

R E V I S T A • D E

DERECHO
CIVIL
ARAGONÈS

VI ♦ 2000 ♦ nº 1

La versión original y completa de esta obra debe consultarse en:
<https://ifc.dpz.es/publicaciones/ebooks/id/2009>



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

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

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

**REVISTA DE
DERECHO CIVIL ARAGONÉS**

Director

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

Coordinador

JOSÉ LUIS BATALLA CARILLA
Registrador de la Propiedad
Zaragoza

Secretarios

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

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

Consejo Asesor

MANUEL ASENSIO PALLÁS
Abogado
Zaragoza

IGNACIO MARTÍNEZ LASIERRA
Abogado
Zaragoza

ADOLFO CALATAYUD SIERRA
Notario
Zaragoza

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

FRANCISCO CURIEL LORENTE
Registrador de la Propiedad
Zaragoza

IGNACIO MURILLO GARCÍA-ATANCE
Asesor del Justicia de Aragón

FERNANDO GARCÍA VICENTE
Justicia de Aragón

MAURICIO MURILLO GARCÍA-ATANCE
Magistrado 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 VI / NÚM. 1



INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO» (C.S.I.C.)
Excma. Diputación Provincial
Zaragoza, 2001

Publicación número 2.209
de la Institución «Fernando el Católico»
(Excma. Diputación de Zaragoza)
Plaza de España, 2.
50071 ZARAGOZA (España)
Tlf.: [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 I, Nº 1 (1995).— Zaragoza: Institución «Fernando el Católico», 1995.— 24 cm

Bianual

ISSN: 1135-9714

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

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

Motivo cubierta:

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

© Los autores.

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

I.S.S.N.: 1135-9714

Depósito Legal: Z-3.869/95

Preimpresión: Ebrolibro, S. L. Zaragoza

Impresión: INO Reproducciones, S. A. Zaragoza

IMPRESO EN ESPAÑA – UNIÓN EUROPEA

ÍNDICE
RDCA, 2000, VI (Nº 1)

ESTUDIOS

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «Dictamen sobre la subrogación real en la sustitución de bienes de origen familiar».....	11
BAYOD LÓPEZ, M ^a del Carmen: «La sucesión paccionada en la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte (reflexiones y comentarios)».	37
SÁNCHEZ RUBIO, Alfredo: «El vínculo adoptivo en la sucesión aragonesa».....	99
JIMÉNEZ AYBAR, Iván: «Perspectivas en materia de protección de menores en Aragón tras la reforma del Código civil de 15 de enero de 1996 (L.O. 1/1996)».	129
DOLADO PÉREZ, Ángel: «El derecho de abolorio y la interpretación judicial de la facultad moderadora de los tribunales ex art. 149.2 de la Compilación aragonesa».	155

NOTAS Y CUESTIONES PRÁCTICAS

CALATAYUD SIERRA, Adolfo: «Renuncia a la herencia futura en Aragón: un supuesto práctico»	185
LOPEZ AZCONA, Aurora: «La consolidación de los derechos familiares de adquisición preferente contemplados en los Ordenamientos territoriales españoles a la luz del Derecho suizo: La reinstauración del <i>droit de préemption des parents</i> ».	195

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «La sustitución legal preventiva de residuo: declaraciones de herederos legales y troncalidad (comentario de un caso de pacto al más viviente)».	203
BAYOD LÓPEZ, Carmen: «La oficina de farmacia en el régimen económico matrimonial legal aragonés (a propósito de la S. TSJ de Aragón de 9 de mayo de 2000)».	237

MATERIALES

A) Jornadas de Derecho Aragonés (Zaragoza, 1961).	267
B) Nuevos materiales sobre la casación foral en Aragón	289
C) Compilación de o Dreito zebil d'Aragón, traducción de M. Martínez Tomey	331
D) Conclusiones de la 1ª Ponencia del Congreso de la Abogacía Aragonesa: (Teruel 2000).	353
E) Ley 1/2000, de 17 de marzo, de autorización de venta de valores mobiliarios de la Comunidad Autónoma de Aragón procedentes de la herencia de don Elías Alfredo Martínez Santiago.	355
F) Decreto 203/1999, de 2 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro Administrativo de parejas estables no casadas.	357
G) Orden de 22 de noviembre de 1999, del Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, por la que se regula el fichero automatizado relativo a parejas estables no casadas.	363
H) Pregunta parlamentaria núm. 52/00, relativa al desarrollo de nuestro Derecho foral.	365
I) Recomendación del Justicia de Aragón al Presidente de la D.G.A. en relación con el tratamiento fiscal de las instituciones civiles aragonesas.	371
J) Acuerdo de 27 de octubre de 1999 del Pleno del Consejo General del Poder Judicial sobre valoración del conocimiento del Derecho aragonés en los concursos de traslado de jueces y magistrados. ...	375
K) STC 63/2000, de 13 de marzo de 2000, en recurso de amparo contra Auto de la Sala de lo Civil y Penal del TSJA.	383
L) Proposición de Ley de reconocimiento de efectos civiles del matrimonio celebrado conforme al rito gitano.	393

NOTICIAS

A) X Encuentros del Foro de Derecho Aragonés	399
B) Becas del Justicia de Aragón	399
C) Informe Anual del Justicia de Aragón -1999	400
D) Valoración del conocimiento del Derecho aragonés en los cursos de traslado de jueces y magistrados.	401
E) Seminarios de Jurisprudencia	402
F) El Derecho civil aragonés y la ESO	403
G) Decreto de 7 de junio de 2000, de la Presidencia del Gobierno de Aragón, por el que se acepta la renuncia de don Joaquín Cereceda Marquínez como vocal de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.	403
H) Decreto de 19 de julio de 2000, de la Presidencia del Gobierno de Aragón, por el que se nombra Vocal de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil a don Juan Ignacio Medrano Sánchez.	404

BIBLIOGRAFÍA

Repertorio de bibliografía	407
----------------------------------	-----

JURISPRUDENCIA

A) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 9 mayo de 2000	429
B) Resoluciones de Juzgados de Primera Instancia (1997-98)	437
C) Índice de jurisprudencia	483

ESTUDIOS

DICTAMEN SOBRE LA SUBROGACIÓN REAL EN LA SUSTITUCIÓN DE BIENES DE ORIGEN FAMILIAR

José Antonio SERRANO GARCÍA
Profesor titular de Derecho Civil

SUMARIO: I.- Consulta. II.- Planteamiento del Dictamen. III.- Significado actual de la subrogación real en el Ordenamiento español. IV.- Aplicaciones de la subrogación real en el Derecho aragonés de sucesiones. V.- Libertad de disposición de los bienes de origen familiar e inexistencia de afección a favor de tercero. VI.- Inaplicación de la subrogación real a los bienes de origen familiar objeto del recobro de liberalidades. VII.- Inaplicación de la subrogación real a los bienes de origen familiar objeto de la sucesión troncal. VIII.- Inaplicación de la subrogación real a los bienes de origen familiar objeto de la sucesión troncal en bienes de abolorio. IX.- Conclusiones.

I. CONSULTA

Por la Diputación General de Aragón se solicita mi parecer sobre la posibilidad de aplicación de la subrogación real sobre el dinero, acciones y demás títulos valores que constituyeron la fortuna de cierta persona y que, a su fallecimiento, fueron adquiridos a título gratuito por su única hija, ya fallecida también y a quien sucedió su único hijo que es quien ha fallecido recientemente intestado, sin descendientes ni ascendientes, sin cónyuge y sin parientes colaterales dentro del cuarto grado, pero con una gran fortuna en dinero y, sobre todo, en acciones y participaciones sociales que determinados parientes de sexto grado defienden que tienen derecho a heredar, con preferencia a la Comunidad Autónoma de Aragón, por su condición de bienes troncales de abolorio por subrogación.

En definitiva se me consulta si, en mi opinión, puede tener aplicación o no la subrogación real en los bienes de origen familiar que son objeto de la sucesión troncal en bienes de abolorio.

II. PLANTEAMIENTO DEL DICTAMEN

Para contestar adecuadamente a esta consulta hay que partir del hecho cierto de que el causante era, en el momento del fallecimiento, de vecindad civil aragonesa y que, por tanto, conforme determina el art. 9.8 del Código civil español (Cc.) su sucesión se rige por lo dispuesto en el Derecho civil aragonés vigente en el momento de la apertura de la sucesión (libro II de la Compilación del Derecho civil de Aragón (Comp.)), cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Se da igualmente por probado que procede la apertura de la sucesión legal y que no existen descendientes del causante, pues, en otro caso no podría haber lugar a la sucesión troncal. Dándose estos requisitos, si hay bienes recobrables o bienes troncales, se defieren, con preferencia, a las personas con derecho a recobro y a los parientes troncales, respectivamente; de manera que sólo si faltan los parientes con derecho preferente se defieren tales bienes, sucesivamente, a los ascendientes, al cónyuge, a los colaterales hasta el cuarto grado y a la Comunidad Autónoma o, en su caso, al Hospital de Nuestra Señora de Gracia o Provincial de Zaragoza, como expresamente dice ahora el art. 202 de la Ley aragonesa de Sucesiones por causa de muerte (LS).

Aunque la Ley de Sucesiones no es aplicable al caso de autos, puede y debe tenerse muy en cuenta pues, en gran medida, viene a completar la regulación de la Compilación con normas cuyo contenido ya deducía la doctrina y la jurisprudencia para los más escasos y escuetos preceptos de la Compilación.

Pese a que no existen bienes recobrables, conviene advertir, de entrada, que tales bienes son también de origen familiar y, a falta de parientes con derecho a recobrarlos, se defieren juntamente con los demás bienes troncales a los parientes por la línea de procedencia. Con ello quiero decir que la regulación del recobro de liberalidades debe ser analizada también a la hora de decidir si procede o no la subrogación en los bienes troncales.

Por otra parte, como los parientes que reclaman su derecho a la sucesión lo son de sexto grado, sólo pueden tener derecho a suceder si existen bienes troncales de abolorio, pues para los troncales simples la delación se detiene en el cuarto grado de parentesco de consanguinidad con el causante; en cambio, para los bienes troncales de abolorio adquiridos a título lucrativo el art. 133 de la Compilación no contiene limitación de grado (el art. 211 de la Ley de Sucesiones lo ha limitado al sexto, cualquiera que sea su modo de adquisición). Sólo si existen bienes troncales de abolorio podrán heredar dichos parientes, en cuyo caso tales bienes no podrán corresponder a la Comunidad Autónoma que sólo es heredera legal de los bienes no troncales y de los troncales simples por inexistencia de parientes troncales dentro del cuarto grado.

Aunque en el caso sólo interese, en particular, el análisis de la posibilidad de aplicar la subrogación real en la sustitución de bienes troncales de abolorio, resulta que como éstos vienen caracterizados por la permanencia en la familia durante las dos generaciones anteriores a la del causante, sucede que, normalmente, para llegar a ser bienes de abolorio antes han tenido que serlo

de patrimonio, es decir, han tenido que pertenecer al padre o a parientes de la generación del padre; siendo esto así, como supuesto más frecuente, resulta que si los bienes de patrimonio cuando son sustituidos por otros pierden la condición de troncales simples por no serles de aplicación la subrogación real, es evidente que tales bienes ya nunca llegarán a ser troncales de abolorio. Por tanto, para abordar la aplicabilidad de la subrogación real a los bienes de abolorio hay que comenzar por ver si es posible aplicarla a los de patrimonio o, en general, a los troncales simples. Por último, cuando el bien de origen familiar, por haber permanecido en manos del abuelo o de parientes de su generación el tiempo de dos generaciones o por haber pasado de sus manos a los del padre o parientes de su generación sin haber sido sustituido por otro, al ser adquirido por el causante reúne los requisitos para ser considerado, si falleciera en ese momento, como bien de abolorio, es cuando hay que abordar la posibilidad de aplicar o no la subrogación real en caso de sustitución por otro.

Por todo ello, creo que lo más conveniente será comenzar con una valoración general del significado que la subrogación real tiene actualmente en el Derecho español según la mejor doctrina, para luego ir aplicando las ideas iniciales al Derecho de sucesiones, primero en general, y después, sucesivamente, a los bienes que pueden llegar a ser recobrables, troncales simples o troncales de abolorio.

III. SIGNIFICADO ACTUAL DE LA SUBROGACIÓN REAL EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

La doctrina española ha prestado escasa atención a la entidad jurídica de la subrogación real, a pesar de la presencia de diversos casos de aplicación de la misma en la legislación española (v. gr. arts. 197, 486, 517.1, 519, 812, 974, 1346.3º, 1347.3º, 1626 ss., 1777 del Cc.; art. 110 LH). Los trabajos dedicados a este tema aparecen influidos de cerca por la doctrina francesa (*vid.* especialmente FONCILLAS, J.M., «De la subrogación real», en *RCDI* (1935), pp. 279 ss.). El más relevante de estos trabajos es el artículo de ROCA SASTRE, R. M., «La subrogación real», en *RDP* 33 (1949), pp. 281 ss., al que sigue la mayor parte de la doctrina posterior (*vid.*, por todos, CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, I, 2, Madrid, 1984, pp. 91 ss.). En la misma línea de Roca, a quien cita expresamente, se encuentra el artículo de MEZQUITA DEL CACHO, J. L., «Principales aplicaciones de la subrogación real en nuestro Derecho», en *Revista de Derecho Español y Americano*, núm. 4 (1959), pp. 649 ss. Un artículo más reciente es el de M. L. MARÍN PADILLA, «La formación del concepto de subrogación real», *RCDI* (1975), pp. 1111 ss., que pone la subrogación real en relación con los remedios para evitar el enriquecimiento injustificado. Este trabajo ha sido completado por otras aportaciones de la misma autora: «Estudio y aplicación de la subrogación real en el Derecho de Familia», *RCDI* (1978), pp. 717 ss.; «El principio general de la subrogación real en los derechos reales de garantía y goce», *RCDI* (1978), pp. 1149 ss.; y «Estudio y aplicación del prin-

cipio general de subrogación real en el Derecho de Sucesiones», *RCDI* (1980), pp. 1399 ss. Un último trabajo de corte general, de gran altura científica, es el de Francisco Javier ANDRÉS SANTOS, «Introducción histórico-dogmática a la idea de subrogación real», *ADC* (1998-2), pp. 681-767.

Con las observaciones y aclaraciones que ANDRÉS SANTOS hace sobre la subrogación real en el Derecho histórico y moderno, y la excelente síntesis del concepto y ámbito de la subrogación real en el Derecho español que contiene la última edición (revisada y puesta al día por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA) de los *Elementos de Derecho Civil*, I-3, del Prof. LACRUZ BERDEJO (Dykinson, Madrid, 1999, en especial pp. 91-94), he construido lo que entiendo es el estado de la cuestión en el momento presente sobre la subrogación real y su valor en el Derecho español.

Subrogar significa -dice ROCA SASTRE- sustituir a una persona o cosa, respecto de una misma situación jurídica determinada. Cuando lo sustituido es una persona se habla de subrogación personal (cambio de acreedor en una relación obligatoria); cuando lo sustituido es una cosa surge la subrogación real, caso ejemplar de conservación del derecho subjetivo sin pérdida de su identidad por cambio del objeto. Se llama subrogación real al hecho de suceder o sustituir un bien nuevamente adquirido por un titular en ciertos caracteres jurídicos de otro, desaparecido por enajenación, destrucción, etc.

Pero las legislaciones no ofrecen ninguna regulación completa, apta para un tratamiento comprehensivo y cerrado de la subrogación real, y la dogmática jurídica aún no ha llegado a la elaboración de un concepto riguroso y universalmente válido de este instituto. Su delimitación conceptual, por tanto, no resulta fácil en absoluto.

Se trata de una «idea jurídica general» que se hace necesaria en todo Derecho. Es una «idea-fuerza» que ejerce su presión una y otra vez, ya que sirve como medio para resolver problemas jurídicos recurrentes, que se presentan a todo ordenamiento, aunque aún estemos lejos de un «concepto» y se quede más bien en una «noción funcional».

Desde un punto de vista histórico, y en su consideración como «pensamiento jurídico universal», la idea de subrogación real se expresa acertadamente en las dos máximas tradicionales del Derecho común: *pretium succedit in locum rei et res in locum pretii* y *subrogatum sapit naturam eius, in cuius locum subrogatum est*.

En una consideración amplia y difusa, la subrogación es la sustitución de un objeto por otro en el seno de un patrimonio determinado, existiendo una relación de causalidad entre la salida de uno y la entrada del otro, y conservándose la misma situación jurídica que afectaba al objeto originario. Pero este fenómeno se da también en cualquier compraventa o negocio jurídico oneroso sin necesidad de aplicar la idea de subrogación real, pues la entrada y salida de bienes en el patrimonio de una persona hace que los nuevos bienes queden sujetos, al menos, a la responsabilidad por las deudas del titular del patrimonio.

La subrogación real exige, propiamente, una serie de matizaciones sin las cuales no puede identificarse como una idea clara y distinta. La subrogación real sólo tiene razón de ser cuando puede oponerse a un tercero, o ser invocada por éste. Se produce, pues, cuando el bien objeto de sustitución se halla sujeto a una afectación especial: a unos derechos de terceros sobre él, o a una situación singular del bien en el patrimonio del dueño. Si hay subrogación real la sustitución de dicho bien no hace desaparecer la afectación que tenía, sino que la comunica al bien nuevo que queda sujeto a los derechos del tercero o incluido en el patrimonio especial del que salió el otro. Sin tal afección especial sobre el bien objeto de sustitución no puede hablarse de subrogación real. Además, la subrogación real tiene lugar con independencia de la voluntad de los sujetos intervinientes en las relaciones jurídicas que la producen. Y, por último, la subrogación puramente «real» supone que el titular del objeto enajenado o perdido adquiere automáticamente para su patrimonio un derecho sobre el objeto de la contraprestación en el mismo momento en que se produce la merma patrimonial, aunque el sujeto que actuó hubiera negociado en su propio nombre.

El ámbito de aplicación que en sí mismo puede concebirse para la subrogación real es potencialmente inmenso y prácticamente inabarcable: es posible siempre que exista un derecho que pierda su objeto y surja una contraprestación sobre la que pueda recaer un derecho análogo. Sin embargo, en todos los ordenamientos jurídicos modernos se limita la aplicación de la subrogación real, por un lado, a determinados casos concretos y, por otro, a los patrimonios especiales o separados. Esto se debe a las necesidades del tráfico jurídico: los principios de apariencia jurídica, publicidad, confianza, etc., deben primar por encima de todo para que los agentes en la vida del Derecho puedan realizar sus operaciones en un clima adecuado. Los acreedores deben poder confiar en que las adquisiciones de sus deudores pertenecen a su patrimonio, de modo que sean susceptibles de una eventual ejecución. La subrogación real supone una quiebra de estos principios, y sólo en virtud de *razones especiales* puede venir impuesta por el ordenamiento.

a) *Ámbito de los bienes o derechos singulares.* No se admite para los Derechos modernos la existencia de un principio jurídico general de subrogación real (que rezaría así: «*meum est quod ex re mea acquiritur*»), aplicable como *regula iuris* más allá de la ley, en el ámbito de los derechos singulares. La emergencia del procedimiento subrogatorio en caso de derechos singulares (derechos reales o de crédito) obedece únicamente a criterios de oportunidad, en aquellas situaciones en que el ordenamiento decide dar una mayor protección a los titulares de esos derechos y a sus acreedores. Aquí la subrogación real puede operar solamente en los casos establecidos por la ley, que además deben ser interpretados restrictivamente. Por lo demás, en los casos en que por preverlo la ley se produce la subrogación, el bien subrogado no adquiere las mismas cualidades del anterior (la condición mueble o inmueble, o de bien de abolorio, etc.) sino simplemente la afección específica (gravamen o vínculo) que aquél tenía respecto a un tercero.

Tratándose de *bienes singulares*, la subrogación transfiere de uno a otro la sujeción a gravámenes (hipoteca, usufructo, retracts, etc.) o vínculos (por ejemplo, art. 812 Cc.); no se trata, entonces, de adscribir los bienes a un patrimonio, sino de transferir una cualidad singular de un bien singular a otro, lo cual sólo cabe cuando se halla expresamente previsto en la ley, como en los supuestos de siniestro de finca asegurada (art. 110 LH; *vid.* S. 3 marzo 1997); usufructo sobre cosa expropiada o siniestrada o sobre acción real vindicatoria (arts. 517, 518 y 486 Cc.); enfiteusis de finca expropiada o siniestrada (arts. 1626, 1627 Cc.); restitución de lo indebidamente cobrado (art. 1897 Cc.), etc. En medida más amplia la previene la legislación de concentración parcelaria, sobre las «fincas de reemplazo» (art. 198, Ley de reforma y desarrollo agrario), y la legislación urbanística.

b) *Ámbito de los patrimonios «especiales» o «separados»*. Hay, sin embargo, un solo caso en la historia del Derecho en que se ha visto constantemente la utilización amplia y significativa de un «principio de subrogación real»: se trata del campo de las unidades o masas patrimoniales (*universitas iuris*) y, en particular, los patrimonios especiales, separados o autónomos (o aun del patrimonio general en supuestos singulares). Sólo en esta conexión jurídica se plantea hoy la validez de la subrogación real como regla de derecho, aplicable incluso en los casos de laguna legal, según la máxima del Derecho común *in universalibus pretium succedit in locum rei et res in locum pretii*. Los patrimonios especiales son, de hecho, el «campo propio de la subrogación real».

Patrimonios «especiales» o «separados» son masas de bienes y derechos sometidos por la ley de algún modo a un régimen jurídico especial que los mantiene autónomos y relativamente separados del resto del patrimonio de una persona. Su creación está excluida a la libre determinación de los sujetos, y es competencia exclusiva del Derecho objetivo. La ley autoriza en ciertos casos la consideración unitaria de una serie de relaciones jurídicas activas y pasivas, con independencia del patrimonio general, para que estén ligadas al cumplimiento de determinadas finalidades legalmente establecidas. Por ejemplo, la herencia indivisa, los patrimonios conyugales en regímenes de comunidad de bienes (v. arts. 37.1 y 38.4 Comp., y para la comunidad conyugal continuada el art. 63 Comp.), la masa de bienes sujeta a usufructo de viudedad (art. 83.2 Comp.), las masas del concurso y de la quiebra; el patrimonio sujeto a un fideicomiso o el pendiente de asignación por el fiduciario aragonés (art. 138 LS), los patrimonios colectivos, etc.; también, aunque se trata de patrimonios generales de una persona administrados por otros, el patrimonio del hijo bajo administración paterna y el patrimonio del ausente.

La subrogación real hace posible la conservación del patrimonio especial en su configuración originaria, a pesar de los cambios concretos que pueda experimentar en su contextura interna. Generalizando, podemos decir que la subrogación real sirve, en primer lugar, para conservar la consistencia de los patrimonios con *vis atractiva* limitada, es decir que, sin ella, perderían los bienes que sustituyen a los enajenados, damnificados, expropiados, etc. En particular, forman parte del patrimonio especial los objetos que se adquieren como

consecuencia del ejercicio de un derecho perteneciente al patrimonio especial, o a causa de su pérdida, daño o privación; y también se hacen del patrimonio especial los objetos que se obtienen, mediante negocio jurídico, a cambio de elementos pertenecientes al patrimonio especial. Aunque algunos lo niegan, éste segundo punto sirve para configurar la subrogación real como un principio general del ordenamiento jurídico, aplicable en el ámbito de los patrimonios especiales siempre que la ley guarde silencio. Parece razonable considerar que, si el legislador no establece otra cosa, un patrimonio especial creado para unos fines ha de conservarse en su integridad, la cual, a menudo, requerirá la salida de ciertos elementos del conjunto patrimonial y la entrada de otros nuevos. Para poder hablar de patrimonio especial resulta imprescindible que alguna idea de subrogación real esté presente, puesto que en otro caso, la subsistencia del patrimonio especial queda en manos de la libre voluntad de su poseedor, vulnerándose así los fines objetivos perseguidos por el legislador. La necesaria sustitución de los objetos salidos del patrimonio especial por sus subrogados hace que la conservación *in natura* del patrimonio especial quede garantizada conforme a criterios de carácter objetivo, no personal.

Sin embargo, esto no sucede así en el caso de las situaciones jurídicas singulares, que no presuponen en absoluto la necesidad de sustitución de su objeto, ya que el patrimonio del que sale éste no necesariamente corre el riesgo de desaparecer y su titular dispone de otros medios de protección de sus derechos; sólo por decisión específica del legislador se producirá la sustitución del objeto por su subrogado, quedando este último sujeto al mismo vínculo o gravamen que afectaba al primero.

IV. APLICACIONES DE LA SUBROGACIÓN REAL EN EL DERECHO ARAGONÉS DE SUCESIONES

La herencia, cuando son varios los herederos y no se ha dividido entre ellos, constituye un patrimonio colectivo: los bienes siguen respondiendo de las obligaciones del difunto y se mantienen unidos, como si éste viviera, atribuidos de momento al colectivo de sucesores, y administrados por ellos, o acaso por un administrador judicial, sin que ninguno pueda aprovecharlos individualmente. La herencia indivisa o comunidad hereditaria constituye, pues, un patrimonio especial en el que opera con naturalidad la idea de subrogación real.

En Aragón la responsabilidad del heredero, incluido el troncal, por las obligaciones y cargas de la herencia está siempre limitada por ley exclusivamente a los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario (art. 138.1 Comp. y 40.1 LS); es una responsabilidad *intra vires* y *cum viribus*. Además la ley establece expresamente el principio de «separación de patrimonios» (v. arts. 138.2 Comp. y 42 LS), por lo que la confusión de patrimonios no se pro-

duce en daño del heredero ni de quienes tengan derechos sobre el caudal relicto y, en particular, la aceptación de la herencia no produce la extinción de los derechos y créditos del heredero contra la herencia, ni de los de ésta contra aquél. Así que el heredero es titular de dos patrimonios, el patrimonio personal y el patrimonio hereditario, que no se confunden hasta que resulten pagados quienes tengan derechos sobre el caudal relicto. Es un supuesto en el que, según lo afirmado antes, cabría aplicar la subrogación real. Sin embargo, el legislador ha sido previsor y para evitar posibles desequilibrios o enriquecimientos injustos entre estos dos patrimonios ha dispuesto expresamente que «cuando los bienes heredados existentes no sean suficientes, el heredero responderá con su propio patrimonio del valor de lo heredado que enajene, consuma o emplee en el pago de créditos hereditarios no vencidos; así como del valor de la pérdida o deterioro que, por culpa o negligencia, se produzca en los bienes heredados» (art. 40.2, que amplía las previsiones del 138.1 Comp.). Añade el apartado 2 del art. 44 LS que «cuando el heredero deba responder con su patrimonio personal del valor de lo heredado, los acreedores hereditarios y legatarios concurrirán sin preferencia con los acreedores particulares del heredero». Es pues un mecanismo legal de salvaguarda de los derechos de los acreedores hereditarios sobre los bienes del caudal relicto distinto de la subrogación real. El bien que sale del patrimonio especial viene sustituido por su valor (algunos hablan, incorrectamente, de subrogación real de valor) que puede ser mayor o menor del precio obtenido en la enajenación o como indemnización.

Por defecto, total o parcial, de sucesión ordenada válida y eficazmente por pacto o testamento, se abre la sucesión legal (201 LS), en la que pueden concurrir diferentes llamamientos universales en atención al carácter troncal o no troncal de los bienes que integran el caudal relicto. En tal caso, los bienes no troncales forman un patrimonio destinado a herederos no troncales, los bienes troncales de la línea materna forman otro destinado a los herederos por parte de madre y, en tercer lugar, los bienes de procedencia de parientes de la línea paterna forman un patrimonio al que son llamados los parientes de esa línea. Son tres patrimonios separados entre sí, también respecto de los patrimonios personales de los respectivos herederos, a los que es de aplicación plena la subrogación real, al menos, en los casos no cubiertos por la regla del art. 40.2 LS (subrogación en valor).

En la situación de herencia yacente (v. art. 9 LS) y especialmente si se halla sujeta a fiducia sucesoria, en caso de disposición de bienes del caudal relicto «la contraprestación obtenida quedará subrogada en lugar de los bienes enajenados, salvo que se haya destinado al pago de las deudas y cargas del caudal pendiente de asignación» (art. 138.2 LS). En principio, todo bien que entre en la herencia procedente de otro que antiguamente perteneció a ella, a través de un vínculo directo de procedencia, entrará a formar parte de la herencia y se le aplicará el mismo régimen que al antiguo y quedará afecto a la misma finalidad.

También en el pacto sucesorio con institución de presente opera la subrogación real, expresamente aludida en el art. 87 LS.

La doctrina admite el juego amplio de la subrogación real en la acción de petición de herencia, en las sustituciones fideicomisarias y en la venta de herencia.

En el Derecho sucesorio aragonés no parecen existir otras aplicaciones de la subrogación real que las ya aludidas, entre las que no hay ninguna referida a los bienes troncales, simples o de abolorio.

Aunque en Aragón no se conocen las reservas legales de bienes (reserva ordinaria o viudal y reserva lineal o troncal), ni hay subrogación real en el recobro de liberalidades, parece oportuno ver lo que sucede con estas figuras en el Código civil español¹. Pues bien, en este cuerpo legal, existe o se admite la subrogación real en las reservas, tanto ordinaria como lineal, así como en el art. 812 en caso de reversión de donaciones, y, además, juega de una manera especialísima. La subrogación real en estos casos tiene efecto retroactivo; las fluctuaciones propias de la subrogación real, los cambios de objeto, se van a producir antes que se dé o nazca la obligación de reservar del reservista y el derecho a la reserva para los reservatarios. Estamos, en el momento en que se producen las fluctuaciones objetivas, ante un patrimonio no sujeto a afección de ninguna clase, ante un patrimonio no separado dentro del patrimonio general del descendiente, viudo y descendiente donatario. Tanto el donatario descendiente (art. 812), como el cónyuge viudo antes de celebrar segundo matrimonio (arts. 968 y 980), como el descendiente (art. 811), no están obligados, no tienen ninguna obligación ni restricción; los bienes están libres de toda afección especial, y no están especificados dentro del patrimonio del descendiente donatario, viudo o descendiente.

No obstante, el Código civil, en el caso de los arts. 812 y 968 y ss., y la jurisprudencia y la doctrina, en el caso del art. 811, aplican con carácter retroactivo la subrogación real; hacen como si el derecho de los reservatarios naciera no en el momento en que nace la obligación de reservar (segundo matrimonio en la reserva ordinaria, y muerte del descendiente sin posteridad y sucesión por ministerio de la ley del ascendiente en la reserva troncal), sino antes —dice LACRUZ BERDEJO—, como si la reserva estuviese pendiente.

La razón de esta aplicación retroactiva de la subrogación real es a todas luces el deseo que tiene el legislador de que los reservatarios reciban, si no los mismos bienes o los que por sustituciones sucesivas los han reemplazado, el equivalente en valor de los primeros u originarios bienes. Sin la subrogación real anterior al nacimiento de la obligación, los derechos de los reservatarios

¹ La información relativa al Código civil la tomo básicamente de M^a Luisa MARÍN PADILLA, «Estudio y aplicación del principio general de subrogación real en el Derecho de Sucesiones», *RCDI* (1980), pp. 1399 ss.

quedarían burlados sólo con que el donatario, descendiente o viudo se desprendieran de los bienes específicos, permutándolos, donándolos, etc.

El legislador del Código civil, ante las circunstancias especiales que se dan en las reservas, y por su deseo de que los reservatarios reciban siempre, si no los bienes originarios o los que los han sustituido por medio de una relación de origen o procedencia, sí un equivalente en valor, ha establecido dos remedios diferente y subsidiarios para alcanzar este fin. En primer lugar, la ley, y la jurisprudencia en el caso del art. 811, han establecido el principio de la subrogación real admitiendo toda clase de pruebas que demuestren que unos bienes proceden de los originarios. Pero dada la dificultad de la prueba y que son pocas las sentencias donde verdaderamente pudo probarse la procedencia, el legislador, agotado ya este remedio y para alcanzar su deseo de proteger el derecho de los reservatarios, acude, en segundo lugar y subsidiariamente, a conceder a éstos un derecho de crédito por el equivalente en valor del bien.

¿Puede afirmarse algo parecido respecto de la devolución sucesoria troncal en el Derecho aragonés? ¿Puede afirmarse la existencia de subrogación real con efectos retroactivos en los bienes recobrables, troncales o troncales de abolorio? La similitud entre el recobro de liberalidades aragonés y el previsto en el art. 812 es grande, pero la regulación muy distinta; la similitud entre la situación del futuro presunto sucesor troncal y la del reservatario en la fase previa al nacimiento de las reservas es también bastante parecida, pero las regulaciones, como vamos a ver, son muy diferentes.

V. LIBERTAD DE DISPOSICIÓN DE LOS BIENES DE ORIGEN FAMILIAR E INEXISTENCIA DE AFECCIÓN A FAVOR DE TERCERO

El Derecho civil aragonés tiene un sistema sucesorio independiente del propio del Código civil e inspirado en principios muy diferentes de los de dicho cuerpo legal. En Aragón no existe más reserva legal de bienes que la que la ley establece a favor de los legitimarios: no hay reserva viudal ni reserva troncal; sólo existirá obligación de reservar cuando aparezca previamente determinada en testamento abierto u otra escritura pública (art. 149.3 LS y, antes, art. 139 Comp.). Quien no tenga legitimarios puede disponer, por pacto o testamento, de todos sus bienes o de parte de ellos a favor de cualquier persona que tenga capacidad para suceder; y el que tenga legitimarios puede también disponer de sus bienes pero respetando la legítima (apartados 1 y 2 del art. 149 LS).

La presencia en el patrimonio de una persona de bienes de origen familiar y las expectativas de adquirirlos a la muerte del titular por los herederos troncales nada tiene que ver con las reservas; el causante no tiene obligación alguna de reservar los bienes de la familia paterna para los parientes paternos ni los de la familia materna para los parientes maternos: es libre de disponer de

ellos, *inter vivos* o *mortis causa*, a título oneroso o lucrativo, con la misma libertad que puede disponer de los bienes que no tienen la condición de familiares. Hasta la muerte del titular de los bienes ningún derecho tienen sobre ellos los parientes troncales: el origen familiar de los bienes no crea, mientras permanecen en el patrimonio personal del adquirente, ninguna afectación especial sobre ellos y a favor de los parientes de la línea de procedencia.

Según expone BRAGA DA CRUZ «el derecho de troncalidad es una regla de devolución sucesoria, aplicable únicamente a la sucesión intestada de quien muere sin descendientes, y según la cual los bienes poseídos por el *de cuius* con la cualidad de *própios* deben ser atribuidos exclusivamente a los parientes del mismo lado del que tales bienes proceden. De esta forma, los bienes *própios* que el *de cuius* recibió del padre o de un pariente paterno sólo pueden ser atribuidos a sus herederos del lado paterno; y, del mismo modo, los bienes propios recibidos de un pariente materno sólo pueden ser heredados por los parientes del lado materno»². Estrictamente, es la aplicación en la sucesión abintestato de la regla *paterna paternis, materna maternis*³. Por tanto, es preciso concluir con LACRUZ que «se trata de una sucesión parcial, relativa a una determinada clase de bienes (los que BRAGA DA CRUZ llama *própios*, es decir, familiares o troncales), y a favor de determinados herederos: parientes, desde luego (como habitualmente en la sucesión intestada), pero además relacionados con un anterior propietario de los bienes, de quien, mediata o inmediatamente, los recibió el causante»⁴.

Explica BRAGA DA CRUZ que «la diferencia entre la sucesión por troncalidad y la sucesión normal consiste apenas en lo siguiente: mientras que en ésta son llamados indistintamente todos los herederos según la proximidad del parentesco, en la sucesión troncal se exige que sea el mismo el lado del que los bienes proceden y el lado al que los herederos pertenecen. Esto no quiere decir que el principio de proximidad de parentesco no desempeñe también en la sucesión troncal un papel importante, pero, en general, su aplicación pasa a un segundo plano: en primer lugar, hay que determinar quienes son los parientes que pertenecen a la misma línea de procedencia de los bienes, y, después de ésto, es cuando interviene el principio de proximidad del parentesco para decidir cuál de tales parientes debe ser el heredero»⁵.

La finalidad de esta forma de proceder —en palabras de BRAGA DA CRUZ— «es la conservación de los bienes en una misma familia a través de las genera-

² *O direito de troncalidade e o regime jurídico do património familiar*, I, Braga, 1941, pp. 19-20.

³ Ver también Jesús DELGADO ECHEVERRÍA: «Propiedad troncal y patrimonio familiar», en *Estudios de Deusto*, vol. XXXIX-I, Bilbao, 1991, pág. 32.

⁴ «Derecho de sucesiones por causa de muerte: de las legítimas; de la sucesión intestada; normas comunes a las diversas clases de sucesión (arts. 119 a 142 inclusive, de la Compilación)», *Boletín del Colegio de Abogados de Zaragoza (BCAZ)*, 1967, p. 177.

⁵ *Op. cit.*, Tomo I, p. 79.

ciones, evitando a todo trance que un accidente sucesorio —muerte de los hijos del propietario de los bienes— lleve al dominio de un extraño el patrimonio que más de un antepasado cariñosamente formó para que sirviera de sustento a los continuadores de su familia»⁶.

Pero la existencia de sucesión troncal no representa ninguna restricción añadida a la libertad de disposición de los bienes de origen familiar. Porque, como observa LACRUZ, la troncalidad, en territorios como Aragón y Navarra, es principalmente una regla de devolución abintestato de los bienes familiares de un causante, y que, por consiguiente, sólo juega su papel en defecto de determinación voluntaria de éste. «Desde luego —dice—, la voluntad del individuo no es completamente autónoma en la disposición de sus bienes, pero los límites de esta autonomía —sobre todo, supuesto el escaso papel que ha tenido en Aragón la reserva sucesoria de los parientes colaterales— no se hallan en la troncalidad, sino en el derecho de expectativa sucesoria de los hijos. Ahora bien: este derecho de expectativa poco sufre por que se comuniquen los bienes del padre a la madre o viceversa: sólo en el caso de segundo matrimonio corre algún peligro. En cuanto a los parientes colaterales, como no tienen ningún derecho actual sobre los bienes, es claro que no pueden ser lesionados en derecho alguno»⁷.

Al margen de la legítima, no existe ninguna prohibición, limitación o reserva establecida sobre los bienes de origen familiar en favor de los parientes troncales⁸.

⁶ *Op. cit.*, Tomo I, p. 9.

⁷ José Luis LACRUZ BERDEJO: «Bienes comunes y bienes privativos en el régimen matrimonial aragonés», *Revista de Derecho Notarial (RDN)*, 1956, pág. 36.

⁸ En cambio en el Derecho vizcaíno, el art. 17 LDCFPV dice que «a través de la troncalidad se protege el carácter familiar del patrimonio. En virtud de la troncalidad el titular de los bienes raíces solamente puede disponer de los mismos respetando los derechos de los parientes tronqueros». Se prohíbe disponer a título gratuito *inter-vivos* o *mortis causa* a favor de quien no sea pariente tronquero de la línea preferente, y los actos en que se infrinja esta prohibición se declaran nulos de pleno derecho (art. 24). Tratándose de un acto de disposición a título oneroso los parientes tronqueros, siguiendo la línea y grado preferente, tienen un derecho preferente de adquisición (art. 112). En la liquidación del régimen de comunicación foral se le deberán adjudicar al viudo en pago de su haber en primer lugar los bienes troncales de su procedencia (art. 108). Se impone una reserva al cónyuge viudo en relación a los bienes troncales comunicados cuando contraiga ulterior matrimonio, esta reserva opera a favor de los parientes tronqueros (art. 86). Determina la imputación de los bienes troncales de forma prioritaria al pago de la legítima dispuesta (art. 62.2º LDCFPV), etc. La protección de los derechos de los parientes tronqueros queda establecida legalmente en estos términos: «Los actos de disposición que vulneren los derechos de los parientes tronqueros podrán ser impugnados en la forma y con los efectos que se establecen en el presente Fuero civil» (art. 17.3 LDCFPV).

Ver Itziar MONASTERIO ASPIRI: «La familia en Bizkaia y su régimen jurídico», *Revista de Derecho Civil Aragonés (RDCA)*, 1998, págs. 37-63; Adrián CELAYA IBARRA: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Dir. M. Albaladejo. T. XXVI. *Ley sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco*. Edersa, 1997.

La libertad de disposición de los bienes familiares no está limitada tampoco por la existencia del derecho de abolorio o de la saca, que es sólo un derecho de adquisición preferente en favor de los parientes troncales sobre los bienes de abolorio vendidos o dados en pago a personas no pertenecientes a la familia de origen (o que lo son más allá del cuarto grado), pero sin que su ejercicio conlleve la nulidad de la enajenación efectuada por el disponente.

