comp.

12 1999, V (núm. 2º)

• *JUNTAR DOS CASAS*

S. TSJA 29 septiembre 1992

Consortio universal entre matrimonios o «juntar dos casas» con previsión hereditaria

de unidad y fiducia sucesoria. Incumplimiento de la cláusula capitular que regula la sucesión en el patrimonio del consorcio familiar: infracción del principio «standum est chartae».

8 1995, I (núm. 1º)

LIBERTAD DE PACTO

• *ART. 29*

S. JPI ZARAGOZA Nº 2 18 mayo 1994

El régimen económico matrimonial en la Compilación permite a los cónyuges una libertad de pactos muy superior a la recogida en el Código civil para la sociedad de gananciales, y así el art. 29 Comp. otorga a los cónyuges la libertad de realizar pactos y declaraciones en escritura pública, «aun fuera de capítulos», por los cuales atribuyan a bienes muebles la condición de sitios o a éstos la de muebles.

13 1996, II (núm. 2º)

S JPI ZARAGOZA N.º 2, 3 junio 1996

Validez de la escritura de capitulaciones en la que se acuerda la disolución del régimen legal y el establecimiento para lo sucesivo del régimen de separación de bienes, adjudicando a la mujer, como liquidación de la comunidad conyugal, todo el patrimonio común con su pasivo; se le adjudica también un crédito que ahora dice el marido que es privativo suyo. Oposición que resulta improsperable si nos atenemos a la facultad libérrima y sin necesidad de causa que otorga a los cónyuges el art. 29 de la Compilación.

8 1999, V (núm. 1º)

S JPII TARAZONA 5 diciembre 1997

En la escritura de compraventa del inmueble, los cónyuges pactaron y reconocieron que el precio de la venta tenía la consideración de bien sitio y era propio de la esposa. La validez que a este pacto le otorga el art. 29 Comp., desvirtúa la presunción del art. 40 de la misma, debiendo atribuirse a la finca embargada la condición de privativa de la esposa.

25 1999, V (núm. 1º)

RÉGIMEN DE SEPARACIÓN

• BIENES COMUNES

S. JPI ZARAGOZA N.º 14, 17 abril 1997

El marido reclama como propia una participación en entidad mercantil (parcela de camping) adquirida a nombre de la mujer tras haber pactado ambos régimen de separación; subsidiariamente, que se declare que el bien les corresponde por mitad y el pago de la mitad de los gastos. A esto último accede el juzgador, pues «pese al régimen de separación de bienes existente, debe entenderse adquirido conjuntamente por ambos esposos, se presume que el mismo tiene la consideración de común (art. 40.1 Comp.), perteneciendo por mitad a ambos litigantes (art. 393, párr. 2.º, Cc.)».

15 1999, V (núm. 1º)

663: RÉGIMEN MATRIMONIAL
LEGAL6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL
LEGAL: ACTIVO

S. APH 15 diciembre 1994

Activo: naturaleza privativa o común de determinados bienes; carácter común de las mejoras realizadas a costa del caudal común sobre bienes privativos de uno de los cónyuges; los bienes enajenados por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro se han de computar en el activo actualizando el importe de venta. Pasivo: deuda contraída por uno de los cónyuges antes del matrimonio para adquirir un bien común. Separación matrimonial: los gastos de educación y crianza de los hijos son a cargo del caudal común, siendo su régimen jurídico el establecido en el art. 90 Cc. y no el del art. 41.1 Comp.

18 1996, II (núm. 1º)

BIENES COMUNES

S. APH 26 julio 1994

Bienes que integran el activo de la comunidad: rentas percibidas por inmuebles comu-

nes, 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. 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)

S. JPII HUESCA núm. 2 19 abril 1996

Se discute si la adquisición en pleno dominio de un lote de bienes del IRYDA realizada constante matrimonio y a título oneroso por el marido para su sociedad conyugal, y con cargo al caudal común, es privativa o común, puesto que los derechos de explotación de los que esta adquisición trae causa devienen de los causantes del marido, quienes fueron adjudicatarios provisionales y quienes abonaron parcialmente las cuotas anuales fijadas hasta la muerte y cesión de los derechos de la concesión. La sentencia se inclina por la consideración de que tales bienes son comunes, aunque sin excluir el posible crédito que en la liquidación de la sociedad conyugal pudiera

corresponder a los herederos del marido por la parte del precio que fue gratuitamente facilitada por su madre al tiempo de la cesión.

66 1998, IV (núms. 1ª y 2ª)

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. 1ª)

S. APZ 12 abril 1997

Conforme al art. 37.3 Comp., son comunes los frutos de los bienes privativos, desde que aparecen o se devengan; por lo que los bienes embargados habrán de responder de la deuda del esposo.

39 1998, IV (núm. 1ª y 2ª)

S. APT 26 mayo 1997

Los bienes consorciales en Aragón son los que resultan de aplicar el art. 37 Comp.

21 1998, IV (núm. 1ª y 2ª)

S. APZ 13 enero 1998

Aun cuando en verdad se pudiera sostener que el predio tuviera carácter de bien privativo del marido de la actora, la cosecha de ese inmueble siempre sería ganancial (sic), y en consecuencia la esposa ha de tener aptitud para reclamarla.

31 1999, V (núm. 2ª)

S. TSJA 6 octubre 1999

Las ganancias obtenidas en la empresa G.Z., S.A., integran el patrimonio consorcial conforme al artículo 37.3 Comp., que declara patrimonio común los frutos de los bienes privativos. Y no puede ser obstáculo a esta consideración la forma de sociedad anónima bajo la cual actuaba la indicada empresa, ya que se ha constatado el carácter privativo del negocio respecto del patrimonio del recurrente, quien había suscrito la mayor parte de las acciones, continuando bajo esta forma social un negocio precedente, resultando, además, ser el marido administrador único de la sociedad.

3 1999, V (núm. 2ª)

• *APEROS DE LABRANZA*

S. APT 27 octubre 1998

La calificación de los aperos de labranza como bienes de uso personal del marido no impide su consideración de bienes comunes, pues aquella calificación tan sólo concede al marido un derecho de adjudicación preferente en su haber, hasta donde este alcance, a la hora de hacer la liquidación. Los aperos de labranza forman parte integrante de la explotación agrícola (art. 39.1 Comp.), y deben tener la misma naturaleza que ésta, que sin duda es de carácter consorcial.

26 1999, V (núm. 2ª)

• *BIENES MUEBLES*

S. JPI ZARAGOZA Nº 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. 1ª)

S. APT 26 mayo 1997

En Aragón el concepto de bienes muebles no es coincidente con el que recoge el art. 331 Cc., dado que dentro del concepto de bienes «sitios» se integran no sólo los bienes inmuebles reales o por naturaleza sino también (art. 39) los bienes que por su naturaleza son muebles pero se adquieren como sitios.

21 1998, IV (núm. 1ª y 2ª)

S. JPII HUESCA N.º 2, 10 diciembre 1997

Los bienes muebles, salvo que se encuentren en los supuestos previstos en los arts. 38 y 39 Comp., son bienes comunes. Por consiguiente, ni la ropa de hogar, ni la cristalería, ni la vajillería, ni la cubertería son bienes privativos de la esposa, aun cuando ella los hubiera aportado al matrimonio (art. 37.4 Comp.). Sólo el pacto o la reserva los podrían haber hecho privativos de la actora, pero no su procedencia ni la alegación de que fueron donados por sus familiares, sin demostrar que fueron excluidos de la comunidad consorcial.

28 1999, V (núm. 1ª)

S. APH 12 febrero 1998

Son bienes comunes, ex art. 37.3 Comp., los frutos, desde que aparecen o se devengan, tanto de bienes comunes como privativos. Por lo tanto, han de considerarse como bienes comunes los rendimientos del capital mobiliario aun cuando éste fuera privativo, en parte, del marido.

5 1999, V (núm. 2º)

S. APZ 2 diciembre 1998

Son comunes los muebles existentes en el domicilio conyugal, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 40 Comp. y 1361 Cc., ya que «no se ha desvirtuado la presunción de ganancialidad» (se omite referencia al art. 37.4 Comp.). Es privativo el negocio de venta al por menor de pescado, pues se adquirió varios años antes del matrimonio (art. 39.1 en relación con el 38 Comp.), si bien la comunidad acredita frente al cónyuge la cantidad abonada durante el matrimonio; de modo similar respecto del puesto de venta de pescado adquirido antes del matrimonio y pagado en parte durante el mismo (art. 1357 Cc.).

50 1999, V (núm. 2º)

• *DERECHO DE ARRENDAMIENTO DE LA VIVIENDA*

S. APT 23 noviembre 1998

Contrato de arrendamiento de vivienda celebrado por el novio con su empresa pero condicionado al proyectado matrimonio de aquél; contrato oneroso perfeccionado una vez contraído el matrimonio, por lo que el derecho de arrendamiento de la vivienda debe considerarse bien consorcial al haberse adquirido onerosamente, y en cualquier caso por aplicación de la presunción de comunidad. Se reconoce a la esposa el carácter de cotitular del contrato de referencia. La renuncia del marido a él sólo puede afectarle.

27 1999, V (núm. 2º)

• *INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO*

S APZ 24 septiembre 1997

La indemnización percibida por la esposa por la rescisión de su contrato laboral tiene en su integridad el carácter de bien común o consorcial, conforme al art. 37.2 de la

Compilación, sin que quepa diferenciar una porción privativa y otra común.

7 1999, V (núm. 1º)

S TSJA 25 noviembre 1998

El montante indemnizatorio por la resolución contractual laboral debe ser considerado como bien común ex art. 37.2.º Comp. No cabe distribuir el «quantum» indemnizatorio en proporción al tiempo de trabajo de soltero y de casado, considerando privativo el primero y común el segundo. No se trata de salarios diferidos, sino de una indemnización de origen legal, tasada sin referencia a los daños causados, que viene a compensar por la pérdida del empleo. Se trata de frutos del trabajo o la actividad, actualizados en momento idóneo.

3 1999, V (núm. 1º)

S TSJA 24 mayo 1999

La indemnización por despido constituye las cantidades obtenidas en función del trabajo o actividad y nunca integran un derecho en razón de la persona sino del trabajo prestado, y por ello como un bien integrado en el artículo 37.2 Comp.

1 1999, V (núm. 2º)

• *INDEMNIZACIÓN POR JUBILACIÓN*

S. APT 26 mayo 1997

Ha de ser considerada como un bien común, lo que se ha de calificar como rendimiento del trabajo ex art. 37.2 Comp.

21 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• *PENSIÓN*

S. APH 12 febrero 1998

Son también bienes comunes, los bienes que los cónyuges obtienen con su trabajo o actividad (art. 37.2 Comp.), concepto en el cual ha de incluirse la pensión que cobraba el señor Albas.

5 1999, V (núm. 2º)

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: pertenece por mitad a cada uno de los cónyuges. El precio aplazado de dicho piso y garaje satisfe-

cho 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 demandada, 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, pertenecía 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 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. JPH BOLTANA 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 accesiones 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)

S. JPH HUESCA N.º 2, 14 abril 1997

Las obras realizadas sobre posesiones privativas, en cuanto que incorporan nuevos elementos y construcciones a las mismas, deben tener el concepto de accesiones, y tienen la naturaleza igualmente privativa.

14 1999, V (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)

• **INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO**

S. APH 7 mayo 1997

La indemnización por la pérdida del trabajo, que en esta ocasión equivale a una jubilación anticipada, no puede ser considerada como una de las utilidades que derivan del trabajo mismo, sino que ha de incluirse en el art. 38.2 Comp.

7 1998, IV (núm. 1º y 2º)

• **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 legaran 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 Nº 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 discutida, 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 con-

sorcio 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 contraído 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)

S. APH 5 junio 1998

La pulsera de oro y el colgante de plata son bienes privativos de la mujer, con independencia de que uno de ellos hubiera sido donado por el esposo y tenga el carácter de mueble, pues tal negocio jurídico es válido entre cónyuges (art. 24 Comp.) y nos encontramos ante un objeto precioso sobre el que recae la presunción de sitio (arts. 38.1º y 4º y 39.5º Comp.). Es también privativo el saldo que tenía la mujer con su madre en una cuenta

bancaria el día antes de contraer matrimonio (arts. 37.4º y 39.6º Comp.)

11 1999, V (núm. 2º)

S. APZ 2 diciembre 1998

Es privativo el negocio de venta al por menor de pescado, pues se adquirió varios años antes del matrimonio (art. 39.1 en relación con el 38 Comp.), si bien la comunidad acredita frente al cónyuge la cantidad abonada durante el matrimonio; de modo similar respecto del puesto de venta de pescado adquirido antes del matrimonio y pagado en parte durante el mismo (art. 1357 Cc.). El edificio y piscina construidos sobre finca rústica privativa son privativos, pero al hacerse la mejora con dinero común habrá de abonarse a la comunidad el aumento de valor (art. 1359.2 Cc. y art. 47.1 Comp.).

50 1999, V (núm. 2º)

• *PACTO DE MUEBLES POR SITIOS*

S. JPII TARAZONA 5 diciembre 1997

En la escritura de compraventa del inmueble, los cónyuges pactaron y reconocieron que el precio de la venta tenía la consideración de bien sitio y era propio de la esposa. La validez que a este pacto le otorga el art. 29 Comp., desvirtúa la presunción del art. 40 de la misma, debiendo atribuirse a la finca embargada la condición de privativa de la esposa.

25 1999, V (núm. 1º)

• *PRESUNCIÓN DE MUEBLES POR SITIOS*

S. JPII HUESCA N.º 2, 14 abril 1997

La parte de herramientas a la que se hace referencia en cuanto material afecto a una explotación que desarrolla profesionalmente el marido, pueden incluirse en el párrafo 1.º del art. 39 Comp., y por lo tanto excluirse de la comunidad por tener un carácter privativo, por considerarse aportados al matrimonio o adquiridos como sitios.

14 1999, V (núm. 1º)

S. JPII HUESCA N.º 2, 10 diciembre 1997

En aplicación de los arts. 38 y 39 Comp., son privativos de la esposa las joyas señaladas (un colgante de plata y una pulsera) ex art. 39.5.º y el dinero existente en una cuenta de ahorro al tiempo de contraer matrimonio ex art. 39.6.º Comp.

28 1999, V (núm. 1º)

S. APZ 2 febrero 1998

La presunción de muebles por sitios (art. 39.6) es a los efectos del artículo 38 Comp., que fija los bienes que constituyen el patrimonio privativo de cada cónyuge; por tanto, no es transmisible esa equiparación de dinero a bienes inmuebles, a los efectos formales del artículo 632 Cc. Por ello, y aun cuando se trate como en caso de autos de una donación, no se requiere para su validez el otorgamiento de escritura pública.

35 1999, V (núm. 2º)

• *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. 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)*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)

NATURALEZA

A. JPII HUESCA núm. 2 21 marzo 1996

Al no ser la comunidad de muebles y adquisiciones una comunidad romana o por cuotas, sino una comunidad germánica, ninguno de los comuneros tiene derecho a bienes concretos de la misma mientras ésta dura y sólo cuando se verifique la liquidación y adjudicación cabe sostener la titularidad de los que a cada uno le hubieren sido atribuidos.

63 1998, IV (núms. 1º y 2º)

PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD

S. JPI ZARAGOZA N.º 2 18 mayo 1994

Pese a adquirir el bien inmueble constante matrimonio, en la escritura de compraventa se puso como estado civil el de soltera y así accedió al Registro de la Propiedad; posteriormente el viudo heredero, al inventariar los bienes y aceptar la herencia de su esposa, consigna tal bien como privativo por haberlo adquirido en estado de soltera. No existiendo prueba alguna que permita saber al tiempo de su compra el verdadero carácter privativo o consorcial del piso comprado, debe prevalecer sobre la apariencia escriturada la presunción derivada del art. 40.2 Comp. y, por lo tanto, considerarlo consorcial.

13 1996, II (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 superviviente: Ineficacia: El cónyuge superviviente 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)*S. APH 17 abril 1997*

Los gastos efectuados constante matrimonio en un piso que a ambos cónyuges pertenecía proindiviso, han de considerarse sometidos a la presunción de ganancialidad del art. 40 Comp., pues no se ha acreditado que fueran sufragados con dinero de propiedad privativa del marido.

5 1998, IV (núm. 1º y 2º)*S. JPI ZARAGOZA N.º 14, 17 abril 1997*

El marido reclama como propia una participación en entidad mercantil (parcela de camping) adquirida a nombre de la mujer tras haber pactado ambos régimen de separación; subsidiariamente, que se declare que el bien les corresponde por mitad y el pago de la mitad de los gastos. A esto último accede el juzgador, pues «pese al régimen de separación de bienes existente, debe entenderse adquirido conjuntamente por ambos esposos, se presume que el mismo tiene la consideración de común (art. 40.1 Comp.), perteneciendo por mitad a ambos litigantes (art. 393, párr. 2º, Cc.)».

15 1999, V (núm. 1º)*S. APT 26 mayo 1997*

El art. 40 Comp. viene a establecer una presunción similar a la del art. 1.321 Cc. Así, el

dinero invertido por el cónyuge premuerto en un fondo de inversiones ha de presumirse consorcial, al no constar que la primera imposición se hiciera con dinero privativo del marido.

21 1998, IV (núm. 1º y 2º)

S. APZ 24 septiembre 1997

La presunción de comunidad de los bienes de los cónyuges sólo puede ser destruida mediante prueba satisfactoria y cumplida que permite apreciar ya el carácter privativo de tales bienes, ya su pertenencia a terceras personas.

7 1999, V (núm. 1º)

S. JPII TARAZONA 5 diciembre 1997

En la escritura de compraventa del inmueble los cónyuges pactaron y reconocieron que el precio de la venta tenía la consideración de bien sitio y era propio de la esposa. La validez que a este pacto le otorga el artículo 29 Comp. desvirtúa la presunción del artículo 40 de la misma, debiendo atribuirse a la finca embargada la condición de privativa de la esposa.

25 1999, V (núm. 1º)

S TSJA 25 noviembre 1998

La presunción de comunidad no puede ser destruida sino por prueba en contrario suficiente, satisfactoria y convincente del carácter privativo de los bienes, sin que baste para ello con el reconocimiento por el otro cónyuge del expresado carácter o la prueba testifical. La presunción de comunidad sólo actúa una vez conste que los bienes son propiedad de los cónyuges, no cuando aparezca su pertenencia a terceros. Referencias a la tradición jurídica aragonesa.

3 1999, V (núm. 1º)

S. APZ 2 diciembre 1998

Son comunes los muebles existentes en el domicilio conyugal, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 40 Comp. y 1361 Cc., ya que «no se ha desvirtuado la presunción de ganancialidad» (se omite referencia al art. 37.4 Comp.).

50 1999, V (núm. 2º)

S TSJA 10 marzo 1999

El art. 393 Cc. no es de aplicación al consorcio o sociedad de bienes existentes entre los cónyuges, ya se rija por el Código Civil, ya por alguno de los derechos propios de Comunidades Autónomas, en los que no se establece una norma similar de presunción de igualdad entre las participaciones, sino reglas precisas y detalladas acerca de los bienes que constituyen el activo de la sociedad conyugal.

5 1999, V (núm. 1º)

6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: PASIVO

S. APZ 11 julio 1994

El demandado apelado vende un inmueble privativo, haciéndose cargo de los gastos de comunidad los compradores, siendo esta deuda a cargo del vendedor. De la reintegración de la misma a los compradores responde el patrimonio privativo del cónyuge deudor.

36 1995, I (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)

ASPECTOS PROCESALES

A. APZ 16 julio 1997

La *questio iuris* está en si ha de llamarse o no a esta ejecución a la viuda del deudor demandado. Desde el punto de vista procesal,

la jurisprudencia se halla conforme en que la ejecución de una sentencia no puede efectuarse sin la audiencia de aquel tercero que pudiera verse afectado por ella. Desde el punto de vista civil, el hecho de que se demande a uno solo de los cónyuges no convierte en privativa una deuda consorcial; si la deuda es privativa también habrá de ser puesta en conocimiento de la viuda (art. 1373 Cc.). Tras la muerte del cónyuge deudor habrá de traerse a la ejecución a las partes representantes de la comunidad postmatrimonial y, por ende, a la viuda del deudor condenado. Sin perjuicio de que, personada en autos concrete la real situación del patrimonio consorcial y, en su caso, la naturaleza de las deudas aquí en litigio.

49 1998, IV (núms. 1º y 2º)

A. APZ 3 diciembre 1997

El auto del juez no admite a trámite la demanda de la Sindicatura relativa a la individualización y concreción de los bienes consorciales del concursado y su esposa, de los privativos de ambos cónyuges y de las deudas que tengan la calificación de comunes, alegando que no caben más incidentes que los explícitamente previstos en la ley ritualaria. Afirmación que rechaza la Audiencia. Cuestión distinta y harto discutible es que en cualquier procedimiento pueda seguirse un incidente entre las partes del mismo y —además— un tercero ajeno a aquél, salvo que se trate de una tercería. Sin entrar en el fondo, se rechaza el recurso de apelación por existir acumulado al Concurso un juicio en el que, siendo parte la Sindicatura, el concursado y su esposa, se discute precisamente la disolución y liquidación de la sociedad de consorciales.

54 1998, IV (núms. 1º y 2º)

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. 41.1º.

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 Cc.).

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)

S. APZ 2 diciembre 1998

En cuanto a cantidad de que dispuso el marido, se entiende que se trata de gastos «a cargo de la sociedad de gananciales (art. 1362 n.º 3 Cc.)».

50 1999, V (núm. 2º)

• ALQUILER DE VIVIENDA FAMILIAR

S. APZ 25 junio 1997

El art. 41.1º en relación con el art. 43 Comp. permiten concluir que el pago del

alquiler de la vivienda usada por la familia es una deuda común de primaria asistencia familiar y que ha de satisfacerse por la comunidad consorcial. Siendo, a este respecto, el arrendamiento un acto jurídico de administración y no de disposición, no cabe duda de que la responsabilidad frente al tercero de buena fe no es exclusiva del cónyuge contratante (arts. 41.5 y 42 Comp.)

46 1998, IV (núms. 1º y 2º)

- *DERECHO REAL SOBRE LA VIVIENDA EN PAGO DE AYUDA DOMÉSTICA*

S. JPI ZARAGOZA N.º 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 e 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 ENTIERRO Y FUNERAL*

S. APZ 2 febrero 1998

Los gastos de entierro y funeral son cargas de la comunidad, según el artículo 41.1º Comp., por lo que efectivamente deben constar en el pasivo como disminución de la cuantía total de la herencia.

35 1999, V (núm. 2º)

- *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)

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 demanda y propiedades inmuebles de su exclusiva titularidad.

22 1997, III (núm. 2º)

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)

- *ATENCIONES DE LOS BIENES PRIVATIVOS*

S. JPI HUESCA N.º 2, 14 abril 1997

Como quiera que las nuevas construcciones, ampliaciones y mejoras sobre bienes privativos sobrepasan las atenciones de un diligente usufructuario (propias de simple mantenimiento y de reparación ordinaria como las exigidas por los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación), su costo queda excluido de la carga de la comunidad de bienes.

14 1999, V (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)

S. APH 18 septiembre 1997

No puede considerarse privativa la deuda de descubierto a la Seguridad social correspondiente al régimen especial agrario del esposo y pagada por la esposa ya separada de él, pues no se ha demostrado si dicha deuda redunda o no en beneficio de la comunidad, ni tampoco que la misma fue contraída por el marido en el momento en que ya se había producido la separación de hecho de los cónyuges.

14 1998, IV (núm. 1º y 2º)

• DERIVADAS DEL EJERCICIO DEL COMERCIO

S. JPI ZARAGOZA núm. 14 8 enero 1996

La fianza constituida por los maridos en favor de la empresa de la que eran socios y propietarios vino encaminada a favorecer el buen desarrollo y desenvolvimiento del negocio afianzado, lo que necesariamente había de redundar en beneficio de sus respectivas sociedades de gananciales (art. 41.5 Comp.), no apreciándose, en consecuencia, que el afianzamiento tuviese carácter gratuito (art. 441 Ccom.) y quedando, por tanto, posibilitado que los maridos pudieran obligar a sus respectivas sociedades de gananciales, de confor-

midad con lo dispuesto en el art. 42 Comp., sin necesidad de autorización expresa de sus cónyuges (STS 15 mayo 1989). La responsabilidad de las esposas queda limitada al importe de los bienes consorciales adjudicados en la liquidación de las respectivas comunidades conyugales.

56 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 12 abril 1997

La deuda contraída por el esposo lo fue en el ejercicio de su actividad comercial de explotación de una granja, y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6 y 7 Ccom., responden los bienes comunes de ambos cónyuges. Por lo tanto, y al tratarse de una deuda consorcial, la mujer carece de legitimación como tercerista, ya que es responsable de ella.

39 1998, IV (núm. 1º y 2º)

S. APZ 22 junio 1998

El sistema de responsabilidad delineado por el Ccom. no coincide con el que se deduce de la Comp. aragonesa, resultando ésta de aplicación preferente. Así, las deudas de comercio, como son las compras a proveedores, normalmente redundan en beneficio común, o al menos proceden de actividades tendencialmente útiles a la comunidad; por ello, son a cargo del consorcio conyugal (art. 41 Comp.); pero en defecto de bienes comunes, la responsabilidad definitiva es exclusiva del cónyuge que contrajo la deuda.

43 1999, V (núm. 2º)

S. TSJA 6 octubre 1999

El aval prestado por el esposo a la empresa de la que él era titular se incluye en el art. 41.5º Comp., al señalar éste como cargas de la comunidad las deudas de cualquiera de los cónyuges cuando hayan sido contraídas en ejercicio de una actividad útil a la comunidad. En estos casos, no es preciso que se haya producido un efectivo beneficio para la comunidad, sino que basta con constatar la utilidad de la actividad que desarrollaba el cónyuge, en cuyo ámbito se generó la deuda.

3 1999, V (núm. 2º)

• DEUDA TRIBUTARIA POR IRPF

S. JPI 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)

• *DONACIONES*

S. APH 12 febrero 1998

La transferencia 800.000 pesetas que la actora hizo en favor de su hija procedía de una cuenta conjunta del matrimonio, de manera que en este caso se ha de considerar como un acto de liberalidad de los esposos, siendo a cargo de la sociedad conyugal como dispone el artículo 1363 Cc.

5 1999, V (núm. 2º)

• *PRUEBA*

S. APZ 24 septiembre 1997

Los gastos realizados con cargo al patrimonio común no pueden considerarse comprendidos en ninguno de los supuestos del art. 41 de la Compilación por la falta absoluta de prueba de su finalidad.

7 1999, V (núm. 1º)

DEUDAS DE GESTIÓN

S. APZ 25 abril 1994

Tercería de dominio interpuesta por un cónyuge sobre inmueble perteneciente al consorcio conyugal; no se le reconoce legitimación en calidad de tercerista; falta de acreditación de la naturaleza de la deuda; responsabilidad de los bienes comunes por deudas de gestión.

32 1996, II (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)

S JPI TARAZONA 5 diciembre 1997

La deuda contraída por el marido de la actora es privativa de éste. No obstante, al ser una deuda de gestión debe incluirse en el supuesto de hecho del art. 42 Comp., de manera que responderán frente a terceros los bienes privativos del cónyuge deudor, y también directamente y con carácter principal los bienes comunes, pero no los privativos del cónyuge no deudor, al ser de preferente aplicación en este territorio el art. 42 Comp., frente al Código de Comercio.

25 1999, V (núm. 1º)

• *ANTES DE LA REFORMA DE 1985*

S. JPI ZARAGOZA Nº 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 trabado 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 constituía 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 tercerista no hubiera participado en la realización de la actividad mercantil que constituía el objeto social de la empresa familiar (arts. 6 Ccom., 42 y 66 Comp. o 1.401 Cc.)

36 1997, III (núm. 1º)

DEUDAS POSTERIORES PRIVATIVAS

S. APZ 10 mayo 1994

La modificación del régimen económico matrimonial no afecta a los derechos ya adquiridos por terceros. Responsabilidad de los bienes comunes por las deudas posteriores a la celebración del matrimonio de uno de los cónyuges.

33 1996, II (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)

S. APH 16 noviembre 1998

Se dice, a mayor abundamiento, que también prosperaría la tercería de dominio, con independencia de la adjudicación del bien común a la esposa, porque la deuda de la que deriva el embargo es privativa del marido y, sin embargo, la esposa no tuvo ocasión de ejercer la facultad prevista en el artículo 1373 Cc., en relación con el artículo 144 Rh., pues la comunicación del embargo se entendió con el marido, lo que infringe el derecho de defensa del otro cónyuge.

22 1999, V (núm. 2º)

• *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 trabados 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)

• *DEUDAS DEL JUEGO*

S. APZ 24 septiembre 1997

Conforme a lo preceptuado en el art. 1.371 Cc., sólo lo perdido y pagado, y no simplemente lo jugado, durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego, cuando la pérdida no pudiera consi-

derarse moderada con arreglo al uso y circunstancias de la familia, disminuirá su parte respectiva de gananciales.

7 1999, V (núm. 1º)

S TSJA 25 noviembre 1998

El TSJ, con cita del art. 50.3.º del Apéndice, califica de vicio el gasto de cantidades considerables de dinero en tan breve lapso de tiempo; excluye la aplicación del art. 41.5.º Comp., aplica el art. 46 y obliga a reintegrar todo el dinero común jugado. Considera infringidos simultáneamente los arts. 1.390, 1.391, 1.397, párrafos 2.º y 3.º; y 1.373 del Código Civil.

3 1999, V (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 tercerista.

5 1996, II (núm. 1º)

REINTEGROS Y REEMBOLSOS

S. JPII BOLTANA 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 Nº 13 19 julio 1995

La deuda que se reclama al actor es consorcial, 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)

S. TSJA 6 octubre 1999

Resulta inaplicable el artículo 47.1 Comp., ya que el inmueble (aun cuando era privativo del marido) fue rematado en el procedimiento de apremio y se percibió por él la cantidad necesaria para el pago de la deuda (que era común), pero ningún lucro personal o enriquecimiento sin causa obtuvieron ni la parte recurrida (la esposa) ni la sociedad conyugal.

3 1999, V (núm. 2º)

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 1996, II (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)

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)

S. JPI ZARAGOZA núm. 14 18 noviembre 1996

Con base en el art. 48.2.1º Comp. se desestima la falta de litisconsorcio pasivo necesario alegada (no se ha demandado también a la mujer) porque la litis no afecta a la titularidad o dominio del bien común, sino que se limita a una mera reclamación por realización de diversas obras; se trata de una cuestión atinente a la simple gestión de los bienes comunes que no exige el dirigir la demanda contra todos los comuneros, interpretación que debe incardinarse en la constante e inveterada doctrina jurisprudencial que reconoce a cada uno de los copropietarios la facultad para comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de la comunidad, ya para ejercitarlos, ya para defenderlos.

76 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• *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 consorcial, 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)

• *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 disponente. No procede aplicar a este supuesto el art. 42 Comp., pues el cónyuge disponente no ha ejercitado «facultades legales».

2 1996, II (núm. 1º)

• *DEFENSA DE BIENES Y DERECHOS**S. JPI ZARAGOZA núm. 13, 8 marzo 1996*

La esposa se halla plenamente legitimada, conforme al art. 48.2 Comp. y 1564 Lec., para ejercitar la acción de reclamación de rentas debidas, resolución de contrato de arrendamiento y desahucio en relación a una finca inscrita a nombre de la sociedad conyugal, aunque fuera el marido de la actora quien contrató el arrendamiento con el demandado.

61 1998, IV (núms. 1º y 2º)

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. 1ª)

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. 1ª)

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. 2ª)

S. APH 10 junio 1997

Al cónyuge titular le corresponde la propia gestión de sus bienes privativos, tal y como señala el art. 51 Comp., pudiendo vender su propia finca sin la intervención de su consorte.

10 1998, IV (núm. 1ª y 2ª)

• *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 76.1ª y 2ª 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. 2ª)

• *RESPONSABILIDAD**S. APZ 11 julio 1994*

El demandado apelado vende un inmueble privativo, haciéndose cargo de los gastos de comunidad los compradores, siendo esta deuda a cargo del vendedor. De la reintegración de la misma a los compradores responde el patrimonio privativo del cónyuge deudor.

36 1996, II (núm. 1ª)

• *VIVIENDA FAMILIAR**S. JP II 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. 2ª)

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 possessionis» 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. 96.4ª, 1.320 Cc. y 51 Comp. no se aplican en los supuestos de ejecución o enajenación forzosa.

16 1997, III (núm. 1ª)

S. APT 23 noviembre 1998

En la sentencia de separación de los esposos se acordó el uso provisional por la esposa de la vivienda familiar arrendada al marido por su empresa. El marido renuncia a su derecho de arrendamiento y la empresa reclama a la esposa por carecer de título para poseer. La Audiencia entiende que el derecho de arrendamiento es bien común, reconoce a la esposa el carácter de cotitular del contrato de referencia y declara que la renuncia del marido a él solo puede afectarle (art. 6.2 Cc.).

27 1999, V (núm. 2º)

LEGADO DE BIENES CONSORCIALES

S TS 28 septiembre 1998

El Tribunal Supremo considera aplicables al legado de bienes de la comunidad conyugal aragonesa los arts. 1.379 y 1.380 Cc.

6 1999, V (núm. 1º)

6634: RÉGIMEN MATRIMONIAL
LEGAL: DISOLUCIÓN

CAUSAS

S. APZ 19 febrero 1998

La disolución de la comunidad legal de bienes tiene lugar, unas veces de modo automático u «ope legis», como son los supuestos que contempla el artículo 1392 Cc., al que se remite el artículo 52 Comp. Otras veces, como en el presente, es precisa la previa petición de uno de los cónyuges, al concurrir alguna de las causas previstas en el artículo 1393 Cc., al que también se remite el artículo 52 Comp.

37 1999, V (núm. 2º)

COMUNIDAD POSTCONSORCIAL

• *NATURALEZA**A. APZ 16 julio 1997*

Entre la disolución de la sociedad de consorciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen

es el de la cotitularidad ordinaria y en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el «totum» ganancial, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo (STS 23 diciembre 1993).

49 1998, IV (núms. 1º y 2º)

CONVENIO MATRIMONIAL

S. APH 16 noviembre 1998

En convenio matrimonial aprobado por la sentencia de separación los cónyuges acordaron la disolución de la comunidad conyugal, relacionaron el haber consorcial y se distribuyeron los bienes que lo componían. La firmeza de la sentencia de separación conllevó la disolución de la comunidad conyugal legal por acuerdo expreso de los cónyuges y por disposición legal (arts. 95 Cc. y 52.2º Comp., este último en relación con el 1392.3º Cc.); desde ese momento el convenio produce los mismos efectos que si la disolución, liquidación y división se hubiera pactado en escritura pública, y supone también una forma de tradición instrumental (art. 1462.2º Cc., por analogía). La nueva situación es oponible a los acreedores posteriores aunque no se haya inscrito todavía la sentencia en el Registro Civil o en el Registro de la Propiedad.

22 1999, V (núm. 2º)

DIVORCIO

S. JPII TERUEL núm. 1 31 julio 1996

En juicio de disolución del matrimonio por divorcio se afirma que todas las medidas económico-matrimoniales reclamadas tanto por el marido como por la mujer, salvo la relativa a la pensión compensatoria, son consecuencia del pronunciamiento de divorcio a tenor de los arts. 52 Comp. y 102, 325 y 1392.1º Cc.

70 1998, IV (núms. 1º y 2º)

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 disolu-

ción 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 dispuesto sobre deudas posteriores (al matrimonio) privativas, en el art. 46 de la Compilación.

31 1997, III (núm. 1ª)

A. APZ 12 mayo 1997

La aplicación de las consecuencias del art. 1373 exige como *præ* ineludible el que la deuda sea propia del esposo demandado. No procediendo su aplicación cuando la deuda es ganancial. En el presente caso no puede admitirse la presunción de privatividad de la deuda, pero la presunción contraria tampoco puede impedir a la esposa del demandado que acredite la privatividad de la misma.

42 1998, IV (núm. 1ª y 2ª)

MOMENTO

S. JPI ZARAGOZA Nª 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. 1ª)

S. APH 18 septiembre 1997

La separación de hecho por sí misma no produce la disolución de la sociedad matrimonial, sino que es causa para que así se declare judicialmente a petición de parte interesada.

14 1998, IV (núm. 1ª y 2ª)

• 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. 1ª)

S. JPI Zaragoza Nª 6, 10 septiembre 1996

La fecha que 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 en los arts. 95 y 1.394 del Código Civil, de plena aplicación para Aragón

9 1999, V (núm. 1ª)

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. 1ª)

ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS

S. APZ 24 octubre 1998

Proceso penal. Tras medidas provisionales que confieren a la mujer el uso exclusivo del domicilio conyugal, el marido, sirviéndose de llaves de local adjunto, logra sustraer unos cuadros, un teléfono y un fax, bienes presuntamente comunes e inventariados a efectos de la liquidación de la comunidad conyugal. La S. plantea cuál sea el régimen del matrimonio (en razón de la vecindad civil del marido en el momento de casarse, antes de 1990) y absuelve, indicando que la calificación penal correcta de los hechos sería la de falta de coacciones.

47 1999, V (núm. 2ª)

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 consorcio 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)

S. JPI TARAZONA 18 junio 1997

La presente sentencia determina la disolución del régimen económico matrimonial, en este caso la comunidad legal del Derecho aragonés (arts. 95 y 1.392.3.º Cc. en relación con el art. 52.2.º Comp.). La liquidación del régimen deberá realizarse en ejecución de sentencia o, en su caso, en el juicio declarativo correspondiente (arts. 55 y ss. Comp., 1.410 Cc. y 1.817 Lec.)

19 1999, V (núm. 1º)

• LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN

A. APH 14 octubre 1998

La liquidación de sociedad conyugal en ejecución de sentencia dictada en el proceso matrimonial, en el particular relativo a la división y liquidación de la sociedad conyugal, deberá hacerse siguiéndose los trámites previstos en la Sección sexta del Capítulo III, Título IV, del Libro Primero de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, si los cónyuges se rigen por el régimen consorcioal.

19 1999, V (núm. 2º)

• MEDIDAS PROVISIONALES

A JPI EJEJA N.º 1, 27 diciembre 1997

El régimen económico matrimonial de ambos cónyuges ha de quedar en suspenso, si bien, y en tanto no se disuelva tal comunidad, de conformidad con el art. 52 Comp., y 1.392 Cc., ostentará la administración del vehículo, los saldos bancarios y la participación en la sociedad de «hermanos Cembrano» el esposo. La administración del mobiliario de la vivienda, cuyo carácter privativo no se ha acreditado, corresponderá a la mujer.

30 1999, V (núm. 1º)

• USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

S. JPI ZARAGOZA N.º 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 consorcioal, 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. JPI 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 ventajas. 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)

S JPII HUESCA núm. 2, 10 diciembre 1997

Los bienes muebles aportados por la esposa al matrimonio, con excepción de los incluidos en la presunción del art. 39, son bienes comunes. Ahora bien, conforme a los arts. 57 y 58 Comp., quien los aporta podrá interesar que se incluyan en su condición de ventaja (y ello con independencia de que el art. 57 hable de cónyuge sobreviviente, por aplicación del punto 3 del art. 56) o de adjudicación preferente.

28 1999, V (núm. 1ª)

• *DERECHO DEL CÓNUGE SUPÉRSTITE*

S. APZ 19 abril 1995

El art. 57 Comp. regula un derecho del cónyuge supérstite a retirar o detraer de los bienes comunes las llamadas «ventajas». 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 ventajas.

35 1997, III (núm. 1ª)

• *FINALIDAD*

S. APZ 19 abril 1995

El derecho de ventajas 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. 1ª)

• *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 constituían el ajuar de la vivienda conyugal en los arts. 1.321 Cc. y 57 Comp., preceptos que no pueden ser aplicados 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. 1ª)

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. 1ª)

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. 1ª)

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. 1ª)

S. JPI ZARAGOZA núm. 13 18 enero 1996

La demanda de rescisión de la liquidación pactada en capítulos de contenido exclusivamente patrimonial es de competencia de la jurisdicción civil ordinaria y no de los llamados juzgados de familia, por no ser la cuestión debatida de las expresas y legalmente a éstos reservadas.

57 1998, IV (núms. 1ª y 2ª)

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. 2ª)

S. TSJA 26 febrero 1999

Competencias de los llamados «Juzgados de Familia» para conocer de la liquidación de la comunidad conyugal de los matrimonios cuya nulidad, separación o divorcio han tramitado. Antecedentes y situación actual.

4 1999, V (núm. 1ª)

CONTRACTUAL

S. JPI ZARAGOZA núm. 13 18 enero 1996

Disuelta la comunidad conyugal por pacto expreso otorgado en forma de escritura pública, los cónyuges optaron por llevar a cabo en

la propia escritura la liquidación de mutuo acuerdo, pactando lo que tuvieron por oportuno y excluyendo así la aplicación del régimen legalmente previsto para los casos de desacuerdo (fijación de inventario y adjudicación judicial de derechos y obligaciones derivados de la partición en la forma prevista en los arts. 55 y ss. Comp. y 1397 a 1409 Cc. y por los trámites de los arts. 1054 a 1093 Lec.) que es una normativa subsidiaria. Lo acordado se rige por las normas previstas para los contratos, por ello sólo en caso de nulidad, anulabilidad o rescisión cabría atender la petición de tener por no válida total o parcialmente la división practicada.

57 1998, IV (núms. 1ª y 2ª)

• RESCISIÓN POR LESIÓN

S. APH 27 octubre 1998

A la rescisión por lesión de las capitulaciones matrimoniales de liquidación y división es de aplicación, a falta de disposiciones legales concretas sobre esta materia en la Compilación, el Código Civil por remisión del artículo 1.2 Comp. Es doctrina legal plenamente consolidada que la rescisión por lesión (art. 1074 Cc.) es de aplicación a la partición de una sociedad de gananciales disuelta, por mandato del artículo 1410, sin que a ello obste que haya ocurrido con ocasión de un convenio regulador de la separación matrimonial (que no es el caso), pero la acción rescisoria debe ser interpretada y aplicada restrictivamente. La asignación de un valor convencional a los bienes comunes contiene una renuncia a la rescisión, que no existiría tampoco por ser de aplicación el artículo 1078 Cc.

21 1999, V (núm. 2ª)

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. 1ª)

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 trabado sobre los bienes comunes adjudicados al cónyuge deudor no santifica o sana la falta de acreditamiento de la calidad jurídica de la deuda ejecutada como deuda a cargo del patrimonio común, porque esa condición jurídica efectuada en un mandamiento librado en un juicio 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. JPII TERUEL núm. 1 12 julio 1996

Liquidación contenciosa de la comunidad conyugal disuelta por separación judicial a la que es de aplicación las normas consignadas en los arts. 52, 55, 57 y 58 Comp. y 1392 y ss. Cc.

69 1998, IV (núms. 1º y 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)

S. TSJA 6 octubre 1999

El artículo 1398.2 Cc. es aplicable supletoriamente en Aragón (art. 1.2 Comp.), si bien en el caso de autos no ha sido infringido, pues la enajenación forzosa del bien privativo a través del procedimiento de apremio, no es equi-

parable a los supuestos en que se enajena un bien privativo para satisfacer con su importe deudas comunes o se satisfacen dichas deudas a través del pago por cesión de bienes o dación en pago.