Hasta el momento de apertura de la sucesión no se sabrá, por tanto, si finalmente habrá o no en el caudal relicto bienes de origen familiar; hasta ese momento los bienes adquiridos de parientes forman parte del patrimonio personal del adquirente, no se hallan incluidos en ningún patrimonio especial, ni por su origen familiar existe sobre ellos ninguna afectación especial que los grave o vincule a favor de determinadas personas. Por tanto, si la ley no establece la subrogación real, no hay argumentos para defender que tenga que ser aplicada. Faltan todos los requisitos necesarios: no hay un derecho o afectación a favor de terceros; los bienes de origen familiar no forman un patrimonio especial separado del patrimonio personal del adquirente y la ley no prevé la subrogación real con efectos retroactivos. Pero veamos todo esto con algo más de detalle.

VI. INAPLICACIÓN DE LA SUBROGACIÓN REAL A LOS BIENES DE ORIGEN FAMILIAR OBJETO DEL RECOBRO DE LIBERALIDADES

Para el recobro de liberalidades (recordemos que los bienes recobrables son bienes de origen familiar que, a falta de parientes con derecho a recobro, se defieren por las reglas de la sucesión troncal) la norma aragonesa (art. 130 Comp. o 209.1 LS) dice que «los ascendientes o hermanos de quien fallece abintestato (sin pacto o testamento) y sin descendencia recobran, si le sobreviven, *los mismos bienes que hubieran donado a éste y que aún existan en el caudal*». El recobro sólo se da, pues, si los mismos bienes donados están aún en el caudal del donatario, lo cual exige también que no hayan salido y vuelto a entrar en él, sino que hayan permanecido de forma continuada en el patrimonio del adquirente desde que le fueron donados, de forma que siga siendo la donación la causa de su adquisición y no otra causa posterior producida tras la enajenación del bien donado realizada por el donatario.

Indica la doctrina aragonesa que, salvo en el caso de recobro habiendo descendientes, es preciso que los mismos bienes donados aún existan en el caudal relicto del donatario. Se exige por tanto la identidad y subsistencia de los mismos bienes donados:

a) La identificación presupone la individualización, lo que conlleva la exclusión de las cosas fungibles y de la subrogación real, excepto en los supuestos de subrogación legal como consecuencia de concentración parcelaria o

reparcelación urbanística en compensación de la aportación de los bienes donados⁹. «Se trata —en palabras de LACRUZ¹⁰— de una sucesión en bienes concretos y singulares, los mismos que se donaron anteriormente: no los que les hayan sustituido». En el mismo sentido señala MERINO¹¹ que «la subrogación real respecto de ellos, a efectos del recobro, no tiene ningún valor. Si en el caudal del donatario no existen ya los mismos bienes que le fueron donados por sus ascendientes o por sus hermanos, el derecho de recobro a favor de éstos no llega a nacer».

b) La subsistencia de los bienes en el caudal relicto del donatario implica que no haya dispuesto de ellos *inter vivos* o *mortis causa*. Pero, a diferencia del derogado art. 129 de la Compilación, no se exige que la disposición de tales bienes sea expresa y singular, por lo que —como señala Fernando CURIEL¹²— la institución universal de heredero, e incluso la fiducia, excluye el recobro.

En cambio, como ya se ha apuntado antes, el art. 812 del Cc. admite, para un supuesto similar, la subrogación real con efectos retroactivos. Dice así: «Los ascendientes suceden con exclusión de otras personas en las cosas dadas por ellos a sus hijos o descendientes muertos sin posteridad, cuando los mismos objetos donados existan en la sucesión. *Si hubieren sido enajenados, sucederán en todas las acciones que el donatario tuviera con relación a ellos, y en el precio si se hubieren vendido, o en los bienes con que se hayan sustituido, si los permutó o cambió*». En el párrafo primero, está prevista una individualización material de los bienes, pero en el párrafo segundo y como medida subsidiaria, el legislador del Código civil ha previsto una destinación en valor suficiente para hacer que funcione la subrogación real, pero de muy difícil prueba en la práctica porque, al no existir ninguna prohibición de disponer ni reserva alguna, el donatario dispondrá libremente sin hacer constancia, en la mayoría de los casos, de la procedencia del dinero o del bien objeto de la operación llevada a cabo.

La doctrina del Código es prácticamente unánime a la hora de rechazar la subrogación real en el caso de que los bienes donados sean consumibles, y en especial dinero, o en el caso de que el donatario donara, a su vez, los bienes dados por el ascendiente, o si el donatario los consumió, usó o donó. Dice SCAEVOLA que cuando el ascendiente dona dinero al descendiente no hay que estimar que presida a tal acto la idea de reversión, porque dado el uso peculiar de la moneda, el fin para el que fue creada (valor en cambio), no es lícito admitir *a priori*, y en general, la posibilidad de que se encuentre en la sucesión del donatario la misma cosa donada, deseo cardinal del artículo. Antes, por el

⁹ Ver F. CURIEL LORENTE: «Sucesión de ascendientes en Aragón. Recobro de liberalidades», *Actas de los II Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1993, pág. 135.

¹⁰ BCAZ, 1967, p. 175.

¹¹ MERINO HERNÁNDEZ: *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. M. Albaladejo. T. XXXIV, vol. 2º: *Artículos 119 al final Compilación de Aragón*, Edersa, Madrid, 1988, p. 101.

¹² *Actas*, 1993, pág. 135.

contrario, hay que presumir la salida del dinero del dominio del descendiente, sin obligación de devolver un valor equivalente. Esta —dice— es la regla general, lo que no quita que si al morir existiesen las mismas monedas, probándose tal extremo (la prueba para quien afirme la identidad) procede la reversión. También suele admitirse que en el art. 812 cabe la subrogación real en caso de empleo del dinero y valores objeto de la donación, pero previa prueba de la subrogación.

Como puede verse, son muy distintos los puntos de partida del Derecho aragonés y del Derecho del Código civil español en materia de recobro de liberalidades: en Aragón está claramente excluida la subrogación real, mientras que en el Código civil está establecida con cierta amplitud, pero, aún con todo, sin comprender el dinero donado cuya inversión o empleo no se pruebe cumplidamente.

VII. INAPLICACIÓN DE LA SUBROGACIÓN REAL A LOS BIENES DE ORIGEN FAMILIAR OBJETO DE LA SUCESIÓN TRONCAL

Los arts. 130, 132 y 133 de la Compilación y los correspondientes de la Ley de sucesiones (arts. 209 a 213), al configurar el objeto del recobro de liberalidades y de la sucesión troncal, hablan simplemente de «bienes» sin distinción alguna. Por ello suele afirmarse que tanto pueden ser bienes o derechos, muebles o inmuebles, materiales o inmateriales, incluso derechos de crédito¹³.

El art. 132 de la Compilación consideraba troncales los bienes que al causante le hubieran provenido de sus padres, otros ascendientes o colaterales hasta el sexto grado, «por cualquier título». Sin embargo, el propio art. 132.3º, *i. f.* y el 133 introducían dos matizaciones a la regla general:

a) En defecto de hermanos, e hijos y nietos de hermanos que les sustituyan, en defecto de progenitor por la línea de procedencia de los bienes y en defecto de colaterales hasta el cuarto grado que descendan de un ascendiente común propietario de los bienes, sólo eran bienes troncales a efectos del último orden sucesorio previsto en el art. 132.3º Comp. los adquiridos por el causante «a título gratuito».

b) A los descritos como bienes troncales de abolorio en el art. 133 Comp., es decir, a los que hubieran permanecido en la casa o familia durante dos o más generaciones, si habían sido adquiridos *a título oneroso* se les aplicaba el orden de llamamientos del art. 132, excluido el segundo del número 3º, como

¹³ Cfr. LACRUZ BERDEJO: *BCAZ*, 1967, págs. 178-179; MERINO HERNÁNDEZ: *Comentarios*, T. XXXIV, vol. 2º, 1988, p. 110.

a los bienes troncales simples; mientras que si estos bienes habían sido adquiridos *a título lucrativo*, además de deferirse también en último lugar conforme a lo dispuesto por el art. 132.3º *i. f.*, los llamamientos a los colaterales se entendían hechos sin limitación de grado.

La Ley de sucesiones por causa de muerte modifica el concepto de bienes troncales y distingue:

a) *Bienes troncales de abolorio*: «aquéllos que hayan permanecido en la casa o familia del causante durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya, cualesquiera que sean su procedencia y modo de adquisición inmediatos» (art. 212.1).

b) *Bienes troncales simples*: «los que dicho causante haya recibido a título gratuito de ascendientes o colaterales hasta el sexto grado» (art. 213.1).

Como puede verse, ni en la regulación de la Compilación ni en la vigente, ha establecido el legislador aragonés la subrogación real de los bienes adquiridos en sustitución de bienes familiares, de manera que, como regla general, los bienes adquiridos en sustitución de los de origen familiar no puedan llegar a tener la condición de bienes troncales, simples o de abolorio.

El art. 84 del Anteproyecto de Compilación del Seminario incluía un apartado 3º que consideraba también bienes troncales a «los que hayan sustituido a todos ellos, cuando la subrogación resulte del título mismo o haya sido declarada expresamente por el causante»; sin embargo, dicho texto no pasó a la Compilación, que no llegó a pronunciarse sobre la subrogación real, porque la Comisión Compiladora, ante las dificultades para encontrar una fórmula satisfactoria, prefirió dejar el problema a la interpretación de los aplicadores del Derecho.

Algo similar ha sucedido en la elaboración de la Ley de sucesiones por causa de muerte que tampoco ha abordado, en un sentido o en otro, esta difícil materia de la subrogación real en los bienes troncales. Podía haberse aprovechado la ocasión para dejar claro que la subrogación real no procede, como no procede para los bienes recobrables, o, en otro caso, para detallar los casos en que el legislador quería que la subrogación real fuera posible. La dificultad de la materia ha hecho que haya vuelto a quedar a la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia.

La Comisión Aragonesa de Derecho Civil, que elaboró el Anteproyecto de Ley, estudió un texto de la ponencia (que yo preparé) que proponía decir, siguiendo la propuesta del Seminario de la Comisión Compiladora, que también son bienes troncales «Los que hayan sustituido a todos ellos, cuando la subrogación resulte del título mismo o haya sido declarada expresamente por el causante». D. Adolfo CALATAYUD SIERRA presentó un texto alternativo que excluía expresamente de la consideración de bienes troncales al dinero y que terminaba, en el apartado 3, indicando que «Los bienes que sustituyan a los expresados en los dos apartados anteriores, salvo el dinero y lo que se adquiere con él, tendrán el mismo carácter que los sustituidos».

D. Adolfo CALATAYUD SIERRA en su escrito de enmiendas de enero de 1998 justificaba el apartado 1 de su texto alternativo, en lo relativo a la exclusión del dinero, con las siguientes palabras: «Por un lado, aunque se mantiene el principio de que cualesquiera bienes –no sólo los inmuebles– son susceptibles de ser calificados como troncales, se exceptúa expresamente el *dinero*, porque, dadas las especiales características que tiene éste, no parece razonable que pueda ser considerado como bien troncal; además, la admisión del principio de subrogación que contiene el texto de la ponencia, podría suscitar problemas difíciles de resolver. Y no creo que pueda presuponerse excluido si no se dice expresamente». Para el apartado 3 propuesto ofrece la justificación siguiente: «La subrogación real en relación con los bienes troncales es una cuestión difícil, acerca de la cual la doctrina ha discutido mucho. En mi opinión, la solución más razonable es aceptar su funcionamiento salvo en relación con el dinero y los bienes adquiridos por su reemplazo, por las mismas razones que argüíamos antes. Es decir, si un bien troncal se vende, ni el dinero obtenido ni lo que se adquiera con él serán troncales».

En la sesión de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil celebrada el 14 de enero de 1998 D. Fernando GARCÍA VICENTE manifestó su opinión de que habría que restringir el ámbito de la troncalidad, limitándolo a los bienes de naturaleza rústica. D. Adolfo CALATAYUD SIERRA es también partidario de limitar el alcance de la troncalidad, a la vista de la realidad sociológica, patrimonial y familiar actualmente existente, muy distinta a la de hace sólo unas décadas. D. Jesús MARTÍNEZ CORTÉS considera que la troncalidad debe ser limitada tanto subjetivamente, en cuanto a las personas que pueden heredar por este mecanismo, como objetivamente, reduciendo los bienes que tienen ese carácter y ello en función del título de adquisición y también de la clase de bienes, ya que dice que la troncalidad no está pensada para los valores, las acciones y participaciones sociales, aunque se trate de sociedades familiares; su ámbito propio lo constituyen los patrimonios rústicos. Para D. Ramón TORRENTE GIMÉNEZ habría que limitar la troncalidad a los bienes inmuebles y, tal vez, al cuarto grado de parentesco, porque a veces hay que buscar herederos que han emigrado a otras zonas y que han perdido todo contacto con la familia, lo que no parece razonable. D. Jesús DELGADO ECHEVERRÍA dice que en su opinión se debe partir del Derecho vigente y no alterarlo demasiado, aunque se pueda limitar un poco, recordando que precisamente la defensa de la sucesión troncal ha sido la causa que más ha movilizó a los aragoneses en el último siglo en defensa de su Derecho. Esta es la opinión que finalmente prevalecerá (Ver acta de la sesión).

En la sesión de 21 de enero de 1998 el Presidente (D. Jesús Delgado Echeverría) plantea la cuestión del dinero, que en la enmienda de D. Adolfo Calatayud Sierra se excluía de la condición de troncal. Sobre el particular, éste expone que en realidad su propuesta de excluir expresamente el dinero se derivaba de la regla que se refería a la subrogación real, puesto que los efectos de ésta en relación con el dinero pueden ocasionar graves problemas en la práctica. Pero ofrece como alternativa no mencionar la subrogación real y eliminar la exclusión del dinero; en su opinión, no habiendo alusión expresa a

la subrogación real, ésta se aplicará sólo en los casos de negocios que por su naturaleza tienen una vocación específica a la misma, como son la permuta y los procedimientos administrativos de sustitución de unos bienes por otros, como la concentración parcelaria y las adjudicaciones derivadas de los procedimientos urbanísticos de compensación y reparcelación. Propone, pues, la supresión del apartado 3 de la ponencia. Esta propuesta se acepta (V. acta de la sesión).

En definitiva, la Ley de Sucesiones no regula la subrogación real en los bienes que hayan sustituido a los troncales. Partiendo de tal constatación, al igual que sucedía vigente la Compilación, no cabe aplicar la subrogación real como principio general del derecho para integrar lagunas de la ley (*analogía iuris*), porque no existe tal principio. La subrogación real sólo podrá operar en bienes singulares y en los casos en que venga establecida por la ley: fincas rústicas de reemplazo y fincas urbanas procedentes de los procedimientos de compensación y reparcelación. Ni siquiera en el caso de permuta, al no haberlo previsto la Ley, es seguro que deba operar la subrogación real. La ley 306 de la Compilación navarra dice que son troncales los adquiridos «por permuta de otros bienes troncales»; por su parte el art. 22 de la Ley del Derecho civil foral del País Vasco indica en su apartado 3 que también tienen la consideración de troncales los bienes raíces «adquiridos por permuta u otro título oneroso que implique la subrogación de bienes troncales por otros radicantes en el Infanzonado o Tierra Llana». La STS de 17 de febrero de 1970 (A. 875), indica que el dinero adquirido en la venta de un bien raíz no se convierte en bien troncal.

MERINO cree también que es preferible entender que no hay subrogación posible ya que troncalidad y subrogación real son términos que se contraponen; en apoyo de este criterio aduce, por un lado, que si el art. 130 Comp.[209.1 LS] excluye la subrogación en los bienes recobrables lo mismo debe suceder en la sucesión troncal ya que ésta no deja de tener un cierto carácter de «recobro familiar»; por otro lado, cree que en la troncalidad debe primar el criterio subjetivo de la afección personal y familiar hacia los bienes sobre el meramente económico o de conservación de un determinado patrimonio¹⁴.

Han sido LACRUZ¹⁵ y BELLED¹⁶ quienes, sin descartar totalmente la tesis más restrictiva que considera troncales únicamente los mismos bienes recibidos, han defendido que la subrogación puede operar en los bienes troncales, aunque no es fácil decir en qué casos. La tesis favorable a la subrogación se apoya, por un lado, en la comparación entre la dicción de los arts. 130 y 132 de la Compilación (ahora entre el art. 209.1, por un lado y los arts. 212.1 y 213.1,

¹⁴ *Comentarios*, T. XXXIV, vol. 2º, págs. 110-111. Cree Merino, sin embargo, que la Comisión Compiladora aragonesa debió de haber afrontado el tema en su momento y que, desde luego, en una próxima revisión de la Compilación la cuestión debería quedar zanjada definitivamente.

¹⁵ *BCAZ*, 1967, págs. 179-181.

¹⁶ *RCDI*, 1968, págs. 494-496.

por otro, de la Ley de sucesiones) de la que se extrae la conclusión de que éste no es tan restrictivo como aquél; y, por otro, en que la sucesión troncal actual tiene, junto al fundamento subjetivo y tradicional del afecto a los bienes familiares, otro fundamento objetivo consistente en la conservación de la fortuna familiar para que sea restituida a los parientes de quien inicialmente la poseía. Estos autores, no obstante, descartan la subrogación real en aquellos casos en que, por haberse adquirido el bien a título oneroso, no se da ninguno de los dos fundamentos de la sucesión troncal: no opera sobre dicho bien el fundamento de la conservación de la fortuna en la familia de procedencia del bien porque el causante pagó su valor; si ahora ese bien así adquirido se enajena a extraños o a familiares de rama distinta de la de procedencia, el bien sale de la familia de origen y sobre los bienes recibidos a cambio ya no existirá, normalmente, el mismo afecto familiar, salvo que hayan venido a sustituirlos en su completa situación jurídica, por estimar que el nuevo bien cumplirá mejor la finalidad familiar que el antiguo¹⁷. Pero si lo recibido a cambio es dinero o cosas fungibles, faltará también el fundamento del afecto familiar por lo que tales contraprestaciones no pueden considerarse bienes troncales. Por consiguiente, llegan a la conclusión de que «aunque no lo diga el texto legal, el concepto de «bienes troncales se reduce en cuanto a los adquiridos por título oneroso, a las cosas específicas»¹⁸. Para los bienes familiares adquiridos a título gratuito piensa LACRUZ que han de ser considerados troncales los bienes que individualmente hayan sustituido a otros que lo fueran también individualmente; también las cantidades de dinero o género que pueda decirse con certeza que todavía se conservan en el patrimonio del causante.

Pero no existiendo en nuestro Ordenamiento jurídico un principio general favorable a la subrogación real, salvo en el caso de patrimonios especiales o separados -que no es el caso de los bienes de una persona adquiridos de la familia-, no parece haber justificación para sostener las anteriores afirmaciones a falta de una norma que establezca expresamente la subrogación en los bienes troncales.

En el Código civil español no existe la sucesión troncal, pero, en cambio, sí esta prevista la llamada reserva lineal o troncal en el art. 811, según el cual «el ascendiente que heredare de su descendiente bienes que éste hubiese adquirido por título lucrativo de otro ascendiente, o de un hermano, se halla obligado a reservar los que hubiere adquirido por ministerio de la ley a favor de los parientes que estén dentro del tercer grado y pertenezcan a la línea de donde los bienes proceden». Esta reserva legal no es aplicable en Aragón, no

¹⁷ Para José María BELLED HEREDIA, "La sucesión intestada en el Derecho aragonés" (*RCDI*, 1968, pág. 495) "en tales supuestos no hay inconveniente en reconocer la existencia de una verdadera subrogación real con todas sus consecuencias. Tampoco deben olvidarse aquellos casos en que la sustitución de una finca por otra o por precio en dinero obedece a causas ajenas a la voluntad del titular (expropiación forzosa, concentración parcelaria, permuta forzosa de finca rústica en los casos previstos por la ley, etc.)."

¹⁸ *BCAZ*, 1967, p. 181.

sólo porque, como ya se ha indicado, aquí las únicas reservas de bienes posibles son las establecidas voluntariamente, sino también porque el supuesto de hecho vendrá normalmente evitado por la existencia de la sucesión troncal: al fallecer el descendiente, abintestato y sin hijos, le suceden en los bienes troncales los parientes del tronco de procedencia de los bienes. Pero aunque se trate de sucesión voluntaria o del supuesto introducido por la Ley de Sucesiones en el art. 213.2, no se aplica supletoriamente el art. 811 del Código civil español. También hemos comentado que la «troncalidad» de los bienes no implica ninguna obligación del adquirente de reservarlos para los parientes del tronco de procedencia de los mismos.

Pues bien, aunque el art. 811 Cc. no especifica nada sobre el papel de la subrogación real, han sido —como ya se ha dicho— la jurisprudencia y la doctrina del Código civil las que han interpretado que sí resulta de aplicación al caso. La interpretación parte de considerar que el art. 811 no obedece a una idea estricta de troncalidad (individualización material del bien), sino que considera a los bienes, además, por su valor: así se dice que la reserva troncal no persigue sólo el fin de perpetuar en una familia bienes concretos, sino que comprende tanto los bienes específicamente heredados como los que los hayan sustituido o, si no puede probarse la subrogación real, su equivalencia en valor. Pero esta opinión se ha impuesto, frente a la interpretación literal del art. 811 defendida por otros, por la aplicación analógica de los preceptos que regulan la reserva viudal (art. 977 y 978 Cc.) y por la existencia de un precepto cercano como es el art. 812, preceptos todos ellos donde se regula con detalle la subrogación real y, en su defecto, la equivalencia en valor. En última instancia, se alegan razones de justicia y equidad. Por lo demás, admitida la subrogación real en el art. 811, las dificultades de prueba son extraordinarias.

Ni el artículo 811 ni menos la interpretación que de él se hace pueden trasladarse a Aragón. Los argumentos vertidos en su interpretación parecen ser la fuente de la opinión de LACRUZ sobre el fundamento de la troncalidad aragonesa, junto al afecto por los bienes, en la conservación de la fortuna en la familia de la que procede y su admisión de una idea amplia de subrogación real en la sucesión troncal. Pero tal opinión es exclusivamente, en la actualidad, de *legis ferenda*, sin apoyo en la letra de la ley, ni en otros preceptos del Derecho de sucesiones aragonés donde anclar una interpretación analógica favorable a la subrogación real (en el recobro de liberalidades está expresamente excluida; en los bienes de abolorio, la letra de la ley también apunta a su exclusión). Tampoco cabe buscar la analogía con la subrogación real en la reserva viudal, pues ésta no es aplicable en Aragón. En la reforma de 1999, habiendo podido establecer la subrogación real en los bienes troncales, no se ha considerado conveniente hacerlo, y el silencio del legislador apunta claramente hacia el rechazo de una aplicación generalizada de la subrogación real y también del remedio subsidiario de la equivalencia en valor. Si algo puede deducirse de la reforma de 1999 es un recorte del campo de aplicación de la troncalidad.

La doctrina aragonesa mayoritaria sólo admite la subrogación real en los casos en que está prevista por la ley (subrogación legal) y no existe jurisper-

dencia ni a favor ni en contra de la subrogación real en los bienes troncales (las Ss. ATZ de 28 octubre 1969 y 22 junio 1979, sobre sucesión troncal no abordan esta cuestión).

VIII. INAPLICACIÓN DE LA SUBROGACIÓN REAL A LOS BIENES DE ORIGEN FAMILIAR OBJETO DE LA SUCESIÓN TRONCAL EN BIENES DE ABOLORIO

Las notas características de los bienes de abolorio hay que deducirlas de la regulación común de la sucesión en bienes troncales de abolorio y el derecho de abolorio o de la saca: ha de tratarse de bienes que han «permanecido en la casa o familia del causante durante dos o más generaciones (hasta aquí coincide el art. 212.1 LS con el anterior art. 133 Comp.) inmediatamente anteriores a la suya»; con esta fórmula, la similitud con la empleada por el art. 149 Comp. para el derecho de abolorio es casi total: bienes que, al menos, «han permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente»; es, pues, la pertenencia a la familia o la permanencia en la misma durante un largo período de tiempo lo que califica y define a un bien como de abolorio: el bien ya era o pertenecía a la familia en tiempos del abuelo por la línea de procedencia y luego no ha salido de la familia.

No obstante, la interpretación de la nota común de la permanencia en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente (o permanencia en la casa o familia durante dos o más generaciones) había originado durante la vigencia de la Compilación algunas dudas y discrepancias¹⁹ que la Ley de sucesiones se ha preocupado de aclarar al decir que «se entiende que el bien ha permanecido en la familia durante las dos genera-

¹⁹ Como dice LACRUZ, las «dos generaciones» requeridas por el art. 133 son, sin duda, las dos inmediatas al causante, sin contar con éste. La «permanencia» en la casa o familia debe entenderse en el sentido de que los bienes han debido de pertenecer, siquiera un instante, a un pariente de la generación de los abuelos del causante; pasar luego a otro pariente de la generación de los padres, y más tarde al causante. Pero, por otra parte, como dice el mismo LACRUZ, «verosímilmente, tampoco deja de cumplirse el requisito de las «dos generaciones» aunque haya una sola transmisión, del abuelo del causante a éste, si, por el tiempo transcurrido (por ej., dos períodos de 25 o 30 años) es posible afirmar, en el sentido vulgar de la expresión, que los bienes han permanecido en la familia del causante durante dos generaciones, siquiera siempre en una misma mano» (BCAZ, 1967, pág. 188).

Ver MERINO HERNÁNDEZ: *El derecho de abolorio aragonés*, I. F. C., Zaragoza, 1980, págs. 117-118 y 122-123; *Comentarios*, XXXIV, vol. 2º, págs. 122-123 y 283-285; LÓPEZ AZCONA: «El derecho de abolorio o de la saca: apuntes jurisprudenciales», *RJN*, núm. 16, 1993, págs. 142-143.

ciones inmediatamente anteriores, cuando perteneció a algún pariente de la generación de los abuelos del causante o más alejada y no ha salido luego de la familia, cualquiera que haya sido el número de transmisiones intermedias» (art. 212.2 LS).

El concepto de familia aludido está referido a los parientes consanguíneos, también a los adoptivos dada su equiparación con los parientes por naturaleza, pero quedan fuera los parientes por afinidad. La familia puede estar organizada en la forma tradicional de la casa aragonesa o de forma distinta; no cabe considerar que el derecho de recobro de liberalidades, la sucesión troncal o el derecho de abolorio sean instituciones exclusivas de las familias constituidas en casa aragonesa²⁰. En las sucesiones *mortis causa* de bienes troncales de abolorio parece que se aplica el régimen del art. 211 LS (art. 133 Comp.) aunque el causante haya adquirido dicho bien de parientes troncales más allá del sexto grado y aunque se trate de descendientes suyos: el único requisito exigido por el art. 212 LS (y el anterior 133 Comp.) es la permanencia en la familia, en sentido amplio, durante las dos generaciones inmediatas a la del causante, «cualesquiera que sean su procedencia y modo de adquisición inmediatos». Pueden proceder inmediatamente de cualquier miembro de la familia de origen.

Cualquiera que sea el número de transmisiones intermedias, es claro propósito legislativo que el bien no haya salido del círculo de personas integrantes de la familia en sentido amplio. Estos desplazamientos patrimoniales pueden haberse realizado horizontal o verticalmente, y también ascensos o retrocesos a lo largo de la misma línea; en todo caso, el requisito mínimo es que en el espacio de dos generaciones el bien no haya salido del ámbito familiar. Pese a las modificaciones, físicas o jurídicas que el bien haya podido sufrir en ese largo periodo de tiempo, se requiere que el bien siga siendo el mismo, es decir, que conserve su individualidad e identidad, y no haya salido de la familia. No tiene juego, por tanto, la subrogación real salvo en los casos en que es la ley la que la impone (por ejemplo, en el caso de las fincas de reemplazo en la concentración parcelaria). Tampoco en caso de permuta habrá, salvo excepciones, subrogación real²¹.

Los bienes de abolorio pierden su adscripción a la familia de origen al enajenarse a extraños o a parientes no pertenecientes al tronco familiar de procedencia del bien. Entre los extraños están, junto a los no parientes por natura-

²⁰ MERINO HERNÁNDEZ defiende, en cambio, que el término «familia» tiene para el Derecho aragonés un sentido claro e inequívoco, en cuanto equivalente al tradicional «casa». Ambos -casa y familia- son conceptos equivalentes, y la identidad legal de ambos términos dice que se deduce con claridad del art. 133 Comp. Por ello entiende que no debería admitirse el derecho de la saca respecto de bienes adquiridos de parientes muy próximos pero que no son parte integrante de la «casa» (*El derecho de abolorio aragonés*, págs. 110-111).

²¹ Así opina GARCÍA CANTERO en su reciente trabajo «El derecho de abolorio en Aragón», *RJN*, enero-junio 1998, núm. 25, pp. 201-203 y 211.

leza o adopción, los parientes por afinidad; por otra parte, a los extraños hay que equiparar los parientes, aunque sean de grado muy próximo, que no pertenezcan al tronco de procedencia del bien. También la transmisión, onerosa o lucrativa²², de bienes de abolorio de un cónyuge al otro (o a favor de la masa común de bienes) conlleva la salida de los mismos de la familia de origen al pasar a poder del cónyuge que es ajeno a la misma. En todos estos casos, el bien no sólo pierde su condición de abolorio sino que los que lo han sustituido no ocupan su lugar en la sucesión troncal en bienes de abolorio.

La existencia del derecho de abolorio o de la saca confirma que la venta o dación en pago de bienes inmuebles de abolorio no provoca la subrogación del precio en el lugar del bien de abolorio enajenado. La contraprestación adquirida por la enajenación no es, obviamente, un bien de origen familiar, ni ocupa el lugar del enajenado a efectos de la futura sucesión troncal en bienes de abolorio: si el bien sale de la familia será porque ningún familiar ha querido ejercitar el derecho de abolorio; si por haberlo ejercitado no sale, el bien sigue siendo de origen familiar y, en su momento, podrá deferirse a los herederos troncales del actual titular; el bien de abolorio adquirido mediante el derecho de la saca permanece en la familia de origen y también el precio cobrado por el pariente vendedor: ambos bienes –el inmueble y su precio– no pueden tener simultáneamente la consideración de bien de abolorio a efectos de la sucesión troncal.

IX. CONCLUSIONES

1. En los bienes de origen familiar no se produce la subrogación real porque no se hallan sujetos por razón de su origen a ninguna afectación especial: ni existe sobre ellos derecho, gravamen o vínculo alguno en favor de terceros (los parientes del tronco de procedencia), ni forman un patrimonio especial o separado dentro del patrimonio personal del adquirente.

2. Al fallecimiento del titular, los bienes de origen familiar se integran en uno o varios patrimonios especiales (bienes de origen paterno o materno), incluso pueden ser patrimonios colectivos si son varios los adquirentes por causa de muerte, que pertenecen a los sucesores troncales paternos o maternos, con separación de sus patrimonios personales mientras existan acreedores de la herencia: en esa situación sí puede haber subrogación, aunque el Derecho aragonés ha previsto una sustitución por el equivalente pecuniario. Pero, en

²² La transmisión *mortis causa* ha de ser voluntaria, ya que en la sucesión legal de los bienes troncales no se llama al cónyuge del causante.

todo caso, ese patrimonio especial no se forma hasta la apertura de la sucesión troncal.

3. Antes de la apertura de la sucesión, la falta de una afectación especial sobre los bienes de origen familiar impide la subrogación real, que sólo podría llegar a existir al abrirse la sucesión si se la configurara con efectos retroactivos al momento de la sustitución del bien. Pero ello, obviamente, requiere que la ley así lo establezca, pues la subrogación real puede operar solamente en los casos establecidos por la ley, que además deben ser interpretados restrictivamente.

4. Con toda claridad, el legislador aragonés ha excluido la subrogación real en los bienes objeto del recobro de liberalidades, que son bienes de origen familiar y no tienen por qué tener un régimen distinto del de los demás bienes adquiridos de ascendientes o colaterales.

5. La Comisión Aragonesa de Derecho Civil estudió varias fórmulas para regular la subrogación real en los bienes troncales, alguna con la pretensión de excluir expresamente de la subrogación al dinero y a los bienes adquiridos con el reempleo del dinero obtenido con la venta de bienes familiares, pero finalmente decidió no mencionar la subrogación real. Según alguno de sus miembros, no habiendo alusión expresa a la subrogación real, ésta se aplicará sólo en los casos de negocios que por su naturaleza tienen una vocación específica a la misma, como son la permuta y los procedimientos administrativos de sustitución de unos bienes por otros, como la concentración parcelaria y las adjudicaciones derivadas de los procedimientos urbanísticos de compensación y reparcelación.

6. Incluso cuando, para un caso concreto, un legislador ha previsto la subrogación real (p. e., art. 812 Cc.), la doctrina es prácticamente unánime a la hora de rechazar la subrogación real en el caso de que los bienes adquiridos sean consumibles, y en especial dinero, o en el caso de que el adquirente donara los bienes recibidos de la familia.

7. En el Derecho aragonés no hay preceptos donde apoyar una aplicación de la subrogación real a los bienes troncales por analogía *legis* ni, en última instancia, por analogía *iuris*. El argumento analógico no puede construirse acudiendo a preceptos de un cuerpo legal, como el Código civil, que no son de aplicación, ni siquiera supletoria, en Aragón.

8. La consideración de un bien como de «abolorio» requiere que el bien siga siendo el mismo que perteneció al abuelo o a familiares de su generación, es decir, que conserve su individualidad e identidad, y no haya salido de la familia. No tiene juego, por tanto, la subrogación real salvo en los casos en que es la ley la que la impone (subrogación legal). Así resulta también para los bienes inmuebles de la existencia del derecho de abolorio o de la saca.

9. El dinero y los títulos valores, como cualesquiera otros bienes que hayan pertenecido a la generación del abuelo, sólo pueden tener la consideración de

Dictamen sobre la subrogación real en la sustitución de bienes de origen familiar

bienes de abolorio si conservan su individualidad e identidad y no han salido de la familia. Los bienes que los hayan sustituido no se subrogan en su condición de posibles bienes troncales de abolorio, ni existe un derecho de los parientes por la línea de procedencia de los bienes al equivalente pecuniario de los que hayan sido objeto de sustitución.

Tal es mi parecer, que someto gustoso a cualquier otro mejor fundado.

Zaragoza a 7 de febrero de 2000

LA SUCESIÓN PACCIONADA EN LA LEY ARAGONESA DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE (REFLEXIONES Y COMENTARIOS)

Dra. Carmen BAYOD LÓPEZ
Prof. Titular de Derecho civil

SUMARIO: I. La sucesión paccionada en la ley 1/99 de 24 de febrero: Antecedentes, estructura y caracteres.- II. Concepto. Validez y forma de los pactos sucesorios: arts. 62, 65 y 67 Lsuc.- III. Elementos personales: Capacidad e intervención personal: arts. 63 y 64 Lsuc.- IV. Objeto. Contenido del pacto sucesorio: arts. 65 y 66 Lsuc.- V. Reglas de interpretación: arts. 68 y 69 Lsuc.- VI. Ineficacia, invalidez y revocación de los pactos sucesorios: arts. 85 a 89. VII. Las modalidades de pacto sucesorio. 1. La institución a favor de contratante: arts. 70 a 79 Lsuc.- 2. Institución recíproca: arts. 80 y 81 Lsuc.- 3. Pacto a favor de tercero: arts. 82 y 83 Lsuc.- 4. Pactos de renuncia: art. 84 Lsuc

I. LA SUCESIÓN PACCIONADA EN LA LEY 1/99 DE 24 DE FEBRERO: ANTECEDENTES, ESTRUCTURA Y CARACTERES

1. ANTECEDENTES

A) La delación paccionada: admisibilidad legal: el art. 2 Lsuc.

Con carácter general, el art. 2 Lsuc. señala que en Aragón:

«La sucesión se defiere por pacto, por testamento o por disposición de la ley».

La sucesión paccionada se configura como el primer modo de delación voluntaria en Aragón¹, sin otros límites que el respeto a la legítima y los generales del principio *standum est chartae* (art. 3 Lsuc.).

¹ Merece la pena recordar que en el derogado art. 89 Comp. la delación paccionada se mencionaba después del testamento, en concreto dicho precepto indicaba: «*La sucesión se defiere por testamento, por pacto o por disposición de la ley*».

B) Antecedentes

La sucesión paccionada o el «hacer herederos en vida», como suele denominarlo el pueblo aragonés, es uno de los modos de delación voluntaria admitidos tradicionalmente en Aragón.

Su orígenes forales se remontan con toda seguridad al siglo XIV (Fuero 3º *De Donationibus*)² y la doctrina regnícola, en atención a los Fueros y a las Observancias (observancias 7, 17 y 18 *De Iure Dotium*), destacaron esta posibili-

En la Ley de sucesiones el pacto prima sobre el testamento y adquiere, a lo que creo, el puesto que merece, tal y como se señala en el apartado II del Preámbulo de la ley: "Dentro de la sucesión voluntaria, se trata en primer lugar de los pactos sucesorios, que prevalecen frente al testamento, para seguir con éste y, luego, con la fiducia sucesoria, siempre sujeta a la voluntad manifestada en pacto o en testamento".

Como señala MARTÍNEZ CORTÉS, el art. 2 establece un orden jerárquico en la enumeración de los diferentes modos de delación, y de ahí que la ley de sucesiones se ocupe en primer lugar de la sucesión paccionada y sólo, a continuación, de la testamentaria. (Cfr. *Ley de sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión aragonesa de Derecho civil*, ed. Librería General, S.A., Zaragoza, 1999, p. 64).

² Como antecedente de lo que hoy llamaríamos sucesión contractual puede citarse el Fuero 3º *De Donationibus* dado por Martín I en 1398, que disponía:

«La donación que alguien haga a una persona que no sea su hijo o sus hijos legítimos y naturales de sus bienes en general o de los bienes habidos y por haber, no tenga valor si en el momento de la donación tiene hijos o hijas legítimos y naturales; y esto cuando ellos reclamen contra esta donación. Y si tras la donación nacen algunos hijos naturales y legítimos y de ellos no se hizo mención en el momento de la donación, quede rota de inmediato dicha donación y sea tenida por no hecha cuando el hijo o los hijos reclamen contra esta donación. Por otra parte, si quiere hacer donación de sus bienes a uno o alguno de sus hijos legítimos y naturales, que pueda hacerlo como puede hacerlos herederos en testamento, mientras dé o asigne algo de sus bienes a los demás hijos restantes, no obstante el fuero que comienza: Parentes, en la rúbrica de DONATIONIBUS...» (Traducción de JAVIER DELGADO, en SAVALL Y PENEN, *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, t. III, Zaragoza, 1991, p. 156, edición facsímil dirigida por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA).

Dicho Fuero excepcionó al Fuero I de *Donatinibus* (otorgado por Jaime I en la Cortes de Huesca de En 1247) que prohibía la posibilidad de dejar a un hijo más que a otro, fue la libertad de testar la causa que posibilitó la sucesión paccionada.

En efecto, el sistema de libertad de testar aragonés se formula en los Fueros de 1307 y 1311, para los testamentos (declaración unilateral de voluntad revocable), no tenía igual declaración y favor (lo que en su caso, no significa que no lo practicaran los aragoneses regnícolas) en función de lo que hoy nosotros llamamos sucesión contractual, y que en el medievo se denominaba donación *mortis causa*. Esto es lo que posibilita el Fuero 3º *de Donationibus* de 1398, así como su declaración final por la que excepciona (tal vez deroga) al Fuero I de la misma rúbrica que establecía lo contrario. (Vid. sobre este punto, MOLINO, *Repertorium fororum et observantiarum Regni aragonum*, Zaragoza, 1585, voz. *Donatio*, fol. 111) .

Por lo tanto, legalmente, y a través del mecanismo de la donación, la sucesión contractual la podemos situar en el Sº XIV. Pues antes de que haya libertad de testar, al menos en cierta medida, no podrían llevarse a cabo estas disposiciones que tenían como finalidad principal la conservación indivisa de los patrimonios. (Vid. en el mismo sentido y respecto de Vizcaya, MONASTERIO ASPIRI, Itziar, *Los pactos sucesorios en Derecho Vizcaíno*, ed. Diputación foral de Vizcaya y universidad de Deusto, Bilbao, 1994, pp. 51 y 122, Sobre la historia de los pactos sucesorios vid. MARÍN PADILLA, María Luisa, *Historia de la sucesión contractual*, Zaragoza, 1992.).

dad y peculiaridad aragonesa frente a la prohibición que tal delación tenía *De iure*³.

Con todo, como ya señalara LACRUZ⁴, la sucesión contractual tuvo su amplio desarrollo a través de la costumbre y, sobre todo, gracias al notariado aragonés que articuló de forma perfecta las necesidades del pueblo asentado en la zona pirenaica. Los pactos sucesorios fueron una importante estrategia para conseguir la indivisión de los patrimonios agrícolas —de la Casa aragonesa en el sentido más tradicional— sin que el titular de los mismos y su cónyuge —los «señores mayores» o «amos viejos»— perdieran la administración y control sobre aquéllos.

Ya en este siglo, la regulación de la sucesión paccionada se contuvo en la Compilación aragonesa de 1967, que dedicó al pacto sucesorio los arts. 99 a 109 de la misma, puesto que el Apéndice foral de 1925, aunque no repudió este modo de delación, no reguló la sucesión contractual⁵.