3 1999, V (núm. 2º)

• *CONTENIDO*

S. JPI ZARAGOZA N.º 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.º 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 privativos, 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)

S JPII HUESCA N.º 2, 10 diciembre 1997

Las obras realizadas en la vivienda familiar, bien privativo del esposo, han superado sobradamente las atenciones propias de un diligente usufructuario y, por consiguiente, no pueden quedar integradas como parte del pasivo de la comunidad. En consecuencia, estas inversiones realizadas sobre los bienes privativos del esposo han generado en su patrimonio una deuda frente al patrimonio común o consorcial.

28 1999, V (núm. 1º)

S APT 27 octubre 1998

Partiendo de lo preceptuado en los artículos 55.2 Comp. y 1397, 1390 y 1391 Cc., se decide que el reintegro de los bienes comunes de cada uno de los cónyuges ha dispuesto con anterioridad a la disolución de la comunidad sólo podrá tener lugar si se justifica que tal acto de disposición tuvo carácter fraudulento, ocasionando con ello un claro perjuicio al otro cónyuge, correspondiendo en todo caso la prueba del fraude a quien alega su existencia.

26 1999, V (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^º 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. 1^º)

PROCEDIMIENTO

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. 1008 Lec.).

44 1997, III (núm. 1^º)

S. APH 5 junio 1998

El procedimiento a seguir cuando la formación de inventario deviene contenciosa no es directamente el juicio ordinario de menor cuantía sino el juicio incidental, por los trámites correspondientes, previsto en el artículo 1088 Lec., y ello después de haber agotado todas las fases de esta especie de conciliación o arbitraje obligatorio en que consiste la testamentaria, principalmente el nombramiento, y consiguiente dictamen o cuaderno particional, del contador-partidor dirimente, frente al cual surge la oportuna acción de impugnación por razones formales o de fondo.

11 1999, V (núm. 2^º)

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. 1^º)

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. 1^º)

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 4^º 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. 1^º)

CARGAS Y DEUDAS COMUNES

• OBLIGACIONES DEL CÓNYUGE FALLECIDO

S. JPII EJEA N^º 2 28 junio 1994

A la muerte del heredero de la casa, la viuda continúa con los hijos la comunidad con-

yugal; 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 matrimonio (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 lo prevenido 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 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)

S. JPH TERUEL N.º 1, 18 marzo 1997

La sentencia reconoce el derecho de usufructo a la viuda del causante bínubo y con hijos de anterior matrimonio, pero lo limita a

los bienes adquiridos por el causante durante el segundo matrimonio, de conformidad con el testamento del causante (atribuía la viudedad sólo sobre los bienes consorciales de su matrimonio con ella), la renuncia en escritura pública de la demandante a la viudedad sobre los bienes privativos o consorciales del anterior matrimonio del causante y el reconocimiento de la viudedad así limitada por los hijos herederos en cuaderno particional.

13 1999, V (núm. 1º)

• *DESCENDENCIA ANTERIOR*

S. APZ 7 marzo 1994

La renuncia al derecho expectante de viudedad no implica la renuncia al derecho de viudedad foral; límites al usufructo viudal concurrendo 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)

PRIVACIÓN

S. APT 2 julio 1997

Dado que los arts. 72 y ss. Comp. no regulan la materia que ahora nos ocupa, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1.2 Comp. resultan aplicables los arts. 834 y ss Cc. Al estar separada la actora del causante por motivos imputables a éste, se pone de manifiesto la culpabilidad del marido, y en consecuencia se ha de reconocer el derecho al usufructo de

viudedad de la recurrente y, por ello, su legitimación procesal para promover la presente «litis». Si bien, acreditada su legitimación, procede su desheredación en virtud del art. 855.1 Cc.

25 1998, IV (núm. 1º y 2º)

PUBLICIDAD

S. APH 30 julio 1998

La viudedad, ya se encuentre en su primera fase —derecho expectante— o en la segunda —usufructo viudal—, es un beneficio legal o gravamen real que es oponible a terceros sin necesidad de inscripción en el Registro. Como con acierto señala la doctrina científica, esta institución familiar está investida de una publicidad legal que se superpone a la registral. Por ello, la Compilación no distingue entre transmisores operadas dentro y fuera del Registro, sino que se refiere a todas ellas.

17 1999, V (núm. 2º)

682: EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD

BIENES AFECTOS

• *COMIENZO DE LA AFECCIÓN*

S. JPI ZARAGOZA Nº 2 18 mayo 1994

Estando «sub iudice» la reclamación, no puede estimarse que la porción de finca objeto de la misma hubiera entrado ya en el patrimonio del demandado y quedado sometida al derecho expectante de viudedad que configura el art. 76.1 de la Compilación.

13 1996, II (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 discutidas 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 ejercitarlo 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 reconvenzional 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)

S. APH 10 junio 1997

La demandada no tiene ningún interés en la finca controvertida por ser un bien privativo de su esposo, y aunque fuera cierto que a la misma le correspondiere el derecho expectante de viudedad, tal cosa tampoco justifica su intervención en los presentes autos, pues su derecho, si se ha visto perjudicado, siempre puede hacerse efectivo a la muerte del titular del bien.

10 1998, IV (núm. 1º y 2º)

S. APZ 19 enero 1998

La excepción de litisconsorcio pasivo necesario no puede prosperar, pues la pretensión de que se llame al proceso al cónyuge del demandado por ostentar aquél un derecho expectante, supone no tener en cuenta ni el contenido del artículo 76 Comp. ni del 405 Cc., conforme al cual la división de una cosa común no perjudicará a tercero.

33 1999, V (núm. 2º)

ENAJENACIÓN DE BIENES AFECTOS

S. TS 24 mayo 1995

Presupuesta la validez de los pactos documentados por las partes y del contenido real de los mismos ha de prosperar la petición de la parte actora de que dicho documento se eleve a escritura pública. En consecuencia se desestima lo solicitado de la parte demandada que pretendía la nulidad de tales acuerdos alegando su falta de renuncia al derecho expectante de viudedad, pues este derecho se regirá por lo preceptuado en el art. 76 Comp.

7 1996, II (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 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)

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. 1ª)

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.

20 1997, III (núm. 2ª)

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. 1ª)

• *ABUSO DE DERECHO*

S. APZ 7 febrero 1996

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.

20 1997, III (núm. 2ª)

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. 1ª)

• *PENSIÓN COMPENSATORIA*

SJPII TARAZONA 18 junio 1997

El derecho de viudedad se extingue con la sentencia de separación al no mediar pacto en contrario, lo que debe ser tenido en cuenta para fijar la pensión compensatoria.

19 1999, V (núm. 1ª)

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. 1, 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. 1ª)

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 reipersecutoria.

20 1997, III (núm. 2ª)

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 derecho de viudedad por parte de los cónyuges de los comuneros casados para que, al extinguirse el condominio sobre unas fincas y adjudicarse las mismas a los comuneros, quede extinguido el expectante que los cónyuges de los comuneros ostentaban sobre su respectiva cuota. Y ello, no porque la disolución de comunidad no pueda equipararse a la enajenación de la que habla la Compilación, sino porque, de sostenerse lo contrario, se llegaría a la contradictoria situación de una concurrencia de derechos expectantes de viude-

dad 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. JP II BOLTANA 7 diciembre 1994

No hay litisconsorcio pasivo necesario en pleito en que es demandado un cónyuge por el hecho de que el otro podría tener viudedad sobre el bien cuya propiedad se discute.

25 1996, II (núm. 2º)

683: EL USUFRUCTO VIDUAL

DERECHO TRANSITORIO

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, 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

detrimento 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. 1ª)

S. APZ 2 febrero 1998

En aplicación de los artículos 72 y 79 Comp., le corresponde a la viuda el usufructo sobre la totalidad de la herencia, pero ello no le da derecho a imponer a los nudo-propietarios la enajenación de los bienes objeto del usufructo (en el caso de autos, unos fondos de inversión).

35 1999, V (núm. 2ª)

DISPONIBILIDAD DEL DERECHO Y DE LOS BIENES

S. APZ 2 febrero 1998

El establecimiento de una renta vitalicia en sustitución del usufructo no puede imponerse, en Aragón, al usufructuario. Por ello, en aplicación del artículo 83.1 Comp., los pactos acerca del usufructo vidual requieren, por esencia, el consentimiento del usufructuario y de los nudopropietarios, por lo que no puede esta parte exigir una modalidad de cumplimiento del derecho de usufructo que no es aceptada por la actora usufructuaria.

35 1999, V (núm. 2ª)

EXTINCIÓN

• ANALOGÍA

S. JPI ZARAGOZA Nª 14 14 enero 1994

Las causas de extinción del usufructo vidual (art. 86 Comp.) no pueden aplicarse analógicamente para declarar la extinción de la fiducia sucesoria por separación de hecho de los cónyuges.

2 1996, II (núm. 2ª)

• CADUCIDAD

S. APH 30 julio 1998

Como se desprende de los antecedentes históricos del artículo 86.1.6ª Comp., se trata de un caso de caducidad por no uso y no por falta de reclamación en sentido estricto, pues el usufructo nace sin necesidad de exigirlo de forma especial.

17 1999, V (núm. 2ª)

• CAMBIO DE VECINDAD CIVIL

S. AP VALENCIA 10 febrero 1997

En el caso de autos los cónyuges estaban sujetos al derecho común al tiempo de fallecer el marido, pero por ser aragonés éste al tiempo de la celebración del matrimonio (1982) resulta aplicable el art. 16 Cc., de manera que, por el cambio de vecindad civil, no se pierde el derecho al usufructo vidual sobre todos los bienes del que primero fallezca.

31 1998, IV (núm. 1ª y 2ª)

• NEGLIGENCIA GRAVE

S. JPI CALAMOCHA 12 septiembre 1997

Para que se produzca la extinción del usufructo de viudedad por incumplir el usufructuario sus obligaciones, con negligencia grave o malicia, es necesario probar tanto el incumplimiento como la negligencia o la malicia, prueba que no se ha producido en el pleito.

20 1999, V (núm. 1ª)

• PRESCRIPCIÓN

S. APH 20 enero 1994

Nulidad de venta de local comercial, perteneciente al consorcio conyugal, por falta de determinación del precio y por haber sido enajenado, en 1962, por el marido como representante de la sociedad conyugal; anulabilidad; prescripción adquisitiva; usufructo vidual. Se desestima el recurso.

8 1996, II (núm. 1ª)

• RENUNCIA

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. 2ª)

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. TS 20 febrero 1998

La escritura pública otorgada por una viuda fiduciaria en al que asigna a uno de sus hijos un piso arrendado y renuncia, además, al usufructo viudal que sobre dicho bien le corresponde, ha de ser declarada nula, al evidenciar el ejercicio de la fiducia y la renuncia al usufructo sobre un bien concreto la elusión de normas de carácter imperativo de la legislación arrendaticia.

1 1998, IV (núm. 1º y 2º)

S. APH 30 julio 1998

La Compilación prohíbe la renuncia tácita (arts. 76.2 y 86.1.1º) pero admite no sólo la renuncia abdicativa, sino también la llamada traslativa, y sin necesidad de declaración expresa en tal sentido, cuando el viudo concurre en el acto de enajenación de la plena propiedad con los nudo-propietarios (art. 83.2; en parecidos términos: art. 76.2 para el derecho expectante); pero ha de ser renuncia traslativa a favor de un tercero a quien se enajena la plena propiedad, lo que no ocurre en el supuesto de división de una cosa común del viudo y los nudo-propietarios.

17 1999, V (núm. 2º)

• *RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTOS**S. APH 28 enero 1998*

Fallecida la viuda, se resuelve el arrendamiento rústico por ella concertado como arrendadora sobre las fincas usufrutuadas.

4 1999, V (núm. 2º)

• *VIDA MARITAL ESTABLE**S. JPI ZARAGOZA Nº 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 viudal 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 concurren para ello los requisitos que expone el apelante (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 reconvinientes 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)

INTERVENCIÓN DE LOS NUDO-PROPIETARIOS

S. APZ 21 mayo 1997

El art. 85 Comp. permite a los nudo-propietarios hacer advertencias o indicaciones al viudo sobre la administración y explotación de los bienes; pero en este caso, la forma indicada por las actoras —depósito bancario—

supone una limitación de las facultades del usufructuario, que de momento no puede adoptarse por falta de prueba que la justifique.

44 1998, IV (núm. 1ª y 2ª)

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. 1ª)

SANCIÓN DE LA FALTA DE INVENTARIO

S. J PII HUESCA núm. 2 14 mayo 1996

Instada por el demandante de la demandada la formación de inventario y prestación de fianza, y transcurrido el plazo previsto para ello, sin que se hubiere hecho efectivo por la obligada, procede fijar la sanción de pérdida de posesión de bienes en tanto se formalice, prevista en el art. 82 Comp.

67 1998, IV (núms. 1ª y 2ª)

SOBRE LA NUDA PROPIEDAD

S. APZ 20 septiembre 1997

El marido de la actora falleció sin dejar descendencia ni haber otorgado testamento por lo que le heredó su madre, quien ya ostentaba el usufructo vidual sobre los bienes adjudicados en nuda propiedad a sus hijos herederos del padre premuerto. Sobre tales bienes correspondería el usufructo a la viuda-actora, pero resulta de imposible reconocimiento al haberse concedido con anterioridad a favor de la madre sobreviviente, reflexión que debe aplicarse tanto a los bienes consorciales como a los privativos procedentes de la herencia del padre premuerto.

52 1998, IV (núms. 1ª y 2ª)

A. APH 25 febrero 1998

Revocando el auto del Juzgado, se declaran herederos abintestato de los bienes troncales de la causante a sus dos hermanos, y a su esposo en cuanto al usufructo.

Para lo primero no es preciso justificar en este procedimiento la procedencia de los bienes existentes o el carácter troncal de los mismos. En cuanto al usufructo, parece que la denegación en primera instancia se debió a que los bienes, procedentes de herencia del padre de la causante, estaban ya usufructuados por la madre de la misma.

6 1999, V (núm. 2ª)

TRANSFORMACIÓN DEL USUFRUCTO

S. APZ 2 febrero 1998

El establecimiento de una renta vitalicia en sustitución del usufructo no puede imponerse, en Aragón, al usufructuario, ya que éste no ostenta un simple derecho de crédito, no siendo trasladable al Derecho aragonés la jurisprudencia dictada en aplicación de la cuota legitimaria del cónyuge, según el Código Civil.

35 1999, V (núm. 2ª)

7: DERECHO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

71: EN GENERAL, MODOS DE DELACIÓN. NORMAS COMUNES

711: DERECHO DE SUCESIONES EN GENERAL

GASTOS DE ENTIERRO Y FUNERAL

S. APZ 21 mayo 1997

Los gastos de entierro y funeral se deben pagar con el dinero de la herencia, de conformidad con lo prevenido en el art. 903 Cc.

44 1998, IV (núm. 1 y 2ª)

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 forzosos 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 resul-

ten 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 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)

713: ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA

S. JPII HUESCA núm. 2 28 marzo 1996

No es necesaria la aceptación expresa de la herencia. Tal aceptación expresa no era exigida por la Ley de 1925 y tampoco lo es por la Ley de 1967. Debe tenerse en cuenta que, tratándose de la sucesión intestada, la aceptación se entiende producida por la sola petición de la declaración formal, pero es que la sola interposición de una demanda como la presente, por la que se pide la reintegración al patrimonio hereditario de una finca que de él salió, ya supone un acto de aceptación, si bien tácito, de la herencia.

64 1998, IV (núms. 1º y 2º)

PRUEBA

S. JPII TARAZONA 15 febrero 1997

Según el orden de delación legal, tanto la actora como la demandada están llamadas a suceder a su hermano, fallecido sin hijos y sin haber otorgado testamento; pero no habiéndose promovido la correspondiente declaración de herederos y no resultando acreditado con una valoración conjunta de la prueba que la hermana demandada haya aceptado, ni repudiado, la herencia, no se acredita que sea heredera de su hermano.

12 1999, V (núm. 1º)

714: BENEFICIO LEGAL DE INVENTARIO

S. JPI ZARAGOZA N° 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)

S. APZ 4 junio 1997

Según el art. 138 Comp., el heredero tiene una responsabilidad limitada a los propios bienes de la herencia de la que no forma parte la indemnización de una póliza de seguros que se rige por el art. 88 LCS. Por lo demás, las actuaciones realizadas a efectos de liquidación del impuesto de sucesiones no se pueden valorar como una renuncia tácita del actor a la expresada limitación de responsabilidad.

45 1998, IV (núm. 1º y 2º)

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 mancomunado, 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 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 inoficiosa 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 N° 2 15 noviembre 1994

Interpretación de la expresión «en concepto de herencia anticipada» utilizada en donación a descendiente: Expresión que en su sentido habitual y cotidiano únicamente puede ser interpretada como alusiva al deseo de atribuir a un heredero anticipadamente lo que ulteriormente se atribuya a los demás por vía mortis causa, pero no como referente a un reparto desigual entre los mismos. Se aprecia, por tanto, orden de colación en la sucesión intestada.

24 1996, II (núm. 2º)

VOLUNTARIEDAD

S. JPII CALAMOCHA 5 febrero 1997

No constando documento público alguno en el que se plasme la voluntad del donante-causante de que la donación efectuada sea objeto de colación, se ha de declarar que no ha lugar a la colación de la donación efectuada por la causante a su hijo José.

10 1999, V (núm. 1º)

717: SUSTITUCIÓN LEGAL

AMBITO DE APLICACIÓN

• *SUCESIÓN INTESTADA*A. *APH 20 marzo 1997*

La sustitución legal puede aplicarse a cualquier heredero o legitimario y, por consecuencia, a los herederos en la línea colateral. Además, la sustitución legal es de aplicación no sólo a la sucesión testada sino también a la sucesión intestada.

4 1998, IV (núm. 1º y 2º)

A. *APZ 16 abril 1997*

La aplicación del art. 141 Comp. responde a la sucesión testamentaria y si se aplicase a la sucesión intestada, no impide la del art. 135 Comp., como tampoco la del art. 132 por específicas.

40 1998, IV (núm. 1º y 2º)

LÍMITE DE LLAMAMIENTOS

A. *APH 20 marzo 1997*

No puede aplicarse indefinidamente la sustitución legal. Así, relacionando los arts. 132-2 y 135 Comp. con el 954 Cc. cabe concluir que más allá del cuarto grado no procede la sucesión intestada en bienes no troncales.

4 1998, IV (núm. 1º y 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: aplicación como derecho supletorio de las reglas de los arts. 1.058 y ss. del Cc.

7 1997, III (núm. 2º)

S. *JPII HUESCA núm. 2 28 marzo 1996*

Debiendo regirse la sucesión por el Apéndice de 1925 no existe posibilidad de formar la figura denominada «consorcio foral aragonés» por la supresión u omisión de regu-

lación de tal figura en dicho Cuerpo legal. No cabe, para considerar vigente en esa época el consorcio, recurrir a los precedentes históricos o a la tradición jurídica aragonesa como modo de integración normativa. La sentencia contiene una amplia explicación de las circunstancias que confluieron en la supresión del consorcio foral en 1925.

64 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. *APZ 22 octubre 1998*

No procede sobre parte indivisa de una finca. Si aun cuando los hermanos hayan adquirido proindiviso de un ascendiente por títulos diferentes y en diversos momentos. Derecho transitorio: la donación anterior a 1967 no origina consorcio foral.

46 1999, V (núm. 2º)

DERECHO TRANSITORIO

S. *JPII TARAZONA 16 mayo 1997*

No existe el consorcio cuando la sucesión del padre de los supuestos consortes se abrió en 1963 (bajo la vigencia del Apéndice). La disp. transitoria duodécima Cc. —aplicable a través de la duodécima de la Compilación— lleva a aplicar la ley vigente al tiempo del fallecimiento del causante.

16 1999, V (núm. 1º)

EFECTOS

• *ACRECIMIENTO*S. *APH 13 mayo 1996*

Al no haberse practicado la división de los bienes hereditarios, subsiste entre los herederos el consorcio foral, por lo que, de conformidad con lo previsto en el artículo 142.2 Comp., no es válida la disposición testamentaria efectuada por uno de los hermanos (ya fallecido) en favor de sus sobrinas-nietas respecto a su participación en dicho consorcio; parte que deberá acrecer al resto de los hermanos.

7 1997, III (núm. 2º)

• *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)

S. APH 13 mayo 1996

Al no haberse practicado la división de los bienes hereditarios, subsiste entre los herederos el consorcio foral, por lo que, de conformidad con lo previsto en el artículo 142.2 Comp., no es válida la disposición testamentaria efectuada por uno de los hermanos (ya fallecido) en favor de sus sobrinas-nietas respecto a su participación en dicho consorcio; parte que deberá acrecer al resto de los hermanos.

7 1997, III (núm. 2º)

S JPII TARAZONA 18 noviembre 1997

Los apartados 2.º y 3.º del art. 142 Comp. establecen como efectos del consorcio la prohibición de los consortes de disponer de su parte por actos *mortis causa*, sino en favor de sus descendientes, y el acrecimiento al resto de los consortes de la parte del que fallezca sin descendencia. Acreditado que Dña. Juana falleció sin descendencia, la parte que le correspondía sobre las fincas consorciales acrecen al actor.

24 1999, V (núm. 1º)

S. APH 13 mayo 1996

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 abonasen 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.

7 1997, III (núm. 2º)

• DERECHO SUPLETORIO

S. APH 13 mayo 1996

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 artículos 1058 y ss. de la partición.

7 1997, III (núm. 2º)

• FORMA

S. APH 13 mayo 1996

A tenor de los artículos 1058 y siguientes de la 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.

7 1997, III (núm. 2º)

IMPROCEDENCIA

SJP II TARAZONA 18 noviembre 1997

No cabe el consorcio sobre cuotas indivisas de un bien inmueble sino únicamente sobre la integridad de tales cuotas. La Compilación exige que el consorcio se constituya sobre bienes inmuebles pero no contempla la posibilidad de constitución sobre algunas cuotas partes de dichos bienes.

24 1999, V (núm. 1º)

NATURALEZA

SJP II TARAZONA 18 noviembre 1997

El consorcio es una institución de Derecho de familia.

24 1999, V (núm. 1º)

ORIGEN

S. APH 13 mayo 1996

Fallecido el padre del actor y de los demandados abintestato, le heredan éstos, correspondiendo a sus cuatro hijos la nuda propiedad sobre los bienes del causante, y el usufructo viual 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.

7 1997, III (núm. 2º)

SJPII TARAZONA 18 noviembre 1997

Su origen no depende única y exclusivamente de la existencia de una adquisición a título gratuito (como la hereditaria), sino de una adquisición proindiviso. En el caso de autos el inicio del consorcio se produce cuando coinciden dos hermanos o primos en la titularidad del inmueble relicto o grupo de ellos.

24 1999, V (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), sino todo lo contrario: Presupone su voluntad de aceptar la parte indivisa que le corresponde en el patrimonio relicto de sus progenitores.

28 1997, III (núm. 1º)

S. APH 13 mayo 1996

A tenor de los artículos 1058 y siguientes 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.

7 1997, III (núm. 2º)

72: SUCESIÓN TESTAMENTARIA

721: SUCESIÓN TESTAMENTARIA EN GENERAL

INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO

S. APZ 21 enero 1999

La determinación de la voluntad de los testadores ha de estar referida al momento en que se efectuó el acto de disposición, y no al momento de la apertura de la sucesión, como se desprende de los artículos 657 y 661 Cc. En dicho momento, los únicos hijos matrimoniales (nietos de los testadores) del demandante (hijo de los testadores) eran los demandados/apelantes, y no la parte actora/apelada que tuvo con posterioridad al testamento su condición de hija matrimonial del actor/apelante (art. 119 Cc.).

34 1999, V (núm. 2º)

NULIDAD DE TESTAMENTO

• COACCIÓN

S. APZ 2 marzo 1994

Se admite el recurso de apelación contra la sentencia de instancia por la que se declaraba la nulidad de testamento abierto por vicios de la voluntad (coacción sobre el causante). Prueba insuficiente; se afirma la 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)

• INCAPACIDAD

S. APZ 14 diciembre 1998

No se aprecia la incapacidad. La presunción de sanidad de juicio (en testadora no incapacitada) no ha sido desvirtuada.

51 1999, V (núm. 2º)

723: TESTAMENTO MANCOMUNADO

DISPOSICIONES CORRESPECTIVAS

S. JPHI HUESCA núm. 2 19 abril 1996

Un examen detenido de la mencionada cláusula no permite suponer que en el testamento se declare que la referida cláusula tenga el carácter de correspectiva, siendo necesario por la propia trascendencia de este tipo

de cláusulas, esta expresión o semejante, en el contenido del testamento o del documento público posterior. Y la propia Compilación así parece entenderlo por la exigencia de una declaración en este sentido.

66 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 14 diciembre 1998

No es disposición correspondiente aquella por la que ambos testadores instituyen herederos a su hija en usufructo y a sus nietos, por lo que puede revocarla el viudo en cuanto a su herencia.

51 1999, V (núm. 2º)

INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE CÓNYUGES

• PACTO AL MÁS VIVIENTE

S. JPI ZARAGOZA Nº 2 18 mayo 1994

La sentencia admite que la declaración contraria a que la institución mútua 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 tes-

tamentaria mútua entre cónyuges equivale al pacto al más viviente.

15 1997, III (núm. 2º)

A. APZ 27 abril 1997

Fallecido el esposo supérstite, heredero por el «pacto al más viviente», procede la declaración de herederos abintestato a favor de los herederos del premuerto respecto de aquellos bienes así heredados sobre los que el supérstite no hubiera dispuesto (art. 108.3 i.f.).

51 1999, V (núm. 2º)

A. APH 17 noviembre 1997

El pacto al más viviente implica una especie de sustitución fideicomisaria de residuo en la cual los sustitutos son esos parientes del cónyuge fallecido en primer lugar «llamados» a su sucesión en el momento del óbito del cónyuge viudo.

17 1998, IV (núm. 1º y 2º)

INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO

S. APZ 21 enero 1999

La determinación de la voluntad de los testadores ha de estar referida al momento en que se efectuó el acto de disposición, y no al momento de la apertura de la sucesión, como se desprende de los artículos 657 y 661 Cc. En dicho momento, los únicos hijos matrimoniales (nietos de los testadores) del demandante (hijo de los testadores) eran los demandados/apelantes, y no la parte actora/apelada que tuvo con posterioridad al testamento su condición de hija matrimonial del actor/apelante (art. 119 Cc.).

34 1999, V (núm. 2º)

PRIMACÍA DE LA LEGISLACIÓN ESPECIAL

S. JPII HUESCA núm. 2 19 abril 1996

La mención testamentaria como legatario fiduciario en favor de uno de los hijos del adjudicatario provisional de bienes del IRYDA no puede tener validez por atentar contra lo dispuesto taxativamente en el art. 32 de la LRYDA que ordena la sucesión necesariamente a favor del cónyuge supérstite. Tampoco

son compatibles con tal ordenación los efectos del pacto al más viviente (art. 95 en relación con el 108 Comp.)

66 1998, IV (núms. 1ª y 2ª)

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. 1ª)

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. 1ª)

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. 1ª)

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. 2ª)

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. 2ª)

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. 1ª)

S. JP II EJE A Nº 2 28 junio 1994

En 1963 se pactó en capítulos sucesión a favor de persona, ya fallecida, con obligación de alimentar y asistir sanos y enfermos, mientras sean solteros, estén en la casa y trabajen para ella al hermano del heredero, demandante. Se pacta también que el heredero no podrá

gravar ni enajenar los bienes comprendidos en la institución sin el consentimiento conjunto de instituyente y esposa, heredero y esposa y del hermano del heredero, o sobrevivientes de ellos. Asimismo se dispone la obligación expresa del heredero de dotar a sus hermanos con la cantidad de 42.000 ptas. cuando 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 intervinientes 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 cuan-

to cumpla los requisitos impuestos en el pacto sucesorio: Vivir y trabajar para la casa. Trabajar para la casa, por parte de los hermanos solteros del heredero único, no es una obligación en sentido propio, sino una condición para poder exigir el mantenimiento en la casa. Se trata de alimentos «in natura» y como corresponsivo 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 troncabilidad.

3 1995, I (núm. 1º)

A. APH 2 diciembre 1996

Con la denominación de pacto al más viviente regula la Compilación la recíproca institución hereditaria entre cónyuges formada por medio de cualquiera de los instrumentos sucesorios válidos en Derecho aragonés, y el artículo 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)

- *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.º 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)

• **FALLECIMIENTO DEL SOBREVIVIENTE**

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

El llamamiento a los herederos del cónyuge primeramente fallecido se refiere 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.

15 1997, III (núm. 2º)

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 premuerto y los restantes bienes hereditarios, siendo tan sólo 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 éstos a quienes habrá de reservarse los bienes troncales.

15 1997, III (núm. 2º)

A JPI ZARAGOZA N.º 13, 7 febrero 1997

El derecho de los herederos del cónyuge más viviente no se extiende a la totalidad de sus bienes. Por aplicación del art. 108.3 Comp., a quienes correspondía heredar al cónyuge premuerto cuando fallece les es imputado, al fallecer el más viviente, el causal hereditario del premuerto. Por ello debe hacerse la correspondiente salvedad al declarar a los herederos del cónyuge más viviente.

11 1999, V (núm. 1º)

A. APH 17 noviembre 1997

El llamamiento a que se refiere el art. 108.3 Comp. puede ser legal o voluntario, y dentro del primero no sólo abintestato en sentido estricto, sino también troncal.

17 1995, I (núm. 1º)

A JPI ZARAGOZA N.º 14, 16 diciembre 1997

La causante y su difunto esposo otorgaron testamento mancomunado, por lo que al haber fallecido con anterioridad el marido de la causante heredó ésta sus bienes (art. 108.3), pero al haber fallecido ella, a su vez, sin haber dispuesto de los mismos, pasarán los que resten a las personas llamadas en tal momento a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido. Así, y por aplicación del art. 948 Cc., procede declarar herederos de dichos bienes a la hermana del cónyuge primeramente fallecido por derecho propio, y a un sobrino de aquél por derecho de representación.

29 1999, V (núm. 1º)

• *FRUTOS Y RENTAS DE LOS BIENES QUE QUEDAREN*

S. JPI ZARAGOZA N° 2 18 mayo 1994

Cuanto las 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*

A. APH 18 julio 1998

Como el esposo sobreviviente no dispuso del patrimonio así heredado de ningún modo antes de su defunción, deben pasar los bienes a las personas llamadas en tal momento (fallecimiento del sobreviviente) a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido (art. 108.3 Comp.). Se trata de una especie de sustitución fideicomisaria de residuo en el que el llamamiento a los sustitutos puede tener fundamento legal o voluntario, y, dentro del primero, no sólo abintestato en sentido estricto, sino también troncal.

14 1999, V (núm. 2º)

REVOCACIÓN

S. TSJA 9 noviembre 1991

Posibilidad de los instituyentes de revocar el pacto de institución de heredero por incumplimiento grave de cargas: Abandono de la casa por el heredero instituido. Intransmisibilidad de la acción del art. 647 Cc. a los herederos del donante o disponente.

4 1995, I (núm. 1º)

VALIDEZ

S. TSJA 29 septiembre 1992

Invalidez del documento privado en el que se pacta que un hijo será heredero y otro legatario de la mitad de los bienes del consor-

cio familiar: Infracción de la previsión hereditaria de nombramiento de heredero único. Defecto de forma.

8 1995, I (núm. 1º)

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. En definitiva, el pacto sucesorio es un contrato solemne en el que la ausencia de la forma legal (escritura pública) acarrea la nulidad del pacto.

4 1997, III (núm. 2º)

74: FIDUCIA SUCESORIA

741: FIDUCIA SUCESORIA:
DISPOSICIONES GENERALES

CÓNYUGE FIDUCIARIO

• *EJECUCIÓN*

S. APH 14 febrero 1997

No procede admitir la pretensión del actor por la que solicita sea declarada nula la escritura de ejecución de fiducia de 29-3-1940, al haber concurrido a su otorgamiento la viuda fiduciaria y todos sus hijos, que manifiestan su conformidad con el ejercicio de fiducia realizado por aquélla. Y todavía es menos admisible que tal declaración se pida 50 años después del otorgamiento.

2 1998, IV (núm. 1º y 2º)

• *LIQUIDACIÓN DEL PATRIMONIO CONYUGAL*

A. PRES. TSJA 3 octubre 1989

La transmisión, atribución y asignación por un cónyuge, nombrado fiduciario en testamento mancomunado, de un bien de la sociedad conyugal a uno de los hijos, en cuanto entraña una simplificada operación de disolución del consorcio y del patrimonio conyugal, puede ser formalizada directamente por el fiduciario, sin que ello implique desconocimiento ni infracción de las disposiciones relativas a la liquidación del patrimonio consorcial ni a las normas registrales que establecen el principio de especialidad.

47 1996, II (núm. 1º)

• **NATURALEZA**

S. TS 20 febrero 1998

No pueden desconocerse las especiales características que configuran la adquisición del codemandado, pues si bien recibe un bien a título de herencia de su causante, la asignación de ese bien se ha hecho por el viudo fiduciario, en el que según la sentencia de audiencia, ratificada en casación, hay analogía entre un donante y quien actúa como fiduciario designando a un heredero.

1 1998, IV (núm. 1º y 2º)

EJERCICIO FRAUDULENTO

S. JPII HUESCA núm. 2 28 febrero 1996

La sentencia no aprecia ni la simulación absoluta ni la rescisión por fraude de acreedores solicitadas sucesivamente por el banco acreedor del fiduciario respecto de la escritura de ejecución de la fiducia e institución de heredera en favor de una hija del viudo-fiduciario, quien también renuncia a su participación en los gananciales de la sociedad conyugal y a su derecho de usufructo. El demandado tuvo intención de transmitir los bienes en cumplimiento del encargo fiduciario asumido mucho antes de ser deudor, por lo que el ejercicio no puede calificarse de fraudulento. Los actos de renuncia se realizaron antes de contraer la deuda, con la finalidad de liberar a la heredera de las cargas y gravámenes que para el tráfico mercantil supone la existencia del usufructo y la división de los bienes.

60 1998, IV (núms. 1º y 2º)

EXTINCIÓN

• **MUERTE DEL FIDUCIARIO**

S. JPII HUESCA núm. 2 28 marzo 1996

Establecida una fiducia sucesoria a favor del cónyuge superviviente, éste falleció sin ejercitarla por lo que en la actualidad es de imposible cumplimiento. Por consiguiente, ha de entenderse que puesto que la designación hereditaria no se concretó al fallecimiento del cónyuge superviviente, la declaración hereditaria se produjo en virtud de disposición legal, esto es, abintestato.

64 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• **NUEVAS NUPCIAS DEL FIDUCIARIO VIUDO**

S. JPII HUESCA Nº 2 21 febrero 1994

Junto a referencias al origen consuetudinario, naturaleza y caracteres del pacto de fiducia, la sentencia defiende, por analogía con el usufructo de viudedad, que, salvo pacto, el nuevo matrimonio del cónyuge fiduciario extingue la fiducia ya en la época de los Fueros. Señala también que no hay plazo para su ejercicio.

4 1996, II (núm. 2º)

• **SEPARACIÓN DE HECHO**

S. JPI ZARAGOZA Nº 14 14 enero 1994

No se extingue la fiducia sucesoria por separación de hecho, pues a estos efectos no pueden aplicarse analógicamente las causas de extinción del usufructo viudal. El art. 110.3º Comp. establece sin ninguna duda y en términos claros y precisos los únicos motivos por los que cabe dejar sin efecto el nombramiento de fiduciario.

2 1996, II (núm. 2º)

FORMA

• **EJERCICIO PROVISIONAL**

S. JPII HUESCA núm. 3 14 marzo 1996

La fiduciaria eligió para cumplir el encargo la escritura pública, y lo cumplió a través de un acto *mortis causa* denominado contrato sucesorio. En escritura posterior, con intervención de las mismas personas, se hace constar que en la primera escritura no se indicó que el ejercicio de la fiducia lo fue con «carácter provisional». Nada impide ejercitar la facultad fiduciaria en forma provisional: realizada la fiducia, «como forma», mediante contrato sucesorio, esto puede ser modificado si a dicha modificación concurren todos los que lo hicieron en el contrato y siempre que dicha modificación no excede de los límites de la facultad fiduciaria.

62 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• **NULLIDAD**

S. JPII HUESCA núm. 3 14 marzo 1996

La sentencia desestima la excepción de prescripción de la acción de restitución de

bienes inmuebles por el transcurso de los 15 años del art. 1964 Cc. porque el actor la única acción que ejercita es la de nulidad prevista en el art. 6.3 Cc., en relación con el art. 111 de la Compilación (antes art. 29 Apéndice).

62 1998, IV (núms. 1º y 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 sobrevinida (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)

MODALIDAD DE EJECUCIÓN

S. AP BARCELONA 23 marzo 1994

Al apreciar fraude de ley en el cumplimiento parcial de la fiducia, hay que entender limitado el derecho dominical del designado por el fiduciario (como en el caso del donatario), frente al inquilino agraviado, para privarle del derecho de denegación de prórroga con base en la causa 1.ª del artículo 62 LAU, sin que sea indispensable impugnar formalmente el cumplimiento de la fiducia, por lo que bastará aducir como defensa en el proceso de desalojo la infracción del orden escalonado de preferencia impuesto al causante.

2 1997, III (núm. 2º)

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. 62.1.º 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)

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 aquélla el fiduciario aparece como un simple mandatario o ejecutor testamentario.

2 1997, III (núm. 2º)

S. AP BARCELONA 23 marzo 1994

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 superviviente frente a los hijos.

2 1997, III (núm. 2º)

S. J PII HUESCA núm. 3 14 marzo 1996

La institución fiduciaria tiene como base fundamental la confianza que el causante deposita en unas u otras personas para intervenir en su sucesión, pero la fiducia aragonesa va más allá y con ella se puede incluso ordenar la sucesión del causante por el fiduciario por su propia y autónoma voluntad, sólo limitada, en ocasiones, por las propias instrucciones del causante. La fiducia tiene la naturaleza de ser un acto jurídico *mortis causa* del causante, ya se formalice en testamento o en cualquiera de las formas que la ley admite, exigiendo para su validez la concurrencia de los requisitos que las normas imperativas establecen para ellos. Generalmente la finalidad de la fiducia es facilitar la perpetuación del patrimonio familiar permitiendo designar heredero único al descendiente que mejores cualidades demuestre.

62 1998, IV (núms. 1º y 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)

S. APH 20 abril 1998

La naturaleza jurídica de la fiducia no impide que, en base al principio *standum est chartae*, los otorgantes vinculen su propia voluntad a la ordenación de la sucesión del otro cónyuge otorgante, a modo de pacto sucesorio recíproco: pero no ocurre así en el caso juzgado.

7 1999, V (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 SUCESORIA 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)

A. PRES. TSJA 19 noviembre 1997

La fiducia sucesoria, salvo para el cónyuge viudo, es un cargo voluntario y, en cuanto tal, renunciabile; 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)

A. *APH 4 mayo 1998*

Tras denegación de inscripción de escritura de institución de heredero otorgada solamente por la viuda, siendo la fiducia colectiva y llamados a la misma junto con la viuda dos parientes de su difunto marido, negativa confirmada en el recurso gubernativo por auto del Presidente del TSJA (19 noviembre 1997, *RDCA* III, 1997, n.º 2, marginal 1), no procede siquiera admitir a trámite la solicitud ni formar expediente de jurisdicción voluntaria tendente a reconocer validez a la dicha escritura.

8 1999, V (núm. 2º)

A. *APH 25 noviembre 1998*

El Juzgado admite la determinación judicial de los parientes que deben constituir la Junta.

24 1999, V (núm. 2º)

FIJACIÓN DE PLAZO

A. *APH 25 noviembre 1998*

No procede el señalamiento de una fecha y hora exactas para la celebración de la Junta de Parientes fiduciarios, pues la única potestad atribuida legalmente a los órganos jurisdiccionales sobre esta materia es la fijación de plazo para el cumplimiento del encargo, conforme al artículo 118 Comp., lo que no ha sido solicitado. Además, no hay controversia sobre este extremo y el señalamiento que se interesa podría confundirse con el término previsto en el indicado precepto.

24 1999, V (núm. 2º)

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-V-1953 y 7-XII-1967; TS 30-III-1969) y

ha sido recogido en los artículos 116 y 20.4 de la Compilación.

1 1997, III (núm. 2º)

A. *PRES. TSJA 19 noviembre 1997*

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)

A. *APH 4 mayo 1998*

Tras denegación de inscripción de escritura de institución de heredero otorgada solamente por la viuda, siendo la fiducia colectiva y llamados a la misma junto con la viuda dos parientes de su difunto marido, negativa confirmada en el recurso gubernativo por auto del Presidente del TSJA (19 noviembre 1997, *RDCA* III, 1997, n.º 2, marginal 1), no procede siquiera admitir a trámite la solicitud ni formar expediente de jurisdicción voluntaria tendente a reconocer validez a la dicha escritura.

8 1999, V (núm. 2º)

A. *APH 25 noviembre 1998*

El silencio de los parientes requerido para intervenir en la fiducia colectiva puede equipararse, en aras a la buena fe y a la seguridad jurídica, a una declaración de voluntad propiamente dicha cuando existe obligación de hablar. Pero en el caso de autos, ni la buena fe ni la seguridad jurídica (la viuda ha actuado de forma interesada y de mala fe) justifican que debamos interpretar su silencio como renuncia a su condición de fiduciarios, máxime teniendo en cuenta la especial naturaleza de la fiducia colectiva. Cuando los parientes han recibido una comunicación judicial, han acudido al Juzgado y han expresado su deseo de cumplir su mandato.

24 1999, V (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 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. 117-2º 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)

S. APH 20 abril 1998

En capítulos otorgados en 1932 se previó que para el caso de fallecer uno de los cónyuges capitulantes con sucesión y sin disposición de sus bienes, dispondrían entre los hijos el sobreviviente y un pariente del premuerto; si ambos fallecían sin disponer, lo harían dos parientes, uno de cada contrayente. El sobreviviente (disuelto el matrimonio por fallecimiento en 1949) testó en 1979 a favor de una de las hijas (demandante) y donó en 1993 fincas privativas de su difunto marido a su hijo. Estas donaciones se declaran nulas. Fallecida la viuda (1995), entienden el Juzgado y la Audiencia que procede ejecutar la fiducia, en cuanto a la herencia del marido, por parte de un pariente de éste, de acuerdo con el artículo 166 Comp.

7 1999, V (núm. 2º)

75: LEGÍTIMAS

DESHEREDACIÓN

S. APT 28 diciembre 1998

Los artículos 848 y siguientes Cc. son aplicables supletoriamente conforme remite el artículo 1.2 Comp. Los efectos que se recogen en los números 1.º y 2.º del artículo 122 Comp. se refieren, de forma expresa, no a la desheredación injusta sino a la preterición. Los efectos de la desheredación ilegal del único descendiente existente no deben ser otros que los de anular la institución del heredero (art. 851 Cc.) «en cuanto perjudique al desheredado», perjuicio que, siendo el único descendiente existente, debe alcanzar a la cuota de legítima colectiva (art. 119 Comp.), porción coincidente con la recogida en el artículo 122 Comp.

29 1999, V (núm. 2º)

• DE LOS HIJOS

S. APT 2 julio 1997

La Compilación, en materia de sucesión testada, sólo regula determinadas formas típicas de testar, pero no la institución de la desheredación, por lo cual, y según el art. 1.2 Comp., debemos acudir a la regulación del Cc.: arts. 848 y ss. Y en concreto, respecto de los hijos es aplicable al caso el art. 853.2º.