La regulación de la sucesión paccionada en la Compilación estuvo especialmente vinculada a su origen consuetudinario: i) la necesidad de que los pactos se otorgaran casi exclusivamente en capítulos matrimoniales; ii) que los otorgantes de los mismos fueran cónyuges o parientes, iii) o que, de no mediar relaciones de parentesco o matrimonio, se establecieran en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias (arts. 99 y 102 Comp.). Todo ello llevó a este modo de delación a una franca decadencia, que venía propiciada por «el maltrato fiscal» que la misma padecía⁶.

³ En concreto, Miguel del MOLINO explica como en Aragón, «vale la donación de bienes habidos y por haber que, sin embargo, *de iure* no vale, pues dicen los doctores que tal donación impide la facultad de testar, de manera que mediante la donación *mortis causa* no puede transmitirse la herencia. En Aragón tal donación vale porque estamos a la carta, y vale lo consignado en tal instrumento con tal que no contenga algo imposible o contra el Derecho natural». Cfr. MOLINO, *Repertorium fororum et observantiarum Regni aragonum*, Zaragoza, 1585, voz. *Donatio*, fol. 111. En el mismo sentido *vid.* PORTOLÉS, *Scholorum sive adnotationem ad repertorium Michaelis Molini, super foris et observantis Regni*, Zaragoza, 1590, voz. *donatio*, fol. 570 y ss. y SESSE, *Decisionum sacri senatus, regni*, 1615, Dec. 26, n.º 32, *vid.* también GONZALO MARTÍNEZ DÍEZ, *Observancias de Jaime de Hospital*, edit. CAI, Zaragoza, 1977, pp. 176 y ss (tit. *De donationibus*).

⁴ LACRUZ, *Los pactos sucesorios*, ADA, XIII, pp. 431 y ss.

⁵ El Apéndice de 1925 no reguló la sucesión paccionada aunque en diversos preceptos se contuvo la posibilidad de deferir la herencia mediante pacto y, “señaladamente —como rezaba el art. 35 del mismo— en capítulos matrimoniales”. En concreto fueron lo arts. 35, 46, 58 y 60 los que permitían deducir la admisibilidad de la sucesión paccionada.

⁶ En atención a este problema la Disposición Adicional única de la vigente Ley establece:

«El gobierno remitirá en el plazo de un año un Proyecto de Ley que regule las particularidades fiscales de la sucesión *mortis causa* en Aragón, ya a través de una ley de medidas tributarias, financieras y administrativas, ya mediante una ley específica atendiendo a nuestras peculiaridades de Derecho foral y actual realidad socioeconómica».

Como señala DELGADO ECHEVERRÍA “esta Disposición no estaba en el Proyecto. Procede de una enmienda presentada por el Partido Aragonés y aprobada en la Comisión por unanimidad (con la abstención de IU) (...) En fin, la Disposición Adicional, reflejo de la sensibilidad política de sus

Pues bien, frente a esa regulación, apegada a la tradición y a la Casa —pero sin abandonarlas: sigue siendo posible adoptar la regulación más tradicional— la vigente Ley de sucesiones ofrece una regulación de los pactos sucesorios abierta a todos los aragoneses, sean o no parientes y tengan o no «Casa aragonesa»; su regulación, moderna y avanzada, pretende ser la repuesta a las necesidades de la sociedad aragonesa del siglo XXI e incluso ofrecer de presente solución a problemas endémicos que los pactos sucesorios celebrados antes de la entrada en vigor de la ley venían produciendo (fundamentalmente la responsabilidad de los bienes objeto del pacto en vida de instituyente e instituido)⁷.

2. ESTRUCTURA Y CARACTERES DE LA LEY: EL TÍTULO II DE LA MISMA (ARTS. 62-89)

A) *La regulación de la sucesión paccionada en la Ley 1/99 de 24 de febrero*

El Título II, *De la sucesión paccionada*, se articula y desarrolla en seis capítulos, que abordan de forma completa la regulación de este modo de delación.

En concreto, frente a los once artículos que le dedicó la Compilación del 67, son ahora 28 preceptos, perfectamente estructurados, los que van a desarrollar los pactos sucesorios: los arts. 62 a 89 de la ley

Los capítulos I y VI contienen varios preceptos de carácter imperativo, dada la materia que regulan (capacidad, forma, revocación, etc.), y los capítulos II a V, integrados en general por normas dispositivas, establecen la regulación de las diversas modalidades de pacto sucesorio.

El Capítulo Primero (arts. 62 a 69) contiene las *Disposiciones Generales* aplicables a cualesquiera modalidades de pacto sucesorio admitidos en la legislación civil aragonesa.

En concreto, atiende a cuestiones de capacidad (art. 63); validez y forma del pacto (art. 62); modalidades de pacto admitidas (art 65); límites e interpretación del pacto sucesorio (art. 69), etc. Debido a ello, la mayor parte de las normas de este capítulo son de *ius cogens*.

A partir del capítulo II y hasta el V se desarrollan las diversas modalidades pacto sucesorio señaladas con carácter general en el art. 65.

El capítulo II se destina a la regulación del la *Institución a favor de contratante*. Consta de 10 artículos que se reparten en tres secciones.

autores no indica en realidad ningún criterio o directriz, pero tiene el acierto de señalar la existencia del problema y de llamar a debate sobre el mismo". (Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, "Parte Final de la Ley" en *Ley de sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión aragonesa de Derecho civil*, ed. Librería Central, Zaragoza, 1999, p. 163.

⁷ En este sentido Vid. BATALLA CARILLA, José Luis, *Ley de sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión aragonesa de Derecho civil*, ed. Librería General, S.A., Zaragoza, 1999, pp. 50-51.

La primera de ellas (arts. 70 a 73) contiene unas disposiciones generales aplicables a las dos clases de institución en favor de una de la partes contratantes. La segunda (arts. 74 a 76) atiende a la institución de heredero de presente y la sección tercera (arts. 77 a 79) regula al institución «para después de los días».

La ley aragonesa en este punto es digna de elogio, ya que no hemos de olvidar que en la regulación anterior no se distinguía entre institución de presente y de futuro, ocasionándose con ello difíciles problemas de interpretación.

Destacable es también la regulación que lleva a cabo la ley en esta materia en atención a las facultades de disposición sobre los bienes objeto de la herencia: según la clase de institución, y salvo pacto en contrario, las mismas corresponderán al instituyente, si el pacto es «para después de los días», o al instituido, si el pacto es de presente; lo que contribuye a poner solución y cerrar discusiones que con anterioridad a la Ley se venían planteando en la doctrina aragonesa⁸.

También contribuye la ley a poner fin a las dudas que surgían en relación al llamado «pasivo del heredamiento»: ¿Los bienes del instituyente de qué deudas responden?

Ahora hay una regulación expresa que, siguiendo los principios generales del Derecho patrimonial (arts. 1.911 y 1.291.3º Cc.), resuelve dichos problemas de una forma simple y clara.

El capítulo III (art. 80 a 81) regula el pacto de *Institución recíproca*, comúnmente llamado «pacto al más viviente», resolviendo también problemas endémicos que presentaba el ya derogado art. 108 Comp.

El capítulo IV (arts. 82 y 83) regula el *Pacto en favor de tercero* y el capítulo V (art. 84) los llamados *Pactos de Renuncia*.

Por último, el capítulo VI (arts. 85 a 89) regula la *Revocación, modificación e ineficacia del pacto sucesorio*, tratando de resolver los problemas que el derogado art. 103 Comp. planteaba tanto a la doctrina como a la jurisprudencia.

B) Caracteres de la ley

a) Carácter dispositivo de la mayor parte de las normas. Característica general de esta regulación es su declarada manifestación de ser supletoria de la voluntad de los otorgantes del pacto sucesorio: «*Salvo pacto en contrario ...*» es la expresión habitual con la que comienzan, por regla general, cada uno de los preceptos destinados a regular esta materia.

⁸ Sobre los problemas que planteaba la anterior regulación *vid.* NAVARRO VIÑUALES, *Algunos problemas prácticos en materia de sucesión paccionada* en «Actas de los II encuentros de Foro de Derecho aragonés» ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1991, pp. 87 y ss. e *Instituciones forales aragonesas necesitadas de urgente reforma*, en «Actas de los cuartos encuentros de Foro de Derecho aragonés», ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, pp. 85 y ss.

Este planteamiento coincide no sólo con la regulación que del pacto sucesorio se hiciera en la Compilación (integrada principalmente por normas dispositivas) sino también con el Derecho histórico, que lejos de contener una rigurosa regulación, declaró su admisibilidad, dejando a los otorgantes plena libertad para ordenar su sucesión, sin más límites que los derivados del principio *standum est chartae*.

Límite éste al que la vigente ley somete también la regulación paccionada de la sucesión (art. 3 y 69).

Con todo, en la regulación legal hay importantes normas imperativas en orden a establecer la forma, capacidad y modalidades de pacto sucesorio admisibles en la legislación civil aragonesa, así como también en lo que atañe a la revocación e ineficacia de los pactos sucesorios. Normas imperativas contenidas fundamentalmente en los capítulos I y VI de dicho Título, como ya hemos advertido.

b) *Una regulación de futuro*. La regulación de la sucesión paccionada rompe con cierta tradición secular que venía vinculando la sucesión paccionada a la Casa aragonesa y a la familia unida por vínculos de matrimonio. Todo ello llevaba también a considerar que el documento hábil para contener esta sucesión era, con carácter general, la capitulación matrimonial (art. 99 Comp.).

Si bien es cierto que la sucesión paccionada fue fruto evidente del Derecho consuetudinario Altoaragonés: sucesión apegada a la Casa y formulada en capítulos matrimoniales; no deja de ser cierto también la admisibilidad histórica de pactos sucesorios fuera de capítulos y entre personas que no eran parientes.

En la vigente regulación de la sucesión paccionada: i) la capitulación matrimonial no es ya (el casi) único documento hábil para contener esta delación; ii) no es necesario ser pariente; iii) ni tampoco que medie una relación matrimonial para que pueda tener lugar «el pacto al más viviente».

Junto a todo ello, la sucesión paccionada no se articula en torno a la conservación del patrimonio casal (lo que desde luego sigue siendo posible, arts. 66.2 y 73 Lsuc.), sino que de forma abstracta permite la ley a los particulares establecer una sucesión «a su medida», teniendo en cuenta los beneficios que comporta para el instituido heredero saber que con seguridad lo será, y para el instituyente el seguir siendo titular, si así lo quiere y hasta el fin de sus días, del patrimonio objeto de la herencia⁹.

c) *Una regulación completa*. La ley regula la sucesión paccionada en el Título II. En concreto son los arts. 62 a 89. Regulación que se completa con los pre-

⁹ Como señala el punto IV del Preámbulo de la ley: «La presente Ley incorpora en su título segundo, en lo sustancial, aquella regulación, que ha servido incluso de referencia a otras legislaciones, ampliando formalmente el ámbito de los pactos sucesorios al no vincularlos en ningún caso al otorgamiento de capítulos matrimoniales, a la vez que la enriquece con nuevos desarrollos más pormenorizados».

ceptos que a la misma resultan aplicables del Título I de la ley: *De las sucesiones en general*; de las previsiones contenidas en el Título V: *Normas comunes a las disposiciones voluntarias*; así como algunas normas del Título VI: *De la legítima*, y en general, cualesquiera otras de la ley aplicables al caso.

Todo ello evidencia la completud a la que el legislador aragonés ha querido llegar en esta materia¹⁰.

d) *Una regulación inmediatamente aplicable. El Derecho transitorio.* El régimen transitorio de la ley sigue en varias de sus disposiciones la doctrina del efecto inmediato, de manera que la regulación de la ley no sólo será aplicable a las sucesiones abiertas a partir del día 23 de abril de 1999 (Disposición final segunda y Disposición transitoria primera) sino también a sucesiones abiertas con anterioridad a su entrada en vigor.

En concreto, la Disposición Transitoria séptima dispone que:

«Las normas del Título II de la presente Ley en cuanto a efectos, disposición de bienes entre vivos y responsabilidad de los bienes transmitidos, así como la reguladora de los efectos de la revocación de la institución de presente serán también aplicables a los pactos sucesorios otorgados con anterioridad a su entrada en vigor».

Con ello se consigue, como ya advertíamos, resolver problemas que presentaba la carencia de regulación de estas importantes cuestiones en la Compilación.

Junto a lo anterior, el punto segundo de la Disposición transitoria segunda señala:

«También serán válidos los pactos sucesorios y testamentos otorgados y las fiducias sucesorias concedidas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley que lo sean con arreglo a ella, aunque no lo fueran según la legislación anterior, siempre que la apertura de la sucesión se produzca estando la ley en vigor»¹¹.

Por lo demás, y como es evidente, los pactos sucesorios otorgados al amparo de la legislación anterior seguirán siendo válidos, si así lo eran conforme a ella (DT 2ª, 1), sin perjuicio de la aplicación inmediata de los preceptos a los que se refiere la ya referida DT 7ª.

¹⁰ En esta materia la supletoriedad del Derecho del Estado sería francamente difícil al estar prohibido este modo de delación en el Código civil (art. 1271), por ello, como señala el punto III del Preámbulo: "Los pactos sucesorio y la fiducia sucesoria, fenómenos tan propios de nuestro Derecho, requieren una formulación igualmente propia de las normas generales, que en otros ordenamientos, como el Código civil, tienen en cuenta únicamente el testamento".

¹¹ Sobre el régimen transitorio en la ley *vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, *Ley de sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión aragonesa de Derecho civil*, ed. Librería Central, Zaragoza, 1999, pp. 164 y ss.

II. CONCEPTO, VALIDEZ Y FORMA DE LOS PACTOS SUCESORIOS: ART. 62 LSUC

1. CONCEPTO

A) ¿Qué es un pacto sucesorio?

La ley, al igual que hiciera la Compilación, no define el pacto sucesorio. Tan solo nos indica qué es: un modo de delación (art. 2); y cuál es su finalidad: la ordenación voluntaria de la sucesión (art 3).

Junto a lo anterior, el legislador aragonés señala también ciertas especialidades de la delación paccionada, que en más de una ocasión escapará a las reglas generales, así, y sin ánimo de exahustividad: i) «En los pactos sucesorios algunos efectos de la sucesión *mortis causa* se anticipan a la muerte del instituyente» (art. 1); ii) «En la sucesión contractual (...) el momento de la delación se rige por sus respectivas normas» (art. 6); iii) «En la herencia deferida por pacto sucesorio los efectos transmisivos dependen de lo pactado, sin que tras la muerte del instituyente se requiera nueva aceptación del instituido que intervino en el pacto» (art. 7); iv) presentan especialidades en materia de sustitución legal (art 22); v) quiebran las reglas generales sobre aceptación y repudiación de la herencia, sobre todo en orden a la capacidad.

En atención a todo ello, y teniendo en cuenta su objeto y finalidad: ordenar la sucesión (art. 3), podemos definir el pacto sucesorio:

«Como aquella ordenación *mortis causa* en la que la voluntad del ordenante —instituyente— queda vinculada a otra voluntad —instituido o un tercero— no pudiendo revocarse dicha disposición por acto unilateral del causante» (LACRUZ)¹².

Ahora bien, es necesario observar como la institución de heredero o de legatario mediante pacto no pierden su naturaleza de disposición a causa de muerte. Si bien, presenta unas características especiales que la alejan de las otras formas de disposición voluntaria.

B) Caracteres de la sucesión paccionada

a) *Vinculación mortis causa del instituyente*. La característica principal que presenta el pacto sucesorio frente al testamento es precisamente que aquél una vez convenido deviene irrevocable, sustrayendo al causante —instituyente— la posibilidad de disponer por causa de muerte estableciendo algo distinto a lo previsto en dicho pacto.

¹² LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís, *Derecho de sucesiones*, I. Parte General, Sucesión voluntaria, Bosch, Barcelona, 1979, p. 719.

Nombrado heredero o legatario mediante pacto sucesorio, dicha designación deviene irrevocable (salvo que haya causa de revocación o nuevo pacto entre los mismos otorgantes o sus herederos arts. 85 y 86) y cualquier disposición *mortis causa* que contradiga lo pactado será nula.

b) *Impugnación del pacto por el propio causante*. Mientras el testamento, en principio, no puede ser impugnado por el propio causante (le basta con otorgar un nuevo testamento) el pacto sucesorio, que el causante no puede revocar libremente, puede ser impugnado por él haciendo valer la nulidad o anulabilidad del mismo e incluso revocarlo unilateralmente, siempre que concurra causa legal para ello (art. 86).

c) *Disponibilidad inter vivos*. El pacto sucesorio regulado en la ley no priva al instituyente de la disposición *inter vivos* de sus bienes, sino en cuanto los actos de disposición perjudiquen directamente las expectativas del heredero o del legatario contractuales (cfr. art. 78 y 83).

d) *Carácter personalísimo*. No es posible la representación (art. 64) ni el complemento de capacidad (art. 63).

e) *Solemne*. A ello se refiere el art. 62, al requerir la escritura pública, como requisito de validez del otorgamiento.

C) Naturaleza

El pacto sucesorio no es un testamento irrevocable, sino una disposición por causa de muerte que produce un vínculo obligatorio actual entre el instituyente y la contraparte que recibe su voluntad (el instituido o un tercero).

La esencia de dicha vinculación es privar al instituyente de su capacidad de disposición *mortis causa*, pues cualquier acto que contradiga la institución será inválido¹³, precisamente porque nos encontramos ante una disposición a causa de muerte no pierde el instituyente sus facultades de disposición intervivos.

2. VALIDEZ Y FORMA DE LOS PACTOS SUCESORIOS: EL ART. 62, 65 Y 67 LSUC.

A) Pactos sucesorios válidos en Aragón

Los arts. 62 y 65 señalan las modalidades de pactos sucesorios admitidos en la legislación civil aragonesa.

En concreto, el art. 62 bajo la rúbrica de *Validez y forma*, dispone:

¹³ En relación con la naturaleza del pacto sucesorio *vid.* BINDER, Julius, *Derecho de sucesiones*, traducido de la segunda edición alemana por José Luis Lacruz, Editorial Labor, S.A., Barcelona, 1953.

«Son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública, así como los que en relación con dicha sucesión otorguen otras personas en el mismo acto».

Con ello sería suficiente para deducir, como con anterioridad se hacía a través de los arts. 99 y 100Comp.¹⁴, las modalidades de pactos sucesorios admitidos en Aragón. Si bien, es el legislador aragonés el que expresamente señala las modalidades de pactos sucesorios.

En concreto el art. 65, establece:

«Los pactos sucesorios pueden ser:

- a) De disposición mortis causa de uno o varios contratantes a favor de uno u otros de ellos.*
- b) De institución recíproca.*
- c) De disposición mortis causa de los contratantes a favor de tercero o terceros.*
- d) De renuncia de uno o varios contratantes a la herencia del otro u otros.»*

Según me parece, tanto el art. 62 como el art. 65 tienen carácter imperativo, de manera que sólo son válidos en Aragón los pactos sucesorios que respondan a las modalidades señaladas en la ley, y siempre que se otorguen en escritura pública, pudiendo redactarse en cualquiera de las lenguas o modalidades lingüísticas de Aragón (art. 67)

En consecuencia, el art. 65 contiene una enumeración cerrada en orden a las modalidades de pactos sucesorios admitidos al ser el objeto de desarrollo del art. 62¹⁵.

Así, y en atención a ambos preceptos podemos afirmar que son válidos en Aragón los pactos que se convenga sobre la propia sucesión, bien sean entonces de institución de heredero o de legatario (*pactos de sucedendo*), bien sean de renuncia a la herencia del disponente (*pactos de non sucedendo*), estando prohibidos, y por lo tanto siendo nulos de pleno derecho, los pactos sobre la sucesión de un tercero que no intervenga en el otorgamiento, pues como seña-

¹⁴ El art. 99 de la Compilación disponía: «Son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan, con carácter personalísimo, en capitulaciones matrimoniales. También lo serán los que se establezcan en escritura pública por mayores de 18 años que sena consanguíneos o afines en cualquier grado o adoptivos, o que se otorguen en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias», a su vez el art. 100 establecía: «Los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera estipulaciones *mortis causa* a favor de los contratantes, de uno de ellos, o de un tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, reservas, modalidades, cargas y obligaciones que se estipulen».

¹⁵ Según BATALLA CARRILLA, «El art. 65 trata de formular, bajo la expresión «modalidades», una clasificación de los pactos sucesorios, clasificación que no trata tanto de delimitar el posible objeto de los pactos, sino el encuadrarlos en forma tal que la posterior regulación que se hace de los capítulos segundo a quinto, dedicado cada uno de ellos a cada una de las modalidades, obedezca a una sistemática derivada de dicho encuadramiento» (cfr. *La Ley de sucesiones. Comentarios breves por ...*, ed. Librería General, S.A., Zaragoza, 1999, p. 539.) Texto del que parece derivarse que, según el autor, la lista contenida en el art. 65 sería *ad exemplum*.

la el art. 62 serán también válidos los pactos que sobre dicha sucesión *«otorguen otras personas en el mismo acto»*.

• En relación con los pactos de *succedendo*, el art. 65 señala las siguiente modalidades:

a) *De disposición mortis causa de uno o varios contratantes a favor de otro o otros de ellos*. Se trata de una modalidad de pacto sucesorio en la que una de las partes contratantes, el instituyente, designa sucesor (a título universal o particular) en el mismo acto a la otra parte contratante (el instituido), que acepta la sucesión (art. 70). Esta modalidad de pacto sucesorio se desarrolla en el Capítulo II, arts. 70 a 79.

Tal y como indica el art. 65, en esta modalidad de pacto sucesorio — de institución a favor de contratante— puede haber una pluralidad de sujetos: varios instituyentes y varios instituidos.

b) *De institución recíproca*. En este supuesto ambos contratantes son a la vez instituyentes e instituidos; la regulación de este pacto se encuentra en el capítulo III (arts. 80-81).

c) *De disposición mortis causa de los contratantes a favor de tercero o terceros*. Se reconoce aquí la posibilidad del pacto sucesorio en beneficio de tercero, de manera que una de las partes contratantes (o ambas) emiten su manifestación de voluntad, unilateral y recepticia, a la otra parte contratante, que la recibe, designado a un tercero como heredero. Su regulación y desarrollo se encuentra en el capítulo cuarto, arts. 82 y 83.

• También son válidos en Aragón los llamados *pactos de non succedendo*, que tienen por finalidad el que uno de los sujetos que pudiera resultar favorecido en la herencia de uno de los otorgantes del pacto renuncie a dicha sucesión. A este supuesto es al que se refiere el apartado d) del art. 65: *«De renuncia de uno o varios contratantes a la herencia del otro u otros»*. Para la validez de los pactos renunciativos se requiere que sean celebrados con el causante (o causantes) de la sucesión, ya que de lo contrario sería interpretado como un pacto sobre la sucesión de un tercero.

Su regulación se lleva a cabo en el capítulo quinto, art. 84.

• No se admiten en Aragón los pactos que se *celebren sobre la sucesión de un tercero*, que no intervenga en el otorgamiento del pacto:

«Son válidos ... los que en relación con dicha sucesión (la del instituyente/es) otorguen otras personas en el mismo acto».

En Derecho comparado, y también en el resto de territorios españoles con Derecho civil propio, se excluye la posibilidad de que dos personas contraten respecto de la herencia de un tercero, en vida de éste, y como señala MONASTERIO ASPIRI por una doble razón:

En primer lugar, está considerado como inmoral y nulo de pleno derecho; y, en segundo lugar, no sería un negocio encuadrable entre los negocios por

causa de muerte, sino un negocio inter vivos, que tiene como contenido la obligación de realizar una prestación¹⁶.

Evidentemente, la ley rechaza estos pactos al permitir expresamente, aquellos que en relación a dicha a dicha sucesión (la del instituyente) otorguen otras personas en el mismo acto.

B. Forma: escritura pública.

a) Requisito ad solemnitatem. El art. 62 señala como requisito de validez de los pactos sucesorios, el otorgamiento de los mismos en escritura pública:

«Son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública...».

La razón de ello no es otra que la exigencia de fehaciencia de toda disposición *mortis causa*¹⁷.

Ello hace también que formalmente el pacto sucesorio sea mucho más limitado que el testamento, pues no existen diversas formas de otorgamiento, ni cabe la forma ológrafa, ni tampoco su posible conversión, que sí esta prevista para el testamento (art. 115).

A diferencia de lo que pasaba en la legislación anterior, los capítulos matrimoniales han perdido la relevancia que les concedía el derogado art. 99 Comp.¹⁸, siendo, desde luego, válidos los pactos sucesorios que se otorguen en capítulos e incluso única forma válida, si junto al pacto sucesorio se crea una comunidad familiar (art. 66.2 de la ley y 25 y 33 Comp.)¹⁹.

b) Efectos de la falta de forma. Como ya hemos observado el requisito de la escritura pública se considera en el art. 62 de la ley como un requisito de validez del pacto sucesorio, de manera que si la misma falta, se ha de considerar el otorgamiento nulo de pleno Derecho.

Así se ha considerado en la tradición jurídica aragonesa²⁰ y ahora podríamos deducir del art. 108 1. a) de la ley en relación con el art. 111 de la misma aplicables, a mi juicio, de forma analógica a la sucesión paccionada.

¹⁶ Cfr. MONASTERIO ASPIRI, *Los pactos sucesorios ...*, (op. cit. nota 2.); y también vid. LACRUZ y SANCHEZ REBULLIDA, *Derecho de Sucesiones I*, (op. cit. n.12) p. 720.

¹⁷ En el mismo sentido, MONASTERIO ASPIRI, *Los pactos ...*, (op. cit. nota 2.), pp. 552.

¹⁸ Sobre la legislación anterior vid. CRISTOBAL MONTES, Angel, *La sucesión contractual aragonesa*, (Comentarios), Libros Pórtico, Zaragoza, 1978, y *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, vol III, dirigidos por Lacruz Berdejo† y Delgado Echeverría, ed. DGA, Zaragoza, 1996, pp. 261 a 382; MERINO HERNÁNDEZ, «De la sucesión paccionada», *Comentario a los arts. 98 a 105 Compilación aragonesa*, en *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T. XXXIV, vol 1º, Madrid, 1987, pp. 149-274.

¹⁹ En el mismo sentido BATALLA CARILLA escribe: «A las formalidades exigidas para la validez de los pactos se refieren los arts. 62 y 67. El primero estableciendo el principio de necesidad de otorgarlos en escritura pública para su validez. Debiendo otorgarse en capítulos matrimoniales cuando se otorgan en consideración a la casa para el establecimiento de una comunidad familiar entre instituyentes e instituidos». Cfr., *La ley de sucesiones ...*, (op. cit. nota 7), pp. 54.

²⁰ PORTOLÉS señalaba con extrema claridad que la donación no vale sin carta (Cfr. PORTOLÉS., *Scholiorum sive* —op. cit. nota 3—, voz. *Donatio*, fol 570). Así ha sido entendido también por la doc-

C) El idioma en los pactos sucesorios

El proyecto de ley de sucesiones presentado a las Cortes no contenía en esta materia ninguna norma que se refiriera al idioma en que se podían otorgar los pactos sucesorios, fue en las Cortes donde se añadió el que hoy resulta ser el art. 67 de la ley, que dispone:

«Los pactos sucesorios podrán redactarse en cualquiera de las lenguas o modalidades lingüísticas de Aragón que los contratantes elijan. Si el notario autorizante no conociera la lengua o modalidad lingüística elegida, el pacto se otorgará en presencia y con intervención de un intérprete, no necesariamente oficial, designado por los otorgantes y aceptado por el notario que deberá firmar el documento».

El fundamento de esta posibilidad se encuentra en el art. 7 EA aragonés, donde se afirma que

«Las lenguas y modalidades lingüísticas propias de Aragón gozarán de protección. Se garantizará su enseñanza y el derecho de los hablantes en la forma que establezca una ley de Cortes de Aragón para las zonas de utilización predominante de aquéllas».

Como señala MARTÍNEZ CORTÉS²¹, no se ha aprobado todavía la ley a la que hace referencia el Estatuto, de manera que no están establecidas las lenguas ni modalidades lingüísticas, ni tampoco las zonas de utilización predominante de aquéllas.

En consecuencia, y de momento, esas modalidades lingüísticas no tienen carácter oficial, si bien lo anterior no impide el otorgamiento del pacto sucesorio en la lengua aragonesa elegida por los particulares.

El precepto, a mi juicio, permite desde la entrada en vigor de la ley (y aún antes DT2º) que cualquier aragonés, y en cualquier parte de la Comunidad autónoma aragonesa, pueda otorgar un pacto sucesorio en cualquier modalidad lingüística aragonesa, aun cuando ahora, todavía no tengan carácter oficial.

Este precepto, una vez que estatuye la posibilidad de que el pacto sucesorio se redacte en cualesquiera de las modalidades lingüísticas de Aragón elegidas por los contratantes, señala qué hay que hacer para el caso de que *el notario autorizante no conozca la lengua o modalidad lingüística*.

En ese caso, *«el acto se otorgará en presencia y con intervención de un intérprete, no necesariamente oficial, designado por los otorgantes y aceptado por el notario, que deberá firmar el documento».*

trina posterior (SAPENA, *El pacto sucesorio en el Alto Aragón*, RDP, 1954, p.736; CRISTOBAL MONTES, *La sucesión contractual...* —*op. cit.* nota 18—, p.22) y por la jurisprudencia: *vid.* FD 2º de la S. JPI núm.2 de Huesca de 21 de febrero de 1994 (en RDCA, 1996, nº2 marginal 4) así como la S. TSJA de 9 de noviembre de 1991 (RDCA, 1995, marginal 4).

²¹ MARTÍNEZ CORTÉS, *Ley de sucesiones...* (*op. cit.* nota 1), p. 75-76. Lo que este autor señala respecto del idioma en los testamentos —art. 97 de la ley,— se puede aplicar al pacto sucesorio.

El art. 67 desplaza, para este caso, la previsión del art. 149 y 150 Rnot., pues no exige que el notario conozca la lengua, ni tampoco la intervención de un intérprete oficial. Además, tampoco requiere que el pacto se redacte a doble columna, de manera que conste la lengua aragonesa y la española.

Nada dice el precepto acerca de qué hay que hacer en el caso de que el notario conozca la lengua en la que los otorgantes quieren redactar el pacto sucesorio. En este caso, evidentemente, y *a contrario sensu*, no será necesario ningún intérprete, puesto que el fedatario público conoce el idioma.

A lo que creo, y para el caso de que el notario conozca la lengua, no presenta ningún problema la aplicación del art. 149 Rnot., de manera que deberá consignarse el pacto a doble columna, constando la versión en español y en la lengua elegida por los otorgantes.

Pues bien, según me parece, si en este caso por considerar aplicable el reglamento notarial (que así me lo parece a falta de otra disposición del legislador aragonés competente para ello)²², con más razón deberá exigirse la redacción también en castellano cuando el notario autorizante no conozca la lengua o modalidad lingüística, con ello además, se facilitará la publicidad registral, aun cuando no hubiera problema en inscribir el pacto solo en la lengua aragonesa²³.

III. ELEMENTOS PERSONALES: CAPACIDAD E INTERVENCIÓN PERSONAL: ARTS. 63 Y 64 LSUC

1. LOS OTORGANTES DEL PACTO SUCESORIO. CONSIDERACIONES GENERALES

El elemento personal en la sucesión contractual se encuentra regulado en los arts. 63 y 64 de la ley. El primero hace referencia a la capacidad: «*los otor-*

²² En el mismo sentido, y por lo que respecta al testamento, MARTÍNEZ CORTÉS, *Ley de sucesiones* ..., (op. cit. nota. 1), p. 77. Vid también la STC de 6 de mayo de 1993, en ella se establece que la competencia del Estado *sobre la ordenación de los registro e instrumentos públicos* (art. 149.1.8ª CE) no excluye la competencia autonómica sobre la forma de los actos jurídicos de su Derecho civil.

²³ Como señala BATALLA CARILLA, la inscripción en el registro de los pactos sucesorios redactados en la lengua o modalidad lingüística elegida por los otorgantes no presenta mayor problema, sobre todo si están redactados a doble columna, a incluso BATALLA no ve inconveniente del acceso del documento al registro sólo redactado en la lengua o modalidad lingüística aragonesa, en estos casos, señala: “si el registrador no la conoce, para la información del contenido del registro a quién tampoco la conociera, será precisa la intervención de un intérprete, no necesariamente oficial, designado de acuerdo por quien solicita la información y el Registrador, que traduciría el contenido registral al castellano” (cfr. , *Ley de sucesiones. Comentarios breves por* ..., —op. cit. nota 7—, p. 55). De cualquier manera, y en mi opinión, creo que en todo caso, el pacto sucesorio (y en su caso el testamento) debe redactarse también en castellano por las razones expuestas.

gantes de un pacto sucesorio deberán ser mayores de edad»; el segundo a una de las características propias de los pactos sucesorio: el carácter personalísimo de los mismos.

Ambos preceptos denominan a los sujetos intervinientes en el pacto sucesorio a través de un término propio del Derecho notarial: otorgantes. Término correcto para nominar a estos sujetos, debido precisamente a la documentación pública en que se ha de contener el pacto sucesorio como requisitos de validez (art. 62) así como a la diferente posición jurídica que cada uno le puede corresponder: instituyente, instituido, contraparte, renunciante.

A) Sujetos: ¿quiénes son los otorgantes del pacto sucesorio?

Los otorgantes de un pacto sucesorio deben ser al menos dos: el instituyente y el cocontratante, configurando la ley el contrato no sólo bilateral, si no también plurisubjetivo (cfr. art. 65 y 85.2). Los pactos de institución recíproca son siempre bilaterales (art. 80).

a) El instituyente o disponente es la persona que en vida a ordena su sucesión de forma irrevocable.

b) El cocontratante. Es la parte contractual que recibe la declaración de voluntad del instituyente, quedando éste vinculado. Este otorgante puede ser un tercero o el propio favorecido por la disposición (instituido o renunciante).

En el primer caso, la contraparte recibe la voluntad del instituyente para vincular, pero el favorecido, que no ha intervenido en el pacto, no puede aceptar o repudiar la herencia hasta el fallecimiento del causante (art. 82).

En el segundo supuesto se producirá la efectiva delación de la herencia y la aceptación (o se repudiación) de la misma (arts. 6.4, 7.2 y 70).

B) ¿Tienen que ser parientes o cónyuges los otorgantes?

No es necesario que entre instituyente e instituido (o tercero) medie relación de parentesco o de matrimonio (art. 80) pudiendo, incluso, ser instituido heredero un extraño (arts. 171. y 172.2). Novedades que introduce la ley frente al Derecho histórico (Fuero de 3ª de *Donationibus* de 1398)²⁴ y a las previsiones de la Compilación (art. 99)²⁵.

²⁴ MOLINO afirmó que “No vale la donación de todos los bienes habidos y por haber a favor de extraños habiendo hijos” y que “El padre, teniendo hijos legítimos, no puede hacer donación general de bienes algunos que no sea a sus hijos legítimos”. (cfr. MOLINO, *Repertorium* ..., — *op. cit.* nota 2— voz *donatio*, fol 111 y voz *Pater*, fol. 247). En el mismo sentido afirma Portolés que: “La donación de todos los bienes hechas a extraños no vale, si el donante tiene hijos al tiempo de la donación” (Cfr. PORTOLÉS, *Scholiorum sive* ..., *op. cit.* nota 3—, voz. *donatio*, fol. 570); vid también SESSE, *Decisionum*..., *op. cit.* nota 3—, Decisión 26 nº 32.

²⁵ Sobre la necesidad de parentesco o matrimonio para el otorgamiento de pactos sucesorios vigente la Compilación vid. CRISTOBAL MONTES, Angel, *La sucesión contractual aragonesa*..., y

El art. 16 de la ley de parejas estables no casadas de 26 de marzo de 1999 señala que «*Los miembros de la pareja estable no casada podrán otorgar pactos sucesorios en los términos previstos en la legislación sucesoria aragonesa*».

Posibilidad que igual tendrían los miembros de la pareja estable aunque nada dijera dicha ley. Es más, y como señala DELGADO ECHEVERRÍA, los miembros de una pareja estable no casada pueden otorgar pactos sucesorios sin esperar a que pasase el plazo de 6 meses desde la publicación de la ley de parejas (el 6 de abril de 1999), les bastaría con atender a la ley de sucesiones e incluso a su régimen transitorio²⁶.

C) *La vecindad civil de los otorgantes*

A tenor del art. 9.1 y 8 C.c. en relación con los arts. 149.1.8ºCE y 9 EA aragónés, el instituyente ha de ser de vecindad civil aragonesa al tiempo del otorgamiento, no requiriéndose tal vecindad en el favorecido por la designación (art. 9.1 del Convenio de la Haya de 1989).

Si el pacto es de institución recíproca de herederos (ambos son a la vez instituyentes e instituidos) podría pensarse que los dos deben ser de vecindad civil aragonesa la tiempo del otorgamiento.

Sin embargo, y a lo que creo, podría aplicarse analógicamente el art. 102.2, que en sede de testamento mancomunado señala:

«Si uno de los dos testadores es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal, pueden testar mancomunadamente, incluso fuera de Aragón».

En consecuencia, si uno de los otorgantes es aragonés y no el otro, será válido el pacto si a éste no se lo prohíbe su ley personal (vgr. Aragonés y vasco).

La aplicación analógica de esta norma a la sucesión paccionada puede fundarse en la semejanza de contenido que presenta el pacto de institución recíproca y la institución recíproca de herederos en testamento mancomunado, a la que puede otorgarse los efectos del «pacto al más viviente», e incluso en la casi idéntica redacción, en orden a los efectos, del art. 104 ley en relación con el art. 80 de la misma²⁷.

Comentarios a la Compilación del..., obras citadas en nota 18, pp. 261 a 382; MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil...*, op. cit. nota 18, pp. 149-274; PELAYO HORE, *Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón*, ADC, 1967, págs. 819-865.

²⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, *Ley de sucesiones...*, op. cit. nota 6, p. 165.

²⁷ La doctrina aragonesa admitía ya esta posibilidad vigente la Compilación, y creo que no hay razones para negarlo ahora y sí un argumento favorable: la aplicación analógica del art. 102. Vid. vigente la compilación y en el sentido apuntado: NAVARRO VIÑUALES, *Algunos problemas prácticos en materia de sucesión paccionada...*, op. cit. nota 8, pp. 94 y ss.

D) Intervención personal

El art. 64 señala que «Los otorgantes de un pacto sucesorio sólo pueden formalizarlo personalmente, no admitiéndose la representación», ni complemento alguno de capacidad (art. 63).

La actuación personal se requiere a ambas partes: instituyente e instituido. La razón de ello es la misma que en el testamento: la naturaleza personal de la disposición sucesoria. Por su puesto que el carácter personalísimo de los pactos sucesorios no excluye la fiducia (arts. 69 y 146).

2. LA CAPACIDAD PARA OTORGAR PACTOS SUCESORIOS

A) Mayoría de edad: ¿cuál es su significado en Derecho aragonés?

El art. 63 de la ley exige a los otorgantes del pacto ser «mayores de edad».

En atención al art. 4 Comp. son mayores de edad y, por tanto, tienen capacidad para otorgar pactos sucesorios, los aragoneses que hayan cumplido 18 años o los menores de dicha edad, si han contraído matrimonio²⁸.

Al instituyente se le exige no sólo la capacidad para disponer *mortis causa*, sino además, la libre disposición de sus bienes, y en consecuencia, ser mayor edad.

Al cocontratante se le exige también mayoría de edad. Lo mismo si es un tercero, que si es el instituido. El instituido e interviniente en el pacto ha de tener, además, capacidad para suceder (art. 71 en relación con el art. 14.1) y, obsérvese, que no le basta con la capacidad general para aceptar la herencia (art. 31), sino que al igual que al instituyente se le exige mayoría de edad²⁹.

²⁸ El punto I del Preámbulo de la ley señala lo siguiente: “cuando algún precepto de la presente ley (como de cualquier otra, por lo demás) exige la mayoría de edad, por ejemplo, para otorgar pactos sucesorios, para otorgar testamento ológrafo o para ser fiduciario, naturalmente entendiéndose referirse a la mayoría de edad del Derecho aragonés, hoy regulada en un punto fundamental en el art. 4º de la Compilación, que hace mayores de edad a todos los efectos a quienes han contraído matrimonio, aun antes de cumplir los dieciocho años”.

²⁹ El legislador aragonés ha seguido en este punto a la doctrina mayoritaria, tanto aragonesa como foránea, que consideran que los otorgantes de un pacto sucesorio han de ser mayores de edad, si bien y en aplicación del *favor matrimonii*, dicha doctrina foránea, ha defendido la posibilidad, ya tradicional, de que los menores con capacidad para contraer matrimonio otorguen pactos sucesorios en capítulos matrimoniales, lo que tiene su reflejo en diversas leyes autonómicas (art. 67 CSC, ley 173 Comp. navarra, art. 74 Ley civil vasca, art. 70 Comp. Baleares).

El legislador aragonés, por el contrario, no establece ninguna excepción al requisito de la mayoría de edad, ni siquiera en los casos de pacto de institución en favor de los hijos nacidos y cuando dicho pacto se otorgase en capítulos matrimoniales, colisionando lo ahora dispuesto en el art. 63 Lsuc., con las reglas de capacidad del art. 27 Comp. (*vid.* nota siguiente).