25 1998, IV (núm. 1º y 2º)

• DEL CÓNYUGE SEPARADO LEGALMENTE

S. APT 2 julio 1997

Dado que los arts. 72 y ss Comp. no regulan la materia que ahora nos ocupa, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1.2 Comp. resultan aplicables los arts. 834 y ss Cc. Al estar separada la actora del causante por motivos imputables a éste, se pone de manifiesto la culpabilidad del marido, y en consecuencia se ha de reconocer el derecho al usufructo de viudedad de la recurrente y, por ello, su legitimación procesal para promover la presente «litis». Si bien, acreditada su legitimación, procede su desheredación en virtud del art. 855.1 Cc.

25 1998, IV (núm. 1º y 2º)

IMPUTACIÓN A LA LEGÍTIMA

S. JPII TERUEL Nº 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 legitimario 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 Nº 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 legitimario 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)

S. TSJA 11 noviembre 1998

Referencias al derecho histórico ya contenidas en la S. 30 septiembre 1993. Los Anteproyectos de Compilación exigían con toda precisión que el legitimario que desciende del causante debe ser nombrado en el testamento, al menos con expresión que dé a entender que el testador ha tenido en cuenta su existencia al asignar las legítimas, es decir, en el momento de distribuir sus bienes. La Compi-

lación, en cambio, no precisa suficientemente cómo deber hacerse dicha mención. Referencia a la práctica notarial y judicial. Entiende el TSJA que «hay que nombrar al legitimario para decir que se le deja algo o que no se le deja nada». La exclusión tiene un alcance patrimonial.

2 1999, V (núm. 1º)

S. TSJA 11 noviembre 1998

Voto particular: En el testamento no podemos distinguir dos partes, comparecencia y disposición o parte dispositiva, como elementos separados y estancos, sino que debe ser examinado en su conjunto para apreciar tanto su validez como la voluntad del otorgante. La exclusión del legitimario mencionado tanto puede ser expresa como derivada del hecho de no hacer disposición alguna a su favor. No existe costumbre que obligue a dejar algo. No es contrario al principio de equidad excluir a algunos descendientes del reparto de la legítima material.

2 1999, V (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 ejercitar 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 supérstite 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)

• MENCIÓN SUFICIENTE

S. JPI ZARAGOZA núm. 2 14 septiembre 1996

Para evitar la preterición, la Compilación exige mención, pero no disposición. Exigir para que se entienda cumplimentada la legítima formal mención en la parte dispositiva del testamento, aparte de estructurar el testamento en partes que no necesariamente se han de dar, es transformar el carácter formal de la

legítima, dotándole de un contenido material. En la parte dispositiva sólo tendrá sentido la cita de los legitimarios para hacer una disposición y no una mera mención: disposición negativa, pero verdadera disposición y no mera mención. Y es claro que el legislador no ha querido exigir para evitar la preterición una disposición negativa, bastando una mera mención para entender que no hubo olvido de ninguno de los legitimarios mencionados.

71 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• *SENTIDO FUNCIONAL*

S. JPI ZARAGOZA núm. 2 14 septiembre 1996

Si en el Derecho aragonés, dado el carácter colectivo de la legítima, cabe disponer sólo a favor de uno de los legitimarios, cabe la mera mención de los demás con un alcance puramente formal, sin disposición, ni meramente simbólica o incluso puramente negativa, so pena de convertir la legítima formal, que tiene un sentido funcional, en una legítima ritual, pues la mención no tiene que realizarse necesariamente con la finalidad de instituir o desheredar.

71 1998, IV (núms. 1º y 2º)

LEGÍTIMA MATERIAL COLECTIVA

S. JPI ZARAGOZA núm. 2 14 septiembre 1996

En Aragón la legítima, además de formal, es colectiva (art. 119 Comp.), y esta característica hay que tenerla presente a la hora de valorar el alcance formal. Si el testador no tiene ningún límite material para disponer a favor de sólo uno de los legitimarios —basta que resulte que no se olvidó de alguno de ellos—, la preterición intencional sólo tendrá relevancia cuando tenga una afectación generalizada a todos los legitimarios, esto es de manera colectiva, pero no cuando tenga un alcance limitado al afectar a sólo alguno de los legitimarios, dado precisamente ese carácter colectivo de la legítima.

71 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• *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)

• *NO DISCRIMINACIÓN POR MATRIMONIO*

S. APZ 21 enero 1999

El principio de no discriminación por razón de matrimonio, que será perfectamente aplicable a las normas legales y a las decisiones de las administraciones públicas, no puede imponerse a los deseos de los testadores, máxime cuando estos en Aragón tienen derecho a disponer de sus bienes entre sus hijos y descendientes, con la amplia libertad que concede el artículo 119 Comp.

34 1999, V (núm. 2º)

LESIÓN DE LA LEGÍTIMA

• *USUFRUCTO VITAL*

S. APZ 7 marzo 1994

La renuncia al derecho expectante de viudedad no implica la renuncia al derecho de viudedad foral; límites al usufructo vital 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

S. JPI ZARAGOZA núm. 2 14 septiembre 1996

La preterición supone un olvido o exclusión de un pariente del causante en línea recta y con derecho a legítima. La preterición intencional sólo tendrá relevancia cuando tenga una afectación generalizada a todos los legitimarios, esto es de manera colectiva, pero no cuando tenga un alcance limitado al afectar a sólo alguno de los legitimarios, dado precisamente ese carácter colectivo de la legítima, bastando que se constate, mediante su nombramiento o mera mención, que no se olvidó de alguno de ellos, esto es respetando el carácter puramente formal de la legítima.

71 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 21 enero 1999

Los testadores quisieron declarar herederos a quienes en el momento del otorgamiento eran hijos matrimoniales del actor, hijo único de aquéllos. El hecho de que la actora, con posterioridad al testamento, consiga ser también hija matrimonial del hijo de los causantes (art. 119 Cc.), no afecta a la declaración de última voluntad, ni obliga a los testadores a hacer un nuevo testamento, pues ya habían manifestado su voluntad.

34 1999, V (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)

S. APT 21 marzo 1997

No puede compartir esta Sala la tesis de la invalidez de la exclusión del recurrente de la sucesión de sus padres en base a que la mención al mismo no se hace en la parte dispositiva del testamento: 1º porque como se desprende del art. 667 Cc. el testamento es un acto indivisible ejecutado con unidad de acto y destinado todo él a la disposición de los bienes para después de la muerte y 2º porque tal requisito no es requerido por el art. 120 Comp.

19 1998, IV (núm. 1º y 2º)

S. TSJA 11 noviembre 1998

La Compilación ubica la preterición al capítulo de la «protección de la legítima» con la finalidad de salvaguardar el derecho adquirido de los legitimarios a recibir una parte del caudal de sus padres, que les corresponde en cuanto tales, por disposición de la Ley. Referencias al derecho histórico ya contenidas en la S. 30 septiembre 1993. El caudal que menciona el art. 123 Comp. no es el caudal relicto, sino que comprende los dos tercios del caudal computable que integran la legítima.

2 1999, V (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 INTESADA

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)

S. JPI HUESCA núm. 2 28 marzo 1996

La condición de heredero por disposición de la ley no deviene de la relación parental de una persona con otra, sino del reconocimiento y atribución por el Estado de los efectos de la sucesión, a esa relación, para lo que se precisa un acto de reconocimiento, que nada tiene que ver con la aceptación de la herencia, que es un hecho posterior al fenómeno de la delación de la herencia. Sin embargo, el título de herederos abintestato puede ser reconocido en este juicio si los demandantes acreditan su condición de herederos por ausencia de disposición voluntaria y por la relación de parentesco que sostienen.

64 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• BIENES TRONCALES

A. APH 17 noviembre 1997

El llamamiento a que se refiere el art. 108.3 Comp. puede ser legal o voluntario, y dentro del primero no sólo abintestato en sentido estricto, sino también troncal.

17 1998, IV (núm. 1º y 2º)

A. APH 25 febrero 1998

Revocando el auto del Juzgado, se declara herederos abintestato de los bienes troncales de la causante a sus dos hermanos, y a su esposo en cuanto al usufructo.

Pero lo primero no es preciso justificar en este procedimiento la procedencia de los bienes existentes o el carácter troncal de los mismos. En cuanto al usufructo, parece que la denegación en primera instancia se debió a que los bienes, procedentes de herencia del padre de la causante, estaban ya usufructuados por la madre de la misma.

6 1999, V (núm. 2º)

A. APH 18 julio 1998

El auto de declaración de herederos claramente indica que puede haber bienes troncales procedentes de la rama paterna y cuya sucesión ha de ser la prevista en los artículos 132 y 133 Comp.; dicha resolución se dictó sin perjuicio de los derechos sucesorios que correspondan a los herederos de los bienes troncales y troncales de abolorio del causante.

14 1999, V (núm. 2º)

PACTO AL MÁS VIVIENTE

A JPI ZARAGOZA N.º 13, 7 febrero 1997

El Auto declara herederos de la causante por cuarta e iguales partes a sus sobrinos carnales; pero advierte que su derecho hereditario no se extiende a los bienes que formen parte del caudal relicto y que procedan de la herencia recibida por la causante de su premuerto esposo en virtud de pacto al más viviente. Respecto de estos bienes mantienen su derecho hereditario quienes eran llamados a la herencia intestada del esposo cuando él falleció.

11 1999, V (núm. 1º)

A JPI ZARAGOZA N.º 14, 16 diciembre 1997

La causante y su difunto esposo otorgaron testamento mancomunado, por lo que al haber fallecido con anterioridad el marido de la causante heredó ésta sus bienes (art. 108.3),

pero al haber fallecido ella, a su vez, sin haber dispuesto de los mismos, pasarán los que resten a las personas llamadas en tal momento a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido. Así, y por aplicación del art. 948 Cc., procede declarar herederos de dichos bienes a la hermana del cónyuge primeramente fallecido por derecho propio, y a un sobrino de aquél por derecho de representación.

29 1999, V (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 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)

A. APZ 16 abril 1997

Según el art. 127 Comp., en defecto de sucesión ordenada por testamento o pacto se abre la sucesión legítima.

40 1998, IV (núm. 1º y 2º)

A. JPI ZARAGOZA N.º 14, 16 diciembre 1997

Según dispone el art. 127 Comp., en defecto de sucesión ordenada en testamento o pacto se abre la sucesión legítima conforme a lo dispuesto en esta Compilación, estableciendo asimismo el art. 135 (según Ley 4/95, de 29 de marzo) que la sucesión en los bienes que no tengan la condición de troncales se deferirá con arreglo a lo dispuesto en los arts. 935 a 955 Cc.

29 1999, V (núm. 1º)

SUCESIÓN DEL CÓNYUGE Y LOS COLATERALES

• *A FAVOR DE HERMANOS*

S. APZ 11 febrero 1998

Fallecido intestado el causante, le heredan sus hermanas, las actoras, y en aplicación

de los artículos 128 Comp., 659 y 661 Cc., es claro que la demandada (sobrina del causante) no tenía derecho a disponer de los bienes del difunto tal y como lo realizó.

36 1999, V (núm. 2º)

SUCESIÓN NO TRONCAL

A. APZ 27 junio 1997

Acreditado que al tiempo del fallecimiento el causante tenía dos hermanos, deben ser declarados herederos abintestato con preferencia sobre la DGA, de conformidad con los artículos 946 y 947 del Cc. y demás concordantes de la Compilación aragonesa.

47 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• *A FAVOR DE HIJOS Y NIETOS DE HERMANOS*

A. JPI ZARAGOZA núm. 13 18 noviembre 1996

El auto declara herederos abintestato de los bienes no troncales, en defecto de descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos, a los diez sobrinos de la causante («por representación de sus respectivos ascendientes») en una décima parte cada uno. De acuerdo con la remisión del art. 135 Comp., el auto aplica el Cc., quedando por tanto excluida la sustitución prevista en el artículo 141 Comp., por resultar incompatible la previsión de sustitución de tal norma con la representación a que se refiere el Cc., y quedando así excluida la posibilidad de representación de sobrinos nietos en la herencia de su padre junto a los hermanos de éste, por ser de 5º grado (sic).

77 1998, IV (núms. 1º y 2º)

A. APZ 16 abril 1997

El art. 135 Comp. señala, para la sucesión no troncal, que se deferirá ésta con arreglo al Cc., y en su redacción Ley 4/95 de 29 de marzo expresa que se deferirá conforme a los arts. 935 a 955 Cc., por lo tanto, si concurren a la sucesión sólo sobrinos heredarán por partes iguales.

40 1998, IV (núm. 1º y 2º)

• *ORDEN DE SUCESIÓN LEGAL*

A. JPI HUESCA núm. 2 5 diciembre 1996

En defecto de sucesión ordenada por pacto o testamento, se abre la sucesión legítima.

ma conforme a lo dispuesto en la Compilación (art. 127), correspondiendo en primer lugar la sucesión a la línea recta descendente (arts. 128 Comp., y 931 a 934 Cc.), a falta de hijos y descendientes del finado le heredarán sus ascendientes (arts. 135 Comp., y 935 a 942 Cc.); y a falta de personas comprendidas en una u otra línea, heredarán el cónyuge y los parientes colaterales por el orden establecido en los artículos 944 a 955 Cc., correspondiendo por último la herencia a la Comunidad Autónoma de Aragón, en defecto de parientes (art. 136 Comp.).

79 1998, IV (núms. 1º y 2º)

SUCESIÓN TRONCAL

S. JPII HUESCA núm. 2 19 abril 1996

Se discute si el bien adquirido en plena propiedad del IRYDA, pero con base en el previo derecho de explotación de los padres del adquirente, tiene o no la condición de troncal. Como quiera que la originaria y primera adquisición del bien en propiedad se produce a favor del actual titular por la transmisión que le hace el IRYDA, difícilmente puede entenderse como troncal el bien, toda vez que nunca ha estado el mismo en el patrimonio de los ascendientes, salvo como concesión administrativa, y por lo tanto sujeto al título de la concesión, transmitiendo sólo la madre un derecho de adquisición preferente, que luego consolida el hijo adjudicatario al cumplir los requisitos exigidos y pagar el precio convenido con dinero común.

66 1998, IV (núms. 1º y 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.

8 1997, III (núm. 2º)

• A FAVOR DE HERMANOS

A. JPII HUESCA núm. 2 5 diciembre 1996

La causante falleció sin haber otorgado testamento, en estado de casada, y le sobrevivieron la madre y el hermano. El Auto declara

a éste como único y universal heredero de la causante, respecto a todos los bienes de naturaleza troncal, con reserva del usufructo viudal a favor del esposo.

79 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• A FAVOR DE HIJOS Y NIETOS DE HERMANOS

A. JPI ZARAGOZA núm. 13 18 noviembre 1996

Relacionando el art. 132.I con el 141 Comp., y habiendo premuerto a la causante todos sus hermanos, procede declarar herederos de los bienes troncales, por derecho propio, a los diez sobrinos de la causante y, en sustitución de su padre premuerto, a los tres sobrinos nietos de la misma, de tal manera que cada sobrino heredará un onceavo de la herencia y los sobrinos nietos sustituyen a su padre en la herencia de otra onceava parte.

77 1998, IV (núms. 1º y 2º)

A. APZ 16 abril 1997

En los bienes sujetos a reserva troncal se aplica el art. 132.1 Comp., con arreglo al cual, habiendo sólo hijos o nietos de hermanos, la herencia se deferirá por cabezas.

40 1998, IV (núm. 1º y 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)

A. JPII TARAZONA 29 septiembre 1997

La causante falleció sin hijos en 1968, fecha en que vivía su padre (no su madre) y dos hermanos. Pide declaración de herederos —al parecer, sobre bienes troncales— un hermano, previa renuncia de los hijos del otro hermano, ahora ya fallecido, que excluyen la sustitución legal de acuerdo con el art. 141 Comp. (en su redacción de 1985).

22 1999, V (núm. 1º)

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 Nº 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 Nº 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)

82: RELACIONES DE VECINDAD

INMISIÓN DE RAÍCES Y RAMAS

S. APZ 2 abril 1997

La poda de los árboles no exige imperiosamente la existencia de una servidumbre, sino que más bien nos encontramos ante relaciones de vecindad como se desprende del art. 143. 2 Comp. y 592 Cc.

38 1998, IV (núm. 1º y 2º)

IUS USUS INNOCUI

S. APH 13 mayo 1998

La tubería bajante de aguas pluviales ciertamente sobrevuela la propiedad del actor; sin embargo, dentro de las relaciones de vecindad debe estimarse su existencia como una manifestación del «ius usus innocui» que ningún perjuicio causa al actor, pues antes de llegar al suelo de su propiedad se introduce en la pared para desaguar en las tuberías generales.

10 1999, V (núm. 2º)*S. APZ 24 septiembre 1998*

La invocación por el recurrente del «ius usus innocui» es insuficiente para justificar la excepción o dispensa de las medidas de protección prevenidas en el artículo 144.2 Comp., que confirman régimen normal de luces y vistas.

45 1999, V (núm. 2º)

83: LUCES Y VISTAS

DERECHO HISTÓRICO

S. APH 14 octubre 1998

Bajo el régimen de los fueros, la toma de luces y la proyección de vistas sobre fundo ajeno estaban reguladas también como relación de vecindad. Por ello, y dado que la existencia de huecos sin voladizos sobre el predio contiguo no constituía tampoco signo aparente de servidumbre, el carácter negativo de este tipo de servidumbre de luces y vistas exigía, al igual que ahora, el llamado acto obstativo del

dueño del presunto fundo dominante dirigiéndolo al del sirviente para que no obstruya las luces y las vistas, como reconoció la STS 30 octubre 1983 (y otras), momento a partir del cual comienza el plazo de prescripción, y no antes. El Apéndice recogía expresamente este criterio en el párrafo tercero de su artículo 14.

20 1999, V (núm. 2º)

RÉGIMEN NORMAL

S. APZ 24 septiembre 1998

El Derecho civil de Aragón instaaura un principio de libertad absoluta en la apertura de huecos para luces y vistas. Sólo dentro de las distancias del artículo 582 Cc. se imponen determinadas limitaciones. Ahora bien, este derecho no limita la posibilidad que tiene el propietario del fundo vecino de construir o edificar tapándolas.

10 1999, V (núm. 2º)

• 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, constituye un mero y simple hecho posesorio, no protegible por esta vía interdictal porque, como ha declarado el TS, dicho uso y disfrute es de mera tolerancia, y por sí solos no crean el derecho de servidumbre, pues a tenor de lo dispuesto en el art. 444 Cc., los actos meramente tolerados no afectan a la posesión, ni incluso a la de mero hecho.

20 1996, II (núm. 2º)

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. 3ª Comp.). Se declara la existencia de servidumbre voluntaria de desagüe 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 rela-

ción 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)

• APERTURA DE PUERTA

S. APH 29 junio 1998

No existiendo servidumbre de paso, debe suprimirse la puerta abierta en la valla del lindero para que desaparezca el signo aparente de servidumbre, pues no es hueco abierto para luces o para vistas, sino una puerta cuya finalidad no es otra que la de pasar, destino que nada tiene que ver con el hecho de tomar luces o con el de poseer, gozar y disfrutar de vistas.

13 1999, V (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 colocadas 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 sobrevuela 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)

S. JPII CALAMOCHA 10 diciembre 1997

En Aragón, a tenor del art. 144 Comp., tanto en pared propia y a cualquier distancia del predio ajeno, como en pared medianera pueden abrirse huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas; tales huecos pueden ser cerrados por el propietario del fundo vecino edificando, salvo que dichos huecos vayan provistos de voladizo, pues el mismo constituye un signo aparente de servidumbre, a tenor del art. 145 Comp.

26 1999, V (núm. 1º)

S. JPII EJEJA N.º 1, 26 diciembre 1997

Nos encontramos ante un hueco abierto en pared propia y sin voladizo, lo que en Aragón ha de someterse al régimen de relaciones de vecindad y no a la existencia de una servidumbre, que en todo caso sería negativa.

31 1999, V (núm. 1º)

S. APZ 17 junio 1998

Conforme al artículo 144 Comp., todo propietario de un inmueble puede abrir huecos sobre el vecino, si carecen de voladizos y están protegidos con reja y red, pudiendo taparlos el colindante construyendo en su propio predio, salvo que su actuación sea movida sólo por mala fe. La existencia de un alféizar en la ventana no implica voladizo y por ello estamos ante meras relaciones de vecindad.

42 1999, V (núm. 2º)

S. APZ 24 septiembre 1998

La existencia de la servidumbre que se defiende por la parte demandada no puede prosperar, pues no es aceptable el pretender que el tejado o cubierta de un edificio pueda constituir un voladizo a los efectos del artículo 145 Comp.

31 1999, V (núm. 1º)

• **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)

S. JP II TARAZONA 17 junio 1997

La terraza, que volará sobre terreno propio aunque sin respetar las distancias que prescribe el art. 582 Cc., deberá estar provista de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente.

18 1999, V (núm. 1º)

S. APH 13 mayo 1998

Las terrazas o azoteas que no constituyan voladizo sobre predio ajeno, cuando están a menos de dos metros de la linde de éste, han de proveerse de reja y red con altura suficiente para impedir asomarse, por aplicación del artículo 144 Comp.; pero no puede pedirse su demolición, ni que se levante en su derredor un muro de piedra.

10 1999, V (núm. 2º)

S. APZ 1 junio 1998

La terraza no vuela sobre el muro de los demandantes, sino que está construida sobre la pared que linda con aquél sin llegar a volarlo. Así que, teniendo en cuenta el artículo 145 Comp., no existe signo aparente de servidumbre, estando ante relaciones de vecindad del artículo 144 Comp. Las azoteas o terraza no son «huecos» y, por lo tanto, no han de estar provistas de reja y red.

41 1999, V (núm. 2º)

• **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 Nº 14 8 abril 1994

El vecino tiene derecho a edificar sin sujeción a distancia, pero no al mero cierre del hueco mediante un plástico con una mano de escayola; prospera asimismo su acción negatoria de servidumbre, pues no la hay, sino régimen normal, expresión de las relaciones de vecindad.

9 1996, II (núm. 2º)

S. 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. JP II EJEA Nº 2 9 mayo 1994

El vecino puede edificar cerrando los huecos abiertos en pared medianera, que tenían reja y red, o sólo red, y carecían de voladizos. No procede indemnización de daños por este concepto, pero sí por los causados en tabla del rafe y tejas al elevar el tabique discutido.

12 1996, II (núm. 2º)

S. JP II TERUEL Nº 1 15 diciembre 1994

Límites: Derecho sujeto en su ejercicio a las exigencias de la buena fe y a la prohibición del abuso de derecho; por ello, sólo puede ser amparado cuando la construcción, pese a suponer un perjuicio para el colindante, represente un claro beneficio para quien la efectúa, sin que puedan ampararse en el art. 144.3 aquellas construcciones que tan sólo 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. 5ª) 27 diciembre 1994

Construcción metálica con uralita que cierra los huecos abiertos en pared de la finca colindante: no se exige a la construcción una determinada importancia o alcance. Perjuicio: no se demuestra: las relaciones de vecindad permiten el cerramiento de los huecos abiertos en el fundo colindante.

46 1996, II (núm. 1º)

S. JP II 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 moderna 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. JP II 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. JP II HUESCA Nº 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. JP II 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)

S. APZ 27 enero 1997

Al no gozar las ventanas del actor de una servidumbre de luces y vistas sobre la finca de los demandados, la chimenea que se alza junto a una de esas ventanas está dentro de la permisibilidad del art. 144.

33 1998, IV (núm. 1º y 2º)

S. APZ 27 enero 1997

La colocación de reja y red en las ventanas es una situación contraria a la existencia de la servidumbre basada únicamente en relaciones de buena vecindad, que permiten el mantenimiento de huecos abiertos sobre fundo

ajeno, hasta tanto el propietario del fundo ajeno no quiera levantar edificación sobre el mismo tapando dichos huecos.

37 1998, IV (núm. 1º y 2º)

S. APZ 21 abril 1997

El art. 144.3 Comp. autoriza a construir sobre el propio fundo sin sujeción a distancia alguna, pero no a inmiscuirse en pared medianera tapando los huecos que en ella pudieran existir abiertos, más aun cuando esto no reporta al actor utilidad alguna, además de que en la medianería ninguna de las partes puede hacer las obras que estime oportunas sin contar con el consentimiento de la otra parte como expresa el art. 575 Cc.

41 1998, IV (núm. 1º y 2º)

S. APZ 1 diciembre 1997

La facultad del propietario del predio colindante de edificar o construir en él sin sujeción a distancia alguna (art. 144.3 Comp.) no faculta a levantar cualquier clase de obra y sí sólo aquélla que pueda encuadrarse dentro de estos conceptos de «edificar» o «construir», es decir, aquélla que tienda a proporcionar una cierta utilidad a quien la erige, pues, de otro modo, no existiendo ese resultado beneficioso y sólo un fin de perjudicar al vecino, la obra debe reputarse realizada de mala fe, y como tal contraria al principio general del art. 7.2 Cc.

53 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 31 diciembre 1998

En el caso de autos no se aprecia la concurrencia de las circunstancias subjetivas y objetivas que definen el ejercicio abusivo del derecho que concede el artículo 144.3 Comp., pues el levantamiento del muro que ha tapado la ventana del actor se ha hecho para conseguir un efecto estético, para aislamiento del ambiente exterior y forma parte del plan general de rehabilitación de la vivienda para transformar lo que era una antigua casa de labor en una vivienda de esparcimiento y recreo.

30 1999, IV (núms. 2º)

• *FACULTAD DE ABRIR HUECOS*

S. JPI ZARAGOZA Nº 14 8 abril 1994

La apertura de huecos para luces y vistas, tanto en pared propia como medianera, sobre fundo ajeno reconocida en el art. 144 Comp. como facultad propia de una simple relación

de vecindad, constituye un acto meramente tolerado y potestativo que no engendra derecho alguno en quien lo realiza, ni obligación alguna en quien lo soporta que conserva el pleno derecho a edificar sin sujeción a distancia alguna.

9 1996, II (núm. 2º)

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 fundo ajeno.

29 1997, III (núm. 2º)

S. APT 13 junio 1997

La apertura de huecos para luces, tanto en pared propia como medianera, no es un signo aparente de servidumbre, sino que ello se ha de considerar como un acto meramente tolerado dentro de las relaciones de vecindad: arts. 144 y 145 Comp.

23 1998, IV (núm. 1º y 2º)

S. APT 21 julio 1997

El art. 144 comp. viene a facultar a todo propietario o cotitular de una pared medianera para abrir huecos a cualquier distancia de un predio ajeno a fin de recibir luz o tener vistas, sin que ello suponga una servidumbre, sino meras relaciones de vecindad.

26 1998, IV (núm. 1º y 2º)

• *INTERDICTO DE OBRA NUEVA*

S. JPI ZARAGOZA N° 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 N° 13 28 enero 1994

No procede frente a edificación en fundo vecino alegando disminución en cuanto a vistas.

3 1996, II (núm. 2º)

• *REJA Y RED*

S. JPI ZARAGOZA N° 13 9 marzo 1994

De la regulación de los arts. 145 y 144 deduce la sentencia que la falta de reja y red tampoco es signo aparente de servidumbre de luces y vistas a los efectos de su adquisición por destino del dueño (art. 541 Cc.). Cuando existiendo tales protecciones sea aplicable el art. 541 Cc., quedará excluida la facultad del art. 144.3 Comp., pasándose de una situación propia de las relaciones de vecindad a la presencia de una servidumbre.

7 1996, II (núm. 2º)

S. APZ 20 abril 1994

Apertura de huecos para recibir luces y vistas desde el otro fundo: meras relaciones de vecindad. La falta de reja y red en los mismos no es un signo aparente de servidumbre que permita su adquisición por prescripción de la misma. Prescripción: no prescribe la facultad del dueño del predio colindante para exigir la protección de aquellos huecos. Servidumbre de vertiente de tejado.

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 fundo 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, debe 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)

S. JPII JACA núm. 2 12 noviembre 1996

La falta de reja y red en las ventanas no significa que el vecino que las ha abierto haya ganado algún derecho de servidumbre: ningún derecho gana por ese sólo hecho. Ahora bien, desde el mismo momento en que los huecos son abiertos irregularmente comienza el cómputo del plazo de prescripción extintiva de 30 años del art. 1963 Cc., aplicable a la acción para pedir la colocación de estos elementos de protección. Pero, aunque pasen 30 años y el dueño del fundo al que dan los huecos pierda el derecho a exigir la protección del art. 144, no por ello goza el vecino derecho de servidumbre y, por tanto, sigue sin poder evitar que el dueño del fundo vecino decida edificar tapando los huecos. La acción real para exigir la protección de reja y red es un derecho anejo al de propiedad, y su ejercicio no constituye abuso de derecho sino cumplimiento del 144 Comp.

75 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 27 enero 1997

El actor viene obligado, como exigen los demandados, a dotar a esas ventanas de reja de hierro y red de alambre, como dispone el precepto citado.

33 1998, IV (núm. 1º y 2º)

S. APZ 17 marzo 1997

La colocación de reja y red en las ventanas es una situación contraria a la existencia de servidumbre basada únicamente en relaciones de buena vecindad, que permiten el mantenimiento de huecos abiertos sobre fundo ajeno, hasta tanto el propietario del fundo ajeno no quiera levantar edificación sobre el mismo tapando dichos huecos.

37 1998, IV (núm. 1º y 2º)

S. APT 13 junio 1997

No puede considerarse como signo aparente de servidumbre la falta de reja y red, y careciendo de ella el hueco abierto en la pared, esta protección puede ser exigida por los demandantes.

23 1998, IV (núm. 1º y 2º)

S. APT 21 julio 1997

Las ventanas abiertas en las paredes laterales de la nave del demandado están dentro de las distancias a que se refiere el art. 144 Comp. en relación al art. 582 Cc, por lo que la actora tiene derecho a exigir que dichos huecos se provean de reja de hierro y red de alambre.

26 1998, IV (núm. 1º y 2º)

S. APH 6 octubre 1997

La obligación impuesta por el juzgado «a quo» a los demandados reconvenientes de colocar reja de hierro remetida en pared y red de alambre no supone por parte del juzgador incongruencia al calificar a la acción ejercitada por los actores de negatoria de servidumbre, pues el fallo no declara la inexistencia de tal derecho, en los términos indicados, y que se podría cuestionar a partir del llamado acto obstativo.

15 1998, IV (núm. 1º y 2º)

S. APZ 1 junio 1998

Se ha de desestimar la pretensión de la actora (y en este punto revocar la sentencia de instancia) de condenar a los demandados a proveer a la azotea de reja de hierro remetida en pared o construir un muro de 2 m. para evitar la vista sobre el fundo vecino. El artículo 144 se refiere a «huecos», previsión que no cabe predicar de una azotea o terraza.

41 1999, V (núm. 2º)

S. APZ 22 diciembre 1998

Ejercitada acción negatoria de servidumbre, se estima y ordena colocar red de alambre en hueco para luces y vistas abierto en pared medianera; el hueco tenía reja de hierro y red de alambre hasta que se sustituyó la reja por otra de aluminio.

52 1999, V (núm. 2º)

SERVIDUMBRE

• APLICACIÓN DEL ART. 541 Cc.

S. JPI ZARAGOZA Nº 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. 9ª Comp.). Se declara la existencia de servidumbre voluntaria de desagüe de acuerdo con el art. 541 Cc.

26 1997, III (núm. 2º)

S. APZ 30 enero 1997

La falta de reja de hierro y red de alambre en una ventana que recae sobre fundo ajeno no es un signo aparente de servidumbre, pero sí lo es la existencia de un balcón sobre ella. Y esta afirmación sobre signo aparente de la servidumbre no queda desvirtuada por lo dispuesto en el art. 541 Cc.

34 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 30 junio 1997

Para que por aplicación del art. 541 Cc. pueda existir una servidumbre de luces y vistas se precisa que el que fue propietario común de las dos fincas hubiera establecido signos aparentes de servidumbre entre ellas, que, según lo dispuesto en los arts. 144 y 145 Comp., lo son los voladizos sobre fundo ajeno y no la presencia de rejas de hierro, redes de alambre o de otro material equivalente. Al no existir en las ventanas litigiosas signos aparentes de la existencia de la servidumbre y sí los

contrarios a su existencia, es obvio que el propietario común de las dos fincas nunca constituyó la servidumbre reclamada y que el demandado al levantar la construcción en su propiedad ha actuado dentro de la específica legalidad aragonesa, aunque con ello haya tapado una ventana y dificultado gozar de vistas por la otra.

48 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 17 junio 1998

El artículo 541 se aplica en Aragón, pero respetando su peculiar derecho en la regulación de los signos aparentes de luces y vistas, o el artículo 1.2 de la Compilación sobre fuentes jurídicas en nuestro peculiar ordenamiento.

42 1999, V (núm. 2º)

• EXTINCIÓN

S. JPII HUESCA Nº 2 13 septiembre 1995

La propia naturaleza de la servidumbre hace necesario su ejercicio, y cuando tal ejercicio 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 extinguió 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: impos-

sibilidad de llevar a cabo las distancias señaladas según los arts. 582 y 583 Cc. a los efectos de problemas de reja de hierro y red. Calificación de la servidumbre en positiva o negativa: para ser positiva el voladizo ha de recaer en fundo ajeno; la simple apertura de huecos habrá de estimarse como negativa.

26 1996, II (núm. 1º)

S. JPI JACA núm. 2 12 noviembre 1996

Nada tiene que ver el art. 144, que constituye en realidad una manifestación del «ius usus innocui», con las servidumbres, las cuales en Aragón, al margen de las positivas disfrutadas mediante balcón o voladizo invadiendo el fundo sirviente a que se refiere el art. 145, son siempre negativas. Y como tales requieren, al igual que sucede en Castilla, para que comience su posesión un acto obstructivo; y sólo a partir de éste podría iniciarse el cómputo prescriptivo (STS 30-10-83).

75 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APH 14 octubre 1998

La servidumbre de luces y vistas no aprende es negativa en Aragón y, por ello, no susceptible de posesión sino desde el acto obstructivo. A pesar del incumplimiento de las previsiones del artículo 144.2 Comp., es posible que no haya posesión de la servidumbre si el dueño del predio sirviente no edifica —y, por tanto, acepta la apertura— por mera conveniencia o interés propio y no como obligado por un derecho real. Como no existe medio alguno para conocer la verdadera intención de este último, el Derecho ha acreado la figura del acto obstructivo, a partir del cual la servidumbre no aparente es susceptible de posesión (art. 148).

20 1999, V (núm. 2º)

• *SIGNOS APARENTES*

S. JPI ZARAGOZA Nº 13 9 marzo 1994

La Compilación prevé supuestos específicos de cuándo podrá entenderse existente signo aparente y cuándo no en el art. 145 en relación al 144 de la Comp. De esta regulación deduce la sentencia que la falta de reja y red tampoco es signo aparente a los efectos de su adquisición por destino del dueño (art. 541 Cc.).

7 1996, II (núm. 2º)

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. Usucapición: *dies a quo*: desde la existencia de un acto obstructivo no han transcurrido 10 años para su usucapición.

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. Calificación de la servidumbre en positiva o negativa: para ser positiva el voladizo ha de recaer en fundo ajeno; la simple apertura de huecos habrá de estimarse como negativa.

26 1996, II (núm. 1º)

S. APZ (SECC. 2ª) 27 diciembre 1994

Servidumbres: Los voladizos que recaen sobre fundo ajeno son un signo aparente de servidumbre. Adquisición: 10 años entre presentes. Los huecos abiertos en pared propia sin estar protegidos con reja y red no constituyen signos aparentes de servidumbre, sino sólo incumplimiento del régimen ordinario de propiedad, que da lugar a exigir la colocación de la adecuada protección.

45 1996, II (núm. 1º)

S. 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 bal-

cones 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 fundo 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. JPH HUESCA Nº 2 13 septiembre 1995

La existencia de balcones o voladizos que recaigan sobre fundo 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 fundo propio.

58 1997, III (núm. 1º)

S. JPH 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. 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)

S. JPH JACA núm. 2 12 noviembre 1996

El concepto de voladizo ha evolucionado pasando de una concepción amplia recogida en la S. de 11-12-85 («lo que sale o vuela de lo macizo de un muro o edificio») a unas concepciones más ajustadas y técnicas, de forma que no todo saliente puede ser considerado jurídicamente como voladizo a los efectos de los arts. 144 y 145 Comp.: no lo son los vierteaguas, tejadillos, tendedores, «goteriles», pequeños salientes (Ss. APH 21-1-93, APT 22-7-93 y 25-10-94, APZ 11-7-92 y 12-1-93). El concepto de voladizo debe ceñirse a aquellos salientes que situados en la parte inferior de un hueco destinado para luces y vistas, avancen con el cuerpo sobre el fundo ajeno al objeto de mirar a través del mismo, debiendo ser de unas dimensiones suficientes para cumplir tal fin. La demolición de los voladizos hace desaparecer los signos aparentes.

75 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 27 enero 1997

No todo saliente que presenta una ventana o hueco abierto en pared que caiga sobre fundo ajeno debe tener la consideración de signo aparente de servidumbre, sino que para que ello se produzca el saliente ha de tener la consideración equivalente al concepto de balcón o mirador.

33 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 30 enero 1997

La falta de reja de hierro y red de alambre en una ventana que recae sobre fundo ajeno no es un signo aparente de servidumbre, pero sí lo es la existencia de un balcón sobre ella. Y esta afirmación sobre signo aparente de la servidumbre no queda desvirtuada por lo dispuesto en el art. 541 Cc.

34 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 13 junio 1997

La apertura de huecos para luces y vistas, tanto en pared propia como medianera, y aun cuando estos huecos carezcan de protección —reja y red de alambre— no son signos aparentes de servidumbre de los que vienen señalados en el art. 145 Comp.

23 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 24 septiembre 1998

No constituye signo aparente de servidumbre de luces y vistas el tejado o cubierta que sobreeleva una finca a los efectos del artículo 145 Comp., ni tampoco a los efectos del artículo 541.

45 1999, V (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 usucapación 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 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 (SECC. 2ª) 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 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 usucapación 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)

S. APH 24 abril 1997

El primer requisito que exige el art. 148 Comp. es que la servidumbre sea susceptible de posesión, y sólo es susceptible de posesión la servidumbre de luces y vistas cuando es aparente. El segundo requisito es la existencia de justo título.

6 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JPII CASPE 6 noviembre 1997

Aun cuando no fuera válido el título constitutivo de dicha servidumbre, la misma se hubiera adquirido por usucapión, ya que nos encontramos ante una servidumbre de carácter continuo y aparente, no pudiendo considerarse que la existencia de dichas ventanas obedezca a relaciones de vecindad a los efectos de los arts. 144.2 Comp. y 581.1 Cc.

23 1999, V (núm. 1º)

S. APT 3 diciembre 1997

La apertura de ventanas, instalación de salientes para tender y desagües que recaen sobre la propiedad de la actora tienen más de 15 años, elementos todos ellos perfectamente visibles para calificar esta servidumbre de aparente ex art. 532 Cc. y adquirible por usucapión (arts. 437 en relación con los arts. 447 y 1940 Cc. y en relación con el art. 1.2 Comp.); y de conformidad con lo previsto en los arts. 145 y 147 Comp. se adquiere por el transcurso de 10 años sin necesidad de justo título ni buena fe.

30 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APH 14 octubre 1998

La servidumbre de luces y vistas, cuando no hay voladizos sobre fundo ajeno, es no aparente (arts. 145 y 144.2), por lo que se le aplica el artículo 148 en materia de usucapión. La expresión de este artículo «que la servidumbre sea susceptible de posesión» no hace referencia al modo en que se utiliza la luz y las vistas, sino que significa que sólo se posee sin más requisitos la servidumbre de luces y vistas cuando es aparente, pues, al ser a la vez positiva, la adjudicación por usucapión no precisa acto obstativo del dueño del hipotético predio dominante. Por el contrario, no hay posesión en la servidumbre no aparente sino desde el acto obstativo, mediante el cual se impide al propietario del fundo sirviente la edificación que puede afectar a las luces y vistas.

20 1999, V (núm. 2º)

• *VISTAS OBLICUAS**S. APZ 21 septiembre 1998*

No hay en el caso servidumbre, por lo que se ordena la demolición de mirador que vuela sobre la proyección de la finca del actor, hasta la distancia de 60 centímetros. En anómalo recurso de nulidad de actuaciones, desestimado, se admite hipotéticamente que en el espacio entre la proyección de la finca actora y los 60 cm. pudiera proceder tan sólo el cerramiento, no la demolición ordenada.

24 1999, V (núm. 2º)

84: SERVIDUMBRES

ALERA FORAL

• *DEFINICIÓN Y CARACTERES**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 ejercita 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. JPH CALATAYUD N° 2 1 marzo 1994

Institución netamente aragonesa, con unos orígenes constatables que se remontan al fuero de Jaca, pasando por la Compilación de Huesca y por las Observancias de 1437. Hoy se halla recogida en el art. 146 de la Compilación.

5 1996, II (núm. 2º)

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)

• *POSESIÓN INMEMORIAL*

S. JPH JACA núm. 1 16 enero 1996

La sentencia considera acreditada la existencia en Villarreal de La Canal de una «alera foral» fundada en la posesión inmemorial en la siguiente forma: una vez recogida la cosecha y antes de la siembra, los ganados de los vecinos aprovechan los pastos tanto de los montes de utilidad pública, cuyo aprovechamiento se adjudica en pública subasta, pagándose una tasa al Ayuntamiento, como de las fincas de propiedad particular; y quedando excluidos de la alera foral únicamente las fincas cercadas y las que nunca se han corrido por ganados.

55 1998, IV (núms. 1º y 2º)

DE ANTENA TV

• *USUCAPIÓN*

S. APT 13 junio 1997

La antena que el demandado tiene colocada en su edificación y adosada a la pared de los actores, de manera que sobrevuela sobre el tejado de éstos, es un signo de servidumbre aparente, continua y positiva, susceptible de ser adquirida por usucapión como indican los arts. 147 Comp. y 537 Cc.

23 1998, IV (núms. 1º y 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. JPH TERUEL N° 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. JPH TERUEL N° 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)

S. APZ 19 febrero 1997

No se ha adquirido servidumbre de desagüe alguna, pues aun teniendo un signo aparente, como es la bajante que los demandados han adosado a la pared de los actores, no ha transcurrido el tiempo necesario para su adquisición.

35 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 3 diciembre 1997

La apertura de ventanas, instalación de salientes para tender y desagües que recaen sobre la propiedad de la actora tienen más de 15 años, elementos todos ellos perfectamente visibles para calificar esta servidumbre de aparente *ex art.* 532 Cc. y adquirible por usucapión (arts. 437 en relación con los arts. 447 y 1940 Cc. y en relación con el art. 1.2 Comp); y de conformidad con lo previsto en los arts. 145 y 147 Comp. se adquiere por el transcurso de 10 años sin necesidad de justo título ni buena fe.

30 1998, IV (núms. 1º y 2º)

DE MEDIANERÍA

S. APT 16 mayo 1994

Servidumbre de medianería: improcedencia. Pared situada entre dos fincas colindantes: vertido de escombros por el demandado en terreno existente con apoyo en la pared privativa de la casa propiedad del actor.

22 1996, II (núm. 1º)

• DERECHO SUPLETORIO

S. JP II EJEA Nº 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 (núm. 2º)

• PRESUNCIONES

S. JP II BARBASTRO 26 febrero 1996

La presunción en favor del carácter de pared medianera de las divisorias de edificios (art. 572.1º Cc.) no viene obstaculizada por la existencia de ventanas en la parte superior de la pared discutida, pues el art. 144 Comp. autoriza la apertura de las mismas en las paredes medianeras. La parte demandante está obligada a demostrar el carácter de pared privativa.

58 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• SIGNOS CONTRARIOS

S. APZ 21 mayo 1997

La presunción contraria a la existencia de medianería recogida en el art. 573.1 Cc. no

tiene en Aragón la misma trascendencia que en el Derecho común, ya que en nuestro ordenamiento foral se permiten los huecos en pared medianera.