En mi opinión, es razonable exigir al instituyente, no sólo capacidad para disponer *mortis causa* (art. 93.1 Lsuc.), sino también la libre disposición de sus bienes, lo que justifica que en orden a

Esta norma se ha de aplicar también cuando la institución se efectúe en capítulos matrimoniales, no siendo aplicable, a estos efectos, el art. 27 Comp³⁰.

la capacidad requerida para otorgar pactos sucesorios se exija mayoría de edad. Y ello en virtud del vínculo que respecto del instituyente produce el pacto: la pérdida de las facultades de disposición *mortis causa*, puesto que el instituyente no puede revocar libremente y de forma unilateral su disposición.

Por el contrario, y a lo que creo, no parece que deba exigirse la misma capacidad al instituido, bastando, a mi juicio, con que tenga capacidad para suceder y para aceptar la herencia. Es cierto que la doctrina mayoritaria exige también en el instituido una capacidad superior a la que se requiere para aceptar la herencia o recibir donaciones. La razón fundamental que se alega es que para el instituido la donación universal de bienes o pacto sucesorio *no es una adquisición lucrativa pura y simple, sino una adquisición onerosa* (sic), al asumir obligaciones frente al instituyente o bien el pasivo de la herencia (ROCA SASTRE, *La sucesión contractual*, en «Estudios de Derecho privado», Madrid, 1948, p. 363 y ss.; MASOT MIQUEL, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXXI, vol. 1º, Edersa, 1980, pp. 184 y ss.; SALINAS QUIJADA, *Instituciones de Derecho civil foral*, Pamplona, 1985, pp. 229 y ss y *Derecho civil de Navarra*, T. VI, Libro V: De las donaciones y sucesiones, Pamplona, 1976, pp. 167 y ss.; CELAYA IBARRA, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, T.XXVI, 1997, p. 312 y ss. AAVV, *Derecho de sucesiones de Galicia*, Comentarios al título VIII de la ley de 24 de mayo de 1995, mantienen una opinión contraria a pesar de lo que dice la ley: mayoría de edad, considera que bastaría la capacidad para aceptar donaciones, sin requerir ni siquiera complemento de capacidad dado el carácter personalismo del pacto sucesorio).

De cualquier manera, no me parece que esa sea la causa que justifica la exigencia de mayoría de edad también respecto del instituido, y en particular por lo que respecta al Derecho aragonés.

La adquisición de la herencia a través del pacto sucesorio no presenta una causa onerosa, sino lucrativa, como cualquier fenómeno sucesorio en general: si nos preguntamos cuál es la causa de la atribución de los bienes al heredero o al legatario tendremos que responder que la misma es lucrativa: a título sucesorio. Además, las cargas que modalizan el heredamiento no son obligaciones en sentido técnico-jurídico. Las mismas cargas podrían contenerse en un testamento sin que ello modifique las reglas de capacidad para aceptar la herencia. En segundo lugar, en Aragón no puede alegarse como justificación que el instituido deba hacer frente al pasivo de la herencia al no mediar confusión de patrimonios entre causante y heredero (arts. 40 y ss Ley).

Por estas razones, y tal y como se hizo en los anteproyectos de Compilación, hubiera sido una buena ocasión para exigir diversa capacidad según el papel que cada otorgante actúe en el pacto sucesorio. Ahora bien, esta es una cuestión de política legislativa, y evidentemente el art. 63 presenta una gran virtualidad: establece con meridiana claridad cuál es la capacidad que se requiere, lo cual es más que saludable si comparamos esta norma con el derogado art. 99 Comp.

³⁰ En la regulación actual el legislador no distingue según se otorgue el pacto en capítulos o fuera de ellos, es más ni tan siquiera excepciona, como así lo hace el Derecho catalán, la posibilidad de que baste con la capacidad para capitular en los supuestos de heredamientos preventivos (art. 67.3).

El planteamiento de la ley choca con la regulación de los capítulos matrimoniales, en los que parece exigirse una capacidad menor para otorgar pactos sucesorios, lo que estaba en coherencia con la regulación del derogado art. 99, aun cuando fuera ésta una norma criticable, ya que requería diversa capacidad —la capacidad para capitular del art. 27 o mayoría de edad (18 años)— en función de que la sucesión se acordara en capítulos o fuera de ellos.

La capacidad para otorgar capítulos es la preceptuada en el art. 27, referida a los menores de edad, y por lo tanto a los capítulos otorgados *antes de la celebración del matrimonio*, es aplicable no sólo a las normas de régimen económico matrimonial, sino también a la sucesión contractual, pues el contenido legal de los capítulos matrimoniales en Aragón incluye también *el régimen sucesorio de los contrayentes* y de quienes con ellos concurren a su otorgamiento (los padres que habitualmente intervenían como instituyentes).

IV. OBJETO. CONTENIDO DEL PACTO SUCESORIO: ARTS. 65 Y 66 LSUC

1. CONSIDERACIONES GENERALES: LOS NEGOCIOS JURÍDICOS A CAUSA DE MUERTE Y LOS NEGOCIOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD

La doctrina, tanto aragonesa como foránea, distingue, en atención a los planteamientos de Derecho germánico, entre negocios jurídicos a causa de muerte y negocios de última de voluntad³¹.

Siguiendo a MONASTERIO ASPIRI³², los primeros se corresponden con una categoría amplia que abarca todos aquellos negocios jurídicos mediante los cuales una persona dispone del destino de sus bienes para el caso de su muerte. A su vez, las disposiciones a causa de muerte cabe analizarlas en razón a la materia o en virtud al modo de su otorgamiento.

Si nos fijamos en el modo de otorgamiento este puede ser unilateral y entonces revocable o bien ordenado contractualmente, mediante contrato sucesorio, y por ello irrevocable.

A) Disposiciones de última voluntad: su revocabilidad

A la disposición unilateral se la reconoce como *disposición de última voluntad*, constituyendo su centro la forma testamentaria. Es esencialmente mudable hasta el momento de la muerte y se denomina *de última voluntad* porque contiene la última voluntad del disponente, siendo, por tanto revocable.

B) Disposiciones a causa de muerte

No son de última voluntad y, por consiguiente, tampoco revocables las disposiciones contractuales a causa de muerte: los contratos sucesorios.

En los mismos, el instituyente queda vinculado y sólo si se dan determinados presupuestos tienen derecho a su revocación.

Pues bien, la nueva regulación del pacto sucesorio afecta a la regulación de la capacidad para capitular: los contrayentes no podrán pactar su sucesión ni ser instituidos, si en ambos casos no son mayores edad. Queda sin contenido, en parte, el art. 27 de la Compilación, derogado, a lo que creo, en este punto por el art. 63 de la ley de sucesiones.

El problema en la práctica no es tan grave, pocos serán los casos que se produzcan y de producirse bastará con otorgar los capítulos una vez casados. Si bien conviene tenerlo en cuenta para una futura regulación de los capítulos matrimoniales.

³¹ KIPP, *Derecho de sucesiones*, v. I, al cuidado de Roca Sastre, Barcelona, 1951, p. 204, y la 2ª ed. de la obra al cuidado de Puig Ferriol y Badosa Coll, Barcelona 1976, p. 368 (pr. cit. por MONASTERIO, *Los pactos* ..., *op. cit.* nota. 2) y BINDER, *Derecho de sucesiones* ..., p.38.

³² MONASTERIO ASPIRI, *Los pactos sucesorios* ..., *op. cit.* nota 2, p. 553 y ss.

C) *¿Cuál es el contenido del pacto sucesorio? Disposiciones de última voluntad y disposiciones a causa de muerte?*

En el pacto sucesorio puede haber no sólo disposiciones contractuales (a causa de muerte y, por tanto irrevocables) si no también disposiciones de última voluntad, y por lo tanto, revocables.

En concreto, y siguiendo a MONASTERIO ASPIRI³³, aparecen como instituciones a causa de muerte (irrevocables): la institución de heredero y de legatario, así como las cargas que a cada uno de los otorgantes pacten y en general las disposiciones de carácter patrimonial.

El resto de las disposiciones, aun cuando se incluyan en el pacto sucesorio, se someterán al régimen del testamento, y no vincularán de forma irrevocable la voluntad del instituyente.

Así, por ejemplo, no parece que pueda considerarse como disposiciones contractuales aquellas que no son estrictamente patrimoniales, como puede ser el nombramiento de un tutor, de un albacea, de un fiduciario (art. 128 Lsuc.), etc.

2. EL CONTENIDO DEL PACTO SUCESORIO EN LA LEY DE SUCESIONES: EL ART. 66 LSUC.

A) *Art. 66.1. Naturaleza y carácter de la disposición*

El art. 66, en su párrafo 1º, regula de una forma abierta el contenido posible del pacto sucesorio, y en concreto dispone:

«1. Los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera estipulaciones mortis causa a favor de los contratantes, de uno de ellos, o de un tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, reservas, fiducias, modalidades, cargas y obligaciones que se convengan».

El art. 66 reproduce el contenido del derogado art. 100 Comp³⁴, si bien se ha añadido expresamente la referencia a las «fiducias» —siempre posibles por lo demás— y se ha sustituido la expresión final «se estipulen» por «se convengan».

En consecuencia, la norma, tanto antes como ahora, presenta un carácter dispositivo y *ad exemplum*, pues son los particulares los que pueden pactar todo aquello que tengan por conveniente con el único límite del *Standum est Chartae*. (art. 3 Lsuc. y art. 3 Comp.).

³³ MONASTERIO ASPIRI, *Los pactos sucesorios ...*, *op. cit.* nota 2, p. 553 y ss.

³⁴ El art. 100 Comp. disponía: «Los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera estipulaciones *mortis causa* a favor de los contratantes, de uno de ellos, o de un tercero, a título universal o singular, con las sustituciones, reservas, modalidades, cargas y obligaciones que se estipulen».

B) Contenido del pacto sucesorio ex art. 66.1

En principio, es aplicable al contenido del pacto sucesorio en Aragón las previsiones de teoría general que hemos hecho al comenzar esta exposición.

En consecuencia, el pacto podrá contener todo aquello que se podría estipular en un testamento, si bien las disposiciones por causa de muerte: elección de heredero o legatario, cargas impuestas, y en general los efectos patrimoniales que se contengan en el pacto (disponibilidad o no sobre los bienes de la herencia; límites a las facultades de disposición sobre los bienes; alimentos o donaciones a favor de otros sujetos, etc.) serán irrevocables.

El resto del contenido, si es de última voluntad, es posible que se estipule en el contrato sucesorio, pero por ser de última voluntad, será revocable por el instituyente o disponente.

De cualquier manera, el art. 66 señala, *ad exemplum*, los siguientes supuestos:

a) Estipulaciones mortis causa: institución de heredero o de legatario

Como señalábamos al referirnos al contenido del pacto sucesorio en general, la estipulación central del mismo es la institución de heredero o de legatario: «a título universal o singular», señala el art. 66.

Con todo, hay que tener en cuenta la precisión del art. 150 de la ley, que mantiene el planteamiento tradicional del Derecho aragonés: *para la validez del pacto sucesorio (o del testamento), no se requiere institución de heredero*.

Ahora bien, designado heredero o legatario, nos encontraremos ante una estipulación por causa de muerte (bien sea bilateral o unilateral) y, por lo tanto, irrevocable.

El art. 66.1, en coordinación con el art. 65 establece nuevamente los tipos de institución, esto es, a favor de quién puede ser hecha la estipulación *mortis causa*: a favor de los contratantes, de uno de ellos o de un tercero, mención ahora innecesaria, pues las modalidades de pacto sucesorio se contienen en el art. 65 de forma expresa y completa.

b) Cargas y obligaciones que se convengan En especial, la atención a los hermanos solteros del heredero

Las que se establezcan forman parte del contenido contractual del pacto, de manera que las mismas no pueden ser modificadas de forma unilateral por ninguno los otorgantes, y su incumplimiento es causa de revocación (art. 86).

En el pacto de institución de heredero en favor de una de las partes contratantes, era tradicional en el Alto Aragón el imponer al instituido una serie de cargas que modalizaban el heredamiento, y que en buena parte de los casos daba lugar al establecimiento de una comunidad familiar.

Entre dichas cargas y obligaciones se pueden señalar: i) la obligación de convivencia en la casa; ii) la asistencia a una mesa y mantel a favor de los instituyentes; iii) la elección de un heredero único para el patrimonio casal entre

los hijos que nazcan del matrimonio del instituido; iv) el deber tradicional de asistir al resto de los hermanos, mientras vivan en la Casa y trabajen en su beneficio³⁵.

Esta última carga, (la asistencia a los hermanos en la Casa mientras trabajan en ella) adquirió en la Compilación carácter legal, al establecerse en favor de los hermanos solteros del heredero (*tiones*) el derecho a ser dotados, si salían de la Casa, y el derecho a ser asistidos y mantenidos en la misma, mientras vivan en ella y trabajen en su beneficio³⁶.

De manera, que pactados o no dichos derechos a favor de los «tiones», éstos tenían derecho a exigir la dote o los alimentos a los que aludía el art. 109 Comp., si vivían en la Casa y trabajaban en beneficio de ella.

En la actual regulación no se contiene ninguna norma que sea equivalente al derogado art. 109 Comp.

En consecuencia, es posible concluir que, salvo que esta carga se imponga de forma expresa en el pacto al heredero, ha desaparecido el derecho que a los «tiones» se les concedía en el derogado art. 109 Comp.

De cualquier manera, tratándose de Casa aragonesa (66.2 y art. 73 en relación con el 69 Lsuc. y 33 y 34 Comp.) quizás fuera defendible —en base a la costumbre— que aún no habiéndose establecido de forma expresa tal carga, el poder deducir tal obligación a cargo del heredero, siempre que los hermanos solteros de éste trabajen en la Casa y en su beneficio.

c) Sustituciones

Como hemos venido advirtiendo la institución sucesoria puede ir acompañada de cualesquiera otras disposiciones que igualmente se podrían contener en testamento.

Las sustituciones de las que habla aquí la ley son sustituciones voluntarias que puede prever el instituyente para los casos en los que el designado heredero o legatario no llegará a heredar (pactos en favor de tercero) o bien supuestos en los que habiéndose producido la delación (art. 6 en relación con el art. 70) el heredero contractual premuriera al causante o se diera otra circunstancia.

³⁵ En relación con estas cargas y obligaciones *vid.* CRISTÓBAL MONTES *Comentarios a la Compilación del...*, *op. cit.* nota 18, pp. 261-382; MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil*, *op. cit.* nota 18, pp. 149-274; SAPENA TOMÁS, *El pacto sucesorio en el Alto Aragón*, en RDP, 1954, pp. 734-783; PALÁ MEDIANO, *Los señores mayores en la familia altoaragonesa*, SSDA, 1943, pp. 141-162.

³⁶ El derogado art. 109 Comp. disponía: 1. “Los hermanos solteros del heredero único que permanezcan en la casa, trabajando, en tanto pudieren, a beneficio de ella, tendrán derechos a recibir asistencia y ser dotados al haber y poder de la casa.-2. No habiendo acuerdo sobre la fijación de la dote, ésta será determinada por la Junta de Parientes”. En relación con este precepto *vid.* los comentarios al mismo de CRISTÓBAL MONTES (*op. cit.* en nota anterior) y de MERINO HERNÁNDEZ, (*op. cit.* en nota anterior)

La sustitución prevista por el disponente se antepone a la sustitución legal (art. 19 y ss) o al derecho de transmisión regulado en el art. 72; pues ambas normas son dispositivas.

c. Reservas³⁷. Especial referencia al «señorío mayor».

Al igual que hemos dicho con respecto a las sustituciones, las reservas a que hace referencia el art. 66 son también de origen voluntario.

Entre ellas, fueron tradicionales: i) La reserva de usufructo en favor de los instituyentes o señores de mayores; ii) Reserva de disposición sobre determinados bienes, sobre todo muebles, para dotar los instituyentes al resto de los hijos o disponer de ellos libremente; iii) Reserva de uso y habitación; iv) la reserva del Señorío mayor.

• La reserva de señorío mayor en la Ley de sucesiones.

La vigente ley de sucesiones dedica un precepto a esta reserva tradicional que desde hace varios siglos aparecía de forma constante en los pactos sucesorios altoaragoneses convenidos en capítulos matrimoniales.

En concreto, el art. 73 de la ley, que dispone lo siguiente:

«La reserva del «señorío mayor» en el heredamiento de casa aragonesa atribuye al instituyente el usufructo y administración de los bienes, cuyo producto deberá destinarse al sostenimiento y mejora de la casa».

En relación con esta norma pueden surgir varias dudas en orden a su contenido, objeto, y tipo de pacto, necesidad o no de convivencia entre instituyentes e instituidos, sobre todo comparando el art. 73 de la ley con el derogado art. 102 Comp.

1. Antecedentes. La doctrina aragonesa, y también la jurisprudencia, con anterioridad a la redacción del art. 102 Comp. discutieron acerca de cuál era el contenido, valor y función del llamado *señorío mayor*: si era tan sólo un honor familiar o por el contrario tenía contenido patrimonial, y todo ello porque en los capítulos matrimoniales tradicionales solía aparecer junto a al «señorío mayor» los términos usufructo y administración³⁸.

³⁷ Vid. sobre las reservas y sus modalidades, MONASTERIO ASPIRI, *Los pactos ...*, (op. cit. nota 2), p. 598 y ss; CRISTOBAL MONTES, *Comentarios ...*, (op. cit. nota. 18), p.282 y ss. y *La reserva de facultades dispositivas a favor del instituyente en la sucesión contractual aragonesa*, en RCDI, 1978, pp. 477-491; MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios ...*, ..., (op. cit. nota. 18), p. 173 y ss

³⁸ La doctrina aragonesa no se ponía de acuerdo sobre cuál debía ser el contenido del señorío mayor. Para SOLANO NAVARRO, significó el acatamiento a su persona (de los instituyentes), y en general *administración y usufructo*. Con lo que le venía a reconocer un contenido familiar y patrimonial. (cfr. *Mi contribución respecto a la sucesión contractual en el Alto Aragón*, ADA, 1944, pp. 333 y ss)

Para PALÁ “usufructo y administración” no era lo mismo que “reserva de señorío mayor”, y esto último supone tan sólo una *jefatura familiar de administración y representación de la Casa*. Ello lo relacionaba Palá con el cónyuge no titular del patrimonio, en favor del cual se hacía también la reserva, y por ello tenía una valor de posición familiar y no patrimonial (Cfr. *Los señores mayores en ...*,

Una vez promulgada la Compilación, para la doctrina mayoritaria³⁹ a la *reserva de señorío mayor*, contemplada en el art. 102 Comp⁴⁰, se le atribuiría un valor patrimonial.

En concreto, si había pacto de «señorío mayor», ex art. 102 Comp., bien fuera el heredamiento de presente bien lo fuera de futuro (para después de los días, como ahora lo denomina la ley de sucesiones), tal reserva conlleva una cotitularidad de disposición sobre los bienes más importantes del patrimonio transmitido y presupone la convivencia en la casa entre instituyente e instituido.

Además, la codisposición estaba referida a los elementos básicos del patrimonio casol: los bienes inmuebles y los muebles comprendidos en el número 1º del art. 39, decía el derogado art. 102.

2.- ¿Qué significado tiene el «señorío mayor» en la ley de sucesiones?

a) Según el art. 73 señorío mayor significa la atribución en favor del instituyente del usufructo y administración de los bienes objeto del heredamiento

op. cit. nota 35, p. 141 y ss, en el mismo sentido se pronunciaron SAPENA (*op. cit.* nota 35), LACRUZ (*op. cit.* nota 4.) y BATALLA GONZÁLEZ, *Disponibilidad de los bienes en Aragón cuando existen reservas a favor de los instituyentes o usufructos de viudedad*, ADA, I, 1944, pp. 351 y ss..

En consecuencia, con estas opiniones se desligaba la reserva de «señorío mayor» de cualquier situación patrimonial. Con todo, MARTÍN BALLESTERO se separó de estas opiniones pues él consideró que la *reserva de señorío mayor* suponía una cotitularidad de disposición entre instituyente e instituido, sea cual sea el tipo de heredamiento: para disponer de los bienes se requerirá el consentimiento de instituyente e instituido. (cfr. *La Casa en el Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944, pp. 84).

La jurisprudencia, por su parte, no contribuyó a establecer qué había que entender por «señorío mayor». Si bien en algún pronunciamiento se hace referencia a la figura. Así, la SAT de Zaragoza de 21 de marzo de 1961 identifica el señorío mayor con «la dirección, los honores y el respeto debido a la familia de la que (el Señor Mayor) es cabeza», sin que ello leve aparejada ninguna especial atribución patrimonial. Por el contrario, la sentencia de 23 de noviembre de 1955 considera que «el señorío mayor lleva aparejada la gestión y administración de la casa, y consiguientemente del patrimonio que la integra. El art. 102 de la Compilación solventaría estos problemas.

³⁹ CRISTÓBAL MONTES, *Comentarios ...*, *op. cit.* nota 18, p. 312); MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios ...*, p. 195-199. (*op. cit.* n.18).

⁴⁰ El art. 102 disponía: «1. En el nombramiento de heredero, pactado en consideración a la conservación del patrimonio familiar o de la casa, cuando el instituyente se reserve «el señorío mayor» u otra de las facultades análogas, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que para disponer de los bienes inmuebles y de los comprendidos en el número 1º del art. 39 es exigible el consentimiento del instituido que viniere cumpliendo las obligaciones y cargas impuestas a favor de la Casa.— 2. No requiere, sin embargo, dicho consentimiento para disponer por donación asignando a sus descendientes dotes o legítimas la haber y poder de la casa. Tampoco se necesita para hacer tales disposiciones en testamento».

La reserva del señorío mayor conlleva a una facultad de codisposición sobre los bienes inmuebles y los muebles del art. 39.1. Comp. De cualquier manera, se deja facultad de disposición al instituyente para asignar dotes, que incluso parece que podría hacerse en bienes inmuebles, por relación al párrafo 1º.

de la Casa aragonesa con la obligación de reinvertir los productos en el sostenimiento y mejora de la Casa.

La reserva de señorío mayor (de usufructo y administración, con obligación de reinversión) es compatible tanto con el pacto de presente como en el de futuro, tal y como se desprende de la ubicación sistemática de esta norma, incluida entre las disposiciones generales de esta modalidad de pacto.

El «señorío mayor», en mi opinión, no es un título honorífico sino que atribuye en *favor del instituyente una titularidad real*, quizás de difícil comprensión según el tipo de heredamiento de que se trate.

Si la institución es de presente, al haber y transmisión de los bienes al instituido, la reserva del usufructo y administración se coordina mejor con el concepto de reserva.

En efecto, el patrimonio casal (los elementos básicos del mismo) han sido transmitidos al heredero, y el instituyente se reserva el usufructo y administración del mismo.

Por usufructo habrá que entender el contenido de este derecho real, y por administración la facultades de gestión y decisión que, sobre el patrimonio, corresponden al usufructuario. Estando incluidos los actos de extraordinaria administración, en base a la obligación de reinversión de los frutos; especialidad que presenta esta figura en relación con el usufructo normal.

Si el pacto es para después de los días, el instituyente conserva la propiedad del patrimonio casal, y en consecuencia, no sería necesario establecer una reserva de usufructo a su favor; pues tiene el pleno dominio del patrimonio, evidentemente se desnaturaliza aquí el sentido de reserva que la ley el atribuye a esta figura.

¿Qué significa entonces la reserva de señorío mayor? Posiblemente, indica que también en este caso la exigencia de que los frutos producidos por la explotación, propiedad del instituyente, se hayan de reinvertir también en la explotación, dando la medida de la reinversión la propia figura del usufructo.

Curiosamente, en este caso la reserva del señorío mayor en favor del instituyente, más bien le supone una limitación a sus facultades de uso y administración (y aún de disposición): ha de reinvertir todos los frutos que obtenga como si fuera titular de un derecho real en cosa ajena, lo que será efectivamente así en los casos del cónyuge o *partenaire* del instituyente, si ambos han designado heredero en dicho pacto, como por regla general se efectuaba en la tradición aragonesa.

Posiblemente, el legislador podía haber perfilado mucho mejor la figura o no haber dicho nada de la misma, sometiéndola a la regulación consuetudinaria (art. 69), que a mi juicio, hubiera sido lo más acertado.

b) Nada dice ahora la ley sobre si es necesaria o no la convivencia entre instituyentes e instituido, como así lo establecía el art. 102.

Según me parece, cuando medie reserva de «señorío mayor» habrá que entender incluida la obligación de convivencia entre instituyentes e instituidos, salvo que la misma se excluya expresamente.

Obsérvese que la reserva de «señorío mayor» la refiere la ley al heredamiento de casa aragonesa, donde era tradicional la convivencia entre instituyentes e instituido, conclusión a la que cabe llegar en aplicación del art. 69 de la ley: se atenderá a la costumbre «*cuando el pacto se refiera a determinadas instituciones consuetudinarias*».

c) Por último llama la atención la referencia del art. 73 al «señorío mayor en el «heredamiento de casa aragonesa», de manera que podría pensarse que dicha reserva y los efectos prescritos en la ley sólo son algo que sólo es posible establecer en el heredamiento de casa aragonesa⁴¹.

A mi juicio esta reserva es posible también fuera de los supuestos tradicionales de Casa aragonesa, entendida ésta como una unidad de explotación y cultivo⁴², y puede también aplicarse a empresas y negocios familiares.

Lo que en todo caso parece que exige la reserva de señorío mayor es que el objeto del heredamiento sea un patrimonio productivo, debido a la obligación de reinversión que se impone al instituyente.

d) *Fiducias*

Como ya hemos advertido, la expresa referencia a la fiducia ha sido introducida en la ley de 1999, pues con anterioridad no aparecía nominada en el art. 100 Comp., sin perjuicio de su tradicional adopción en los pactos sucesorios.

C) *El art. 66. 2: La Comunidad familiar*

El párrafo 2º del art. 66 dispone:

«Además del régimen sucesorio, puede también pactarse en capitulaciones matrimoniales en consideración a la casa el establecimiento de una comunidad familiar entre instituyentes e instituido y sus familiares, regulando los derechos y las obligaciones de los que la integran».

El legislador aragonés con el párrafo 2º del art. 66 y la referencia al «señorío mayor» en el art 73 ha querido principalmente recordar que, aun cuando

⁴¹ En este sentido BATALLA CARRILJA, *Ley de sucesiones. Comentarios breves ...*, (*op. cit.* nota 7), p. 57.

⁴² MARTÍN BALLESTERO Y COSTEA, definió la casa aragonesa de la siguiente forma: " la unidad familiar y patrimonial formada por un conjunto de individuos que viven bajo la jefatura de un señor, generalmente el padre, en un espacio delimitado por una unidad económica de explotación y cultivo, aun cuando no sea continua territorialmente, sustentándose de unos mismos bienes, que han sido recibidos por tradición de generaciones anteriores con las que el jefe estaba generalmente unido por vínculos directos de sangre" (Cfr. *La casa ...*, *op. cit.* nota 38, p. 107). En relación con la casa aragonesa *vid.* también ARGUDO PÉRET, *La casa en el proceso de cambio de la sociedad rural aragonesa: consideraciones jurídicas*, en «Comunicación y Sospecha», nº 0, 1991.

la regulación del pacto sucesorio se abre a todos los aragoneses, estén o no vinculados por relaciones de parentesco o matrimonio, y tengan o no Casa aragonesa, se admiten también los pactos más tradicionales y que de forma secular se venían estipulando en Aragón y por los aragoneses.

La regulación de estos pactos tradicionales será, en primer lugar, la que determinen sus otorgantes, y después la costumbre que informa estas instituciones consuetudinarias (art. 69 LSCA en relación con los arts. 25, 33 y 34 Comp.).

De cualquier manera, obsérvese que el contenido del párrafo 2º del art. 66 es más propio de la regulación de los capítulos matrimoniales que de la sucesión paccionada, puesto que esta norma no añade nada a la regulación del pacto sucesorio.

En efecto, lo que exige esta norma, a pesar de que la misma presente un aspecto dispositivo es, como requisito de validez, la escritura de capítulos matrimoniales, si a través del pacto sucesorio se crea una comunidad familiar entre instituyente e instituido y sus respectivos cónyuges, puesto que ello dará origen a la determinación de un régimen económico supraconyugal, en el sentido del art. 34 Comp.

V. REGLAS DE INTERPRETACIÓN: ARTS. 68 Y 69 LSUC

1. EL ART. 69: INTERPRETACIÓN DEL PACTO SUCESORIO Y LÍMITES A LA LIBERTAD DE DISPOSICIÓN

A) *Antecedentes:* El art. 107 Comp. El vigente art. 69 de la ley tiene como antecedente inmediato al art. 107 de la Compilación, cuyo texto imita, pero que mejora de forma evidente.

De la lectura del art. 107 Comp. y de su propia rúbrica (Normas supletorias)⁴³ se deducía con facilidad que dicho precepto no ofrecía, en verdad unas reglas de interpretación claras, sino que, más bien, establecía unas normas supletorias para integrar e interpretar la voluntad de los particulares, y sobre todo cuando se tratara de instituciones consuetudinarias, aunque no sólo respecto de ellas⁴⁴.

⁴³ El texto del art. 107 Comp. era el siguiente: «Cuando un pacto sucesorio se refiera a determinada institución consuetudinaria, deberá aquél interpretarse e integrarse con arreglo al uso y a la observancia de tal institución. Como supletorias, se aplicarán las normas de generales sobre contratos y disposiciones testamentarias, según la respectiva naturaleza de sus estipulaciones».

⁴⁴ MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios ...*, (op. cit. nota 18), pp. 243-246.

Con todo, algún autor sí que consideró que en dicho precepto se establecían unas normas de interpretación de los pactos sucesorios ordenadas, además, jerárquicamente⁴⁵.

El art. 69 Lsuc. sí contiene claramente unas reglas de interpretación de los pactos sucesorios, lo que a mi juicio no era tan fácil defender respecto del derogado art. 107 Comp. Contiene también normas supletorias y, como premisa de todo ello, señala los límites a la autonomía privada de los paciscentes.

B) Límites a la autonomía de la voluntad en la sucesión paccionada: el art. 3 Lsuc: Standum est Chartae

El art. 69 de la ley en su párrafo 1º dispone:

«Los pactos sucesorios se interpretarán, de conformidad con el principio standum est Chartae, en los términos en que hayan sido redactados, atendiendo a la costumbre, usos y observancias del lugar, a los que deberá estarse cuando el pacto se refiera a determinadas instituciones consuetudinarias».

La referencia al *Standum est Chartae* evidencia y recuerda los límites a que esta sujeta toda ordenación voluntaria de la sucesión, en concreto, el art. 69 reitera el contenido del art. 3 de la ley:

«El causante goza de las más amplias libertad para ordenar su sucesión por pacto, por testamento individual o mancomunado, o por medio de uno o más fiduciarios, sin más límites que el respeto a la legítima y los generales del principio Standum est Chartae».

Los otorgantes de un pacto sucesorio tienen la más amplia libertad para ordenar su sucesión, y los límites a que se encuentra sujeta su voluntad son los que se deducen del art. 3 Lsuc en relación con el art. 69 de la misma ley y con el art. 3 Comp.: de lo que resulta que las disposiciones contenidas en los pactos sucesorios no han de ser: i) de imposible cumplimiento; ii) contrarias a la Constitución; iii) contrarias normas imperativas del Derecho aragonés, y iv) deben respetar la legítima de los descendientes (arts. 3 y 149 Lsuc.).

C.- Reglas de interpretación. Prelación.

El art. 69, en su párrafo 1º, señala las fuentes de interpretación de los pactos sucesorios:

1.º *«Los pactos se interpretaran, de conformidad con el principio standum est Chartae, en los términos que han sido redactados»*, de lo que se deduce que en materia de sucesión paccionada la primera fuente de interpretación es el pacto: la voluntad de los otorgantes, siempre que no vulnere los límites del art. 3 Comp.

2.º La costumbre, usos y observancias del lugar, a los que deberá estarse cuando el pacto se refiera a determinadas instituciones consuetudinarias.

⁴⁵ Según MERINO del art. 107 Comp. se podía deducir el siguiente orden jerárquico en las reglas de interpretación del pacto sucesorio: «1º la norma compilada aplicable; 2º En cuanto compatible con lo anterior la propia voluntad de los otorgantes; 3º la costumbre, y 4º las normas generales sobre los contratos o las relativas a disposiciones testamentarias, según la naturaleza de la estipulación» (Cfr. MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios* ..., —op .cit. nota. 18— p. 244).

3.ª Las reglas supletorias a las que se refiere el párrafo 2º del art. 69 Lsuc.

D) Reglas supletorias: Reglas de los contratos y de los testamentos

Con mejor técnica también que en el art. 107 Comp., se mencionan otra vez como reglas supletorias para la interpretación de cláusulas paccionadas, las reglas de los contratos o de los testamentos según la naturaleza de la estipulación paccionada.

En consecuencia, en esta materia se puede seguir afirmando lo que ya dijera LACRUZ⁴⁶:

«...cuando las estipulaciones hayan de interpretarse, probablemente regirán las normas de los contratos, pues la situación de intereses encontrados entre el instituyente y el instituido es semejante a la que media entre las partes contratantes; igualmente se aplicarán tales normas si el pacto está viciado, porque hubo en su otorgamiento, error, dolo o miedo, para determinar la clase de invalidez que pueda afectarle y el modo de hacerla efectiva. En cambio, la forma de suceder el heredero se determinará, evidentemente, por las disposiciones sobre la herencia en general».

2. EL ART. 68: EL CARÁCTER DE LAS DONACIONES

El art. 68 reproduce sin ninguna variación el texto del art. 101 Comp., y lo mismo que sobre él se dijera cabe afirmar ahora⁴⁷.

La sucesión contractual en su origen surge de la donación *mortis causa* e irrevocable, de ahí que el legislador haya convenido que éstas se vengan a identificar con el pacto sucesorio.

El párrafo primero señala que la donación universal de bienes habidos y por haber equivale a institución contractual de heredero, salvo pacto en contrario. Es aquí la voluntad de ambos otorgantes la que puede alejar a esta donación de su consideración de pacto sucesorio, sometiéndola al régimen de las donaciones del Código civil, pero sin los límites que éste establece en los arts. 634 y ss.

El párrafo segundo del art. 68 parece referirse a la institución de legado⁴⁸ por su relación sobre todo con el párrafo primero en el que se contiene la institución contractual de heredero, salvo pacto en contrario.

⁴⁶ LACRUZ, *Derecho de sucesiones* ..., *op. cit.* nota 12,, p. 747-748.

⁴⁷ Vid. MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones...*, *op. cit.* nota 18, pp. 182 y ss, y CRISTÓBAL MONTES, *La sucesión contractual aragonesa...*, *op. cit.* nota 18, pp. 66 y ss, (cfr. También en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, t. III, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo† y Jesús Delgado Echeverría, ed. DGA. Zaragoza, 1996).

⁴⁸ En este sentido CRISTÓBAL MONTES, *La sucesión contractual* ..., (*op. cit.* n.18), p. 66.

Ahora bien, tratándose de donación *mortis causa* de bienes singulares, ésta siempre tendrá el carácter de pacto sucesorio. La norma es imperativa y no admite pacto en contrario⁴⁹.

VI. INEFICACIA, INVALIDEZ Y REVOCACIÓN DE LOS PACTOS SUCESORIOS: ARTS. 85 A 89

1. EN GENERAL

El Capítulo VI de la ley regula supuestos de revocación y modificación del pacto sucesorio pero, a pesar de su rúbrica —Revocación, modificación e ineficacia— no establece expresamente los supuestos de ineficacia o invalidez de los mismos.

De cualquier manera la regulación ha ganado en relación al derogado art. 103 Comp., que más de un problema ocasionaba⁵⁰, sin perjuicio de que en esta materia el legislador podría haber sido más preciso o al menos tanto como la ha sido en el resto de capítulos de este título.

2. INEFICACIA DEL PACTO SUCESORIO

El pacto sucesorio puede ser ineficaz por estar afectado de una causa de invalidez o bien porque, tratándose de una sucesión, el designado heredero premuera al causante, o bien porque siendo cónyuges los otorgantes inicien los trámites de nulidad, separación o divorcio.

Parece en consecuencia que hemos de analizar cada uno de estos motivos, distinguiendo entre causas de invalidez y causas de ineficacia.

A) Causas de invalidez

El pacto sucesorio, en cuanto que es un contrato a causa de muerte, se sujeta también a las normas generales que rigen la contratación, y por tanto podrá ser nulo o anulable por las mismas causa que lo son los contratos. Aplicándose de forma supletoria las previsiones que en esta materia contiene el Código civil.

⁴⁹ MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil y a las...*, (op. cit. nota 18), pp. 186 y ss.

⁵⁰ Vid. BAYOD LÓPEZ, *La revocación de los pactos sucesorios por incumplimiento de cargas. (A propósito de la sentencia del TSJA de 9 de noviembre de 1991)*, en RDCA, 1996, II, nº 1, pp. 111-136.

Ahora bien, la ley de sucesiones por causa de muerte regula en el capítulo III del Título III los supuestos de invalidez e ineficacia de los testamentos, y entiendo que en algunos supuestos cabe la aplicación analógica de dichas normas, antes de recurrir a la supletoriedad del Código civil⁵¹.

Teniendo en cuenta dicha regulación podemos efectuar el siguiente esquema:

a) Nulidad del pacto sucesorio

1. Las causas

El art. 108 1. a) establece que son nulos «*Los testamentos en cuyo otorgamiento no se hayan observado los requisitos esenciales prescritos por la ley para los testadores, el contenido o la forma del testamento otorgado*».

Aplicando analógicamente esta norma a la sucesión paccionada⁵², resultan ser causas de nulidad: i) la falta de capacidad en los otorgantes: menor edad o incapacitación (art. 63 en relación con el 108 Lsuc.); ii) la falta de escritura pública, (art. 62 en relación con el art. 108 Lsuc) y iii) y, por lo que hace al contenido, la infracción de los límites del *standum est Chartae* (vgr. el pacto sobre la herencia de un tercero sin su concurrencia de éste arts 3 y 69 en relación con los arts. 62 y 65 Lsuc.)

2. La acción

A tenor del art. 111.1 Lsuc., aplicable también analógicamente a la sucesión paccionada, la acción para ejercitar la nulidad del pacto sucesorio por las causas señaladas será imprescriptible, pudiendo ejercitarla los propios otorgantes del pacto, o el que tenga interés en ello (vgr. los que resultasen herederos ante la ineficacia del llamamiento).

b) Anulabilidad

1. Las causas

Serán los supuestos de error, dolo, falsedad de la causa o intimidación que hayan podido afectar al instituyente a la hora de efectuar su disposición paccionada.

⁵¹ Vid. BAYOD LÓPEZ, *El art. 149.3 CE: la supletoriedad del Código civil como Derecho estatal respecto de los Derechos civiles autonómicos. (Especial referencia a Aragón)*, RDCA, V, 1999, nº2.

⁵² Creo que es posible la aplicación analógica de estas normas a la sucesión paccionada porque las reglas del capítulo III del Título III se aplican también al testamento mancomunado, y en éste puede acogerse un contenido muy similar al que es posible convenir en pacto sucesorio (pacto al más viviente, por ejemplo), y tal es así, que en la propia regulación del testamento mancomunado se recurre a la aplicación de normas del pacto sucesorio (vgr. arts. 106). Además, aun cuando el art. 69.2 está referido a las normas de interpretación del pacto sucesorio (*naturaleza de las estipulaciones*, señala), es posible realizar sobre él una interpretación extensiva de forma que la referencia a la aplicación supletoria de «*las normas sobre los contratos y disposiciones testamentarias*» incluya también el régimen de ineficacia e invalidez de los pactos sucesorios y de sus estipulaciones.

En estos casos, se aplica de forma supletoria el Código civil art. 1.300 y ss., adaptados a la sucesión paccionada.

2. La acción

La acción prescribirá a los cuatro años contando tal plazo como señala el art. 1301 C.c.

c) Efectos de la nulidad y anulabilidad del pacto sucesorio

En general, y operando la causa en vida del instituyente, retornarán a él sus facultades de disposición *mortis causa*.

En el caso de que hubiera habido transmisión de presente, los bienes transmitidos han de retransmitirse al instituyente (art. 1.303 y 1.307 Cc.).

Si la causa es de nulidad y se ejercita al fallecido el instituyente, se abrirá la sucesión legal (art. 201 Lsuc).

B) Causas de ineficacia

a) La premoriencia del instituido⁵³

Cualquier llamamiento sucesorio deviene ineficaz si el sucesor no sobrevive al causante (art. 10 Lsuc.) frustrándose, en consecuencia, la delación, salvo que el causante haya nombrado un sustituto (u opere la sustitución legal).

Premuriendo el instituido, en principio, habría quedado ineficaz el pacto, recobrando el instituyente nuevamente sus facultades de disposición *mortis causa*.

Con todo, el pacto sucesorio es algo más que un simple testamento, al provocar, de presente, un estrecho vínculo jurídico entre el instituyente, que ha perdido su facultades de disposición *mortis causa*, e instituido, que adquiere la titularidad de heredero contractual.

Por ello en la tradición aragonesa de forma expresa, y fuere cual fuere el tipo de institución —de presente o «para después de los días»—, se afirmó que premuerto el instituido, la institución contractual no queda ineficaz, si al instituido premuerto le sobrevivía descendencia: sólo en el caso de que no la tuviera, quedaba ineficaz el heredamiento.

Tal y como afirmará SAPENA, en base a la costumbre aragonesa, se entendió que la institución de heredero a favor de los hijos no sólo recaía en ellos, sino también en los nietos⁵⁴.

⁵³ Como señalaba MERINO HERNÁNDEZ respecto del derogado art. 105 Comp. en el que se regulaba el Derecho de transmisión, dentro del término premoriencia habrá que considerar también incluida la declaración judicial de fallecimiento. (cfr. *Comentarios al Código civil y a las ...*, op. cit. nota 18, p. 235).

⁵⁴ SAPENA, *El pacto sucesorio en el Alto Aragón*, op. cit. nota 35, p. 752 y ss.

La misma afirmación puede hacerse respecto al Derecho vigente al contemplar expresamente dicha situación el art. 72 de la ley, a cuyo tenor:

«1. Salvo lo establecido en el pacto sucesorio, cuando el instituido premura al instituyente, transmitirá a sus descendientes los derechos y obligaciones derivados del pacto y, en su caso, los bienes adquiridos de presente.

2.- Si tales descendientes fueran varios, podrá el instituyente designar a unos de ellos como heredero en testamento o escritura pública, o encomendar la designación a fiduciarios, si no lo hubiere hecho ya el primer favorecido.»

1. Supervivencia de descendientes.

Si al instituido le sobreviven descendientes, el pacto no queda ineficaz y los efectos del mismo serán los siguientes: i) Si sólo hay un hijo del instituido, a él pasara la designación y en su caso los bienes que se hubieran transmitido; ii) Si hay varios descendientes, el instituyente designará a uno de ellos como sucesor, lo que podrá hacer por sí, bien en testamento o escritura pública, bien a través de fiduciarios, y salvo que el heredero premuerto hubiera ya designado sucesor entre ellos.

El derecho de transmisión regulado en este precepto a favor de los descendientes del instituido no tiene límite de grado y es de naturaleza dispositiva.

En consecuencia, i) podría excluirse el derecho de transmisión previsto en el art. 72 por voluntad del instituyente manifestada en el pacto, de forma que muerto el instituido, y aun teniendo descendencia, quedase ineficaz el llamamiento sucesorio, recobrando el instituyente sus facultades de disposición *mortis causa*, ii) o bien regular expresamente el supuesto, nombrando un sustituto para el caso de premoriencia del instituido en persona distinta de los herederos de éste.

2. Premoriencia del instituido sin dejar descendientes: art. 72.3 Lsuc.

Premuerto el instituido sin dejar descendientes, la institución contractual de heredero deviene ineficaz, tal y como señala el párrafo 3º del art. 72:

«La institución quedará sin efecto cuando el instituido premura al instituyente sin dejar descendientes. En este caso, los bienes transmitidos de presente que aún subsistan en el patrimonio del instituido revertirán al instituyente».

En este supuesto, y salvo sustitución expresa prevista por los otorgantes, la institución deviene ineficaz recuperando el instituyente sus facultades de disposición *mortis causa*, pues en este supuesto no resulta aplicable la sustitución legal (art. 22 Lsuc).

3. Efectos derivados de la ineficacia: 72.3 Lsuc.

Los efectos dependerán de si hubo o no transmisión actual de bienes a favor del instituido premuerto.

- Si el pacto es de futuro, al no haber transmisión de bienes, el instituyente recupera las facultades de disposición (efecto general, al dejar de estar vinculado por el pacto).

- Si el pacto es de presente, ha habido transmisión actual de bienes, en principio estos han de retransmitirse al instituyente, si aún subsisten en el patrimonio del instituido (art. 72.3 *in fine*).

Ahora bien, aun cuando nada dice al respecto la ley de sucesiones, si el heredero contractual premuerto sin descendencia estuviera casado, la retransmisión de los bienes al instituyente se efectuara dejando a salvo el derecho de viudedad del cónyuge instituido (art. 72 Comp.)⁵⁵.

b) Efectos de la nulidad, el divorcio y la separación.

Cuando los instituyentes son cónyuges, el art. 89 dispone:

«Salvo que del contrato resulte otra cosa, las atribuciones sucesorias pactadas entre los cónyuges quedarán sin efecto si, al fallecimiento de uno de ellos, estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraban en trámite los procedimientos dirigidos a este fin.»

Dada la vinculación que produce el pacto sucesorio, y no encontrándose entre las causas de revocación este supuesto, la norma reviste especial importancia pues, salvo previsión expresa de las partes, la separación o la disolución del vínculo matrimonial no afectaría a la disposición paccionada (a salvo los motivos, art. 156 Lsuc.).

De manera que al nulidad, separación y divorcio son causas de ineficacia del pacto sucesorio, salvo previsión en contrario de los otorgantes. No lo son la separación de hecho ni la ruptura de la convivencia de la pareja estable, que en su caso, y sería lo más conveniente, podrían estipularse como causas de revocación del pacto (art. 86.1).

3. MODIFICACIÓN Y REVOCACIÓN POR MUTUO DISENSO: ART. 85

A) Modificación o revocación de la disposiciones contractuales

El art. 85 establece el principio de irrevocabilidad de los pactos sucesorios y la vinculación *mortis causa* a la que queda sujeto el instituyente.

Solo mediante un nuevo pacto sucesorio celebrado entre las mismas personas puede revocarse o modificarse el contenido contractual del pacto.

Eso es lo que señala el art. 85 del pacto:

«Las estipulaciones contractuales pueden modificarse o revocarse mediante pacto sucesorio celebrado por las misma personas o sus herederos».

El precepto permite que la modificación o revocación se lleve a cabo no sólo entre las partes contratantes sino también entre sus herederos.

⁵⁵ Esta es también la solución que señala SAPENA en lo que hace al Derechos consuetudinario aragonés y cuando en los capítulos se pactaba expresamente el reconocimiento de viudedad universal a favor de ambos cónyuges, subsistía la viudedad (Cfr. *El pacto sucesorio...*, nota 35, p. 751).

Esta posibilidad estaba también prevista en el derogado art. 103 Comp., y en defensa de la misma se argumentó que con ello se pretendía que el pacto sucesorio no quedase definitivamente cerrado o inmutable por la muerte de una de las partes⁵⁶.

CRISTÓBAL MONTES, respecto del art. 103 Comp., ya señaló que «el precepto parece dar pie a pensar que el contrato que modifica o extingue otro precedente cabe concluirlo por quienes no fueron parte en éste, circunstancia tan improcedente e inadmisibles que hace por completo innecesario e incómodo el aditamento que se comenta»⁵⁷, opinión que comparto ya que, i) por un lado, no es posible técnicamente la modificación del pacto sucesorio muerto uno de los otorgantes y, ii) por otro lado, la posibilidad de intervención de los herederos de los otorgantes vulnera lo dispuesto en el art. 64 Lsuc.

i) En efecto, y en cuanto a lo primero, si el que muere es el instituyente, se consolida la situación jurídica del instituido, y no parece que fuera oportuno permitir a hora a los herederos (de los que, muy probablemente, uno de ellos es el instituido) mudar la voluntad pretérita del causante.

Por otro lado, si el que fallece es el heredero instituido y premuere al causante, los efectos serán los previstos en el pacto, en la ley o bien habrá lugar a la ineficacia de la institución. Tampoco parece sensato que aquí los herederos del fallecido pretendan modificar nada, pues en su caso el instituyente decidirá qué quiere hacer, y posiblemente si pacta con ellos, eso sea un nuevo pacto sucesorio, y no una modificación del anterior.

ii) En segundo lugar, no se entiende bien esta referencia a los herederos, y a la posibilidad de modificar el pacto sucesorio entre ellos y el otorgante supérstite, si tenemos en cuenta la naturaleza personalísima que el art. 64 predica de los pactos sucesorios.

B) Modificación o revocación por testamento mancomunado

El art. 85.2 prevé la posibilidad de modificar o dejar sin efecto el pacto sucesorio cuando fueran dos los otorgantes del mismo utilizando como forma el testamento mancomunado, fórmula especialmente apropiada en las modalidades de pacto de institución recíproca o de pacto a favor de tercero, aunque aplicable también a las otras modalidades de sucesión paccionada, siempre que tan sólo concurren dos otorgantes.

4. LA REVOCACIÓN UNILATERAL DE LOS PACTOS SUCESORIOS: ART. 86 LSCM

A) En general

Los pactos sucesorios válidamente celebrados son irrevocables, en el sentido de que el instituyente no puede mudar su voluntad de forma unilateral, si no es por las causas pactadas o bien por las causas previstas en la ley.

⁵⁶ MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios al Código civil ...*, op. cit. nota 18, p. 209-211.

⁵⁷ Cfr. EN CRISTÓBAL MONTES, *La sucesión paccionada ...*, op. cit. nota 18, p. 94.

A la revocación unilateral de los pactos sucesorios se refiere el art. 86 Lsuc.

B) Las causas

El art. 86 en su párrafo primero establece las causas de revocación unilateral del pacto sucesorio, causas que van a posibilitar al instituyente desvincularse de su declaración de voluntad.

Estas causas se aplican a cualquier modalidad de pacto sucesorio de institución y presentan un carácter taxativo: las causas son las que dice la ley o las que de forma expresa hayan convenido los otorgantes,

El precepto contiene una lista cerrada de supuestos que no son susceptibles de aplicación analógica.

Las causas enumeradas en el art. 86 son las siguientes:

a) Causas expresamente pactadas.

Los particulares pueden crear las causas de revocación que tengan por conveniente, con los límites del *Standum est Chartae*, pero también modificar o excluir las previstas en la ley.

La ley aragonesa no regula los supuestos que el Derecho vasco denomina de resolución, entre las que incluye, por ejemplo la institución sometida a término o condición.

De cualquier manera, y en la medida en que dichas modalidades son también admitidas en nuestro Derecho (art. 66), no hay duda de que ellas son también causas que permiten la resolución del pacto, si así las establecen los otorgantes ⁵⁸.

b) Por incumplimiento grave de las cargas y prestaciones impuestas al instituido, así como cuando éste, con su conducta, impida la normal convivencia familiar si ésta hubiera sido pactada.

En la letra b) del art. 86 se regulan dos causas de revocación unilateral en favor del instituyente.

Por un lado el incumplimiento grave de cargas y prestaciones impuestas. A ello ya se hacía referencia en el art. 103.3 Comp., si bien, señalando además como causa de revocación los supuestos de revocación de donaciones del Código civil (supervivencia y supervivencia de hijos; incumplimiento de cargas e ingratitud), exigiendo, además, respecto del incumplimiento de cargas y condiciones que éste debía ser grave al parecer de la junta de parientes, intervención ésta que podía ocasionar más de un problema, por lo que ha sido un acierto su supresión de texto legal. Si bien, ello no impide que de forma paccionada pueda establecerse la intervención de la Junta de parientes.

⁵⁸ Vid. CELAYA IBARRA, *Comentarios al Código civil y ...*, op. cit. nota 29, p. 329 y ss

Por lo que respecta al incumplimiento del instituido deberá ser grave y culpable⁵⁹.

Es causa también de revocación el que se impida la convivencia cuando esta haya sido pactada. Causa también típica en la tradición aragonesa.

c) Por haber incurrido el instituido en causa de indignidad o en situación que de ser legitimario implicaría causa de desheredación.

1. La indignidad y la desheredación en la ley de sucesiones.

Estas han sido causas de revocación tradicionales en Aragón, y también en otros territorios forales, que antes de estar expresamente reguladas eran objeto de «causas pactadas» por las que tendría lugar la revocación.

Además, buena parte de la doctrina aragonesa consideró que, aun no mencionadas en el pacto, ni en su momento incluidas en el Apéndice, si el instituido incurría en causa de desheredación o indignidad, podría el instituyente revocar la institución⁶⁰.

Evidentemente, en esos casos y durante la vigencia de la Compilación, las causas eran las referidas en el Código civil, que se aplicaba como supletorio.

Hoy la regulación presenta una novedad, y es precisamente que ahora las causas de indignidad y desheredación están reguladas en la ley aragonesa y a ellas habrá que estar (arts. 13 y 195 Lsuc.).

La concurrencia de alguna de estas causas en el instituido faculta al instituyente para revocar el pacto sucesorio en la forma con los efectos previstos en la ley (arts. 86.2 y 87 Lsuc.).

2. La indignidad sucesoria: causa de revocación causa de incapacidad sucesoria.

Los supuestos de indignidad sucesoria, además de actuar como causas de revocación cuyo ejercicio corresponde al instituyente, son también causas de incapacidad sucesoria, y desde esta perspectiva podrían ser invocadas por las personas que resultarían favorecidas si se declarase la indignidad (art. 15 Lsuc).

Precisamente por ello, creo que es conveniente tratar de coordinar el doble papel que en la sucesión paccionada tiene la indignidad sucesoria.

Se tratará de establecer si cabe o no el ejercicio de la acción de indignidad sucesoria por los legitimados para actuarla en vida del instituyente o si sólo es

⁵⁹ BAYOD LÓPEZ, *La revocación de los pactos ...*, op. cit. nota 50, pp. 121y ss.

⁶⁰ En este sentido, COSTA, *Derecho consuetudinario y economía popular de España*, T. II, en «Obras de Joaquín Costa», ed. Guara, Zaragoza, 1981, pp. 140 y ss.; SAPENA, *El pacto sucesorio ...*, op. cit. nota 35, pp 754 y ss. En contra, CRISTÓBAL MONTES, *La sucesión contractual ...*, op. cit. nota 18, pp. 20 y ss.

posible a su muerte, así como también será necesario determinar la relevancia que pueda tener el conocimiento por el instituyente de la causa de indignidad. De manera que se podría pensar que si el instituyente conoce la causa de indignidad y no revoca el pacto, impide también que la misma opere como causa de incapacidad que puedan alegar otras personas que hubieran resultado llamadas a la sucesión del instituyente de no mediar pacto sucesorio.

- Si el instituyente conoce la causa y no revoca la institución, fallecido el instituyente, no podrá ser utilizada por los personas que tuvieran derecho a la herencia de haber prosperado la indignidad.

La actuación del instituyente, que pudiendo revocar no revoca, debe ser interpretada como un supuesto de reconciliación (art. 17 Lsuc.).

- Por el contrario, si el causante falleció sin conocer la causa de indignidad, podrán las personas que hubieran resultado llamadas a la herencia invocar dicha causa.

Ahora bien, las anteriores afirmaciones, válidas a lo que creo cuando el pacto es «para después de los días», no son tan fáciles de mantener si el pacto es de presente debido al *dies a quo* para el ejercicio de la acción de indignidad sucesoria.

En efecto, el art. 18 establece:

«La acción declarativa de la indignidad caducará transcurridos cinco años desde que el indigno de suceder esté en posesión de la herencia o legado».

Cuando el pacto es de presente, la delación y la transmisión de los bienes se produce en el momento del otorgamiento del pacto sucesorio. En estos supuestos, la duda está en determinar si en vida del instituyente podrán las personas que hubieran resultado favorecidas en su sucesión invocar la causa de indignidad.

No parece que haya buenos argumentos para negar el posible ejercicio de la acción en vida del instituyente, pero creo que es evidente que el legislador no calculó estos supuestos, y que esta posibilidad coordina mal con la naturaleza y los caracteres de la sucesión paccionada.

En efecto, si en vida del instituyente se intenta la acción de indignidad por aquéllos que, de no mediar el pacto, hubieran resultado llamadas a su sucesión, supondrá el conocimiento de la causa de indignidad por parte del instituyente. Así, podrá revocar el pacto o bien no hacer nada, y si no hace nada su inercia, a mi juicio, debe ser interpretada como un supuesto de rehabilitación tácita del indigno.

Creo que en el pacto de presente la indignidad sucesoria parece que sólo opera como causa de revocación, y no como causa de incapacidad propiamente dicha.

C) Preterición, supervinencia y supervivencia de hijos

El art. 103. 3º de la Compilación, al remitirse a las causas de revocación de donaciones como causas de revocación del pacto, incluía como un supuesto

más la superveniencia o supervivencia de hijos. Circunstancias, que facultaban al instituyente para revocar el pacto sucesorio, y que tradicionalmente fueron tenidas en cuenta en el Derecho aragonés⁶¹.

La ley de sucesiones no recoge como causa de revocación la supervivencia o superveniencia de hijos, de manera que no son causas legales de revocación del pacto, sin perjuicio de su previsión paccionada (art. 86.1.a).

Las consecuencias de que estos hechos actúen o no como causas de revocación del pacto sucesorio, tienen a mi juicio especial importancia si, además, se relacionan con la preterición.

a) La supervivencia o supervinencia de hijos como causa de revocación paccionada

El instituyente puede prever como causas de revocación el nacimiento o la supervivencia de hijos que creía muertos al tiempo del otorgamiento del pacto sucesorio.

Si así lo establece, será el instituyente quien de forma unilateral podrá revocar su disposición paccionada, produciéndose los efectos previstos en la ley: recuperará sus facultades de disposición *mortis causa*, y si el pacto fue de presente, los bienes transmitidos que aún conserve el instituyente en su poder (art. 87 Lsuc.).

Evidentemente, si no revoca el pacto sucesorio, para lo que sólo él está legitimado, seguirá siendo válido, se verá afectado por los efectos de la preterición intencional: arts. 190 y 192 Lsuc.

Si el instituido era también un legitimario, el pacto sucesorio no se verá afectado por esta causa, ya que «el legitimario preterido no tiene otro derecho que el que pueda corresponderle a reclamar la legítima colectiva frente a terceros, cuando exista lesión de la misma» (art. 192 Lsuc). Ahora bien, y teniendo en cuenta el precepto transcrito, si el instituido es un tercero, el preterido podrá reclamarle la legítima correspondiente, salvo que ésta la hayan percibido otros legitimarios (art. 172.2 Lsuc.).

b) La supervivencia o superveniencia de hijos a falta previsión del causante

En este caso el nacimiento de un nuevo hijo o la supervivencia del que se creía muerto, afectará a la eficacia del pacto sucesorio, pues al no estar reco-

⁶¹ El fuero *Donationibus* de 1398 atendió de forma expresa a este supuesto, y dispuso: «Y si tras la donación nacen algunos hijos naturales y legítimos y de ellos no se hizo mención en el momento de la donación, quede rota de inmediato dicha donación y sea tenida por no hecha cuando el hijo o los hijos reclamen contra esta donación». La superveniencia de hijos tras el otorgamiento del pacto (la donación de todos los bienes habidos y por haber) posibilitaba más que la revocación por parte del instituyente, su impugnación por parte de los preteridos.

Los fueristas consideraron el nacimiento de hijos del instituyente (donante) con posterioridad a la celebración del pacto sucesorio como una causa de revocación del mismo. Así, PORTOLÉS, ..., voz donatio, fol. 570, *op. cit.* nota. 3).

gidos estos supuestos como causa de revocación, estaremos ante un supuesto de preterición no intencional: 191 Lsuc.

Las consecuencias que se derivan sobre el pacto sucesorio son distintas según el instituido sea o no legitimario del instituyente.

En efecto, si el nombrado heredero es un extraño por no tener hijos el instituyente y no haber nombrado heredero o legatario a ningún otro descendiente, se producirá la delación abintestato del caudal relicto (art. 193.2 Lsuc.)

Por el contrario, si el pacto de institución ya había recaído en un legitimario, se reducirá la herencia hasta la mitad o de recaer entre varios de ellos, el preterido tendrá derecho a una porción del caudal relicto igual a la que corresponda al menos favorecido. (art. 193.1 Lsuc.)

Ahora bien, los efectos previstos en el art. 193.1 serán de aplicación, «salvo previsión en contrario del disponente». Por lo tanto, y al parecer, podrá el instituyente prever el supuesto y señalar al posible preterido una cantidad, no afectando entonces, y a mi juicio, la preterición no intencional a la eficacia del pacto sucesorio.

D) Legitimación y ejercicio de la acción de revocación

A ello se refiere el art. 86.2 y 3, que señala:

«La revocación unilateral deberá hacerse en escritura pública. El notario notificará a los demás otorgantes dentro de los ocho días hábiles siguientes. Sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, la falta de notificación no afectará a la eficacia de la revocación.— 3. Si la institución se hubiera inscrito en el Registro de la propiedad, su revocación podrá hacerse constar en el mismo una vez transcurridos tres meses desde el otorgamiento de la escritura».

a) Legitimación activa

Esta legitimado para revocar el pacto sucesorio el disponente, esto es, quien ordena su sucesión a través del pacto sucesorio.

a'. Ahora bien, teniendo en cuenta que en las diversas modalidades de pacto sucesorio se prevé la posibilidad de que haya una pluralidad de instituyentes, cabe pensar si la para revocar el pacto sucesorio deben o no actuar de forma conjunta todos los instituyentes: vgr. el pacto en favor de contratante en el que el padre y la madre instituyen heredero universal a uno de sus hijos, para revocar la institución, ¿deben de actuar conjuntamente?

La ley 118 de la Compilación navarra así lo establece⁶². La ley aragonesa de sucesiones no dice nada.

⁶² La ley 118 de la Compilación navarra dispone: «Cuando la donación se hubiera hecho conjuntamente por varios donantes, la revocación deberá hacerse respeto de la totalidad de los bienes y por todos los donante o sobrevivientes».

En atención al carácter personal del pacto y a la falta de previsión que en este punto tiene la ley, creo que no es necesaria la actuación conjunta de ambos instituyentes, de manera que cada uno, y por lo que a su sucesión convenga, podrá ejercitar de forma unilateral la revocación, perviviendo el vínculo sucesorio respecto del otro instituyente.

Con todo, si el nombramiento de heredero por parte de uno de los instituyentes está recíprocamente condicionado al del otro, será de aplicación lo dispuesto en el art. 88 Lsuc.

b'. La ley no establece si la acción de revocación es o no transmisible a descendientes u otros sujetos con derecho a la herencia.

En la legislación navarra se prevé expresamente la transmisibilidad de la acción si ya había sido interpuesta la demanda por los instituyentes (ley 118).

La ley aragonesa no dice nada y ello responde a la naturaleza personalísima del pacto sucesorio.

En efecto, tanto el otorgamiento del pacto sucesorio como su revocación, sobre todo si esta es en base a las causas previstas en el art. 86, es personalísima, de manera que no cabe representación, y tampoco sustitución, sobre todo si tenemos en cuenta que no es necesario un proceso para hacer valer las causas de revocación del pacto sucesorio.

En consecuencia, o las ejercita el instituyente, o nadie podrá hacerlo por él.

De cualquier manera, si la revocación del pacto diera lugar a un procedimiento judicial, e iniciado éste falleciera el instituyente, entiendo que podría continuar el proceso hasta su resolución, ocupando la posición del instituyente quienes resultaran ser sus herederos a falta de disposición paccionada (art. 16 Lec. 1/200 de 7 de enero)

b) Legitimación pasiva

La legitimación pasiva se deduce del art. 86.2 Lsuc. cuando señala que *«El notario la notificará (la revocación) a los demás otorgantes»*.

Los otorgantes serán, por tanto, los legitimados pasivamente, y son otorgantes el resto de instituyentes, si fueran varios; el instituido o instituidos a los que se pretende privar de la condición de herederos, que han intervenido en el pacto; la contraparte que recibe la voluntad del instituyente que ahora se quiere revocar; el renunciante a la herencia del disponente.

En general, todos los sujetos que en el pacto sucesorio hayan establecido alguna estipulación contractual con el disponente-revocante.

No es otorgante el tercero beneficiado con la institución, pues no ha intervenido en el otorgamiento del pacto sucesorio

c) Forma y notificación de la revocación.

Como requisito de validez, la revocación debe realizarse en escritura pública, que se notificará a los otorgantes en el plazo de ocho días hábiles.

La notificación no es requisito ni de validez ni de eficacia de la revocación: «Sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar, la falta de notificación no afectará a la eficacia de la revocación».

d) *Plazo de revocación, plazo de oposición*

La ley no establece plazo para el ejercicio de la acción de revocación. Por lo que parece que en vida del instituyente, éste podrá ejercitarla en cualquier momento, siempre que concurra causa para ello.

Ahora bien, la ley no regula un plazo ni un procedimiento para que los otorgantes a los que se ha de notificar (art. 86.2 Lsuc.) puedan manifestar su oposición a la revocación alegando lo que a su derecho convenga.

Ahora bien, resulta relevante a estos efectos lo dispuesto en el art. 86.3 Lsuc. «Si la institución contractual se hubiera inscrito en el registro de la propiedad, su revocación podrá hacerse constar en el mismo una vez transcurridos tres meses desde el otorgamiento de la escritura».

Según afirma BATALLA, «con ello se da tiempo para que pudiera anotarse con anterioridad a la inscripción de revocación una posible demanda de quien pudiera sentirse afectado en sus derechos por la revocación unilateral»⁶³.

Ciertamente no hay un plazo para que el instituido pueda oponerse a la revocación, ni tampoco se señala de qué forma puede hacerlo, si bien y por lo que respecta a esto último parece que será a través de una acción judicial.

De cualquier manera, a mi juicio, el legislador debería haber regulado un plazo de oposición a la revocación efectuada, pues obsérvese que mientras sea posible oponerse a la revocación la misma no será plenamente eficaz, y aunque es cierto que si transcurren tres meses, las adquisiciones posteriores de los bienes objeto de la herencia por un tercero en la condiciones del art. 34 Lh. serán inatacables, pero ello no liberará al instituyente de responsabilidad frente al instituido, de que a falta de otro plazo, pudiera el instituido atacar la revocación durante 15 años (art. 1964 C.c.)⁶⁴.

5. EFECTOS DE LA REVOCACIÓN E INEFICACIA DEL PACTO

A) *En general*

Si el pacto es ineficaz o es revocado, el instituyente, en principio, recobrará sus facultades de disposición *mortis causa*.

⁶³ BATALLA CARILLA, *Ley de sucesiones*. ..., *op. cit.* nota 7, p. 60.

⁶⁴ A mi juicio hubiera sido una buena ocasión para que el legislador estableciera un plazo de caducidad por el que el instituido-otorgante del pacto sucesorio pudiera manifestar su oposición a la revocación: por ejemplo, hubiera bastado con añadir que si en el plazo de tres meses desde que se le notificó la revocación el instituido no interpone éste demanda judicial oponiéndose a la misma, la revocación será ya inatacable.

Respecto del instituido, éste dejará de ser heredero contractual.

B) Modalidad de institución

a'. Para después de los días

Al no haber ninguna transmisión de bienes, en el aspecto patrimonial no habrá mayor problema, pues nada se había entregado, y nada habrá que retransmitir.

De cualquier manera, habrá que tener en cuenta si acaso subsiste el heredamiento en favor de los descendientes del instituido: bien porque así se pactó, bien porque opere la sustitución legal, bien porque hubiera dispuesto el heredero en favor de sus hijos.

b'. De presente

A ello atiende el art. 87 cuando señala que:

«Si no se hubiere convenido otra cosa, la revocación de la institución de presente produce la reversión al instituyente de los bienes transmitidos al instituido que éste conserve y de los subrogados en ellos».

En aras a la seguridad del tráfico jurídico subsisten los negocios ya realizados por el instituido, pues la retransmisión sólo opera sobre los bienes que aún se conserven en el patrimonio del instituido y de los subrogados en ellos. No juega aquí el sistema de recuperación del valor como en sede de donaciones.

En este supuesto, a lo que creo, no subsiste el Derecho de viudedad a favor del cónyuge del instituyente. (art. 76.1 Comp.).

Ahora bien, en estos casos no atiende la ley de sucesiones a la liquidación de los frutos pendientes o de las mejoras o inversiones que el heredero haya hecho, vigente el pacto, en los bienes transmitidos. A falta de designación expresa considero aplicables las reglas de la posesión del Código civil.

VII. LAS MODALIDADES DE PACTO SUCESORIO

1. LA INSTITUCIÓN A FAVOR DE CONTRATANTE: ARTS. 70 A 79 LSUC.

1. Concepto

La ley regula esta modalidad de pacto en el capítulo II del Tit. II.

La institución de heredero o de legatario a favor de contratante se caracteriza por ser una disposición a causa de muerte, unilateral, recepticia e irrevocable.

El instituyente (o instituyentes) dispone de su herencia a favor de la otra (u otras) parte contratante, que la acepta y, en consecuencia, *fallecido el instituyente, el instituido heredero o legatario no podrá repudiar la herencia o renunciar al legado* (art. 70 en relación con los arts. 6 y 7 Lsuc.) Se ha producido la efectiva delación de la herencia: el instituyente no puede disponer *mortis causa* en perjuicio del heredero o legatario contractual y el instituido no puede repudiar la herencia una vez fallecido el causante.

2. Clases

La ley clasifica los pactos de institución a favor de contratante en atención al momento en que tengan lugar los efectos transmisivos, bien en vida del instituyente bien a su fallecimiento (art. 7). De cualquier manera se establece como regla general, a falta de otra manifestación, que: «*no disponiéndose claramente lo contrario, se entenderá que la institución es para después de los días*» (art. 71.2).

Así, y dependiendo del momento en el que tenga lugar el efecto transmissivo, la institución será de presente cuando haya transmisión actual de bienes y «para después de los días» cuando no haya transmisión de bienes (art. 71) hasta el fallecimiento del instituyente.

3. Pactos de institución de heredero

La sucesión paccionada puede ser como señala el art. 66 a título universal o singular, y a ambos supuestos se refieren los arts. 70 y 71, pero es conveniente advertir que el legislador al regular cada una de las clases de institución a favor de contratante (y también en el supuesto de pacto de institución recíproca) sólo tiene en cuenta la designación a título universal.

2. INSTITUCIÓN PARA DESPUÉS DE LOS DÍAS: ARTS. 77 A 79

1. Concepto

Se denomina institución «para después de los días» a aquélla en la que «*la adquisición de los bienes por el instituido sólo se produce una vez fallecido el instituyente*» (art. 77). En consecuencia, el efecto transmissivo sólo se produce a la apertura de la sucesión (art. 5).

Ahora bien, en atención al vínculo sucesorio que señala el art. 71, la efectiva delación de la herencia ya se ha producido y, por lo tanto, es conveniente señalar los efectos que produce el pacto sucesorio antes y después de la muerte del instituyente, o sea antes de que se produzca la apertura de la sucesión⁶⁵.

⁶⁵ En esta materia sigo los planteamientos de MONASTERIO ASPIRI (cfr. *Los pactos sucesorios en el Derecho vizcaíno*, op. cit. nota 2) adaptados, desde luego, al Derecho aragonés.

2. Eficacia del pacto sucesorio para después de los días antes de la apertura de la sucesión

El pacto sucesorio «para después de los días» produce diversos efectos respecto de cada una de las partes contratantes (instituyente/es e instituido/os) debido al vínculo contractual que la sucesión paccionada produce entre ellos.

• En primer lugar me voy a referir a los efectos del pacto sucesorio respecto del instituyente.

A) En el ámbito sucesorio: Disposiciones de última voluntad

El instituyente queda vinculado por su declaración *mortis causa* al ser aceptada por la otra parte: el instituido.

Esta vinculación sólo tiene trascendencia de Derecho sucesorio. Lo que viene a significar que el instituyente no se ve privado de sus facultades de disposición inter-vivos, al menos a título oneroso (art. 78).

Ahora bien, como consecuencia de su carácter sucesorio, la disposición contractual produce un doble efecto: revocará las disposiciones testamentarias anteriores que sean incompatibles con el pacto (arts 85 y 117 Lsuc.) y anulará las otorgadas con posterioridad.

B) Disponibilidad inter-vivos.: el art. 78 LSCM.

Durante la vigencia de la Compilación ésta era una de las materias más complicadas y que, según manifestó en la doctrina aragonesa, necesitaba de una urgente reforma⁶⁶. La actual normativa responde y resuelve adecuadamente los problemas señalados por la doctrina.

En concreto, el art. 78 de la ley establece:

«1. Salvo pacto en contrario, el instituyente podrá disponer a título oneroso de los bienes objeto de la institución.—2. Para disponer a título gratuito de los bienes objeto de la institución, el instituyente necesitará el consentimiento del instituido. Se exceptúan las liberalidades usuales o de escaso valor».

a) La ley, a mi juicio con buen criterio, establece como principio general que la sucesión contractual no priva al instituyente de sus facultades de disposición *inter-vivos*, cuando la disposición se efectúe mediante título oneroso.

En efecto, se ha de partir de la premisa de que la delación contractual garantiza al instituido su posición efectiva de heredero (o legatario) contractual, pero no le garantiza que haya bienes al fallecimiento del causante, pues el pacto produce una vinculación sucesoria, no intervivos: el instituyente puede seguir disponiendo de sus bienes, siempre que dicha disposición no defraude de las expectativas del heredero.

⁶⁶ Vid. NAVARRO VIÑUALES, *Algunos problemas prácticos en materia de sucesión...*, pp 87 y ss. e *Instituciones aragonesas necesitadas de urgente reforma*, ..., pp. 85 y ss., obras citadas nota 8.

b) *Actos de disposición a título oneroso: art. 78.1.* El párrafo primero del art. 78 tiene carácter dispositivo: «*Salvo pacto en contrario*», de manera que de forma voluntaria podrían los otorgantes limitar las facultades de disposición del instituyente, requiriendo, por ejemplo, el consentimiento del instituido para disponer de los bienes inmuebles, o de explotaciones agrarias, mercantiles o industriales, etc.

Ahora bien, si no establecen ninguna limitación, el instituyente conserva plenamente sus facultades de disposición sobre los bienes objeto del pacto. Solución ésta, que me parece la más adecuada para esta clase de pacto sucesorio, pues el instituyente conserva la propiedad de los bienes objeto de la herencia y, por lo tanto, debe también conservar sus facultades de disposición. Además, siendo los actos de disposición a título oneroso, evidentemente, por aplicación del mecanismo de la subrogación, pasará a formar parte de su patrimonio y de la herencia lo que haya recibido como contraprestación.

Con todo, y puesto que la ley establece como regla general el hacer coincidir titularidad con facultades de disposición (78.1, 75 y 83), y en esta clase de pacto de institución, legalmente se conservan en el instituyente, se echa de menos en la ley una norma como la prevista en el art. 79.3 del Código de sucesiones catalán, que prevea expresamente la posibilidad de atacar los actos del instituyente hechos en fraude del heredamiento⁶⁷.

No obstante, aunque nada haya previsto de forma expresa la ley, en aplicación de principios generales, y en atención a cómo la doctrina científica ha venido manifestándose en este punto, creo que se puede afirmar que se podrán impugnar los actos de disposición realizados a título oneroso por el instituyente si media fraude o simulación por su parte.

Según señala MONASTERIO ASPIRI, para que prospere la impugnación, el heredero contractual o el que lo sea de éste en vida del causante, deberá probar que hubo abuso de derecho con ánimo de defraudar la institución⁶⁸.

c) *Actos de disposición a título gratuito. Art. 78.2.* A diferencia del párrafo anterior, el párrafo 2º del art. 78 presenta carácter imperativo: para disponer por título gratuito, el instituyente necesitará «*el consentimiento del instituido*».

La finalidad que persigue la norma es que la expectativas del heredero contractual sobre la herencia no se queden frustradas por las disposiciones del instituyente sin recibir por ellas contraprestación alguna.

Ahora bien, la ley habla de consentimiento del instituido, y evidentemente éste no es titular del patrimonio hereditario, que sigue en manos y en poder del instituyente.

⁶⁷ El art. 79.3 del CSC establece: « Los actos de disposición a título oneroso que de sus bienes el heredante realice serán anulables cuando sean otorgados en fraude del heredamiento, salvo que el adquirente sea extraño al fraude. Esta acción, y al de simulación, en su caso, sólo podrá ejercitarla el heredero, o quien lo sea de éste, incluso en vida del heredante».

⁶⁸ En este sentido, MONASTERIO ASPIRI, *Los pactos ...*, op. cit. nota 2, p. 558-559.

El consentimiento del que habla la ley, a mi juicio, es similar al consentimiento de cónyuge no propietario en el art. 51 Comp. Por lo tanto, equivale a asentimiento o conformidad con el acto de disposición⁶⁹.

Por mi parte considero que nos encontramos ante un supuesto de anulabilidad: la falta de dicho consentimiento no provoca la nulidad del acto de disposición, tampoco su inoponibilidad frente al heredero, ni es a mi juicio un acto incompleto, que requiere del consentimiento de otro sujeto para su perfección.

Se trata de la posibilidad que tiene el instituido (o quien lo sustituya) de anular dicho acto dispositivo realizado sin su asentimiento.

En consecuencia, serán de aplicación los arts. 1300 y ss del Código civil, al no establecer la ley aragonesa un sistema general de ineficacia.

El plazo será de cuatro años contados bien desde que el heredero o sus sustitutos tuvieran conocimiento del acto de disposición o a falta de tal conocimiento a la apertura de la sucesión.

C) Responsabilidad por deudas. art. 79

Esta era una de las cuestiones más problemáticas que se venían formulando vigente la Compilación, precisamente ante el silencio del legislador.

Ahora la ley ha resuelto el conflicto, señalando el art. 79 que:

«Los bienes objeto de la institución para después de los días responden de las deudas contraídas por el instituyente» «Los bienes objeto de la institución para después de los días responden de las deudas contraídas por el instituyente».

El art. 79 es una manifestación del principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1.911 C.c., y responde al sencillo criterio que adopta el legislador aragonés: el titular de los bienes puede disponer de ellos, y dichos bienes, en cuanto que son parte integrante de su patrimonio, responden de sus deudas, y no de las del heredero contractual. Sólo fallecido el instituyente formarán parte de su patrimonio (del instituido), y en consecuencia, será masa responsable de sus deudas, una vez satisfechas las del causante.

- Los efectos de pacto sucesorio sobre el instituido.

A) Posición del heredero contractual.

El pacto sucesorio confiere al instituido el título de heredero contractual irrevocable.

⁶⁹ Sobre la naturaleza del consentimiento a que se refiere el art. 51, y que podría servir para teorizar sobre el consentimiento a que se refiere el art. 78.2, *vid.* SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, *Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón*, en «Actas de los cuartos encuentros de Foro de Derecho aragonés», ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1995, pp. 65 y ss.

Dicho título, según señala la doctrina, es inembargable e imprescriptible, presentando su situación cierto paralelo con la figura del *rex designatus* del Derecho franco de los siglos XI y XII o la del Obispo coadjutor con Derecho de sucesión en el Derecho canónico⁷⁰.

B) Naturaleza jurídica del título de heredero

La doctrina científica, desde la Edad Media⁷¹, ha tratado es establecer cuál es la naturaleza jurídica del título de heredero contractual que, como señala MONASTERIO ASPIRI⁷², tiene una importante trascendencia práctica, porque en función de dicha naturaleza puede derivarse o no su transmisibilidad a los descendientes en el supuesto de premoriencia del heredero.

Evidentemente, el Derecho de transmisión lo regula expresamente la ley (art. 72), permitiendo tal efecto «*salvo pacto en contrario*», lo que de cualquier manera supone la efectiva transmisibilidad *mortis causa* del título de heredero contractual y, a mi juicio también, de un derecho subjetivo del propio instituido al que puede renunciar: de ahí que haya transmisión salvo pacto en contrario entre instituyente e instituido.

Pero cuál sea la naturaleza jurídica del título de heredero contractual me parece importante no sólo por lo que acabamos de exponer: su transmisión a los descendientes, ya prevista en la ley, sino por su disponibilidad voluntaria *mortis causa*, esto es, si puede o no el instituido designar heredero y transmitirle su misma posición jurídica para el caso de que él premuera al causante, lo que se torna especialmente relevante en el caso de pacto de presente: ¿habrá reversión al instituyente de los bienes transmitidos de presente?

Para algún sector de la doctrina, el vínculo sucesorio paccionado conlleva su irrevocabilidad, de ahí que la cualidad de heredero contractual ha de entenderse como un derecho adquirido, y por ello transmisible a los descendientes. Ahora bien, a falta de descendientes, y a pesar de considerarlo como un derecho adquirido, si el instituido fallece sin descendencia, no pasa su posición contractual a los herederos forzosos, sino que los bienes, si hubo transmisión por ser el pacto de presente, y las facultades de disposición *mortis causa*, reverterán al instituyente⁷³.

En la doctrina aragonesa la naturaleza del título contractual de heredero se ha visto por algunos como un llamamiento sometido a condición suspensiva⁷⁴,

⁷⁰ PALÁ MEDIANO, *Los señores mayores en la familia alto-aragonesa*, *op. cit.* nota 35, pp. 156-157; MONASTERIO ASPIRI, *Los pactos sucesorios...*, *op. cit.* nota 2 p. 585; CELAYA IBARRA, *Comentarios...*, *op. cit.* nota 29, pp. 324 y ss.

⁷¹ Vid. ROCA SASTRE, *La sucesión contractual en...*, *op. cit.* nota 29, p. 368 y ss.

⁷² Cfr. *Los pactos sucesorios...*, *op. cit.* nota 2, p. 586 y ss.