43 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 27 julio 1997

En Aragón, la existencia de huecos o ventanas no es un signo decisivo del carácter que preconiza el art. 573.1, pues el art. 144 permite tales aperturas, por lo que el antedicho signo contrario del Cc. no es de por sí solo determinante en Aragón del carácter privativo del muro o pared medianera.

27 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JP II CALAMOCHA 10 diciembre 1997

A la presunción de la servidumbre de medianería no se opone la existencia de un hueco abierto en dicha pared del que se beneficia la vivienda del demandante *ex art.* 573 Cc., pues tal hueco se ha de calificar como un acto tolerado al amparo de los arts. 144 y 145 Comp.

27 1999, V (núm. 1º)

• USUCAPIÓN

S. APT 26 enero 1994

Acciones declarativas de propiedad y reivindicatoria. Propiedad sobre pared medianera y obras de alzamiento sobre la misma; usucapión de servidumbre aparente: 10 años. Se desestima la acción reivindicatoria del actor.

20 1996, II (núm. 1º)

S. JPI ZARAGOZA Nº 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 (núm. 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 (núm. 1º)

S. JPII BARBASTRO 27 febrero 1996

Los autores coinciden de manera generalizada en establecer que la medianería, con independencia de las denominaciones del Código, se trata no de una servidumbre sino de una limitación al dominio, por lo que los plazos de prescripción serán los del art. 1959 Cc. y no los del art. 147 Comp. que se refiere exclusivamente a supuestos de servidumbre.

59 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 11 mayo 1998

No procede estimar la pretensión de la parte demandante que considera el muro como de sus exclusiva propiedad. Además, no hay que olvidar que las servidumbres pueden adquirirse por 10 años entre presentes y 20 entre ausentes. El concepto de «entre presentes» significa que no resida en el extranjero (art. 1958 Cc.). Además, en este caso la realidad constructiva se acomoda a las previsiones del artículo 571 Cc.

40 1999, V (núm. 2º)

S. APZ 1 junio 1998

No consta acreditado que la construcción tenga una antigüedad superior a 10 años, plazo para poder adquirir por prescripción tal servidumbre de medianería, según el artículo 147 Comp.

41 1999, V (núm. 2º)

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 (núm. 1º)

S. APT 8 abril 1994

Servidumbre de paso: a tenor del Cc. la servidumbre de paso, por ser discontinua,

sólo puede adquirirse mediante título o negocio jurídico, y ello sin perjuicio de la posibilidad de invocar la prescripción inmemorial anterior a la publicación del Cc.; en el Derecho aragonés, estas reglas no se aplican, pudiendo adquirirse este tipo de servidumbre por prescripción sin necesidad de título ni de buena fe.

21 1996, II (núm. 1º)

S. APT 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 (núm. 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 (núm. 2º)

S. APH 15 mayo 1997

En Aragón todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe.

8 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 28 mayo 1997

La adquisición de una servidumbre de paso por usucapión, aun cuando no requiere ni justo título ni buena fe, exige un determinado tiempo de posesión (10 ó 20 años) y además, por aplicación del Código civil, ex art. 1.2 Comp., que esa posesión o disfrute lo sea en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, no aprovechando a ella los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del

dueño, como se desprende de los arts. 1.941 y 1.942 Cc.

22 1998, IV (núms. 1ª y 2ª)

S. JPII TARAZONA 6 junio 1997

El art. 539 Cc., no resulta aplicable en Aragón dado el contenido de los arts. 147 y 148 Comp.

17 1999, V (núm. 1ª)

S. APH 16 junio 1997

En Aragón no puede negarse la legitimación del actor cuando pretende haber adquirido una servidumbre de paso por usucapión.

11 1998, IV (núms. 1ª y 2ª)

S. APT 27 octubre 1997

La Compilación aragonesa exige para la constitución de servidumbre por usucapión el tiempo de 10 años entre presentes y 20 entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe, cuando la servidumbre es aparente (art. 147) y con buena fe y justo título, cuando la servidumbre es no aparente (art. 148).

28 1998, IV (núms. 1ª y 2ª)

S. APZ 17 julio 1998

Es preciso apartarse de la Sentencia apelada en el punto relativo a que las servidumbres de paso no pueden adquirirse por prescripción; así es, indudablemente, según el Derecho común, pero no con arreglo a nuestra Compilación, que también permite su creación por el transcurso del tiempo en los arts. 147 y ss.

50 1998, IV (núms. 1ª y 2ª)

• *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 (núm. 1ª)

S. APT 27 octubre 1997

Invoca el recurrente el art. 564 Cc., pero no con la finalidad de solicitar su constitución mediante este pleito, sino dándola por ya

existente. En este sentido, la servidumbre de paso legal, como discontinua, sólo puede adquirirse en virtud de título, por escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, por sentencia firme o por destino del padre de familia.

28 1998, IV (núms. 1ª y 2ª)

S. APT 7 noviembre 1997

De cualquier manera, y aun habiendo adquirido el actor la servidumbre de paso ex art. 147 Comp., tendría derecho a la misma conforme al art. 564 Cc. Por lo que respecta a la anchura de la servidumbre se acoge el recurso interpuesto por ser de aplicación el art. 566 Cc.

29 1998, IV (núms. 1ª y 2ª)

• *EXTINCIÓN*

S. APH 10 julio 1995

La servidumbre de paso no puede considerarse extinguida aun cuando el predio dominante 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. 1ª)

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. 2ª)

S. APZ 5 junio 1996

Se estima la demanda, negatoria de servidumbre de paso. Se habría extinguido por no uso (art. 546-2ª 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. 2ª)

• *NATURALEZA*

S. APT 20 julio 1998

La servidumbre de paso, salvo cuando existe carril, camino u otro signo permanente de su existencia, tiene el carácter de discontinua y no aparente, no bastando para convertirla en aparente la simple existencia de huellas de vehículo reveladoras de un paso que bien puede ser circunstancial, y es por ello que la misma sólo puede adquirirse por prescripción en los términos que establece el artículo 148 Comp.

25 1999, V (núm. 2ª)

S. APH 19 noviembre 1998

La servidumbre de paso 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. La apariencia, según signos exteriores, se refiere a aquellos datos que, por permanentes, instrumentales e inequívocos, revelan objetivamente el uso de la servidumbre y la situación de un predio respecto al otro. Es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino o carril.

23 1999, V (núm. 2ª)

• *USUCAPIÓN*

S. JP II CASPE 2 marzo 1994

Se declara la existencia, por usucapión, de servidumbre de paso aparente discontinua.

6 1996, II (núm. 2ª)

S. JP II TERUEL Nº 1 14 marzo 1994

No se considera probada la posesión necesaria para la usucapión.

8 1996, II (núm. 2ª)

S. APH 25 abril 1994

Servidumbre de paso: Usucapión de servidumbres aparentes: es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita por camino o carril.

10 1996, II (núm. 1ª)

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. 1ª)

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. 1ª)

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. 1ª)

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. 1ª)

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 ejercita por camino o carril, como sucede en este caso, en el que la servidumbre controvertida no puede ser entendida ni contemplada con independencia de la acequia a la que sirve, por cuyo cajero se viene pasando desde siem-

pre, 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. APH 10 julio 1995

La servidumbre de paso puede o no ser aparente, y es aparente cuando se ejercita 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. APH 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. APH 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. APH 4 septiembre 1996

La servidumbre de paso puede ser aparente o no; es aparente la servidumbre de paso cuando se ejercita 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)

S. APZ 27 enero 1997

Cabe admitir la excepción de prescripción formulada por la parte demandada, pues en Derecho aragonés por la posesión de 10 años es posible adquirir la servidumbre de paso aparente, sin necesidad de justo título ni buena fe.

32 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 19 febrero 1997

La constitución de la servidumbre, aunque no haya título, data de hace más de 20 años, por lo tanto fue adquirida por usucapión a tenor de art. 537 Cc.

35 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APT 7 noviembre 1997

Tal y como se deduce de la prueba, el actor ha adquirido el derecho real de servidumbre de paso por el transcurso de 10 años conforme el art. 147 Comp., al encontrarnos en este caso con un paso aparente, no precisándose, por lo tanto, ni justo título ni buena fe para su adquisición.

29 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 19 enero 1998

La servidumbre discutida puede considerarse aparente (art. 147), pero aun cuando no lo fuera (art. 148), la usucapión también se produjo, pues con la finca se transmitió ese paso, como se deduce de la prueba, lo que constituiría justo título a los efectos de los artículos 1952 a 1954 Cc.

32 1999, V (núm. 2º)

S. APH 12 mayo 1998

Frente a esta acción negatoria de servidumbre de paso se alega prescripción por uso

inmemorial. No se considera probada ésta, pero sí usucapión de diez años.

9 1999, V (núm. 2º)

S. APZ 28 octubre 1998

Servidumbres no aparentes. Se niega la existencia de servidumbre de paso sobre la finca del actor (aunque acaso cabría constituir-la por ser fundo sin salida el del demandado). No hay camino propiamente dicho, sino que el paso se utiliza exclusivamente para realizar las labores propias del agro: por tanto, servidumbre discontinua y no aparente. Puesto que no hay justo título, no cabe usucapión. Tampoco se ha demostrado la posesión inmemorial.

48 1999, V (núm. 2º)

S. APH 19 noviembre 1998

La servidumbre de paso cuando no es aparente no puede adquirirse, sin justo título, por usucapión.

23 1999, V (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 PASO DE TENDIDO ELÉCTRICO

- *USUCAPIÓN*

S. JPII LA ALMUNIA 7 octubre 1996

Tratándose la servidumbre de paso de tendido eléctrico de una servidumbre aparente y continua, el transcurso de más de diez años desde la instalación de los postes determina la adquisición de la servidumbre por usucapión por la Compañía eléctrica de acuerdo con lo dispuesto en el art. 147 Comp. Constituida la servidumbre, su régimen legal

resulta de aplicación al demandado en cuanto propietario de los chopos situados en las inmediaciones del tendido eléctrico, y ello aunque no sea propietario del suelo.

72 1998, IV (núms. 1º y 2º)

DE PASTOS

S. APH 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 SACA DE AGUAS

S. APT 27 diciembre 1998

El contenido propio de la servidumbre de saca de aguas y paso para hacerla efectiva es el que resulta de lo dispuesto en el artículo 1.2, en relación con los artículos 145 a 148 Comp., y los 530, 542 y siguientes y 556 Cc.

28 1999, V (núm. 2º)

DE SALIDA DE HUMOS

S. JPII TERUEL Nº 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)

S. APT 21 julio 1997

Respecto de los huecos que tengan por finalidad uso distinto a dar luces y vistas, sólo pueden abrirse sobre o inmediatamente a propiedad ajena, mediante la constitución de la oportuna servidumbre por cualquiera de los títulos que recogen los arts. 537 y 598 Cc.

26 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APZ 22 diciembre 1998

Ejercitada acción negatoria de servidumbre, se estima y ordena cerrar el hueco abierto en pared medianera para salida de humos de la caldera de calefacción individual.

52 1999, V (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)

S. APH 6 octubre 1997

No obstante haberse podido adquirir esta servidumbre por usucapión, ha quedado en todo caso extinguida por renuncia de los dueños del predio dominante.

15 1998, IV (núms. 1º y 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 aparente

como es que las tejas sobresalían 10 cm, que volaban sobre la propiedad del actor.

18 1997, III (núm. 2º)

• USUCAPIÓN

S. JPII EJEJA Nº 2 9 mayo 1994

El alero del tejado que sobrevuela la finca contigua y que vierte en ella las aguas pluviales constituye signo aparente de 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)

S. APH 6 octubre 1997

Es un hecho probado que las aguas pluviales provenientes de la casa de los apelantes han caído libremente sobre el fundo de la otra parte y durante más de 20 años, lo que podría suponer *ex art.* 147 Comp. la adquisición de la servidumbre por usucapión.

15 1998, IV (núms. 1º y 2º)

DERECHO SUPLETORIO

• SIGNO APARENTE

S. JPII CASPE 2 marzo 1994

Aplicación supletoria del art. 532 del Cc. en cuanto define las servidumbres aparentes y no aparentes. Según la doctrina el signo exterior de servidumbre debe 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

• *APLICACIÓN 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, 1ª Cc.).

29 1997, III (núm. 1ª)

• *PRUEBA*

S. APT 20 julio 1998

En materia de servidumbres ha de partirse siempre del principio de libertad de predios, consagrado en los artículos 346 y 348 Cc., y ya reconocido en la STS de 20 de diciembre de 1927, lo que impone a quien reclama la existencia del gravamen la carga de la prueba de su adquisición, o en el caso de la servidumbre legal de paso, de los requisitos de la misma.

25 1999, V (núm. 2ª)

EXTINCIÓN

• *No uso*

S. APT 20 julio 1998

Las servidumbres se extinguen por su no uso durante 20 años (art. 546.2 Cc.).

25 1999, V (núm. 2ª)

MANCOMUNIDADES DE PASTOS

S. APH 12 diciembre 1996

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 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 benefician de éste.

16 1997, III (núm. 2ª)

POSESIÓN INMEMORIAL

S. APH 24 abril 1997

Se entiende por posesión inmemorial aquella cuyo origen no consta por haberse perdido la memoria del mismo o aquella que tiene lugar cuando la actual generación, ni por sí misma ni por tradición, haya conocido otro estado de cosas.

6 1998, IV (núms. 1ª y 2ª)

S. APZ 20 septiembre 1997

La posesión inmemorial, como han reconocido ilustres tratadistas, más que una forma de usucapión es una presunción de título, por eso la Compilación ha reproducido el texto del último párrafo del art. 14 del Apéndice.

51 1998, IV (núms. 1ª y 2ª)

S. APH 12 mayo 1998

Frente a acción negatoria de servidumbre de paso se alega prescripción por uso inmemorial. La Audiencia no considera probada ésta, pero sí usucapión de diez años.

9 1999, V (núm. 2ª)

S. APT 20 julio 1998

Posesión inmemorial es aquella cuyo inicio se remonta «más allá de donde alcanza la memoria»; pero debe mantenerse en el tiempo hasta el momento en que se pretende hacer valer como título para la adquisición de la servidumbre, pues no debe olvidarse que las servidumbres se extinguen por su no uso durante 20 años (art. 546.2 Cc.).

25 1999, V (núm. 2ª)

• *ALERA FORAL*

S. JPII CALATAYUD Nº 2 1 marzo 1994

Alera entre los municipios de Malanquilla y Aranda de Moncayo. Interpretación de concordias y hermandades de 1625, 1688 y 1820. Alegación de posesión inmemorial para justificar la modificación del alcance territorial de la alera foral en el sentido de que se ha variado con la práctica histórica lo que se pactó hace ya tres siglos: falta de posesión pacífica exigida por el art. 148 para la usuca-

pión de las servidumbres no aparentes por posesión inmemorial no interrumpida.

5 1996, II (núm. 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 fueron y Observancias precedentes. Se exige una cumplida prueba para que, de modo indubitado, conste tan extraordinario medio de adquisición de la servidumbre.

16 1997, III (núm. 2º)

USUCAPIÓN

S. JPII CASPE 2 marzo 1994

La Compilación de 1967, modificando, en la materia relativa a la adquisición de las servidumbres por usucapión, la normativa del Apéndice, prescinde, como dice en su Exp. de M., de las discriminaciones clásicas de servidumbres positivas o negativas y continuas o discontinuas para sentar unas reglas más precisas en base a la distinción entre aparentes y no aparentes en los arts. 147 y 148 (STS 12 julio 1984).

6 1996, II (núm. 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 fundo sirviente. No hay prescripción adquisitiva por no haber transcurrido el plazo exigido por la ley.

23 1996, II (núm. 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 (núm. 1º)

S. JPII TERUEL N° 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 (núm. 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 vista 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)

S. APZ 20 septiembre 1997

El art. 148 Comp., en atención a la naturaleza de no apariencia de la servidumbre, añade dos requisitos al mero de la posesión: la buena fe y el justo título; exigencias inexistentes en las aparentes, por esa facilidad de constatación permanente del hecho limitativo del derecho dominical. Contiene precisiones jurisprudenciales sobre el concepto de justo título en el que pueden comprenderse los contratos anulables, rescindibles, revoca-

bles o resolubles, o incluso los otorgados por quien no ostente la disponibilidad jurídica de la cosa, pero no los que sean inexistentes, radicalmente nulos o absolutamente simulados.

51 1998, IV (núms. 1º y 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 ABOLITORIO O DE LA SACA

S. TSJA 4 noviembre 1992

Fuentes históricas; presupuestos y finalidad; legitimación activa; prueba de la troncalidad; ejercicio conjunto; interpretación restrictiva; moderación equitativa del ejercicio del retracto por los Tribunales.

9 1995, I (núm. 1º)

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

S. APH 12 noviembre 1994

Ejercicio de retracto de abolitorio; 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 abolitorio se dan en el caso y declara que se ha acreditado debidamente que los bienes sobre los que se ejercita tienen el carácter de troncales de abolitorio; 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.

12 1997, III (núm. 2º)

• *ELEMENTO OBJETIVO*

S. JPII CALATAYUD Nº 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 abolitorio 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 abolitorio: El mantenimiento de los bienes en la familia durante dos genera-

ciones 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)

S. APZ 17 marzo 1997

No se ha acreditado la condición de pariente colateral de la actora como exige el art. 149 Comp.

36 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• *OFRECIMIENTO EN VENTA*

S. JPI ZARAGOZA núm. 4 25 octubre 1996

El retracto de abolorio puede venir impedido por el ofrecimiento en venta; pero de la interpretación conjunta de los arts. 149 y 150 Comp. se desprende que dicho ofrecimiento requiere notificación fehaciente, que debe comprender tanto el propósito de enajenar como el ofrecimiento en venta, pues el primero sin el segundo, permitiría al propietario desistir de su intención de vender, y, además, ha de ser completa, comprensiva de todas las condiciones esenciales del contrato. Notificación fehaciente exige que se haga por un medio que haga fe por sí mismo y constituido en el momento de la notificación sin posibilidad legal de ser sustituido por otras pruebas practicadas en el juicio, por lo que no puede calificarse de fehaciente la notificación que se dice hecha verbalmente o por teléfono.

73 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• *SUJETO PASIVO*

S. JPII CALATAYUD Nº 1 14 noviembre 1994

En relación al sujeto pasivo, la jurisprudencia y la doctrina distinguen entre si se ejercita el derecho de tanteo, en cuyo caso el sujeto pasivo será el propietario de los bienes que los quiere enajenar, y si se ejercita el derecho de retracto, siendo entonces sujeto pasivo el primer adquirente de los bienes, y si dicha adquisición se hace para una sociedad conyugal, la acción debe dirigirse contra ambos esposos.

23 1996, II (núm. 2º)

• *TRONCALIDAD DE LOS INMUEBLES*

S. APH 3 junio 1994

Derecho de abolorio: El mantenimiento de los bienes en la familia durante dos genera-

ciones 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)

S. JPI ZARAGOZA núm. 4 25 octubre 1996

El art. 149 Comp. exige que los bienes hayan permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la disponente, no derivándose de su texto la interpretación que hacen los demandados en cuanto a la necesidad de convivencia y explotación común entre los sucesivos titulares de los bienes y que no exige dicho texto legal ni tampoco recoge la jurisprudencia.

73 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• *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 N° 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)

S. JPI ZARAGOZA núm. 2 6 junio 1996

La sentencia, partiendo de los razonamientos de la STSJA de 4 nov. 1992, y del hecho de que respecto de una de las fincas objeto del retracto la acción estaba caducada, afirma que no se cumpliría plenamente la finalidad que se busca con el derecho de abolorio y, por ello, accede a la petición de moderación en el uso del derecho.

68 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JPI ZARAGOZA núm. 4 25 octubre 1996

La sentencia, partiendo del entendimiento dado por las Ss. ATZ de 13-2-75, TS de 9-1-76 y TSJA de 4-11-92, a la facultad discrecional del juzgado de moderar equitativamente el ejercicio del derecho de abolorio, decide, atendiendo a las especiales circunstancias concurrentes en la retrayente y en la familia de los demandados, aplicar dicha facultad moderadora y en consecuencia, y por la interpretación restrictiva que debe hacerse de esta institución y la finalidad de la misma, denegar la pretensión de la demandante.

73 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JPII BARBASTRO 6 noviembre 1996

Reuniéndose todos los requisitos que establece el Derecho civil aragonés ha de estimarse la pretensión principal deducida en el proceso, siendo también ilustrativas a los efectos del presente caso las Ss. de la APH de 12-11-

94, 3-6-94, 7-6-93 y 14-1-91, y en relación a la previsión del art. 149.2 Comp.

74 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. APH 12 diciembre 1997

En relación con la finca litigiosa sólo el suelo puede ser considerado como un bien de abolorio, pero no puede reconocerse esa condición al vuelo, que con acierto ha sido calificado por el juzgado como cosa principal.

18 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• 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)

S. JPII BARBASTRO 16 abril 1996

La sentencia desestima la excepción de defecto legal en el modo de proposición de la

demanda por no haberse interpuesto acto de conciliación previo a la presentación de la demanda, de conformidad con lo resuelto reiteradamente por el TS entre otras en S. de 20-5-91.

65 1998, IV (núms. 1º y 2º)

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 solo 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.

12 1997, III (núm. 2º)

• *CONSIGNACIÓN DEL PRECIO*

S. APH 17 octubre 1996

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 artículo 1518 Cc., habrá de satisfacer el retrayente como precio de la venta.

12 1997, III (núm. 2º)

S. APZ 17 marzo 1997

El aval bancario no puede ser admitido como método de consignación del precio del bien a retraer.

36 1998, IV (núms. 1º y 2º)

FUNDAMENTO

S. JPH CALATAYUD Nª 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

S. JPH BARBASTRO 16 abril 1996

Alegada la excepción de caducidad de la acción, corresponde a la parte demandada, que es quien alega el conocimiento previo a la inscripción del actor, la carga de la prueba. A tal efecto no es suficiente la aportación de un acta notarial en la que se han realizado determinadas manifestaciones por parte de los vendedores.