⁷³ Vid. MONASTERIO ASPIRI, *Los pactos sucesorios...*, *op. cit.* nota 2, p. 587 y ss y la bibliografía citada por la autora.

⁷⁴ Sobre esta materia Vid. BATALLA GÓNZALEZ, *La disponibilidad de bienes en Aragón...*, *op. cit.* nota 38, p. 353 y ss; COSTA, *Derecho consuetudinario...*, *op. cit.* nota 60.

de manera que si premoría el instituido no había transmisión, y quedaba ineficaz el llamamiento o como un derecho sujeto a término, justificándose así la posibilidad tradicional de transmitir el título de sucesor a los descendientes⁷⁵.

Para LACRUZ la muerte del causante es una *conditio iuris* de la operatividad de la disposición sucesoria, de manera que el heredero contractual tiene una expectativa, y su posición se asemeja a la del legitimario, por lo que debe de sobrevivir al causante para la plena eficacia del llamamiento. Sin perjuicio, —añadía— de que en los Derechos forales se pacte la transmisión del derecho sucesorio contractual a favor de los descendientes del instituido para el caso de que este premuera⁷⁶.

MONASTERIO ASPIRI considera que la naturaleza de la posición de heredero contractual se corresponde con la de un derecho expectante, a su vez encuadrable en la categoría de los derechos en fase de formación. Es un derecho potencial en su titularidad última, pero actual en su gravitación o afección. Condicionada su perfección a la supervivencia del instituido o su descendencia, y a la tenencia de hijos por parte del instituido, pero nacido en el momento del otorgamiento, inscribible y protegido jurídicamente.

En virtud de ello considera la autora que su naturaleza es semejante a la del Derechos expectante de viudedad, o un derecho que en la doctrina alemana se explica a través de la teoría del presupuesto de hecho, que reconoce que la adquisición de un derecho puede consistir en una serie de hechos que se producen sucesivamente, de tal modo que con cada uno de los hechos de adquisición que se da, se alcanza un grado previo del derechos, y contra más hechos hayan ido sucediendo, tanto más se acercan los grados previos a la existencia total del derecho.

Teniendo en cuenta esta teoría y la regulación del derecho transmisión en los diversos Derechos forales, concluye la autora que actúan como *conditio iuris* de la transmisión del título de heredero: la supervivencia del sucesor o de su descendencia⁷⁷.

A lo que creo esta es la naturaleza que mejor explica en qué consiste y que facultades integran la posición de heredero contractual.

Entre dichas facultades se integran i) la irrevocabilidad del llamamiento, puesto que se ha producido una efectiva delación que sólo puede ser destruida mediando acuerdo de las partes o causa de revocación *ex art. 86 de la ley*, y

⁷⁵ SOLANO NAVARRO, *Mi contribución respecto a la sucesión contractual ...*, *op. cit.* nota 38, p. 436; CRISTÓBAL MONTES, *El Derechos de transmisión en la sucesión contractual aragonesa*, RCDI, 1979, p. 336.

⁷⁶ LACRUZ y SANCHEZ, *Derecho de sucesiones I, ...*, *op. cit.* nota 12, p.728, 729y 731 y ss., *vid. también* PAÍL, *Los señores mayores...*, *op. cit.* nota 35, p. 192.

⁷⁷ MONASTERIO ASPIRI, *Los pactos sucesorios ...*, *op. cit.* nota 2, pp. 588 y ss.

también ii) el derecho ha hacer partícipes de su sucesión a sus descendientes, pero no a otros sujetos porque ello afectaría a la voluntad sucesoria del instituyente (art. 72).

Si esto es así, y teniendo en cuenta el Derecho de transmisión del art. 72, que parece responder a estos principios, nos queda por analizar si entre estas facultades del instituido cabe incluir la posibilidad de designar sucesor voluntario y a favor de qué sujetos.

C) Transmisión del título de heredero contractual

La posición de heredero contractual es personalísima y, por lo tanto, indisponible inter-vivos: no representa un valor económico, ni ninguna posibilidad de enajenación.

Ahora bien, cabe que nos preguntemos si el designado heredero puede disponer de su posición contractual mediante actos de disposición *mortis causa*.

La ley vasca en su art. 78 prevé de forma expresa tal posibilidad. La ley aragonesa no dice nada, y tan sólo prevé un llamado *derecho de transmisión* para el caso de premoriencia del instituido dejando descendencia.

Ahora bien, el párrafo 2º del art. 72 *in fine* señala que el instituyente, habiendo varios descendientes del instituido premuerto, podrá elegir a alguno de ellos, «*si no lo hubiere hecho ya el primer favorecido*».

Por lo tanto, es posible que el instituido disponga de sus expectativa hereditaria a través de actos de disposición *mortis causa* y en favor de descendientes, salvo que dicha posibilidad fuera excluida en el pacto o se dedujera del mismo (vgr. porque el instituyente hubiera nombrado un sustituto del instituido).

En consecuencia, la ley parece admite la posibilidad de que el heredero contractual, sea de presente o de futuro, pueda disponer *mortis causa* de su posición contractual de heredero, siempre que lo haga en favor de sus descendientes, y no se haya establecido otra cosa entre instituyente e instituido. Por lo tanto, es esta también una facultad que se integra dentro de la posición de heredero contractual.

3. Efectos del pacto sucesorio «para después de los días» tras el fallecimiento del causante

Fallecido el causante, se abre la sucesión y la posición jurídica del instituido equivale a la del heredero testamentario, con la peculiaridad de que ya aceptado la herencia y, por lo tanto, no puede repudiarla (art. 70).

Por estar aceptada la designación, fallecido el instituyente opera la transmisión de los bienes del causante objeto del pacto sobre los que el heredero contractual ya tenía un derecho expectante.

En todo lo demás, las reglas serán las que prevé la ley en orden a la responsabilidad del heredero (arts. 40 y ss).

3. INSTITUCIÓN DE PRESENTE: ARTS. 74 A 76

1. *Concepto*

Se denomina institución de heredero universal «de presente» a aquélla en la que «*el instituido adquiere todos los derechos de que sea titular el instituyente, salvo los que se hubiera reservado*» (art. 74).

En consecuencia, se transmiten al heredero todos los bienes que de presente tenga el instituyente, salvo aquéllos que sean intransmisibles, inherentes a la persona o queden excluidos por el pacto.

Los bienes que con posterioridad adquiriera el instituyente, salvo pacto en contrario, «*pasarán al instituido en la forma establecida para la institución para después de los días*» (art. 74.2).

El párrafo 2º del art. 74 soluciona un viejo problema que se venía planteando en la doctrina, y era precisamente qué régimen debían seguir los bienes que adquiriera el instituyente una vez otorgado el pacto de presente.

Para SAPENA se transmitía al heredero contractual la nuda-propiedad de los bienes que el instituyente fuera adquiriendo con posterioridad al pacto, y que así, decía, era entendido consuetudinariamente⁷⁸. Esta es una solución que no se prohíbe, pero para que actúe es preciso pacto expreso.

2. *Naturaleza*

A diferencia de lo que sucede en Derecho catalán (art. 84 CSC), la institución de heredero de presente no es en Aragón un negocio mixto (donación de bienes y designación de heredero para el futuro), sino un fenómeno sucesorio en el que el efecto transmisivo se adelanta a la apertura de la sucesión (art. 7 y 68.1)⁷⁹.

Al igual que hemos hecho respecto del pacto para después de los días, conviene tener los efectos del pacto sucesorio de presente antes y después de la apertura de la sucesión.

3. *Eficacia del pacto sucesorio de presente antes de la apertura de la sucesión*

A) *Vinculación del causante y disponibilidad mortis causa.*

Respecto del instituyente se producen los mismos efectos que hemos señalado para el pacto «para después de los días».

⁷⁸ Cfr. *El pacto sucesorio en el Alto Aragón*, op. cit. nota 35, p. 739.

⁷⁹ En este sentido, NAVARRO VIÑUALES, *Instituciones forales necesitadas de una urgente ...*, op. cit. nota 8, p. 98.

B) Disposición de bienes inter-vivos: art. 75.

El instituyente transmite al instituido los bienes presentes, por lo que pierde la titularidad de los mismos y el *ius disponendi* pasa también al designado.

Esta titularidad la recibirá con las limitaciones pactadas: Por ejemplo, el señorío mayor, o cualesquiera otras reservas, cargas o modalidades.

Eso es lo que establece el art. 75 de la ley al disponer:

«Salvo pacto en contrario, el poder de disposición sobre los bienes que le hayan sido transmitidos corresponde al instituido, con las limitaciones establecidas».

El art. 75 Lsuc. sigue el esquema ya visto respecto del pacto «para después de los días»: el titular de los bienes será el titular del poder de disposición, salvo pacto en contrario.

En efecto, en el pacto de presente, si no se introduce ninguna limitación, el *ius disponendi*, por definición ha de corresponder al propietario de los bienes, que será el instituido.

Eso es lo que significa «*salvo pacto en contrario*», pues bien pudiera ser que el instituyente hubiera establecido la necesidad que el instituido cuente con su consentimiento para disponer de los bienes transmitidos, o bien no transfiriese al heredero la libre disponibilidad de dichos bienes: solo por título oneroso, sólo respecto de los muebles, etc..

C) Responsabilidad por deudas: art. 76

Este precepto ha venido a resolver uno de los principales problemas que se planteaban en la legislación anterior.

En concreto, dicho precepto dispone:

«Sobre los bienes transmitidos de presente, los acreedores por deudas contraídas por el instituyente con anterioridad al pacto sucesorio tienen preferencia respecto de los acreedores del instituido».

El precepto sigue con la filosofía planteada en el artículo anterior, y en aplicación del art. 1911 C.c., considera con acierto que dichos bienes han ingresado ya en el patrimonio del instituido, y por lo tanto son patrimonio responsable de sus deudas.

Ahora bien, también en aplicación de las reglas generales del Derecho patrimonial, y teniendo en cuenta los medios de protección del crédito, el art. 76 establece una suerte de preferencia entre acreedores, de manera que cuando sobre dichos bienes, ya en poder del instituido, concurren deudas del instituyente anteriores al pacto, los mismos siguen sujetos a dicha responsabilidad.

En efecto, si las deudas son anteriores al pacto (o siendo posteriores se ha realizado el pacto en fraude de acreedores), dichos bienes siguen respondiendo de las deudas del instituyente.

Por ello, si hubiera también acreedores del instituido que concurrieran para el cobro con acreedores del instituyente, éstos serán preferentes para cobrarse sobre los bienes objeto del pacto.

Por las deudas posteriores al pacto, y que no sean fraudulentas, evidentemente dichos bienes no responden en vida del instituyente.

Esto era por lo demás lo que la doctrina aragonesa venía defendiendo⁸⁰.

D) Posición del heredero contractual de presente

Se producen también los mismos efectos señalados respecto de la institución para después de los días.

4. Eficacia del pacto sucesorio de presente fallecido el causante

Al igual que señalábamos respecto del pacto de institución «para después de los días», el heredero contractual será un heredero normal, si bien en este caso habrá recibido ya parte de la herencia en vida de su causante y no podrá repudiar la herencia. El resto de los bienes que no hubieran sido transmitidos, lo adquiera el instituido a la muerte del causante.

Su responsabilidad como heredero será la prevista en la ley.

2. INSTITUCIÓN RECÍPROCA: ARTS. 80 Y 81 DE LA LEY

1. Concepto

El pacto sucesorio de institución recíproca, o en Aragón denominado «*agermanamiento o pacto al más viviente*» consiste, como ahora indica su nombre, en la recíproca institución de herederos por parte de ambos otorgantes que son a su vez, instituyentes e instituidos.

Nos encontramos ante un pacto bilateral y recepticio, que en vida de ambos otorgantes se somete al régimen jurídico del pacto sucesorio para después los días (art. 80.4 Lsuc.).

En consecuencia, en vida de ambos otorgantes cada uno de ellos tiene un derecho expectante a ser heredero del otro, sometido a la condición inevitable de supervivencia, así como lo demás requisitos en relación a la capacidad sucesoria previstos en la ley.

2. Sujetos

A) No es necesario ser cónyuges

Hasta la ley de sucesiones de 1999, *el agermanamiento o pacto al más viviente* sólo podía convenirse entre esposos o cónyuges.

⁸⁰ Vid. NAVARRO VIÑUALES, *Instituciones forales ...*, *op. cit.* nota 8, p. 102 y 103. El art. 86 del CSC prevé una regla similar a la aragonesa.

En concreto, SAPENA⁸¹ lo analizaba como uno de los pactos típicos otorgados en favor del viudo, definiendo y caracterizando de la siguiente manera a esta institución:

«la naturaleza jurídica del agermanamiento es un heredamiento mutuo o condicionado que según el caso se traduce en una institución de heredero, sustitución pupilar o fideicomiso de residuo, como seguidamente veremos. Los contrayente, para el caso de morir sin descendencia se instituyen mutua y recíprocamente herederos universales (...).»

El art. 80 y 81 de la ley no requiere ahora como se exigió tradicionalmente en Aragón la relación matrimonial para otorgar este pacto.

Por lo demás, y por lo que respecta a la vecindad civil, en principio lo dos tendrán que ser aragoneses si bien por aplicación analógica del art. 102 Lsuc. bastará con que uno de ellos lo sea y al otro no se lo prohíba su ley personal.

3. Efectos

A) La institución de heredero como efecto propio del pacto de institución recíproca

a) En la tradición jurídica aragonesa los efectos propios del pacto de institución recíproca de herederos, además de ser posible su otorgamiento únicamente entre cónyuges, se hacían depender de la existencia o no de hijos, señalando COSTA, que dicho pacto se solía concertar entre segundones y cuando parecía seguro que ya no iban a tener descendencia⁸².

De manera que si sobrevivían hijos de ambos cónyuges, el pacto de institución no surtía sus efectos propios, y a lo mas se concedía al cónyuge supérstite la facultad de fiducia y el usufructo universal, que quizás no le correspondía por ley en tiempos pretéritos.

Pues bien, en virtud de esta tradición se regularon los efectos del pacto al más viviente en el art. 108 de la Comp.

En consecuencia, dicho pacto sólo era posible entre cónyuges, y para que produjera plenos efectos (la efectiva institución de heredero en favor del sobreviviente) no debían de sobrevivir hijos del instituyente premuerto.

En el caso de que sobrevivieran hijos, la ley distinguía entre que fueran sólo descendientes del premuerto o comunes a ambos, declarando en el primer caso ineficaz el pacto, y en el segundo transformándolo, *ministerio legis*, en concesión de usufructo y fiducia en favor del supérstite⁸³.

Todo ello, además, acompañado de debates doctrinales sobre la naturaleza imperativa o dispositiva de este precepto en todas o en algunas de sus partes,

⁸¹ SAPENA, *El pacto sucesorio en el Alto Aragón*, op. cit. nota 35, 767 y ss.

⁸² COSTA, *Derecho consuetudinario y...*, op. cit. nota 60, p. 228

⁸³ Por todos, vid. MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios ...*, op. cit. n.18, p. 246 y ss

así como las críticas que también recibía la diferencia de tratado a que estaba sometida la institución recíproca de herederos según se estipulara en pacto sucesorio o en testamento mancomunado.

Pues bien, interesa ahora que nos preguntemos si la supervivencia de hijos sigue siendo o no una condición de eficacia del pacto de institución, ya que ahora la ley de sucesiones de forma expresa permite instituir heredero a un extraño aun cuando haya legitimarios (art. 172).

b) El párrafo 1º del art. 80 dispone:

« En la recíproca institución de heredero o pacto al más viviente, el sobreviviente hereda los bienes del premuerto, siempre que éste no tenga descendientes, o todos ellos fallezcan antes de llegar la edad para poder testar ».

Este párrafo, siguiendo el Derecho aragonés tradicional, parece imponer como *conditio sine qua non* para que uno de los otorgantes llegue a ser heredero del otro es necesario: i) que el premuerto no tenga descendientes o ii) que todos ellos hayan fallecido antes de la edad para poder testar.

c) Ahora bien, según me parece, la previsión del art. 81.1 no es del todo exacta, y creo que en la ley de sucesiones, y a diferencia de lo que sucedía en el Derecho anterior, la supervivencia o no de descendientes de uno de los otorgantes de esta modalidad de pacto sucesorio no priva necesariamente al otro de su condición de heredero.

En efecto, en la ley de sucesiones la existencia o no de descendientes del instituyente premuerto no es condición de eficacia (o de ineficacia de la institución), sino tan sólo un elemento modificativo del *quantum* que llegue a recibir el supérstite.

La ley de sucesiones permite instituir heredero a un extraño aun cuando haya legitimarios, con la única exigencia de respetar la legítima de éstos (la 1/2 del caudal).

Las anteriores afirmaciones creo que se derivan de lo dispuesto en el art. 81.1 Lsuc., que a la sazón establece:

« Los otorgantes podrán establecer las previsiones que tengan por conveniente para el caso de que les sobrevivan descendientes, comunes o no, respetando la legítima de los mismos ».

Por lo tanto, y a lo que creo, el párrafo 1º del art. 80 no contiene una *condición de eficacia* de la institución recíproca de heredero, sin o tan sólo un efecto subsidiario para el caso de que no se hay previsto otra cosa⁸⁴.

⁸⁴ El planteamiento que ahora hace la ley soluciona, a mi juicio, el problema que el art. 108 Comp. venía planteando al ser considerado todo él imperativo (o al menos su párrafo 1º) por algún sector importante de la doctrina, lo que hacía suponer que habiendo hijos *no surtía su efecto propio* la institución recíproca de herederos. Vid. SÁNCHEZ-RUBIO, *El pacto al más viviente en la Compilación del Derecho civil de Aragón*, en «Segundos Encuentros de Foro de Derecho aragonés», ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1993, p. 83 y ss.; GARCÍA VICENTE, *Comentario al art. 95 Comp.* en

La regla general, entonces, es el art. 81.1: Los efectos del pacto al más viviente serán los que de forma voluntaria establezcan los otorgantes (respetando la legítima)⁸⁵, a falta de dicha previsión, y habiendo hijos se estará a lo dispuesto en el párrafo 2º del art. 81.

Teniendo en cuenta este planteamiento, los efectos del pacto de institución recíproca dependerán, en todo caso, de lo que hayan dispuesto los otorgantes (art. 81.1), si no han dispuesto nada, de que al premuerto le sobrevivan o no descendientes (arts. 80.2. y 3), y de sobrevivirle éstos, si son o no comunes a ambos otorgantes (art. 81.2)

B) Efectos de la institución recíproca de heredero si sobreviven descendientes sin haber establecido disposición al respecto

La regulación del supuesto se encuentra en el art. 81.2 que es una transcripción de los párrafos 1 y 2 del art. 108 Comp.

En consecuencia, lo mismo que de ellos se decía cabe afirmar ahora, si bien señalando el carácter subsidiario de la disposición: «A falta de disposición expresa sobre este particular», dice ahora la ley.

a) *Supervivencia de hijos de sólo del premuerto.* A este supuesto se refiere el párrafo 1º del art. 81.2 siendo las consecuencias las que se venían señalando con respecto al art. 108.1 Comp., esto es, la ineficacia del pacto sucesorio: la invalidez de la institución hereditaria del otro otorgante, dando lugar a la apertura de la sucesión intestada⁸⁶.

b) *Supervivencia de hijos comunes.* Tal y como se venía afirmado con anterioridad a la reforma, la institución se transforma, *ministerio legis*, en el usufructo universal y vitalicio y en la facultad de distribuir la herencia⁸⁷.

De cualquier manera obsérvese que esta transformación *misterio legis* no tiene ahora el mismo alcance que tenía respecto del art. 108 Comp.

Vigente la Compilación los únicos que podían otorgar pacto al más viviente eran los cónyuges, de manera, que salvo pacto en contrario (art. 72, 73 y 74

«Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón, vol. III, dirigidos por José Luis Lacruz Berdejo† y Jesús Delgado Echeverría, ed. DGA, Zaragoza, 1996, p.218 y ss; DELGADO ECHEVERRÍA, *Testamento mancomunado aragonés*, en «Setenes Jornades de Dret Català ade Tossa, 24 a 26 septiembre de 1992, Barcelona, 1994, p. 299. Por su parte MERINO consideró que toda la norma era dispositiva (cfr. Merino HERNÁNDEZ, *Comentarios ...*, op. cit. nota 18, p. 246 y ss. y CRISTÓBAL MONTES en parte sí y en parte no (Cfr. *Comentarios a la Compilación ...*, op. cit nota 18, p.274 y ss

⁸⁵ A estos efectos, tener en cuenta el art. 189 para evitar la preterición (Sobre mención suficiente cabe entender lo mismo que en art. 120 de la Comp. vid CALATAYUD SIERRA, *Las legítimas en Aragón*, en «Actas de los terceros encuentros de Foro de Derecho aragonés», ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1994, p.66)

⁸⁶ Cfr. MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios ...*, op. cit. nota 18, p. 258 y ss.

⁸⁷ Cfr. MERINO HERNÁNDEZ, *Comentarios ...*, op. cit. nota 18, p. 260 y ss.

Comp.) lo más previsible era que el cónyuge supérstite ya tuviera viudedad universal, y en ese sentido poco añadía la disposición del art. 108 Comp.

Ahora sensatamente no se hace referencia a la viudedad, pues los otorgantes pueden no ser cónyuges, y lo que se reconoce a favor del supérstite es el Derecho real de usufructo y la facultad de distribuir la herencia entre los descendientes, esta facultad deberá someterse a las reglas de la fiducia.

C) Efectos del pacto de institución recíproca si no sobreviven hijos

a) No habiendo hijos o muriendo todos ellos antes de la edad para poder testar, el sobreviviente hereda todos los bienes del premuerto sin ninguna limitación, pues no hay que salvaguardar legítima de los descendientes.

b) El párrafo 2 del art. 80 dispone:

«Los terceros designados herederos o legatarios en los bienes que quedaren al fallecer el último de los otorgantes del pacto sucederán en los bienes del primeramente fallecido, directamente de éste, como sustitutos de aquél, salvo estipulación en contrario».

El párrafo 2º prevé la posibilidad de que ambos otorgantes establezcan a su vez un pacto sucesorio en favor de tercero, que recibirá los bienes que quedaren del primeramente fallecido como heredero suyos y sustitutos del segundo fallecido (sustitución fideicomisaria de residuo), o que disponiendo individualmente (cada uno de los otorgantes respecto de sus propios bienes) las estipulaciones estuvieran recíprocamente condicionadas (art. 88). De cualquier manera, sería admisible la disposición mediante testamento.

c) Si no hay llamamiento a tercero, la ley prevé lo que ya establecía el art. 108.3 Comp., pero solucionando viejos problemas.

En efecto, el párrafo 3º del art. 80 dispone:

«Si no hubiera ulterior llamamiento a tercero, fallecido el instituyente supérstite sin haber dispuesto por cualquier título de los bienes procedentes del primeramente fallecido, se deferirán los que quedaren a los parientes llamados en tal momento, a la sucesión legal de éste, como herederos suyos y sustitutos de aquél. A falta de estos parientes, tales bienes quedan integrados en la herencia del sobreviviente».

En primer lugar, y como señala BATALLA⁸⁸, lo más característico del precepto es su parte final, pues el llamamiento abintestato a los herederos del primeramente fallecido es sólo a favor de parientes, excluyéndose el posible llamamiento a la Comunidad autónoma (o Diputación) a falta de tales parientes, ya que en ese supuesto *«tales bienes quedarán integrados en la herencia del sobreviviente»*.

Precisado lo anterior, son requisitos para la aplicación de esta norma: i) el fallecimiento de uno de los otorgantes sin descendientes, ii) que no haya dispuesto de los bienes suyos que quedaren al fallecimiento del otorgante

⁸⁸ BATALLA CARILLA, *Ley de sucesiones. Comentarios breves ...*, op. cit. nota 7, p. 57.

supérstite y ya heredero suyo, iii) que éste (el heredero en virtud del pacto de institución recíproca) tampoco haya dispuesto de dichos bienes por ningún título.

Concurriendo estos requisitos se producirá sobre dichos bienes, y porque así lo establece la ley, una nueva sucesión a la que están llamados los herederos abintestato del premuerto que lo sean al tiempo de abrirse la sucesión del otorgante supérstite, y heredarán al premuerto como sustitutos de éste.

3. PACTO EN FAVOR DE TERCERO: CAPÍTULO IV: ARTS. 82 Y 83

1. *Concepto*

El pacto a favor de tercero se caracteriza porque es una modalidad en la que la institución sucesoria no se realiza en favor de ninguno de los otorgantes del pacto, sino de un tercero, que no concurre al otorgamiento.

Tradicionalmente, la institución en favor de tercero se realizaba en capítulo matrimoniales y en favor de los hijos nacederos del que resultaba en dichos capítulos instituido heredero.

En Aragón, no se exige para la validez de la institución una relación de parentesco entre los instituyentes, ni tampoco el que los favorecidos sean descendientes, como así lo exige la legislación catalana⁸⁹.

2. *Posición de las partes*

A) *El tercero instituido*

a) Tal y como señalara LACRUZ cuando el favorecido por la institución es un tercero que no ha concurrido al contrato, éste solo tiene una expectativa, pues su derecho no se consolida hasta la apertura de la sucesión.

El tercero favorecido no contratante en vida del instituyente tiene tan solo una expectativa, como cualquier otro heredero o legatario, de manera que puede ser privado de su nombramiento mediante el otorgamiento de un nuevo contrato sucesorio entre disponente y cocontratante.

Por ello, se puede afirmar siguiendo a LACRUZ que no estamos ante un contrato a favor de tercero en el sentido del Derecho de obligaciones, no resultando aplicable el art. 1257.2 Cc⁹⁰.

b) *Capacidad del tercero.* A no ser parte del contrato sucesorio no se le exige ninguna capacidad especial, puede ser un menor de edad o un concebido o no nacido; en general, basta con la capacidad para suceder.

c) *Adquisición de la herencia o legado.* La expectativa del derecho del tercero se consolida al fallecimiento del instituyente sin haber modificado o revocado

⁹⁰ PUIG FERRIOL, *Instituciones del Dret ...*, op. cit. nota 7, p. 265,

su disposición. En ese momento, como en la sucesión testamentaria o legal procederá a aceptar o repudiar la herencia deferida, puesto que no ha tenido lugar la efectiva delación.

Esto es lo que dispone el art. 82 de la ley:

«En el pacto sucesorio a favor de tercero, no podrá éste aceptar la herencia o adquirir el legado hasta que, fallecido el instituyente, no se la defieran»

En consecuencia, en estos supuestos se aplica la regla general del art. 6.1 de la ley.

B) El instituyente

Es el sujeto que dispone de sus bienes *mortis causa*, bien a título universal o particular, en favor de un tercero, quedando vinculada su voluntad frente al cocontratante que la recibe.

Su capacidad se rige por las reglas generales (art. 63).

El disponente puede ser uno sólo recibiendo el cocontratante su voluntad o como señala el art. 65 pueden disponer varios contratantes a favor de un tercero o terceros.

a) *Vinculación mortis causa y efectos.* Como en toda disposición contractual, el instituyente queda privado de sus facultades de disposición *mortis causa*: sólo contando con el consentimiento del cocontratante podrá modificar su decisión o concurriendo causa de revocación, que tendrá que se opuesta frente a la otra parte contractual (no frente al tercero instituido).

b) *Vinculación intervivos.* Su regulación se encuentra en el art. 83, que dispone:

«Salvo que otra cosa se haya pactado, el instituyente podrá disponer entre vivos de sus bienes, tanto a título oneroso como lucrativo».

Como regla general, el pacto en favor de tercero no limita las facultades de disposición inter-vivos del instituyente, salvo que así lo acuerden las partes. La posición del instituido es aquí mucho más débil, puesto que no tiene acción contra el instituyente aunque defraude el heredamiento, la pregunta es si tendría acción el cocontratante.

C) El cocontratante

La persona que recibe la declaración de voluntad *mortis causa* del instituyente, quedando vínculo éste frente a aquél. A su vez, él también podrá actuar como instituyente, ya que no excluye el pacto a favor de tercero esta posibilidad. Como señala el art. 63 de la ley, aun cuando no disponga y se limite a recibir la voluntad del instituyente, el cocontratante deber también mayor de edad.

4. PACTOS SUCESORIOS DE RENUNCIA. CAPÍTULO V: ART. 84

1. *Concepto*⁹¹

Una modalidad más de pacto sucesorio son los llamados *pactos de non succedendo*, que tienen por finalidad el que uno de los sujetos que pudiera resultar favorecido en la herencia del *De cuius* pacte la renuncia a la dicha sucesión.

Tal situación se regula en el art. 84:

«1. Son válidos los pactos de renuncia o transmisión sobre la herencia futura otorgados entre el renunciante o renunciantes y la persona o personas de cuya sucesión se trate.— 2. Tales pactos pueden referirse a todos los derechos sucesorios o a parte de ellos, establecerse a título gratuito u oneroso».

Este precepto, si se le compara con el derogado art. 106 Comp. es mucho más amplio, al admitir expresamente —nunca se considero que estuviera prohibido, aun refiriéndose tan sólo el art. 106 a la legítima— cualesquiera pactos de renuncia y sobre cualesquiera derechos hereditarios.

2. *Pacto renunciativo o repudiación anticipada: El efectivo llamamiento y vinculación del De cuius*⁹²

La diferencia con los pactos positivos o de sucesión es clara, pues mientras en los adquisitivos es el causante el que regula su propia sucesión, en los renunciativos el disponente es precisamente un presunto heredero o legatario que renuncia a su expectativa.

Obsérvese que para poder renunciar a una herencia no es preciso tener derecho a ella, pues cabe repudiar de antemano cuanto eventualmente pudiera provenir al renunciante.

En cambio, para la efectividad de la renuncia sí es preciso que medie un llamamiento o expectativa, pues sólo en relación a ellos adquiere aquélla contenido.

En efecto, cuando el heredero o legatario está nombrado de un modo vinculante (contrato celebrado con él o con un tercero o en testamento mancomunado con disposición correspondiente) o es legitimario, y conviene con el causante la extinción de sus respectivos derechos, hay efectiva liberación del vínculo que impedía al causante disponer de sus bienes de otra manera.

Por ello, obsérvese que faltando la efectiva vinculación del *de cuius* más que de renuncia a la herencia cabe hablar de una repudiación anticipada a una eventual herencia, que ni mejora ni empeora la situación del causante.

⁹¹ LACRUZ, *Derecho de sucesiones ...*, op. cit. nota 12, p. 719.

⁹² LACRUZ, *Derecho de sucesiones ...*, op. cit. nota 12, p. 752.

Los pactos de renuncia a los que se refiere el art. 84 creo que hay en cuadrarlos en esta modalidad.

3. Validez

Del art. 84.1 en relación con el art. 62 se deduce que no son posibles los pactos sobre la herencia de un tercero: sólo son posibles los pactos sobre la herencia futura estando presente el causante de la misma.

4. Caracteres

La manifestación de renunciar a los derechos actuales es, en sí unilateral y no recepticia. Mas tratándose de adquisiciones *mortis causa* no realizadas, parece, en cambio, que cualquier renuncia permitida precisa, para su eficacia inmediata —es decir, para que no pueda arrepentirse el renunciante— su aceptación por un cocontratante, a caso porque no siendo posible el despojo inmediato de unos bienes que no se han adquirido aún, únicamente vinculando la propia voluntad a otra queda firme la posible futura eficacia de la renuncia⁹³. Así, la renuncia presenta precisamente un carácter paccionado, no siendo unilateral, sino convenida, y muchas veces a cambio de un contraprestación.

Esto último lo prevé expresamente el art. 84.2 cuando señala que tales pactos (los de renuncia) *pueden «establecerse a título gratuito u onerosos y sujetarse a condición»*.

5. Modalidades

A) En general

En la tradición aragonesa, y documentados en capítulos matrimoniales, aparecían diversos pactos que se calificaban como pactos de renuncia por la doctrina aragonesa, aunque en verdad no lo eran.

Así se hablaba de la i) Renuncia de hermanos no herederos, por la que éstos renuncian a la herencia paterna y materna al tiempo de su matrimonio o de su separación definitiva de la casa, recibiendo a cambio la dote, ii) Típico era también el pacto de renuncia del cónyuge forastero, que al casar con el heredero de otra casa recibía su dote y renunciaba a los derechos que pudieran corresponderle en la casa paterna y materna de la que salía⁹⁴.

En ambos casos, no había una propia renuncia a la herencia al haber en Aragón un sistema de legítima global.

Un pacto de renuncia sucesoria en el sentido que venimos explicando puede surgir cuando se establece la preferencia sobre un grupo de hijos frente a

⁹³ Así lo afirma LACRUZ, (cfr. *Derecho de sucesiones* ..., *op. cit.* nota 12, p. 752).

⁹⁴ Vid. por todos SAPENA, *El pacto sucesorio* ..., *op. cit.* nota 35, pp. 758 y ss.

otros: En primer matrimonio se pacta que uno de los hijos del primer matrimonio ha de ser heredero, de manera que se excluye de la designación a los hijos que tuviera con posterioridad el binubo. En un casos como éste, queda libre el instituyente para nombrar a un hijo del segundo grupo.

B) En especial, la renuncia a la legítima: art. 177

El art. 177 prevé y regula la posibilidad de renunciar a la legítima. Dicha renuncia puede efectuarse tanto antes como después de la delación, y si es antes de forma unilateral o mediante pacto.

De cualquier manera en un sistema de legítima global la renuncia a la legítima sólo tendrá valor significativo para el causante cuando sólo exista un legitimario.

Ahora bien, la renuncia a la legítima cobra a mi juicio un interés especial al permitir de forma expresa la ley que el nombramiento de heredero recaiga sobre un extraño, salvaguardando, desde luego, la legítima. Si media renuncia a la misma ni tan siquiera se verá afectado el *quantum* hereditario, e incluso renunciando alguno de los legitimarios, si además recibe algo como contraprestación podrá ser imputado como pago de la legítima global (art. 175 Lsuc.).

Por lo demás, y tal y como señala el párrafo 3 del art. 177 *«La renuncia a la legítima, salvo declaración en contrario, no afectará a los derechos que correspondan al renunciante en la sucesión legal ni a los que provengan de la sucesión voluntaria del causante»*.

EL VÍNCULO ADOPTIVO EN LA SUCESIÓN ARAGONESA

Alfredo SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA

Profesor titular de Derecho Civil

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.- II. LEY APLICABLE.- III. EL VÍNCULO DE PARENTESCO MÁS ALLÁ DE LA RELACIÓN ADOPTANTE-ADOPTADO.- IV. EL PARENTESCO POR ADOPCIÓN EN LA VIGENTE SUCESIÓN ARAGONESA. a) La equiparación de filiaciones en Aragón; b) Los vínculos con la familia de origen del adoptado; c) Capacidad para suceder; d) Indignidad; e) Sustitución legal; f) Consorcio foral; g) Sucesión voluntaria, en general; h) Fiducia colectiva; i) Legítima; j) Sucesión legal ordinaria; k) Recobro de liberalidades y sucesión troncal.- V. PROBLEMAS DE DERECHO TRANSITORIO. a) Adopciones realizadas conforme al primer texto del Código civil; b) Adopciones realizadas a partir de la reforma por Ley de 24 de abril de 1958. VI. CONCLUSIÓN DE *LEGE FERENDA*.

I. PLANTEAMIENTO

En la Ley de sucesiones por causa de muerte, de 24 de febrero de 1999, como en la generalidad de los ordenamientos sucesorios –también en el derogado Libro II de la Compilación– la relación de parentesco es un término de referencia instrumental no sólo en la relación directa entre el causante y el llamado a sucederle, sino en cuanto vínculo que relaciona a otras personas implicadas en el fenómeno sucesorio: sustituto y sustituido, parientes llamados a la fiducia colectiva; persona de quien proceden los bienes y heredero troncal...etc.

Aunque obvio, no es ocioso resaltar aquí que el parentesco por naturaleza surge siempre de la procreación, que genera la línea recta con las personas que descienden unas de otras, mientras la colateral se origina en los hermanos a partir de la filiación repetida de un mismo progenitor. Esta es, sin duda, la razón por la que los textos positivos se ocupan únicamente de definir, regular

y establecer los efectos de la filiación, entendiendo que de ella derivan automáticamente las demás relaciones parentales.

Superada, a partir de Constitución Española (arts. 14 y 39), la larga etapa de desconocimiento, privación o minoración de efectos de la filiación históricamente llamada ilegítima, la Ley 11/1981, de 13 de mayo, dio nueva redacción a los preceptos que regulan la filiación en el Código civil equiparando ante la ley a todos los hijos de sangre sin distinción entre los habidos en el seno del matrimonio y fuera de él. Pero el artículo 108 Cc., en la redacción hoy vigente que le diera la citada ley de 1981, no sólo equipara las filiaciones matrimonial y no matrimonial, sino también la adoptiva, de suerte que todas ellas *«...surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código»*. Ahora bien, mientras las normas constitucionales impiden que la ley discrimine entre los hijos por naturaleza, la igualdad entre estos y los adoptados —y la de los adoptados de distinta clase entre sí— no parece tener amparo inmediato en el texto de la Constitución, porque entre ellos existe una diferencia *por razón del nacimiento*¹. Ello no obstante, el Auto del Tribunal Constitucional de 27 de enero de 1992, que decretó la inadmisión del recurso de amparo interpuesto frente a la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1991, inicia una orientación favorable a dispensar amparo constitucional a la equiparación de la filiación adoptiva con la filiación por naturaleza, orientación que se advierte también en la sentencia del propio Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1999, y más acusadamente en el voto particular formulado en ella por el magistrado Sr. Jiménez de Parga, aunque no por el principio de igualdad de los hijos sino del general de igualdad ante la ley.

En suma, aunque el art. 108 Cc. equipara todas las filiaciones, la de los hijos matrimoniales y no matrimoniales —hijos ambos por naturaleza— goza a todas luces de amparo constitucional, mientras la de la filiación adoptiva con aquellas tiene su asiento en el Código civil y más dudosamente en la Constitución.

La Exposición de Motivos de la Ley aragonesa 3/1988, de 25 de abril, «sobre equiparación de los hijos adoptivos», entiende que el art. 14 de la Constitución *«abre unas posibilidades que otros ordenamientos jurídicos, concretamente el Código civil y el catalán, han aprovechado ya para establecer una total equiparación entre la filiación adoptiva y la biológica»*; argumento erróneo en la medida en que para que la ley ordinaria establezca la igualdad entre los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza no es necesaria una declaración constitucional en tal

¹ En este sentido se han pronunciado, de una parte, la sentencia del Tribunal Constitucional 33/1983, de 4 de mayo, que no considera inconstitucionales las diferencias establecidas en las leyes ordinarias entre las adopciones plena y menos plena; y, por lo que afecta a las que puedan existir entre la filiación por naturaleza y la adoptiva, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1991, señala que *«los arts. 14 y 39.2 de la Constitución, no implican una «constitucionalización» de los hijos en punto a su igualdad respecto de los padres más que en los que sean de la sangre, sin posible discriminación de si son «intra» o «extra» matrimoniales como se infiere del párrafo 3 del mismo art. 39, pero sin que se configure un derecho de igualdad respecto de los adoptivos con relación a la familia del adoptante»*.

sentido ya que, aunque puedan entenderse incluidos los hijos adoptivos en la formulación positiva del art. 39.3 CE como en la prohibitiva del citado art. 14, aunque tales preceptos no existieran (o antes de la promulgación de la Constitución) nada impedía la igualación de todos los hijos, adoptivos incluidos. El párrafo transcrito es correcto si pretende expresar la idea de que sólo desde el momento en que son iguales ante la ley todos los hijos de sangre, matrimoniales o no, puede estimarse justo que se equiparen a ellos a los hijos por adopción.

En todo caso, hay que determinar en el marco de la legalidad ordinaria si la igualdad de efectos que estatuye el referido art. 108 Cc. es total a efectos sucesorios, o bien *conforme a las disposiciones de este Código* —y, evidentemente también, conforme a cualquier otra ley aplicable— tal igualdad de efectos puede quedar limitada, excluida o de alguna forma modalizada, en caso de que la Constitución no lo impida.

Como queda dicho, esta cuestión adquiere relevancia en la medida en que las relaciones parentales se integran en el supuesto de hecho de unos preceptos sucesorios que en su inmensa mayoría no precisan si, siendo adoptivo alguno de los vínculos de filiación que entran en juego en la determinación del parentesco, el resultado es el mismo que si fueran de consanguinidad, producen un efecto distinto, o acaso ninguno. En la sucesión aragonesa —sin ánimo de enumerar exhaustivamente— mediante la sustitución legal los descendientes de un descendiente, o los descendientes de un hermano del causante, ocupan el puesto de aquel en la sucesión de este; los primeros llamamientos a la sucesión legal se hacen a favor de los descendientes, de los ascendientes y, después del cónyuge, de los colaterales; en Aragón son legitimarios los descendientes de cualquier grado del causante; y los hermanos, sus hijos y nietos son sucesores troncales privilegiados, tienen derecho al recobro de liberalidades.

En todos estos casos cabe preguntarse si a la sucesión del padre, del hermano o del tío abuelo del adoptante puede concurrir el adoptado como su sustituto legal; si el adoptado es legitimario en la sucesión de los ascendientes de su adoptante, o es en ella un extraño; si el instituido bajo fideicomiso o sustitución condicionales, cuya efectividad depende de que fallezca sin descendencia (la fórmula tradicional *si sine liberis decesserit*) debe entenderse que existe tal descendencia cuando llevó a cabo una adopción y, como cuestión quizá más relevante por la falta de sincronía con los principios que informan la troncalidad, si el adoptado por el padre biológico de un causante muerto sin posteridad es heredero troncal al amparo de lo dispuesto en el art. 211.1º de la vigente ley de sucesiones aragonesa, y puede afirmarse que tal adoptado pertenece a la línea de procedencia de los bienes troncales que pertenecieron a la familia del adoptante.

Los abundantes cambios legislativos habidos en el régimen jurídico de la adopción a lo largo de los últimos cincuenta años plantean problemas de derecho transitorio. Entre el momento en que se realizó una adopción y aquel en que el vínculo creado por ella ha de surtir efecto en una sucesión —más frecuentemente la del adoptante, uno de sus ascendientes o colaterales, aunque

también puede ser la del adoptado- suele transcurrir un dilatado periodo de tiempo, de modo que las normas que regulan la adopción en el momento de abrirse la sucesión son distintas de aquellas a cuyo amparo se adoptó, y es preciso establecer si los efectos de la adopción en relación con el adoptante y su familia, y con la familia de procedencia del adoptado -al menos para determinar si se establecen vínculos de parentesco con aquella, y si subsisten o se extinguen con ésta-, son los que le atribuían las normas reguladoras de la adopción al tiempo de celebrarse o, por el contrario, los que le asignan las vigentes en el momento de apertura de la sucesión².

II. LEY APLICABLE

Atendido el sistema de fuentes, para determinar las normas que rigen estas relaciones es preciso acudir en primer término al derecho civil de Aragón.

En el derecho histórico, el Fuero único *de adoptionibus*³ contempla una adopción abierta incluso al que ya tiene descendencia legítima en la que el adoptado se encuentra en pie de igualdad sucesoria con los hijos de sangre, al disponer que *cualquiera, aunque tenga hijos legítimos, puede adoptar a otro, quien, muerto su padre, tendrá, a la vez que los legítimos, que pagar sus deudas y le sucederá juntamente con estos*. Refiere ISABAL la discrepancia de los autores acerca de la subsistencia de la adopción así concebida, citando a ASSO y DE MANUEL entre los que la consideraban en desuso, opinión que FRANCO y GUILLEN mencionan sin hacerla suya, mientras LISSA, DEL PLANO, MARTÓN y SANTA PAU entendían que en la época anterior a la promulgación del apéndice, estaba plenamente vigente⁴.

Sin dejar margen alguno a la duda, afirmaba COSTA que, *por derecho aragonés, la filiación adoptiva es idéntica en cuanto a sus efectos a la filiación por Naturaleza, y compatible además con ella*⁵. El Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1.880-1.881 se mostró decididamente contrario a permitir que quien tuviera hijos legítimos pudiera adoptar a un extraño, oficiando el propio COSTA como cronista que da cuenta de las discusiones habidas en el seno del Congreso acer-

² Las sentencias del Tribunal Supremo fechadas entre 1970 y 1991 en que se enjuician cuestiones sucesorias derivadas del vínculo adoptivo, corresponden a adopciones realizadas entre los años 1951 y 1957; por tanto, sujetas al régimen que establecía la primitiva redacción del Código civil, lo que supone que entre la adopción y la sucesión existe un periodo medio de tiempo en torno a los treinta años.

³ También la Observancia 27 *De generalibus privilegiis totius Regni Aragonum*.

⁴ ISABAL Y BADA, MARCELIANO. *Exposición y Comentario del Cuerpo Legal*, Reimpresión de la edición de 1926 por el R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza, 1985, pág. 122.

⁵ COSTA MARTÍNEZ, JOAQUÍN, *La libertad civil y el congreso de jurisconsultos aragoneses*, en «Obras de Joaquín Costa», Guara Editorial, Zaragoza, 1981. Vol. I, pág. 271.

ca de esta cuestión, y de los argumentos —ciertamente exagerados— que alguno de los congresistas empleó apoyando un acuerdo en tal sentido ⁶. En todo caso, sin perjuicio de que en Aragón existan y hayan subsistido instituciones familiares consuetudinarias que guardan un lejano parecido con la adopción⁷, es lo cierto que a partir del Apéndice al Código civil, de 7 de diciembre de 1925, cuyo art. 78 disponía que a partir de su entrada en vigor quedaba *totalmente derogado el Cuerpo legal denominado «Fueros y Observancias del Reino de Aragón»*, nuestro derecho civil carece de una regulación propia de la adopción, siendo la contenida en el Código civil la que desde entonces ha regulado la materia, incluso tras la promulgación de la Ley aragonesa 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos, cuyo artículo 2º reconoce la existencia de este vacío legal al decir que «*en tanto las Cortes de Aragón no aprueben una legislación propia sobre adopción, en la Comunidad Autónoma será de aplicación la normativa del Código civil y demás leyes generales del Estado en la materia*».

Es notorio, sin embargo, que Aragón cuenta con su propia regulación de la sucesión por causa de muerte, que actualmente es completa al haber suprimido la Ley vigente las abundantes remisiones expresas al Código civil existentes en el derogado Libro II de la Compilación; pero es preciso acudir a dicho Código en lo que a la regulación de la adopción se refiere, y ello en la medida en que de la adopción surge una relación de parentesco, que es vínculo al que, como queda dicho, anuda la ley sucesoria importantes consecuencias en el campo que le es propio.

Existe, no obstante lo dicho, algún precepto relativo a la adopción en la Compilación del Derecho civil de Aragón y en la Ley de sucesiones por causa de muerte, aunque no alcanzan a establecer un régimen claro ni lo bastante completo como para dar solución a todos los problemas.

El art. 19 Comp., en redacción que procede de la Ley 3/1988, de 25 de abril, oficialmente rubricada «sobre equiparación de los hijos adoptivos», dispone:

1. Los hijos adoptivos tendrán en Aragón los mismos derechos y obligaciones que los hijos por naturaleza.

2. Siempre que la legislación civil aragonesa utilice expresiones como «hijos y descendientes» o similares, en ellas se entenderán comprendidos los hijos adoptivos y sus descendientes.

⁶ El ponente, Sr. Zugarramurdi, mantuvo que la adopción por quien tenía hijos de sangre «... reviste todos los caracteres de una verdadera intrusión; que profana el santuario de una familia perfecta, debilitando los fundamentos esenciales de la sociedad doméstica, inoculando en ella gérmenes de división, haciendo palidecer el afecto purísimo del hogar con la sombras del interés y abriendo siquiera sea un resquicio por donde pueda entrar con disfraz mal disimulado la inmoralidad y el pecado.» COSTA MARTÍNEZ, JOAQUÍN, *op. cit.*, pág. 272.

⁷ El *acogimiento*, el *casamiento a sobre bienes* y la *dación personal*, con las variantes vigentes en algunos valles y comarcas, presentan ciertas analogías con la adopción en la medida en que unas personas pasan a depender de otras de las que no son parientes de sangre, en una relación familiar o cuasi familiar, aunque no son de ningún modo figuras equivalentes a la adopción.

El art. 157 de la Ley de sucesiones por causa de muerte, integrado en su Título V, que recoge las «Normas comunes a las sucesiones voluntarias», dispone en el último de sus apartados:

e) Cuando se llama a un determinado grupo de parientes, como «hijos» o «hermanos», sean del causante o de otra persona, se entienden comprendidos los matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos que vivan o estén concebidos al tiempo en que se defiera la herencia.

III. EL VÍNCULO DE PARENTESCO MÁS ALLÁ DE LA RELACIÓN ADOPTANTE-ADOPTADO

Aunque ninguna norma positiva lo diga de forma explícita, el parentesco por naturaleza o de sangre tiene la propiedad transitiva, en virtud de la cual si dos cosas son iguales a una tercera son iguales entre sí; de suerte que si A es pariente de B y B es pariente de C, A es pariente de C.

Por el contrario, podemos advertir que la relación familiar que no se origina por vínculo de sangre sino por intervención de la voluntad humana no cumple la propiedad citada; y así sucede con el parentesco por afinidad que deriva del matrimonio: cada cónyuge es afín de los miembros de la familia del otro, pero los consanguíneos de uno no tienen ningún vínculo de parentesco por afinidad con los consanguíneos del otro. Como el matrimonio, el vínculo adoptivo tiene también origen negocial y, aunque las relaciones inmediatas de filiación entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes, de otra, están hoy definidas en las leyes con suficiente claridad, subsiste la duda razonable acerca de si trascienden más allá de este círculo cuando no existe una norma legal que así lo declare.

La equiparación del art. 108 Cc. y, por lo que afecta al ordenamiento aragonés, la disposición del art. 19.1 Comp., atribuyen actualmente al adoptado la condición de hijo del adoptante o adoptantes, con un *status filii* a todos los efectos idéntico al del hijo por naturaleza. La adopción produce la extinción de todos los vínculos del adoptado con su familia de procedencia (art. 178 Cc.), con cuyos miembros tiene la consideración de extraño o no-pariente, salvo en los casos contemplados en la excepción prevista en el propio art. 178 Cc., que permiten la conservación del vínculo de filiación singular con el padre o madre, a través del cual mantendrá el parentesco con los demás miembros de esta rama. En su caso, la extinción de la adopción prevista en el art. 180 Cc., vuelve las cosas a su primitivo estado, dejando sin efecto los vínculos transitoriamente creados y reviviendo los extintos.

En una primera aproximación, suele afirmarse que alcanza también al adoptado el mismo *status familiae* que al hijo por naturaleza, por lo que es nieto de los padres de su adoptante, hermano de los demás hijos de este y, en general, pariente en el grado que corresponda de todos los que lo son del

adoptante, como si de su hijo biológico se tratase. Efectos estos de la adopción aceptados pacíficamente por la doctrina, afirmando GUILARTE que tras la reforma de 1987 existen «recíprocos derechos sucesorios entre el adoptado y el adoptante y los parientes por naturaleza de este»⁸, y PÉREZ ÁLVAREZ que «en los términos de los arts. 915 y ss. del Código civil, la adopción ocasiona el parentesco, no sólo entre el adoptante y el adoptado, sino además entre el adoptado y quienes son sus parientes por naturaleza»⁹.

Esta cuestión no precisaría un análisis mas detenido si no fuera porque al menos dos sentencias mantienen de forma nítida y palmaria la tesis opuesta: una, la ya aludida de 23 de mayo de 1991, procede de la Sala Primera del Tribunal Supremo; y la segunda, de 19 de julio de 1993, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. Aunque en ambos casos se trata de argumentos *obiter dictum*, sin influencia en la resolución de fondo de sus respectivos asuntos, el hecho de que ambos Tribunales -juzgando en casación también el Superior de Justicia de Cataluña- nieguen la relación de parentesco entre el adoptado y la familia por naturaleza del adoptante, exige una consideración más atenta.

La sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1991, se pronuncia en los siguientes términos: *la Ley de 13-5-81, en que al redactarse el art. 176 se decretaba que la adopción causaba parentesco entre el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante, mandato legal que quedó suprimido por el art. 2 de la Ley de 7 julio del mismo año y que aunque reapareció temporal y un tanto subrepticamente por disposición del art. 5.1 de Ley tan extraña a la adopción como la de Reforma de la Tutela de 24-10-83, no ha sido mantenido tal mandato en la novísima Ley sobre Adopción de 11-11-87, modificativa CC y LEC, ni en la redacción del art. 176 ni de ningún otro de los integrantes del Capítulo 5, Título VII, Libro 1 del texto sustantivo mencionado primeramente.... Lo que sí se mantiene es la relación paterno filial entre adoptante y adoptado, consecuente a lo dispuesto en el art. 108 CC por el que se consagra esta ficción legal a semejanza de lo proveniente de la naturaleza y cuyos firmes y encomiables lazos producto de un negocio jurídico en el que se reflejan sentimientos afectivos trascendentes intuitu personae, llegan a producir la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de sangre anterior, generalmente (art. 178.1 de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre), pero ello no podía por la propia naturaleza de la institución alcanzar más allá de los propios interesados en su formalización, es decir, al resto de los familiares, cuyo consentimiento técnicamente y en puridad doctrinal hubiera sido imprescindible para que les pudiera afectar, por no radicar su infraestructura jurídico-social en lazos tan asépticos e involuntarios como los de la sangre, sino en la única y exclusiva voluntad de los comprometidos, de ahí, que por la gran inseguridad jurídica que encierra dicho mandato —ya desaparecido tras la basculante y artificial voluntad legislativa—, no pueda servir de apoyo más que a los derechos e intereses de los propios interesados, adoptante y adoptado, en la formalización de la adopción».*

⁸ GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, EDERSA, 1989, Tomo XIII, Vol. 1º, pág. 63.

⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, MIGUEL ÁNGEL. *La nueva adopción*. Cívitas, Madrid, 1989, pág. 209.

Por su parte, la sentencia de 19 de julio de 1993, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dice: «*la moderna Ley de adopción catalana (Llei 30 desembre 1991, de Protecció dels menors y adopció) establece que la adopción produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza y que causa parentesco entre el adoptante sus ascendientes y descendientes, y el adoptado y sus descendientes (arts. 26 y 27), con lo que se viene a establecer un régimen distinto del Código civil donde (salvo los interregnos entre las leyes de 13 mayo y 7 julio 1981, y 24 octubre 1983 y 11 noviembre 1987) el adoptado no tiene parentesco con la familia del adoptante*».

Ambas sentencias se apoyan en un argumento de antigua formulación que si subsiste tras la equiparación de filiaciones es como consecuencia natural de una omisión, oportunamente advertida en su día por el informe del Consejo General del Poder Judicial, de 3 de diciembre de 1986 al Proyecto de ley de reforma del Código civil en materia de adopción, luego promulgado como Ley 21/1987, de 11 de noviembre. Acusaba el citado informe que falta «*la fijación del efecto positivo de la adopción ... en el sentido de declarar que produce los mismos efectos que la filiación por naturaleza en todo tipo de relaciones jurídicas, incluido el parentesco con la familia por naturaleza del adoptante*»; precisión que, como recoge la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, figura en la Ley de Adopción catalana y que era de todo punto recomendable incorporar al Código civil en la medida en que, desde la primera reforma del régimen de la adopción por Ley de 24 de abril de 1958, siempre existió un precepto que declaraba los efectos que producía la adopción en orden al parentesco: el art. 174 Cc. en la versión resultante de dicha reforma dispuso que «*La adopción produce parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes legítimos, de otra; pero no respecto a la familia del adoptante, con excepción de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales*», texto que mantuvo el art. 176 Cc. en términos prácticamente idénticos¹⁰ tras la reforma del régimen de la adopción por Ley de 4 de julio de 1970. El art. 176 Cc. en esta última versión fue a su vez modificado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, ampliando a toda la familia del adoptante el parentesco nacido de la adopción al disponer que «*la adopción causa parentesco entre el adoptante, el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante*», y ello tras haber señalado en el propio artículo que al hijo adoptivo corresponden «*los mismos derechos y deberes que al hijo por naturaleza*».

En un alarde de incongruencia legislativa¹¹, el artículo 176 Cc. que, como hemos visto, acababa de ser modificado por la Ley de 13 de mayo de 1981, fue suprimido inmediatamente por la Ley 30/1981, de 7 de julio, para ser más tarde repuesto en sus propios términos por la Ley 13/1983, de 24 de octubre,

¹⁰ Las diferencias se reducen a que el nuevo texto dice «*causa parentesco*» donde el anterior decía «*produce parentesco*»; suprime el calificativo «*legítimos*» que aplicaba el texto de 1958 a los descendiente del adoptado; y dice «*sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos...*», donde el anterior decía «*con excepción de lo dispuesto sobre impedimentos...*».

¹¹ En relación con las causas y efectos de este «vaivén legislativo», *vid.* mi libro *Derechos sucesorios de los hijos adoptivos...* cit., págs. 119-120 y las opiniones allí recogidas de R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, M. A. PÉREZ ÁLVAREZ, J. ARCE FLOREZ-VALDÉZ y J. L. MERINO HERNÁNDEZ.

completando el proceso calificado con toda justicia de «basculante y artificial» por la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1991, que contribuyó a añadir mayor confusión en un problema en sí mismo complejo.

En efecto, es totalmente lógico argumentar que si la equiparación de la filiación adoptiva con la de sangre que establece el art. 108 Cc. en la redacción de 13 de mayo de 1981 es bastante para que no sólo el *status filii* de unos y otros hijos sea el mismo, sino que también lo sea el *status familiae*, del que deriva el parentesco del adoptado y sus descendientes con la familia del adoptante, era a todas luces innecesario que la propia Ley de 13 de mayo de 1981 modificase el texto del art. 176 Cc. para declarar la existencia de parentesco que nos ocupa; y, si ambos preceptos formaban parte de la misma Ley, redactada en un único proyecto y objeto de una discusión parlamentaria común, cabe pensar que el legislador estimaba insuficiente la equiparación del art. 108 Cc., y necesaria la declaración del art. 176 Cc. El posterior proceso de supresión y reposición de este artículo refuerza esta línea argumental ya que, tanto si la supresión en julio del propio año 1981 se debió a un error -según es la común opinión- o a que se estimaba innecesario, su reposición en 1983 es incomprensible si la identidad de *status familiae* del adoptado y el hijo por naturaleza se asienta exclusivamente en el art. 108 Cc.; y si se repuso el precepto porque era necesario, habrá que concluir que el adoptado y sus descendientes no tienen hoy parentesco con la familia del adoptante, dado que una declaración igual o equivalente a la de aquel art. 176 se suprimió del Código civil a partir de la Ley de 11 de noviembre de 1987.

En la legislación aragonesa, el art. 19.1 Comp. no tiene mayor alcance ni arroja más luz sobre el problema que el art. 108 Cc., pues ciertamente los hijos adoptivos están equiparados en Aragón a los hijos por naturaleza, pero el tenor del precepto presenta las mismas dificultades para extender su ámbito de aplicación más allá de que la relación adoptante-adoptado es equivalente a la relación padre-hijo; dificultades que no elimina el número 2 del artículo, al incorporar una regla interpretativa únicamente referible a la relación entre el adoptante y «los hijos adoptivos y sus descendientes», sin posible aplicación a la relación de esos «hijos adoptivos y sus descendientes» con los demás miembros de la familia del adoptante. Si el legislador aragonés hubiera tenido intención de incluir esta relación, debía haberse valido de un texto similar al del párrafo segundo del art. 176 Cc., en la redacción dada por la Ley de 13 de mayo de 1981, ya que el empleado resulta insuficiente a tal fin.

La equiparación contenida en el art. 157 e) Lsuc. no es de aplicación general a las sucesiones, ya que se trata de una norma interpretativa de los llamamientos en favor de *un determinado grupo de parientes, como «hijos» o «hermanos»*, en el ámbito de la sucesión voluntaria (Título V de la Ley). El hecho de que el precepto contemple que tales parientes llamados puedan serlo del causante o de otra persona resulta útil a los fines que nos ocupan, ya que comprende sin duda alguna a los adoptados por el hijo, por el nieto, por el hermano o por cualquier otro pariente y, por tal razón, si el precepto en cuestión hubiera sido incluido en el Título I de la Ley, configurándolo como aplicable a las sucesio-

nes aragonesas en general, el problema que nos ocupa estaría resuelto; pero al ubicarlo entre las «normas comunes a las sucesiones voluntarias» parece evidente que la Ley quiere limitar a ellas su ámbito de aplicación. Con ello, una argumentación rigurosamente lógica conduce a que la Ley de sucesiones por causa de muerte excluye el vínculo adoptivo, salvo para el caso previsto en su art. 157 e), en cuyo solo caso alcanza al adoptivo el llamamiento del testador u otorgante de pacto hecho a favor de parientes sin especificar, siempre que no haya manifestado su voluntad claramente en otro sentido.

No parece lógico que el criterio legal establecido para interpretar la voluntad del disponente por causa de muerte no esté previsto también para los llamamientos que hace la propia Ley, cuyos preceptos no permiten incluir a los adoptivos en los mismos términos que en art. 157 e) comentado: en dicho precepto se les menciona expresamente, junto a los matrimoniales y no matrimoniales, vivos o concebidos al tiempo de la delación, mientras que fuera de la sucesión voluntaria, los hijos matrimoniales y no matrimoniales son de igual condición por mandato constitucional, y el *nasciturus* está amparado por el art. 10.1 Lsuc., de suerte que es el adoptado el único que no está expresamente incluido en los llamamientos legales a favor de grupos de parientes.

IV. EL PARENTESCO POR ADOPCIÓN EN LA VIGENTE SUCESIÓN ARAGONESA

Según lo expuesto, el tratamiento de la cuestión que nos ocupa debe partir de los siguientes presupuestos:

1.º La igualdad entre los adoptados y los hijos por naturaleza carece de amparo constitucional claro, teniendo únicamente apoyo en la legalidad ordinaria, que puede reconocerla o excluirla.

2.º Ante la ausencia de normas propias reguladoras de la adopción, rigen en Aragón las normas del Código civil que regulan sus requisitos, procedimiento y régimen.

3.º En Aragón, los efectos que produce la adopción son también los que determina el Código civil, a excepción de aquellos que establezca expresamente la legislación civil aragonesa. De acuerdo con este criterio, acorde con el sistema de fuentes del art. 1.1 Comp., la igualdad de los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza se produce en Aragón *ex* art. 19 Comp. y no *ex* art. 108 Cc., si bien la ruptura de vínculo de parentesco con la familia de procedencia del adoptado se apoya en el art. 178 Cc.

4.º Tanto en el Derecho civil de Aragón como en el Código civil, las relaciones del adoptante o adoptantes con el adoptado y sus descendientes son idénticas a las que existen entre el padre/madre y sus hijos y descendientes,

pero no existe norma expresa que determine la extensión del parentesco del adoptado y sus descendientes con la familia del adoptante.

5.º En las sucesiones regidas por la legislación aragonesa, los derechos sucesorios de los hijos adoptivos se rigen por ella, con exclusión de las normas sucesorias del Código civil, que únicamente son de aplicación como derecho supletorio.

A) LA EQUIPARACIÓN DE FILIACIONES EN ARAGÓN

Aunque los preceptos positivos vigentes en uno y otro ordenamiento sean tan similares en su redacción como ha quedado manifiesto, cabe argumentar que, independientemente de lo que suceda en el ámbito del Código civil, puede alcanzarse en Aragón una interpretación favorable a la existencia de un auténtico *status familiae* del adoptado que le iguala totalmente a los hijos por naturaleza, atendida la sede normativa de las respectivas normas de equiparación de filiaciones y los precedentes mediatos. Aunque no sean de gran calado, los argumentos son reales y permitirían alcanzar para Aragón una solución al problema que nos ocupa.

Por la sede de las normas reguladoras de la adopción, el Código civil las incluye entre las que regulan la filiación, y así el capital art. 108 inicia el Capítulo I, rubricado «De la filiación y sus efectos», dentro del Título V del Libro I, rubricado «De la paternidad y filiación»; en el propio Libro I, dentro del tratado «De las relaciones paterno-filiales» del Título VII, se encuentra el Capítulo V, que dedica a regular la adopción y otras formas de protección de menores. Por su parte, el art. 19 de la Compilación de derecho civil de Aragón, aunque se limita únicamente a proclamar la equiparación de la adopción con la filiación por naturaleza, se integra en el Título III del Libro I, rubricado «De las relaciones parentales y tutelares», lo permite sostener sin forzar la literalidad del texto que los derechos y obligaciones que en régimen de igualdad corresponden a los adoptados a tenor del art. 19 Comp. son los propios de una relación parental tan amplia como la que se atribuye a los hijos por naturaleza, y no la limitada a la relación paterno-filial del adoptante con el adoptado, que resalta en la sistemática del Código civil.

Prestan apoyo también a la conclusión apuntada los precedentes legislativos, dado que el ordenamiento civil aragonés carece de los antecedentes desfavorables, en cuanto limitativos de los efectos del vínculo de parentesco, que hasta la reforma de 1981 contenía la normativa reguladora de la adopción en el Código civil. Ciertamente, hasta la reforma de 1988 la Compilación aragonesa no estableció la igualdad de los hijos adoptivos, por lo que hasta entonces puede afirmarse que le afectaban las mismas limitaciones contenidas en la regulación del Código civil desde su promulgación; sin embargo, si nos remontamos históricamente más atrás, hasta que fuera derogado por el Apéndice, el fuero único *de adoptionibus* colocaba al adoptado en igualdad sucesoria con el hijo de sangre en una época en que la mayoría de los ordenamientos no le atribuían derecho alguno. Podemos deducir de ello que de acuerdo con los prin-

cipios tradicionales inspiradores del ordenamiento aragonés, que contempla el art. 1º.1 Comp., su derecho histórico estableció desde antiguo la plena igualdad de los adoptados con los demás hijos.

Pese a todo, será posible sostener también en el ámbito del derecho aragonés, con apoyo en el argumento de la aludida sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1991, que la adopción es el resultado de un negocio jurídico *intuitu personae* que no puede «por la propia naturaleza de la institución alcanzar más allá de los propios interesados en su formalización, es decir, al resto de los familiares, cuyo consentimiento técnicamente y en puridad doctrinal hubiera sido imprescindible para que les pudiera afectar», y sostener con este apoyo la ausencia de relación de parentesco entre el adoptado y sus descendientes con la familia del adoptante, lo que aboca a la supresión de los derechos que como tal pariente pudieran corresponderles en la sucesión de aquellos familiares.

Y, apurando los argumentos en pro y contra, cabe también sostener que la relación nacida de la adopción constituye un auténtico estado civil ¹², de modo que las relaciones que de ella nacen no pueden interpretarse a la luz de criterios que pertenecen al ámbito del derecho patrimonial, como en último término se advierte en la aludida sentencia del Tribunal Supremo, que en el aspecto que nos ocupa no hace nada distinto que aplicar puntualmente a una relación jurídico-familiar la norma contractual contenida en el párrafo primero del art. 1.257 Cc., cuando las relaciones de estado civil surten efecto *erga omnes*.

B) LOS VÍNCULOS CON LA FAMILIA DE ORIGEN DEL ADOPTADO

Culminando un proceso de debilitación progresiva de las relaciones entre el adoptado y su familia de procedencia, la adopción actual produce su ruptura total, según dispone el art. 178 Cc., ruptura de la relación de parentesco que debe tenerse en cuenta en la sucesión aragonesa, en cuyo ámbito produce todos sus efectos.

Rige también en Aragón la excepcional conservación de parentesco entre el adoptado con su padre o madre, en los supuestos legalmente establecidos en el propio art. 178 Cc. La finalidad perseguida por estas excepciones es que el adoptado pueda alcanzar una situación familiar en la que se complete el primer grado de sus ascendientes: que tenga padre y madre; pues como la adopción sigue siendo unipersonal en el régimen del Código civil —pese a que pueden adoptar conjuntamente los cónyuge y los dos miembros de las parejas estables no casadas— una ruptura de vínculos con la familia de procedencia sin excepciones llevaría también a extinguir el vínculo con el progenitor de

¹² El Auto del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1997, en relación con el *exequatur* de la resolución judicial extranjera de adopción de un menor, entiende que «la materia que constituye el objeto afecta, por lo tanto, al estado civil de las personas».

sangre cuando se adopta al hijo del cónyuge —quizá el más importante de los supuestos exceptuados en el art. 178 Cc.— o cuando adopte a quien sólo tiene establecida la filiación paterna o materna una persona de distinto sexo al del único progenitor conocido.

La extinción de la adopción se rige por el art. 180 Cc., en cuyo caso se rehabilitan los vínculos del adoptado con su familia por naturaleza y desaparecen los nacidos de la adopción que se extingue.

C) CAPACIDAD PARA SUCEDER

El criterio determinante de la capacidad sucesoria de las personas físicas en el art. 10.1 Lsuc. hace explícita referencia a la filiación biológica derivada de la procreación, toda vez que exige el haber *nacido* o estar *concebido* al tiempo de la apertura de la sucesión; para quienes aún no lo estén, en el ámbito de la sucesión voluntaria amplía el precepto, en su último inciso, la aptitud para ser sucesor a «los *hijos* aún no *concebidos* de persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión».

La disposición sucesoria del causante, necesaria en todo caso al tratarse de sucesión voluntaria, instituirá o dispondrá en favor de los eventuales hijos —normalmente, sin mayor precisión¹³— que pueda tener en tiempo venidero determinada persona viva al tiempo de la apertura de la sucesión. La amplitud del término *hijos* del art. 10.1 Lsuc. no plantea problema en el ordenamiento civil aragonés, al serle de aplicación la norma interpretativa del art. 19.2 Comp., estando comprendidos los adoptivos, pero los términos en que está redactado, «*hijos aún no concebidos*», hacer referencia estricta a los hijos por naturaleza de la persona viva y determinada de que se trate, haciendo difícilmente aplicable el precepto a los hijos adoptados por dicha persona.

El conflicto de normas no puede resolverse a favor de la contenida en el art. 19.2 Comp., tanto porque la Ley de sucesiones por causa de muerte es posterior a la Compilación como porque la norma de su art. 10.1 es especial para el ámbito sucesorio, y la norma especial —de la Ley— prevalece en caso de colisión frente a la norma general —de la Compilación—.

Como en tantos otros casos, el problema se origina al solaparse en el texto del art. 10.1 Lsuc. dos cuestiones distintas: la capacidad de una persona física, en cuanto tal, para ser sucesor y su condición de *hijo de* otra persona, que es el criterio por el que se le llama a la sucesión del causante. El texto del precepto parte de la idea implícita de que el llamado únicamente adquirirá la condición

¹³ Ciertamente, no existiría problema alguno si el disponente por causa de muerte precisa que el favorecido ha de ser un hijo biológico o por naturaleza de la persona designada, porque el adoptivo estaría excluido; por el contrario, si la precisión se hiciera incluyendo expresamente a los adoptivos el problema subsiste, ya que la capacidad sucesoria del designado no depende de la voluntad de causante.

de persona si es concebido y nace con los requisitos del art. 29 Cc. –lo que es cierto- pero también de que sólo por ese medio llegará a adquirir la condición de hijo de la persona determinada y viva al tiempo de abrirse la sucesión, conclusión incorrecta en cuanto la procreación no es el único medio posible de constituir el vínculo filial, al reconocer el ordenamiento la adopción como apta para ello.

Atendido el espíritu que informa el art. 19.2 Comp., aunque la norma que contiene es interpretativa de los preceptos de la Compilación y demás leyes del ordenamiento civil aragonés y no de las disposiciones del causante, quizá la conclusión correcta sea entender que el art. 10.1 Lsuc. incluye a los hijos adoptivos de persona determinada viva al tiempo de la apertura de la sucesión, pero es evidente que tal interpretación pugna con el texto literal de dicho precepto ¹⁴.

D) INDIGNIDAD

Los tres primeros apartados del art. 13 Lsuc. recogen causas de indignidad que incluyen en el supuesto de hecho relaciones personales susceptibles de tener su origen tanto del parentesco de sangre como en la adopción. Nada parece obstar que en el apartado a) el padre o madre indigno puedan ser el padre o madre adoptivos; que en el apartado b) el ascendiente o descendiente del causante contra cuya vida atentó el sucesor indigno no lo sea por naturaleza sino por adopción y, en definitiva, que el ejerciente de la patria potestad o autoridad familiar del apartado c) sea la persona que adoptó al menor.

Plantea otra cuestión en este ámbito el inciso relativo a la privación judicial al adoptante de todo derecho en la sucesión del adoptado, prevenida en el art. 179 Cc., a cuyo tenor,

1. El Juez, a petición del Ministerio Fiscal, del adoptado o de su representante legal, acordará que el adoptante que hubiere incurrido en causa de privación de la patria potestad quede excluido de las funciones tuitivas y de los derechos que por Ley le correspondan respecto del adoptado o sus descendientes, o en sus herencias.

2. Una vez alcanzada la plena capacidad, la exclusión sólo podrá ser pedida por el adoptado, dentro de los dos años siguientes.

3. Dejarán de producir efecto estas restricciones por determinación del propio hijo una vez alcanzada la plena capacidad.

Como es sabido, los preceptos que regulaban la adopción en el Código civil antes de la reforma de 1987 no se limitaban a establecer los requisitos, proce-

¹⁴ Del propio modo, la opinión más extendida entiende que la Disposición Transitoria 1ª de la Ley 31/1981, de 13 de mayo, en relación con la equiparación de filiaciones del art. 108 Cc., es también aplicable «cualquiera que sea la fecha del nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada» a la filiación adoptiva, que no parece estar literalmente incluida en el texto transcrito, referible únicamente a la filiación por naturaleza.

dimiento y forma de la adopción, sino que siempre se extendieron a definir sus efectos, no sólo en relación al parentesco, sino muy señaladamente en el campo sucesorio, dando lugar en la primitiva redacción del Código y en la subsiguiente a la reforma de 1958 a un supuesto puntual de admisión de pacto sucesorio, como excepción al principio de general prohibición de la sucesión contractual en dicho Cuerpo legal. En general, el texto vigente desde 1987 no contiene esta clase de prevenciones, facilitando la labor del intérprete cuando es preciso aplicar a la adopción las normas del Código civil y a la sucesión las de un ordenamiento distinto, como sucede en las sucesiones regidas por el derecho civil de Aragón en que incide una adopción. Sin embargo, como si fuera imposible eliminar del todo aquel viejo sistema, el transcrito artículo 179 Cc. contiene una norma que, aunque íntimamente ligada con la disciplina de la adopción, tiene —al menos en parte— carácter sucesorio.

La singular desheredación que debe realizar al Juez al amparo del inciso final del apartado 1 de este artículo —«... o en sus herencias»—, puede plantear situaciones paradójicas y curiosos problemas sucesorios¹⁵, en los que no procede detenernos aquí, que son menos trascendentes en un ordenamiento como el aragonés, carente de legítima de los ascendientes.

En cualquier caso, entiendo que la «desheredación judicial» del art. 179 Cc. no es aplicable en Aragón, donde rigen normas sucesorias diferentes, que prevén sus propias causas de indignidad y desheredación, aunque el precepto sea aplicable para la privación al adoptante por resolución judicial de las funciones tuitivas y otros derechos pertenecientes al contenido general de la adopción que carecen de regulación propia en el ordenamiento aragonés, como el derecho de alimentos ordinarios entre parientes, pero no los alimentos en sustitución de legítima.

E) SUSTITUCIÓN LEGAL.

El efecto propio de la sustitución legal es que los descendientes de quien sería sucesor del causante ocupan su puesto cuando el sustituido no puede suceder, sea por premoriencia o por imposibilidad de suceder por causa distinta a la renuncia voluntaria o repudiación. La sustitución legal se produce siempre en favor de hijos y descendientes, sean de otro descendiente o de un hermano, y es aquí donde la condición de descendiente del sustituto que tiene el sustituido puede derivar de una adopción.

A estos efectos, para que exista sustitución es decisivo reconocer que la adopción atribuye al adoptado un *status familiae* en la familia del adoptante pues, como el art. 25.2 Lsuc. dispone que no es preciso que el sustituto herede al sustituido, ello implica que mediante la sustitución legal el sustituto sucede directamente al causante, y las causas de inhabilidad sucesoria que le pue-

¹⁵ De esta cuestión, en el ámbito sucesorio del Código civil me ocupé en mi *Derechos sucesorios de los hijos adoptivos en el Código civil...*, cit. págs. 126-128.

dan afectar respecto del sustituido no afectan a la sucesión de aquel, pudiendo ser indigno, estar absolutamente excluido o deheredado por el sustituido y, ello no obstante, heredar por sustitución al causante, siempre que tales causas no concurran en la relación causante-sustituto.

Ahora bien, en las sustituciones que operan en la sucesión legal y en la condición de legitimario de grado preferente, que examinaremos con más detenimiento en su lugar oportuno, la Ley de sucesiones aragonesa —como la generalidad de los ordenamientos sucesorios— no contienen la exigencia concreta de que el sustituto sea pariente del causante, con toda seguridad que por entender que si el causante y el sustituido son parientes, y lo son también por definición sustituto y sustituido, han de serlo forzosamente causante y sustituto; pero ello implica atribuir a las relaciones parentales en juego la propiedad transitiva a la que ya hemos hecho referencia, que no ha sido una constante, sino una excepción, en el régimen jurídico de la adopción española.

La sustitución legal opera también en la sucesión voluntaria, en los términos previstos en el art. 21 Lsuc., y en este ámbito el sustituto no precisa, en principio, ser pariente del sustituido, del propio modo que éste también puede ser persona que carezca de parentesco con el causante, al que sucede el adoptado por sustitución del adoptante.

F) CONSORCIO FORAL

A los efectos prevenidos en el art. 58 Lsuc., para que proceda el establecimiento del consorcio foral, habrá que entender que quien ha sido adoptado por otro no tiene en la familia de procedencia la condición de hermano o hijo de hermano de quienes lo es por naturaleza, y, en la medida en que se entienda que la adopción produce en Aragón parentesco entre el adoptado y los restantes hijos del adoptante, tendrá la cualidad de hermano de estos en el régimen del consorcio foral.

Se plantea una cuestión singular cuando quien ha recibido de un ascendiente o un tío un inmueble por título gratuito en proindivisión con sus hermanos es adoptado por un tercero, extinguiéndose los vínculos de parentesco con dichos hermanos, según dispone el art. 178 Cc.. Si con la adquisición quedó constituido el consorcio, por la adopción el inicial consorte ya no es hermano de los demás condueños, y parece lo más adecuado considerar que se trata de un caso atípico de separación de consorte, al que deberá aplicarse analógicamente lo dispuesto en el art. 60 Lsuc., incluso en cuanto a la notificación de la adopción a los demás consortes, entre los cuales subsistirá el consorcio.

G) SUCESIÓN VOLUNTARIA, EN GENERAL

Como quedó dicho, la única alusión expresa a la adopción en sede de sucesión voluntaria se encuentra en el art. 157 e) Lsuc., cuya aplicación procederá siempre que no esté clara la voluntad del otorgante en otro sentido, la cual prevalece sobre la norma legal, de conformidad con lo que dispone el art. 101

de la propia Ley. Es decir, si es manifiesta la voluntad del instituyente de hacer determinado llamamiento a favor de hijos y descendientes con exclusión de los adoptivos, tal voluntad expresa e inequívoca prima sobre la regla supletoria del art. 157 e) Lsuc., del propio modo que el otorgante del testamento o pacto puede excluir de toda participación en la herencia a sus hijos matrimoniales, o a los no matrimoniales, o a aquellos en que concurra cualquier otra circunstancia, ya que si el régimen sucesorio aragonés permite hacer entre los hijos y descendientes por naturaleza tan radical diferenciación como beneficiar solo a uno con exclusión de los demás, nada impide que el criterio de exclusión que mueva al otorgante para decidir en uno u otro sentido sea de tal naturaleza que, si sirviera de fundamento a una disposición legal o a una resolución judicial determinaría su inconstitucionalidad. A tenor de lo dispuesto en el art. 199 Lsuc., los motivos que tenga el otorgante para excluir de la sucesión a un descendiente sólo influyen en la efectividad de dicha exclusión si son erróneos, pero no si objetivamente pueden ser tachados de discriminatorios, porque es la ley la que no puede discriminar por razón del nacimiento, cosa que si puede hacer el causante.

La norma del apartado e) del art. 157 Lsuc. no resuelve todos los problemas que puede plantear la tradicional sustitución condicional *si sine liberis decesserit*, ya que al amparo de su texto únicamente se entienden incluidos los adoptivos cuando se trata de llamamiento —dice el precepto ...*cuando se llama a un determinado grupo de parientes, como «hijos» o «hermanos»...*—, pero no si se designa al hijo únicamente para ponerlo como condición. Me refiero a la antigua regla romana *positus in condicione, positus in substitutione*, que a juicio de LACRUZ no tenía vigencia incondicional¹⁶; es decir, si el hecho de tener hijos el instituido es únicamente condición de ineffectividad del segundo o ulterior llamamiento pero no implica llamamiento al hijo puesto en condición, la norma del art. 157 e) que comentamos no es, en principio, aplicable al no existir un llamamiento en su favor. Por la misma razón, sucede lo contrario si la voluntad del instituyente no sólo es poner al hijo en condición, sino llamarlo ulteriormente como sustituto de su padre primeramente instituido, porque aquí si hay llamamiento a favor del hijo. Cuando en 1955 LACRUZ escribe sobre esta cuestión no entra siquiera a considerar las consecuencias que la incidencia de que una adopción —entonces, la regulada por la redacción originaria del Código civil— pueda ser relevante, centrando su análisis exclusivamente en la descendencia de sangre, al afirmar que, si existe certeza absoluta de la imposibilidad de que el instituido tenga hijos —y cita textualmente como causa de ella la «impotencia total e incurable»¹⁷—, la condición negativa se ha cumplido.

¹⁶ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *La cláusula si sine liberis decesserit en el derecho aragonés*, en Homenaje a D. Juan Moneva, incluido en «Estudios de Derecho Privado Común y Foral», coedición del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y José M^a Bosch Editor, S.A., Barcelona, 1992, Tomo II, págs. 543 y ss.