65 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• *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)

S. JPI ZARAGOZA núm. 4 25 octubre 1996

El plazo de caducidad de 90 días, señalado en el art. 150.2 Comp., se cuenta desde que la actora tuvo conocimiento completo de la transmisión, pero a ésta le basta afirmar o señalar el momento en que ha tenido ese conocimiento completo, sin necesidad de demostrarlo, correspondiendo, en todo caso, al adquirente de los bienes el probar lo contrario, es decir, que el conocimiento de la venta se produjo con anterioridad.

73 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• *SUBASTA JUDICIAL*

S. APZ 17 marzo 1997

Como tiene declarado el TS con carácter general para los retractos, en los casos de ventas judiciales la adquisición del dominio se produce con la «adjudicación de la finca al rematante». Y el cómputo del plazo es el previsto en el art. 5 Cc.

36 1998, IV (núms. 1º y 2º)

PRECIO

S. JPII BARBASTRO 16 abril 1996

Es evidente que, en cumplimiento de la legislación vigente, el retrayente debe abonar a la parte demandada el precio realmente pagado por la compraventa de los inmuebles, además de los gastos de reparación de los mismos y cuantos otros pagos legítimos se haya visto en la obligación de realizar el comprador de buena fe (escrituras notariales, registro e impuesto de transmisiones patrimoniales).

65 1998, IV (núms. 1º y 2º)

S. JPII BARBASTRO 6 noviembre 1996

Repite lo dicho por la S. JPII Barbastro de 16-4-96.

74 1998, IV (núms. 1º y 2º)

• GASTOS O PAGOS LEGÍTIMOS

A. APH 5 octubre 1998

La finalidad del artículo 1518 Cc. es impedir que el retracto perjudique en lo más mínimo el patrimonio del comprador. La mediación de un agente de la propiedad inmobiliaria es no sólo habitual, sino hasta casi ineludible en la compraventa de fincas. Por tanto, ante la falta de una jurisprudencia consolidada sobre esta materia, entendemos que los honorarios de ese profesional constituyen un pago legítimo hecho para la venta que el retrayente debe reintegrar al comprador.

18 1999, V (núm. 2º)

10: DERECHO TRANSITORIO

CONSORCIO FORAL

S. JPII TARAZONA 16 mayo 1997

No existe el consorcio cuando la sucesión del padre de los supuestos consortes se abrió en 1963 (bajo la vigencia del Apéndice). La disp. transitoria duodécima Cc. —aplicable a través de la duodécima de la Compilación— lleva a aplicar la ley vigente al tiempo del fallecimiento del causante.

16 1999, V (núm. 1º)

S. JPII TARAZONA 18 noviembre 1997

La parte demanda y reconveniente alega que no existe consorcio foral sobre determinadas fincas, puesto que las mismas proceden de una herencia abierta en 1931, cuya titularidad proindiviso sobre aquéllas tiene su origen en un testamento de 1930. Tal alegación ha de desestimarse porque dicho testamento no contenía designación de heredero, sino facultades de fiducia en favor del cónyuge superviviente, el cual designó herederos en ejecución de aquélla en su testamento de 1972, quedando la delación hereditaria deferida hasta el fallecimiento de la fiduciaria en el año 1976.

24 1999, V (núm. 1º)

S. APZ 22 octubre 1998

No procede sobre parte indivisa de una finca. Si aun cuando los hermanos hayan adquirido proindiviso de un ascendiente partes indivisas por títulos diferentes y en diversos momentos, siempre que hayan llegado a ser propietarios de la totalidad de la finca. Derecho transitorio: la donación anterior a 1967 no origina consorcio foral.

46 1999, V (núm. 2º)

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. 12ª Comp. 67, que remite a las DDTT. Cc., entre las que cabe aplicar la DT. 12ª 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. 9ª 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; anulación; 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 vigente la Compilación.

3 1995, I (núm. 1º)

TUTELA

S. APH 14 febrero 1997

El arrendamiento concertado en 1962 y escriturado en 1979 se rige, en lo que hace a las formalidades que ha de seguir el tutor para concertarlo, por las normas vigentes al tiempo del su otorgamiento, sin que a ello pueda oponerse la DT 1ª de la Ley 3/85 de 21 de mayo sobre la Compilación del Derecho civil de Aragón.

3 1998, IV (nº 1º y 2º)

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 documen-

tos 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)

S. TSJA 24 mayo 1999

La supresión en el Estatuto de Autonomía reformado del contenido del artículo 29 anterior ha supuesto la pérdida de competencia para conocer de los recursos de casación y revisión, sin que la redacción actual de dicho precepto sirva para justificar que tal competencia subsiste.

1 1999, V (núm. 2º)

S. TSJA 13 septiembre 1999

La supresión en el Estatuto de Autonomía reformado del contenido del artículo 29 anterior ha supuesto la pérdida de competencia para conocer de los recursos de casación y revisión, sin que la redacción actual de dicho precepto sirva para justificar que tal competencia subsiste.

2 1999, V (núm. 2º)

S. TSJA 6 octubre 1999

La supresión en el Estatuto de Autonomía reformado del contenido del artículo 29 anterior ha supuesto la pérdida de competencia para conocer de los recursos de casación y revisión, sin que la redacción actual de dicho precepto sirva para justificar que tal competencia subsiste.

3 1999, V (núm. 2º)

● ALEGACIÓN DE DERECHO NO APLICABLE

S. TSJA 10 marzo 1999

Es evidente que, no siendo de aplicación al caso los preceptos cuya infracción denuncia (arts. 1.327 Cc., y 47 Comp.), por no regirse su matrimonio ni por el Código Civil ni por el Derecho civil de Aragón sino por las normas de la sociedad conyugal de conquistas de la Compilación de Navarra, el motivo de recurso necesariamente ha de decaer.

5 1999, V (núm. 1º)

- **DERECHO SUPLETORIO**

S. TSJA 26 febrero 1999

A la vista del art. 1. Comp., la mención a los arts. 1.347 y 1.362 del Cc. como principalmente infringidos, puesta en relación con los arts. 36 y 37 de la Compilación, es, al menos, desafortunada, pues estando previsto en estos últimos el régimen económico del matrimonio en Aragón y el concepto de patrimonio común, huelga toda referencia al Código civil, que no es en esta materia sino de aplicación supletoria.

4 1999, V (núm. 1º)

DERECHO INTERREGIONAL

- **EFFECTOS SOBRE LA SUCESIÓN**

S. JPI ZARAGOZA Nº 2 25 noviembre 1995

La causante era de vecindad civil común al tiempo de otorgar testamento —en él nombra 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)

- **RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL**

S. APZ (PENAL) 24 octubre 1998

Proceso penal. Tras medidas provisionales que confieren a la mujer el uso exclusivo del domicilio conyugal, el marido, sirviéndose de llaves de local adjunto, logra sustraer unos cuadros, un teléfono y un fax, bienes presuntamente comunes e inventariados a efectos de la liquidación de la comunidad conyugal. La S. plantea cuál sea el régimen del matrimonio (en razón de la vecindad civil del marido en el

momento de casarse, antes de 1990) y absuelve, indicando que la calificación penal correcta de los hechos sería la de falta de coacciones.

47 1999, V (núm. 2º)

JURISPRUDENCIA

S. TSJA 11 noviembre 1998

Voto particular: La competencia casacional que les atribuye el art. 73.1 a) LOPJ en relación a los EE.AA. de las Comunidades Autónomas con derecho civil propio, permite entender, aplicando la ley conforme a la realidad social existente, que también las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando resuelven recursos de casación en el ámbito del Derecho propio de la Comunidad en que están residenciadas, pueden establecer doctrina jurisprudencial invocable en casación conforme al art. 1.692-4.º Lec.

2 1999, V (núm. 1º)

LEY DE CAZA

- **CONCEPTO DE «RESIDENTE»**

S. APH 22 julio 1998

El empadronamiento no constituye una presunción de residencia *iuris et de iure*; el requisito de la residencia se exige para evitar el ingreso en la sociedad de cazadores de quienes no residen habitual y permanentemente en la localidad. Por tanto, no resulta equivocada la tesis de la apelante cuando hace referencia al censo de fuegos o a los habitantes con chimenea humeante en la localidad todo el año o con casal, patrimonio o hacienda, que done, es decir, que dé un servicio a la comunidad, según el Fuero Viejo.

15 1999, V (núm. 2º)

LEY DE CAZA

- **RESPONSABILIDAD**

S. APH 26 mayo 1997

Los arts. 33 de la Ley de caza así como el 35 de su reglamento, al igual que el art. 72 de la Ley de caza aragonesa, establecen la responsabilidad del dueño del coto del que el animal

causante del daño proceda, siempre que su presencia no sea coyuntural u ocasional.

9 1998, IV (nº 1º y 2º)

S. APH 11 julio 1997

Los arts. 33 de la Ley de caza así como el 35 de su reglamento, al igual que el art. 72 de la Ley de caza aragonesa, establecen la responsabilidad del dueño del coto del que el animal causante del daño proceda, siempre que su presencia no sea coyuntural u ocasional.

12 1998, IV (nº 1º y 2º)

S. APH 30 julio 1997

Los arts. 33 de la Ley de caza así como el 35 de su reglamento, al igual que el art. 72 de la Ley de caza aragonesa, establecen la responsabilidad del dueño del coto del que el animal causante del daño proceda, siempre que su presencia no sea coyuntural u ocasional.

13 1998, IV (nº 1º y 2º)

S. APH 10 noviembre 1997

El primer presupuesto para la apreciación de esta responsabilidad, en los términos previstos en el art. 33 L. de caza y 35 de su reglamento, es que el animal causante del daño «proceda» del coto cuyo titular es demandado. Por «procedencia» no se ha de entender una presencia coyuntural u ocasional de la pieza, sino el tipo de explotación cinegética de la zona. En esta actividad peligrosa es en la que se fundamenta la especial responsabilidad (objetiva y solidaria) de la Ley de caza. Al igual que así lo prevé el art. 72 L. de caza aragonesa.

16 1998, IV (nº 1º y 2º)

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)

• USUFRUCTO VIDUAL

S. AP VALENCIA 10 febrero 1997

En el caso de autos los cónyuges estaban sujetos al Derecho común al tiempo de fallecer el marido, pero por ser aragonés éste al tiempo de la celebración del matrimonio (1982) resulta aplicable el art. 16 Cc., de manera que, por el cambio de vecindad civil, no se pierde el derecho al usufructo vidual sobre todos los bienes del que primero fallezca.

31 1998, IV (nº 1º y 2º)

NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES

1. Los trabajos que se remitan para su publicación en la *Revista de Derecho civil aragonés* habrán de ser inéditos y no estar pendientes de publicación en otra revista.
2. Los trabajos se remitirán mecanografiados a doble espacio, por una sola cara, en papel DIN A 4, con 30 a 35 líneas de entre 60 y 70 espacios en cada página. La extensión máxima, para la sección de estudios, será de cuarenta páginas.
3. Los trabajos se presentarán por duplicado, precedidos por una hoja en la que se hagan constar: título del trabajo, nombre del autor (o autores), dirección, número de teléfono (y de fax y dirección de correo electrónico, si procede), situación académica o profesional y nombre de la institución académica a que pertenece, si es el caso.

El trabajo mismo irá encabezado por su título, nombre del autor o autores, profesiones o cargos que hayan de figurar en la publicación e institución a la que pertenezcan.

4. Las notas, referencias bibliográficas, abreviaturas, subrayados, etc., se harán de acuerdo con las normas usuales en publicaciones jurídicas españolas. Además de las notas a pie de página o en sustitución de ellas podrá incluirse al final una breve referencia bibliográfica orientativa sobre la materia objeto de estudio en el trabajo.

Ejemplos de citas bibliográficas en notas a pie de página:

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*. Librería Bosch, Barcelona, 1963, págs. 272 y stes.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Contribución a la metodología del Derecho privado de Aragón», *Anuario de Derecho aragonés*, 1945, pág. 118, nota 7.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, «Comentario al artículo 2», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, vol. I, Zaragoza, 1988, págs. 211 y stes.

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)
ifc@dpz.es

DERECHO PRIVADO Y CONSTITUCIÓN
Director: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano
Secretario: Juan José Marín López
Sumario del número 13 (año 1999)

ESTUDIOS

- P. ÁLVAREZ OLALLA: *La constitucionalidad de la privación del uso del piso o local al propietario, ante la realización de actividades prohibidas en Estatutos, dañosas para la finca, molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.*
- M.^a BALLESTEROS DE LOS RÍOS: *Reclamación de filiación materna frustrada por la no práctica de una prueba biológica esencial y adopción declarada nula por asentimiento prestado con anterioridad al parto.*
- J. M. BUSTO LAGO: *Competencia legislativa de las Comunidades Autónomas sobre las necesarias especialidades procesales que se derivan de su Derecho sustantivo propio.*
- P. CÁMARA AGUILA: *Sobre la constitucionalidad de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida.*
- S. CAVANILLAS MÚGICA: *El tratamiento automatizado de datos procedentes de fuentes accesibles al público.*
- M.^a LUISA LLOBREGAT HURTADO: *Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de propiedad industrial.*
- J. J. MARÍN LÓPEZ: *La libertad de los locos: el artículo 211 del Código Civil.*
- P. A. MUNAR BERNAT: *Sobre la aplicabilidad de la Directiva 85/577/CE, de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, a un contrato de multipropiedad.*
- E. VALLADARES RASCÓN: *La legitimación del tutor para el ejercicio de la acción de separación en representación de su pupilo.*
- R. VERDERA SERVER: *Adopción y principio de igualdad.*
- J. CARLES SEUBA: *La responsabilidad civil por uso de sangre o productos hemoderivados. Un estudio jurisprudencial*

CRÓNICA

Precio de la suscripción anual:

— España	2.000 pta
— Extranjero	3.000 pta
Número suelto España	2.000 pta
Número suelto Extranjero	3.000 pta

SUSCRIPCIONES Y NÚMEROS SUELTOS:

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales
San Francisco de Sales, 6, 28071 Madrid
Tel. (34) 91 441 27 00 – Fax (34) 91 441 00 86

REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Director: Fernando López Ramón

Secretaria: Olga Herráiz Serrano

Sumario del número 14 (junio 1999)

ESTUDIOS

- S. MARTÍN-RETORTILLO: *Mariano Royo Ultieta: Cartas sobre riegos y la organización del Canal Imperial de Aragón.*
- G. FERNÁNDEZ FARRERES: *Algunas consideraciones sobre el régimen jurídico de la interconexión de redes de telecomunicaciones.*
- L. POMED: *Significado histórico de las singularidades procesales en materia de expropiaciones agrarias: el recurso de revisión ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.*
- J. M. GIMENO: *Reversión por incumplimiento en el contrato de donación entre Administraciones Públicas.*
- I. PEMÁN: *Dificultades para una delimitación sustantiva del concepto de sanción. Pautas para un replanteamiento de la cuestión.*
- J. C. TEJEDOR: *Deber de conservación, ruina y rehabilitación al servicio de la regeneración de la ciudad.*

ARAGÓN

- R. BARBERÁN: *La Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón en 1997.*
- A. L. MONGE: *Algunas reflexiones a propósito y sobre la Ley de Cooperativas de Aragón.*
- J. ÁLVAREZ: *Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para 1999.*
- J. TUDELA: *Actividad de las Cortes de Aragón (julio 1997-junio 1998). Balance de una legislatura.*
- R. SALANOVA: *La Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón.*

DEBATES

- J. RODRÍGUEZ-ARANA: *La reforma del procedimiento administrativo y del régimen procesal contencioso-administrativo: presupuestos y objetivos.*
- J. J. PÉREZ MILLA: *Configuración normativa y jurisprudencial de un derecho de reagrupación de la familia.*
- A. SALERNO: *Los bancos centrales y la transferencia de la potestad monetaria. El ejemplo del Banco de España.*
- A. CERRILLO: *La participación de los ciudadanos en los Consejos escolares en España.*
- F. GURREA: *Las universidades públicas ante el nuevo régimen de lo contencioso-administrativo.*
- F. GONZÁLEZ BOTIJA: *La política de control del viñedo en la Unión Europea.*
- G. PALACIO: *Régimen jurídico del turismo rural.*

CRÓNICAS, BIBLIOGRAFÍA

Precio de la suscripción anual	3.500 pta + IVA
Número suelto	2.000 pta + IVA

SUSCRIPCIONES:

Revista Aragonesa de Administración Pública
Instituto Aragonés de Administración Pública
Diputación General de Aragón
Paseo María Agustín, 36, 50004 Zaragoza

REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Director: Fernando López Ramón

Secretaria: Olga Herráiz Serrano

Sumario del número 15 (diciembre 1999)

El profesor Lorenzo Martín-Retortillo, doctor «honoris causa» por la Universidad de Zaragoza.

ESTUDIOS

J. PEMÁN: *La primera universidad de la Corona de Aragón. La configuración institucional del Estudio General de Lleida (1300-1717) y su influencia en la primera generación de universidades creadas en los territorios de la Corona.*

J. TUDELA: *La Administración Turística.*

M. MARTÍNEZ BARGUEÑO: *La modificación de 1999 del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, con referencia especial a los procedimientos de gestión de personal.*

F. LÓPEZ RAMÓN: *Reflexiones sobre la indeterminación y amplitud del Patrimonio Cultural.*

ARAGÓN

R. BARBERÁN: *La Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón en 1998.*

A. GARCÉS: *Régimen jurídico de la utilización de la energía eólica en Aragón.*

M. M. VILLAGRASA: *Los Parques Culturales y la protección del Patrimonio Cultural de Aragón.*

DEBATES

R. BOCANEGRA: *Observaciones sobre el régimen jurídico de la Empresa Nacional Santa Bárbara y la posible institucionalidad de las leyes de acompañamiento de los presupuestos.*

J. RODRÍGUEZ-ARANA: *Estado federal, confederal y autonómico.*

A. MARTÍNEZ BALLARÍN Y F. GURREA: *El Consejo Social, ¿órgano de participación de la sociedad en la Universidad pública?*

R. MARTÍNEZ Y A. DÍAZ: *El papel del Ejército ante situaciones de grave riesgo, catástrofe y calamidad.*

JURISPRUDENCIA

M. A. ARIAS: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: objetividad y relación de causalidad en la jurisprudencia.*

J. L. BERMEJO: *Confirmado el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales de las Marismas de Santoña, Victoria y Joyel (STSJ Cantabria de 1 junio 1999).*

CRÓNICAS

Crónica del curso impartido por el profesor Santiago Muñoz Machado bajo el título «El Derecho de las Comunidades Autónomas. Veinte años de construcción jurídica» (J. L. CALVO).

Crónica del curso «Los espacios naturales protegidos en el umbral del siglo XXI» (J. L. BERMEJO).

BIBLIOGRAFÍA

Precio de la suscripción anual 3.500 pta + IVA

Número suelto 2.000 pta + IVA

SUSCRIPCIONES:

Revista Aragonesa de Administración Pública
Instituto Aragonés de Administración Pública
Diputación General de Aragón
Paseo María Agustín, 36, 50004 Zaragoza

REVISTA ARAGONESA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Director: Fernando López Ramón

Secretaria: Olga Herráiz Serrano

Sumario del monográfico III «Régimen jurídico
de los recursos turísticos» (diciembre 1999)

AGRADECIMIENTOS

J. TUDELA ARANDA.

PRESENTACIÓN

J. CALLIZO.

UNA VISIÓN GENERAL DE LOS RECURSOS TURÍSTICOS

J. CALLIZO Y A. LACOSTA: *Un estudio tipológico de los recursos turísticos.*

C. HORNO: *La visión institucional de la política turística.*

I. ARMISÉN: *Zaragoza apuesta por su proyección exterior.*

F. ORDUÑA: *El turismo: un recurso para el desarrollo de la colectividad local. una aproximación a la provincia de Huesca.*

J. BLANCO: *Alternativas legislativas para la planificación territorial del turismo en España.*

A. NOGUEIRA: *La ordenación del territorio y los recursos turísticos.*

J. TUDELA: *El significado y función de los recursos turísticos en la nueva legislación turística.*

LOS RECURSOS TURÍSTICOS «NATURALES»

F. LÓPEZ RAMÓN: *Contrastes y conexiones de la moderna consideración del medio ambiente en la legislación turística.*

L. POMED: *El patrimonio cultural factor de desarrollo local: los parques culturales.*

J. SOCÍAS: *La incidencia del turismo en la ordenación del litoral (referencia especial al caso de las Islas Baleares).*

O. HERRÁIZ: *El aprovechamiento turístico de las vías pecuarias.*

A. SALGADO: *La dimensión turística del patrimonio cultural.*

D. AZNAR: *Masas forestales, turismo y medio ambiente. Breve análisis sobre el uso recreativo de los montes.*

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS RECURSOS TURÍSTICOS «ARTIFICIALES»

J. BERMEJO: *El deporte como recurso turístico.*

M. RAZQUÍN: *El marco jurídico de la restauración.*

D. BIANQUER: *Régimen jurídico del turismo rural.*

J. TUDELA: *Turismo de montaña y estaciones de esquí.*

J. M. ASPAS: *Régimen jurídico de los deportes de aventura. Consideraciones sobre el turismo activo.*

A. SAN ROMÁN DIEGO: *El aprovechamiento por turno de bienes inmuebles.*

J. M. CRUZ: *El régimen jurídico de los viajes combinados.*

Precio de la suscripción anual 3.500 pta + IVA
Número suelto 2.000 pta + IVA

SUSCRIPCIONES:

Revista Aragonesa de Administración Pública
Instituto Aragonés de Administración Pública
Diputación General de Aragón
Pasco María Agustín, 36, 50004 Zaragoza



C. S. I. C.



INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO»



EXCMA. DIPUTACIÓN DE ZARAGOZA