¹⁷ Op. cit., pág. 552.

H) FIDUCIA COLECTIVA

Cuando la voluntad del instituyente se exprese con claridad acerca de la identidad de los fiduciarios no hay problema alguno pero si, como es frecuente en las fórmulas tradicionales de la fiducia colectiva, se ha designado a «los más próximos parientes», con eventual exigencia adicional de línea familiar, vecindad u otros requisitos, será también aquí decisivo determinar si los adoptados son o no parientes del instituyente de la fiducia, tanto si se trata sólo de interpretar la disposición del causante, como si se aplica lo establecido en el art. 144 Lsuc. que, *en defecto de instrucciones del comitente o para completarlas, se entenderán llamados, hasta un número de tres, los que tengan capacidad para ser fiduciarios, con el siguiente orden de prelación: 1.º Ascendientes más próximos del causante de menor edad de una u otra línea. 2.º Hermanos que hayan convivido familiarmente con el causante, con preferencia del mayor sobre el menor. 3.º Los colaterales que dentro del cuarto grado nombre el Juez, oído el Ministerio Fiscal.*

Dado que el precepto pertenece a la sucesión voluntaria es en principio aplicable el art. 157 e) Lsuc. y, por tanto, habrá que incluir a los adoptados en estos grupos de parientes. Sin embargo, cabe objetar que el llamamiento que contempla el art. 144 Lsuc. no es a suceder, sino a desempeñar una función sucesoria, tradicionalmente deferida a los consanguíneos cuando los llamados a ella son parientes del causante ¹⁸.

I) LEGÍTIMA

El adoptado es hijo y, como tal, descendiente del adoptante. En la interpretación amplia que le atribuye un *status familiae* igual a los hijos por naturaleza será también descendiente de los ascendientes del adoptante, pudiendo ser beneficiado con la totalidad del caudal en la sucesión de cualquiera de ellos, sin que exista lesión de la legítima; la interpretación restrictiva conduce a la solución opuesta, aunque en todo caso, al ocupar el adoptado la posición de hijo del adoptante, es siempre legitimario de grado preferente de éste (art. 173.1 Lsuc.), con todos los derechos inherentes a esta condición.

La extinción de la adopción prevenida en el art. 180 Cc., da lugar a una situación transitoria que influye especialmente en la regulación de la legítima aragonesa. Entiendo que será imputable en la cuota legitimaria del adoptante cuanto el causante hubiera dispuesto a título gratuito a favor del adoptado desde el momento en que se llevó a cabo la adopción hasta aquel en el que se produzca la extinción, pues a tal solución conducen tanto las previsiones del art. 175.1 Lsuc. como la invariabilidad de los efectos patrimoniales producidos por la adopción antes de su extinción, prevista en el art. 180.3 Cc. Por el contrario, las donaciones de sus ascendientes por naturaleza hechas en favor del

¹⁸ Ha sido frecuentemente incluido también como integrante la fiducia colectiva el sacerdote del lugar.

adoptado una vez realizada la adopción, o las que en su favor dispongan el adoptante y sus ascendientes después de extinguida, no son imputables a efectos de pago de la legítima en las respectivas sucesiones de los donantes, ya que al tiempo de consumarse las liberalidades el donatario no tiene la condición de descendiente del donante.

En las tres causas autónomas de desheredación que los apartados b), c) y d) del art. 195 Lsuc. añaden a las de indignidad recogidas a estos efectos en el apartado a), el vínculo adoptivo debe entenderse equivalente al de parentesco por naturaleza, tanto en la negativa a la prestación de alimentos —a la que el adoptado está obligado— como en el maltrato del cónyuge del adoptante, o del cónyuge del progenitor que adoptó a quien incurre en causa de desheredación y, en definitiva, muy señaladamente puede también ser adoptante quien fuera privado de la autoridad familiar ¹⁹ a tenor del último de los apartados del art. 195 Lsuc., porque por la adopción le corresponde tal autoridad sobre el adoptado menor de edad.

J) SUCESIÓN LEGAL ORDINARIA

En los llamamientos prevenidos en la Ley de sucesiones por causa de muerte para la sucesión legal ordinaria, cualquiera que sea el orden de parientes llamados y tanto se suceda por derecho propio como por sustitución legal, el adoptado ostenta los derechos sucesorios que le corresponden con arreglo a la posición que ocupa como si de un hijo por naturaleza de su adoptante se tratase, especialmente cuando se trata del llamamiento del adoptado o sus descendientes a la sucesión legal del adoptante ya que, según el art. 19.1 Comp., tienen la condición de hijos y descendientes de aquel.

Aunque se niegue el *status familiae* del adoptado, cuando en la sucesión legal opera la sustitución, el adoptado por el sustituido y sus descendientes ocupan su lugar, porque el supuesto de hecho del que depende la sustitución se cumple aunque se niegue el parentesco entre causante y adoptado-sustituto: como el adoptado es descendiente del adoptante-sustituido, concurre el requisito prevenido en el art. 19 Lsuc., que únicamente exige que el sustituto sea descendiente del sustituido aunque, como hemos visto, la sucesión del causante es directa.

Sin embargo, el reconocimiento de parentesco del adoptado con la familia del adoptante es de todo punto indispensable cuando éste sea llamado por su

¹⁹ No está justificada en este apartado la sola mención de la autoridad familiar, omitiendo toda referencia a la privación de patria potestad -a diferencia de su inclusión expresa en el supuesto similar de indignidad previsto en el apartado c) del art. 13 Lsuc.- porque, aunque la sucesión del causante se rija por la ley aragonesa, ley personal del causante que deshereda, las relaciones entre el descendiente desheredado y el ulterior descendiente de ambos, respecto del cual se han incumplido las obligaciones paternas, pueden estar sujetas al Código civil.

propio derecho a la sucesión de un pariente del adoptante, y así ocurrirá en el supuesto del art. 208.2 Lsuc., cuando el adoptado por el hijo se encuentre en situación de ser llamado por derecho propio, y no como sustituto de aquel, a la sucesión legal del padre del adoptante, porque aquí la norma exige que el adoptado sea descendiente del causante, y que lo sea él.

K) RECOBRO DE LIBERALIDADES Y SUCESIÓN TRONCAL

Son los dos supuestos de sucesión legal en bienes concretos que regula la Ley de sucesiones por causa de muerte en el Capítulo III del Título VII, destinado a la sucesión legal.

Para que procedan el recobro y la sucesión troncal es requisito necesario que el causante cuya sucesión se defiere total o parcialmente por la ley carezca de descendientes, según dispone el art. 209.1 para el recobro, y el inicio del art. 211 para la sucesión troncal. En relación con este requisito, es evidente que en la sucesión del adoptante el adoptado y sus descendientes impiden con su sola presencia la aplicabilidad de uno y otro precepto, pues tienen la condición de descendientes de aquel; pero si en el momento de la apertura de la sucesión no sobrevive al causante —o no puede heredarle— ningún descendiente por naturaleza, pero le sobrevive quien haya sido adoptado por dicho descendiente, tampoco habrá lugar a recobro ni a sucesión troncal si se entiende aplicable la tesis de plenitud de efectos parentales de la adopción respecto de la familia del adoptante, siendo procedentes ambas, en caso contrario.

Supuesta la inexistencia de descendientes, si la donación fue realizada por el propio adoptante es incontestable su cualidad de ascendiente, a tenor de lo dispuesto en el art. 19 Comp.; pero si el donante es un ascendiente del adoptante, o donante y donatario son el adoptado y un hijo por naturaleza del adoptante, la condición de ascendiente o hermano concurrirá únicamente si nos decidimos por la existencia de parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante. En todo caso, si había lugar al recobro por el donante por cumplirse los requisitos exigidos por la Ley, procederá la sustitución en el recobro a favor de los hijos o nietos adoptivos del donante, conforme al art. 209.2 Lsuc.

Mayor problema origina la presencia de los adoptados en la sucesión troncal, que afecta únicamente a los bienes de esta clase, ya que, como decía LACRUZ, se produce *...a favor de determinados herederos: parientes, desde luego (como habitualmente en la sucesión intestada), pero además relacionados con un anterior propietario de los bienes, de quien, mediata o inmediatamente, los recibió el causante* ²⁰.

Cierto que si mantenemos la existencia de parentesco entre el adoptado y la familia del adoptante, el adoptado por el hermano del causante —o por el

²⁰ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Derecho de sucesión por causa de muerte: de las legítimas, de la sucesión intestada. Normas comunes a las diversas clases de sucesión*; en «Estudios de Derecho Privado Común y Foral», cit., Tomo II, pág. 439.

hijo del hermano— cumple el único requisito legalmente exigido para habilitarle como sucesor troncal del número 1º del art. 211 Lsuc., y con ello la sucesión en los bienes troncales se defiende a quien sin ser consanguíneo del causante desplaza a sus padres y al posible cónyuge sobreviviente, quien tenía con el causante una relación —la conyugal— establecida por voluntad del ambos contrayentes al casarse, mientras el sucesor troncal adoptado ingresó en la familia a consecuencia de una decisión ajena a la voluntad del causante: la del hermano o sobrino que adoptó.

Ciertamente, es difícil coordinar troncalidad y adopción, y es sin duda contrario a los principios que inspiran aquella un llamamiento como el que resulta del supuesto que acabamos de examinar. Quizá en esta concreta regulación, la ausencia de una norma legal precisa sume al intérprete en una duda más fundada que en otros casos, y posiblemente sea la sucesión troncal la que reclame más urgentemente una formulación positiva que incluya o excluya de ella a los adoptados.

La pertenencia a la línea de la que proceden los bienes, que exigen los preceptos reguladores de la sucesión troncal, constituye un argumento que puede fundar la exclusión del llamamiento del adoptado a esta especial sucesión, porque más acusadamente aquí que en los preceptos que regulan los restantes supuestos sucesorios examinados, el vínculo aludido parece ser el de consanguinidad, en línea con lo dicho por LACRUZ, y no parece que el adoptado cumpla tales exigencias que, en uno de los supuestos del art. 211.3º Lsuc., toma en consideración una doble relación parental, respecto al causante y respecto del anterior propietario de los bienes troncales. Pero la completa aceptación de este criterio deberá conducir también a la exclusión del propio adoptado por el causante en la sucesión en los bienes troncales, en contra de lo dispuesto en el art. 19.1 Comp., pues si en presencia de descendientes no hay lugar a la sucesión troncal es porque, según LACRUZ, los hijos y *descendientes representan simultáneamente el lado paterno y el materno*²¹, representación que no se daría respecto del adoptante.

No obstante cuanto queda expuesto, y pese a que en el estado de cosas actual parezca lo más adecuado pronunciarse por la total equiparación del adoptado al hijo por naturaleza, tanto en su relación con el adoptante —que resuelve el art. 19 Comp.— como respecto a los miembros de la familia de aquel²², mientras no se subsane la notoria falta de un texto que, de acuerdo con la indicación del ya citado informe del Consejo General del Poder Judicial al proyecto de la Ley de 11 de noviembre de 1987, proclame expresamente la relación de parentesco del adoptado y sus descendientes con la familia del adoptante, habrá ocasión de que tal relación de parentesco pueda ser contes-

²¹ LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *op. cit.*, pág. 443.

²² Con la duda expuesta acerca de la procedencia de esta equiparación en el ámbito de la sucesión troncal, cuando el llamado es el adoptado por el hermano o por el sobrino del causante, en el caso del art. 211.1º Lsuc.

tada con apoyo en argumentos e interpretaciones de los textos legales de ningún modo absurdos ni carentes de fundamento.

V. CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO

La vigente regulación de la adopción data de la Ley de 11 de noviembre de 1987, habiéndole precedido anteriormente en el seno del Código civil tres regímenes adoptivos, y una importante modificación del que se encontraba en vigor en 1981, introducido por la Ley de 13 de mayo del mismo año. Al amparo de tales normas —hoy derogadas— se han celebrado adopciones aún no implicadas en ninguna sucesión, pero que indefectiblemente lo estarán.

En el tratamiento de estas cuestiones transitorias, hay que tener presente lo siguiente:

1.º Aunque la adopción actual extingue los vínculos con la familia por naturaleza del adoptado, ello no sucedía en ninguno de los regímenes adoptivos anteriores.

2.º Desde la primera modificación del régimen de la adopción en el Código civil, por Ley de 24 de abril de 1958, hasta la instauración en 1987 de la regulación vigente han coexistido dos formas de adopción, inicialmente denominadas «plena» y «menos plena», que recibieron los nombres de «plena» y «simple» a partir de la Ley de 4 de julio de 1970.

3.º Hasta la reforma de 1987, el Código civil regulaba dentro del Capítulo de la adopción los efectos sucesorios que derivaban de ella, unas veces de forma autónoma y otras por remisión a los derechos sucesorios de ciertas clases de hijos, especialmente a los hijos naturales, categorías actualmente inexistentes.

4.º Según establece su Disposición Transitoria primera, la Ley de sucesiones por causa de muerte se aplica a las sucesiones abiertas tras su entrada en vigor; pero ello no implica que hayan de ser también aplicables las normas que al tiempo de abrirse la sucesión regulan situaciones personales constitutivas de los supuestos de hecho de los preceptos de la ley sucesoria, pero no regulan la sucesión misma. De ahí, que los efectos que producen las antiguas adopciones en la sucesión actual deban establecerse según los principios y normas del derecho transitorio, que a estos efectos se encuentran en las disposiciones transitorias de las leyes que sucesivamente han modificado el régimen de la adopción, pero no las transitorias de la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte.

A) ADOPCIONES REALIZADAS CONFORME AL PRIMER TEXTO DEL CÓDIGO CIVIL

El tiempo transcurrido desde que la Ley de 24 de abril de 1958 derogó aquella normativa, y el requisito de edad, 45 años, que conforme a ella debía

tener el adoptante, hace que no puedan ser muchas las adopciones arregladas a la redacción original del Código civil en las que aún viva un adoptante cuya fecha de nacimiento no puede ser posterior a 1913, por lo que estará actualmente muy próximo a los 90 años.

El régimen sucesorio inherente a la adopción estaba contenido en el art. 177 Cc., previendo que el adoptante carecía de derechos sucesorios respecto del adoptado; que este conservaba todos los derechos sucesorios respecto de su familia natural y, como disposición ciertamente críptica que ha dado lugar a discusión doctrinal y contradictorias resoluciones jurisprudenciales, la siguiente:

El adoptado tampoco lo adquiere a heredar, fuera de testamento, al adoptante, a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero. Esta obligación no surtirá efecto alguno cuando el adoptado muera antes que el adoptante.

De este modo, los efectos sucesorios prevenidos en la primitiva redacción del art. 177 Cc. quedaban limitados a los que el adoptante atribuyese al adoptado en el marco exclusivo de la sucesión voluntaria: escritura de adopción y, en su caso, ulterior testamento. Como dijo DE LA CÁMARA «el estado civil nacido de la adopción no es por sí fuente de derechos sucesorios»²³, afirmación sólo objetable en cuanto calificaba de estado civil la situación del adoptado en aquel régimen que para otros mereció el calificativo de «auténtica ruina»²⁴. En todo caso, es pacífica la conclusión de que, según la legalidad que examinamos, la adopción no confería al adoptado un *status* filial, ni mucho menos un *status familiae*, por lo que ni era pariente de los miembros de la familia del adoptante ni tampoco podía ser considerado a efectos sucesorios como hijo de éste, pudiendo afirmarse que no tiene en la sucesión aragonesa la cualidad de legitimario que, por el contrario, le corresponde en todo caso en la sucesión de sus ascendientes de sangre.

En la medida en que el adoptado en este régimen no es en puridad un descendiente del adoptante, las atribuciones sucesorias hechas en su favor deben reducirse por inoficiosas si lesionan los derechos legitimarios, pues aunque el primitivo art. 174 Cc. en su apartado 2º prohibía la adopción *a los que tengan descendientes legítimos o legitimados*, pudo tenerlos después de adoptar, o podía tener al adoptar descendientes de los considerados en entonces ilegítimos, que hoy son legitimarios con plenos derechos, tras la equiparación de filiaciones.

Los principales problemas de derecho transitorio que pueden plantear en el campo sucesorio las adopciones ajustadas a aquella normativa que subsistan a la entrada en vigor de la Ley de sucesiones, son los derechos que corresponden al adoptado en la sucesión del adoptante que incumplió la obligación de

²³ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, MANUEL, *Los derechos hereditarios del hijo adoptivo en el Código civil*, en *Revista de Derecho privado*, núm. 407, febrero de 1951, pág. 90.

²⁴ ORTEGA LORCA, FRANCISCO, en su revisión del *Código civil* comentado por Q. MUCIUS SCAEVOLA, 5ª edición, Madrid, 1942, Tomo III, pág. 710.

instituirle heredero, y la intransmisibilidad de los derechos atribuidos en la escritura de adopción en caso de premoriencia del adoptado, establecida en el último inciso del art. 177 Cc.

El Código civil regulaba conjuntamente la adopción, con eficacia para toda España, y junto a ella los efectos que tal adopción producía en la sucesión *mortis causa* regulada por un Cuerpo legal que rechaza expresamente la sucesión contractual: de ahí la expresión incluida el artículo 177 Cc., impropia y contradictoria con la esencial libertad de testar, de «obligarse» a instituir heredero al adoptado, que dio lugar a numerosas y dispares interpretaciones²⁵, pero dejando sin resolver en el texto legal las consecuencias del incumplimiento por parte del adoptante de tal «obligación de instituir heredero».

En la sucesión aragonesa, el compromiso asumido en la escritura de adopción luego incumplido en el complementario testamento posterior del adoptante no plantea especiales problemas; tal incumplimiento no debe abocar a considerar al adoptado «heredero abintestato» del adoptante, como entendió mayoritariamente la jurisprudencia en relación con las sucesiones regidas por el Código civil²⁶, porque el compromiso asumido en la escritura de adopción es un auténtico pacto *de sucedendo*, que en Aragón nunca precisó de ratificación posterior, y cumple el requisito de forma exigido por el art. 62 Lsuc. El apartado 2 de la Disposición Transitoria segunda de la Ley de sucesiones por causa de muerte, subsana a partir de su entrada en vigor el defecto del que anteriormente pudieran adolecer estos pactos bajo la vigencia del Apéndice, desde 1926 hasta la reforma de la adopción de 24 de abril de 1958, cuyo art. 58 contemplaba únicamente el pacto sucesorio otorgado en capítulos matrimoniales²⁷. Por el contrario, la Ley vigente no exige tal requisito ni el de parentesco entre los otorgantes, por lo que el pacto sucesorio celebrado entre extraños, como lo eran adoptante y adoptado al amparo del primitivo texto del Código civil, es perfectamente válido en el régimen sucesorio vigente.

Entiendo también inaplicable frente al «derecho de transmisión» que hoy establece el art. 72.1 Lsuc., la previsión del derogado art. 177 Cc. en el sentido

²⁵ Se recogen la mayoría de ellas en mi *Derechos sucesorios de los hijos adoptivos...*, cit., págs. 46 y ss., así como la jurisprudencia existente sobre este asunto.

²⁶ En este sentido se pronuncian las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 1974, 30 de mayo de 1978 y 3 de marzo de 1988, aunque limitando los derechos del adoptado a los dos tercios del caudal, por ser esta la cuota legítima de los descendientes en el Código civil; y ello, en la medida en que los respectivos compromisos incumplidos por los adoptantes consistían en instituir heredero al adoptado «en la porción que la ley señala para los hijos legítimos», ya que la sola obligación de instituir heredero al adoptado, sin otra precisión, es motivo de que la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1970 afirme que dicho adoptado carece de cualquier derecho en la sucesión del adoptante.

²⁷ El derecho aragonés anterior al Apéndice, concedió validez al pacto sucesorio capitular, aunque por costumbre, ya que en opinión de ISÁBAL no hay texto en los Fueros y Observancias que consagre su validez, salvo una alusión indirecta en el Fuero 4º *de donationibus* (ISÁBAL Y BAIDA, MARCELIANO, *op. cit.*, pág. 333).

de que la obligación de instituir heredero asumida en la escritura de adopción *no surtirá efecto alguno cuando el adoptado muera antes que el adoptante*, y ello en la medida en que existe un auténtico pacto sucesorio regido por el derecho aragonés, al que no puede anteponerse una norma sucesoria —a mayor abundamiento, derogada— contenida en el Código civil.

B) ADOPCIONES REALIZADAS A PARTIR DE LA REFORMA POR LEY DE 24 DE ABRIL DE 1958

La Ley de 24 de abril de 1958 instaura en el Código civil la adopción dual que rigió hasta la promulgación del texto actualmente vigente; ello no obstante, el art. 174 Cc., aplicable a ambas clases de adopción por estar comprendido en la Sección 1ª que contenía las «Disposiciones generales», permitía incluir en la escritura de adopción un auténtico pacto sucesorio, como tal irrevocable, que no excediera de los dos tercios de la herencia del adoptante, además de declarar que la adopción produce parentesco entre el adoptante, el adoptado y sus descendientes legítimos, pero no de estos con la familia del adoptante. El sistema de doble tipo de adopción se mantuvo tras la reforma de la Ley 7/1970, de 4 de julio, denominando «simple» a la adopción que hasta entonces era «menos plena». El nuevo art. 176 Cc. mantuvo, como ya vimos, que la adopción causa parentesco entre el adoptante, el adoptado y sus descendientes —ya sin precisar «legítimos»—, pero no respecto de la familia del adoptante.

El adoptado conservaba los derechos sucesorios respecto de su familia de origen, según disponía el párrafo cuarto del art. 174 Cc. en su redacción de 1958; negándolos el último párrafo del art. 179 Cc. a los parientes de sangre en la sucesión de éste, cuando la adopción era plena. Tras la reforma de 1970, únicamente el párrafo final del art. 179 Cc., para la adopción plena, hacía referencia a este particular, disponiendo que los parientes por naturaleza no ostentan derecho alguno por ministerio de la ley en la herencia del adoptado.

Las restantes previsiones sucesorias de uno y otro texto carecen de interés, toda vez que ambos equiparaban a los adoptados, ya a los hijos legítimos ya a los naturales reconocidos, lo que hoy equivale a equipararlos a los hijos por naturaleza. De ello se desprende que en las adopciones que nos ocupan, los adoptados tienen respecto de los adoptantes iguales derechos que los demás hijos con los que aquellas normas los equiparaban y que, de acuerdo con lo que dispone la legislación sucesoria vigente, son iguales entre sí.

Problema no resuelto es el de la posición que debe atribuirse a los adoptados y sus descendientes en la sucesión de los parientes por naturaleza del adoptante, respecto de los cuales las normas vigentes al tiempo de adoptar negaban relación de parentesco, salvo en los periodos comprendidos entre la Ley 11/1981, de 13 de mayo —que, como ya vimos, estableció la extensión del parentesco— y la de 7 de julio del mismo año —que la suprimió—; y desde la reposición del art. 176 Cc. por Ley de 24 de octubre de 1983.

Ciertamente, es posible mantener que en virtud de la regla general de no retroactividad de las leyes contenida en el art. 2º.3 Cc., aquellas adopciones no producen efectos distintos a los previstos en las normas que las regían, y que los adoptados y sus descendientes no tienen parentesco con la familia por naturaleza del adoptante a ningún efecto; pero no es menos cierto que puede encontrarse apoyo para sostener lo contrario, según veremos seguidamente.

La consideración la adopción —al menos a partir de la reforma de 1958— como constitutiva de un estado civil, resulta útil en el plano conceptual en la medida en que los efectos de las relaciones jurídicas que merecen tal calificación se desligan de la voluntad de los sujetos que intervinieron en el negocio jurídico que la creó, no obstante aquel se produjera merced a una decisión de los interesados, y el establecimiento de dicho estado produce consecuencias que afectan a personas distintas a los intervinientes, pese a que no es necesaria la intervención de tales personas, ni será solicitada en ningún caso, al contrario que ocurre en el ámbito contractual. El régimen aplicable a las relaciones que conforman un estado civil es el que en cada momento determina la legislación vigente, y no el que regía al tiempo de constituirse y, a estos efectos, puede servir de ejemplo, por todos los casos, la relación conyugal que surge del matrimonio ²⁸.

De acuerdo con ello, puede sostenerse que si la adopción regulada actualmente en el Código civil —en la que concurren las notas de la vieja fórmula *adoptio naturam imitatur*— es equiparada a la filiación por naturaleza y produce sus mismos efectos, no existe razón alguna para que tales efectos queden reducidos a los propios del *status filii*, cuando la filiación de sangre determina en el hijo un *status familiae*, aunque su nacimiento fuera anterior a 1981 y no reuniera las condiciones entonces requeridas para ser considerado *legítimo*; del propio modo, los efectos atribuibles hoy al estado civil de adoptado serán de aplicación a quien ostente dicho estado, independientemente de los que le atribuyera el ordenamiento al tiempo de adquirirlo.

La disposición transitoria 1ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, dice textualmente:

La filiación de las personas, así como los efectos que haya de producir a partir de la entrada en vigor de la presente ley, se regirán por ella con independencia de la fecha de nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada.

Es posible interpretar esta norma entendiendo que el momento de *determinación legal de la filiación* comprende también el momento en que se haya constituido la adopción, y ello con mayor razón si se tiene en cuenta el *iter* legislativo de esta norma que, previendo en el proyecto de ley al que estaba incorporada un art. 108 Cc. que igualaba sólo las filiaciones matrimonial y no

²⁸ En especial, las relaciones personales entre los cónyuges y la posibilidad de disolver el vínculo por divorcio son hoy de aplicación a todos los matrimonios, y no sólo a los contraídos bajo la vigencia de las normas que actualmente lo regulan.

matrimonial, contemplaba en el texto de la disposición transitoria únicamente tales filiaciones; la filiación adoptiva fue incluida finalmente en la equiparación, al prosperar una enmienda del Grupo Parlamentario de Minoría Catalana, que modificó la redacción del art. 108 prevista en el proyecto de ley, pero no se tuvo en cuenta la modificación del precepto en la redacción de la norma transitoria, que fue aprobada sin modificar el texto del proyecto.

Cabe, finalmente, entender que la reforma del régimen de la adopción establecido por la Ley de 11 de noviembre de 1987 tiene el efecto retroactivo tácito o implícito que la doctrina reconoce a las normas que pretenden establecer un régimen nuevo y uniforme para determinada institución²⁹, pues tal finalidad era efectivamente buscada por la reforma de la adopción. En tal caso, y en la medida que se entienda que la adopción actual confiere al adoptado el mismo *status familie* que a los hijos por naturaleza, también lo confiere a quienes fueron adoptados al amparo de las leyes hoy derogadas.

El art. 3º de la Ley de 11 de noviembre de 1987 y sus disposiciones transitorias brindan apoyo normativo a la asimilación de la antiguas adopciones plenas —no las restantes— a la nueva adopción (dice el art. 3º: *En el texto del Código civil y demás disposiciones legales, la llamada «adopción plena» se entiende sustituida, en lo sucesivo, por la adopción que regula esta Ley.*). Por el contrario, las adopciones simples y menos plenas que no se hayan convertido o transformado *subsistirán con los efectos que le reconozca la legislación anterior*, según establece expresamente la disposición transitoria 2ª de la citada Ley.

En todo caso, conservan plena validez los pactos sucesorios incluidos en las escrituras de adopción otorgadas al amparo de la reforma de 24 de abril de 1958, derogada en 1970. De acuerdo con el sistema de fuentes aplicable, tales pactos se rigen en todos sus aspectos por la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte³⁰, y no por lo dispuesto en el párrafo tercero del art. 174 Cc. en aquella redacción, por lo que no les afecta el límite cuantitativo de los dos tercios de la herencia del adoptante-causante que imponía este precepto.

En cuanto a los derechos del adoptado en la sucesión de los miembros de su familia por naturaleza, si se entienden aquellas adopciones equiparadas a la adopción hoy vigente, o para aquellas en las que se entienda que existe equiparación, el sistema vigente es de ruptura de vínculos (art. 178 Cc.), no existiendo derechos sucesorios. De no ser así, hay que distinguir:

²⁹ En mi ya citado *Derechos sucesorios de los hijos adoptivos...*, págs. 161-163, hago referencia a estos mismos efectos a la doctrina de la retroactividad tácita y a las opinión de los autores que la han mantenido: DE CASTRO, CASTÁN, ALBALADEJO y Díez PICAZO y GULLÓN, entre otros.

³⁰ Desde la reforma de la adopción por Ley de 24 de abril de 1958, hasta la promulgación de la Compilación aragonesa, en 1967, cuyo art. 99.1 permitía celebrar pacto sucesorio entre adoptante y adoptado, el articulado del Apéndice no contenía una norma que sancionase la validez de otros contratos sucesorios que los incorporados a capítulos matrimoniales. Como ya hemos visto, la Disposición Transitoria Segunda. 2 Lsuc. otorga plena validez a estos pactos en las sucesiones abiertas tras su entrada en vigor.

a) Adopciones ajustadas al régimen de la Ley de 24 de abril de 1958: Los adoptados plenos y menos plenos conservan derechos sucesorios en su familia de origen, según el párrafo quinto del art. 174 Cc. (dentro de las Disposiciones generales de la Sección 1ª). Los miembros de la familia del adoptado pleno carecen de derechos en la sucesión de este, conforme al párrafo tercero del art. 179 Cc., sin que exista la misma previsión para la adopción menos plena.

b) Adopciones ajustadas al régimen de la Ley de 4 de julio de 1970: No existen normas comunes aplicables en este aspecto a las dos clases de adopción, como ocurría en la redacción anterior. Para la adopción plena, el último párrafo del art. 179 Cc. negaba derechos a los parientes por naturaleza en la sucesión del adoptado; ni para el caso inverso, ni para la adopción simple existía ninguna previsión legal.

En la adopción plena, la idea de reciprocidad ha motivado alguna opinión ³¹ que propugna negar al adoptado derecho a suceder a sus familiares por naturaleza, ya que la ley se los niega a ellos en la sucesión del adoptado; en contra de este criterio, y no obstante estimar que lo incompleto de la norma resulta especialmente incoherente y fruto de la imprevisión legislativa, BERCOVITZ estima que deben aplicarse las normas sucesorias generales que, a falta de precepto expreso, no privan al adoptado de estos derechos ³². Del mismo parecer es la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1992 que, con referencia a la Ley de 4 de julio de 1970, dice: *...cuyo art. 179, únicamente en su segundo párrafo, eliminaba de los derechos por ministerio de la ley a los parientes por naturaleza, en la herencia del adoptado, con lo cual, no cabía entender el efecto a la inversa, esto es, que el propio adoptado careciera de derechos en la herencia de los parientes por naturaleza.....*

VI. CONCLUSIÓN DE LEGE FERENDA

Entiendo que la intención del legislador que en 1987 reformó el régimen de la adopción en el Código civil y también la del autor de la Ley aragonesa de 25 de abril de 1988, han sido equiparar totalmente a los adoptados con los hijos por naturaleza: el sentido de los preámbulos de las dos leyes, y el espíritu que las informa en su conjunto conducen a esta conclusión. Pero no es menos cierto que ni el ordenamiento civil aragonés ni el estatal supletorio han aprovechado las oportunidades que les brindaron las reformas legales para

³¹ ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, JOAQUÍN. *La reforma de la adopción en las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981 y la hipótesis de un nuevo planteamiento legal de la filiación adoptiva*, en «Documentación Jurídica», Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, números 33-36, enero-diciembre de 1982, pág. 217.

³² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO. *Comentarios al Código civil y las Compilaciones forales*, EDESA., 2ª edición, 1982, Tomo III, Vol. 2º, pág. 435 y ss.

incluir un texto que defina con claridad, de una vez por todas, los efectos que produce la adopción, como lo hacía el art. 176 Cc. tras la reforma de 13 de mayo de 1981, o en sentido distinto, si no se desea ampliarlos hasta ese extremo³³. Mientras ello no ocurra, las cuestiones examinadas seguirán abandonadas a la suerte que le depare la interpretación de las incompletas normas vigentes, cuyos textos, según hemos visto, brindan apoyo a las posturas más encontradas.

El art. 19 Comp. no contiene una norma que permita resolver todos los problemas que se suscitan porque de su texto solo se deriva la igualdad de los adoptados con los hijos por naturaleza del adoptante, pero no la relación de parentesco de aquellos con la familia del adoptante. Alusiones puntuales e incompletas en textos legales, particularmente la del art. 157 e) de la Ley de sucesiones por causa de muerte, no hacen sino complicar más la cuestión, pues a tenor de las reglas interpretativas al uso, si la ley contempla a efectos de la equiparación un supuesto concreto —en este caso, llamamiento de grupos de personas como «hijos» o «hermanos»— debe entenderse que excluye los demás, por lo que habría que pensar que los adoptivos no cuentan en los llamamientos de la sucesión aragonesa fuera del caso regulado en dicho precepto y de aquellos que contemplan la relación inmediata del adoptante con el adoptado y sus descendientes, única amparada textualmente por el art. 19.2 Comp.

El art. 2º de la Ley aragonesa de 25 de abril de 1988 parecía anunciar la intención del legislador aragonés de promulgar una regulación propia de la adopción. Esta opción de política legislativa —que, por la demora que arrastra ya, parece más retórica que real— es una decisión sobre la que no es este lugar adecuado para opinar; pero sin necesidad de que ello ocurra —o hasta el momento en que suceda— puede darse solución a todos los problemas planteados por el vínculo adoptivo, sucesorios y de cualquier otra índole, incluidos los de derecho transitorio, añadiendo al art. 19.1 de la Compilación del Derecho civil de Aragón las menciones necesarias.

Arriesgando la proposición de una redacción concreta, podría ser la que, sobre el texto vigente, se indica en cursiva:

Artículo 19.

1. Los hijos adoptivos tendrán en Aragón los mismos derechos y obligaciones que los hijos por naturaleza, *cualquiera que sea la clase de adopción y la fecha en que se haya realizado. La adopción causa parentesco del adoptado y sus descendientes con el adoptante y los miembros de su familia.*

³³ Por la naturaleza de este trabajo, me he limitado a contemplar el problema desde su perspectiva sucesoria que, con ser una de las más relevantes, no es la única, debiendo tenerse en cuenta en otros campos, como alimentos entre parientes, tutela, representación del ausente, inhabilidad para testificar, abstención y recusación... etc..

Esta redacción, u otra equivalente, igualaría todas las adopciones con la filiación por naturaleza, y dotaría al vínculo adoptivo de iguales efectos al de filiación natural, dentro y fuera del campo sucesorio.

Lógicamente, puede excluirse algún supuesto –adopciones menos plenas, adopciones simples; o, incluso, todas las adopciones anteriores a la reforma de 1987-, aunque ello obligaría a entrar en consideraciones casuísticas. De optarse por establecer exclusiones, convendría considerar si es oportuno que el vínculo adoptivo produzca idénticos efectos al de consanguinidad en la designación de los integrantes de la fiducia sucesoria colectiva y en la sucesión troncal, atendidos los peculiares principios que tradicionalmente han inspirado estas instituciones sucesorias familiares.

PERSPECTIVAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES EN ARAGÓN TRAS LA REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE 15 DE ENERO DE 1996 (L.O. 1/1996)¹

Iván JIMÉNEZ-AYBAR
*Becario de Investigación
Universidad de Zaragoza*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CUESTIONES PREVIAS: a) *Sobre la necesidad o no de una Ley reguladora de los derechos de la infancia y adolescencia en Aragón.* b) *Discurso acerca de los cimientos que deben sustentar la nueva ley.* III. BREVES APUNTES PARA UNA LEY: 1. *Cuestiones previas.* 2. *La prevalencia del interés superior de los menores.* 3. *El menor desamparado. Necesidad de una revisión a fondo de este concepto.* IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

Corría el mes de diciembre de 1989 (concretamente el día 14) cuando fue promulgada la primera —y, hasta el momento, única— Ley aragonesa de Protección de menores, con la que se venía a dotar a nuestro sistema de protección del menor de una norma con rango legal de primer orden que respondiera a la llamada que la Constitución había realizado, años atrás, para que todas las Comunidades Autónomas contribuyeran a la ingente tarea de otorgar a nuestros menores una *protección integral*².

¹ Este artículo ha sido elaborado sobre la base del trabajo presentado en las «Primeras jornadas sobre Derechos Humanos y Libertades Fundamentales» que, bajo el título de «*Los derechos de la infancia y de la adolescencia*», se celebraron en la Facultad de Derecho de Zaragoza los días 4 y 5 de noviembre de 1999.

² Para un estudio en profundidad de esta importante Ley, se aconseja la consulta de los siguientes trabajos: EMBID IRUJO, A., *Protección de menores*, en «Derecho Público aragonés. Estudios

En este sentido, la *Exposición de Motivos* de dicha Ley establece que «la Comunidad Autónoma de Aragón, como entidad pública competente en materia de protección de menores en Aragón, debe establecer un marco jurídico mediante el que se hagan realidad los principios derivados de la legislación aragonesa e, igualmente, sea posible la aplicación de las novedades introducidas por la Ley modificatoria del Código Civil. La presente Ley es, así, el resultado de esta necesidad»³.

La referencia a la última modificación (hasta ese momento) llevada a cabo en el Código Civil era tan obligada como necesaria. En efecto, si la reforma de 1981 fue la encargada de introducir en aquél principios constitucionales tan importantes como la igualdad de los hijos fuera cual fuese su origen o procedencia, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de reforma del Código Civil supuso un *antes y un después* en lo que a Protección de menores se refiere, ya que trasladó al ordenamiento civil aquel *principio de subsidiariedad* que la Constitución Española de 1978 había consagrado como el referente de la actuación de la Administración Pública en su vital tarea de asumir la *protección integral de los hijos* cuando sus padres no podían o no querían cumplir con su deber de *asistencia de todo orden* a aquéllos⁴.

Asimismo, no debemos olvidar que el reparto de competencias llevado a cabo por nuestros constituyentes exigía un desarrollo legislativo que, por una parte, adaptara la normativa estatal a las exigencias del nuevo *Estado de las Autonomías*⁵; y, por otra, diera a las Comunidades Autónomas el necesario protagonismo en cuanto a la protección de menores dentro de sus respectivos territorios, lo cual hasta la fecha sólo Cataluña había realizado⁶. El asumir for-

sobre el Derecho de la Comunidad Autónoma de Aragón», Zaragoza, editan *El Justicia de Aragón e IBERCAJA*, 1990, pp. 674 y ss.; JIMÉNEZ-AYBAR, I., «*Pasado, Presente y Futuro de la Protección de los menores en Aragón*», Zaragoza, Ayuntamiento de Zaragoza, 1998, pp. 105 y ss.; SERRANO GARCÍA, J.A., «Aspectos civiles de la Ley aragonesa 10/1989, de catorce de diciembre, de protección de menores», en *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 12, julio-diciembre de 1991.

³ Aunque no se debe dejar de advertir que ya el Decreto 119/1988, de 21 de junio, de la D.G.A., por el que se regularon las normas de actuación en materia de protección y tutela de menores —aparte de trasladar a nuestro ámbito autonómico las importantes reformas llevadas a cabo por la Ley 21/1987— sentó algunas bases que inspiraron la normativa posterior en esta materia; sin embargo, ello era —a todas luces— insuficiente para poder hablar de la existencia de un Derecho aragonés de Protección de menores con autonomía y sustantividad propia. *Vid.*, en este sentido, JIMÉNEZ-AYBAR, I., *op. cit.*, pp. 101-103.

⁴ Sobre el alcance y contenido de este principio en relación a esta materia, *vid.* —entre otros— CALVO GARCÍA, M., «Concurrencia y alcance de los derechos en las actuaciones públicas de protección del menor», trabajo presentado como ponencia en el marco del curso: «*El menor en Aragón: protección y reforma*», Universidad de Verano de Teruel, junio-julio de 1993, p. 6; JIMÉNEZ-AYBAR, I., *op. cit.*, pp. 69-70; RODRÍGUEZ SOL, L., «La Protección y Acogimiento de menores en el Derecho español», en *LA LEY*, n.º 3223, de 23 de marzo de 1993, p. 2.

⁵ El reparto de competencias establecido por la Constitución se sustenta en el *juego* de los artículos 148 (materias en las que las Comunidades Autónomas *podrán* asumir competencias) y 149 (materias en las que el Estado se reserva competencia exclusiva); sin olvidar las tres posibilidades contenidas en el artículo 150, sobre las que no es pertinente detenernos en su estudio. Las repercusiones de dicho reparto en la materia que nos ocupa las analizaremos más adelante.

⁶ Mediante la Ley 11/1985, de 13 de junio, de Protección de menores.

malmente dicho protagonismo dependía ya de los respectivos legisladores autonómicos, tal y como los nuestros hicieron con extraordinaria premura mediante la ya citada Ley 10/1989.

Toda esta serie de acelerados cambios tanto en la exégesis como en la plasmación positiva del modo de entender y abordar la protección del menor no tuvo —ni mucho menos— continuidad en el tiempo. Tanto es así, que la actividad legislativa estatal en esta materia se paralizó por completo tras la reforma del Código Civil llevada a cabo en 1987, tan criticada por buena parte de la doctrina civilística. Ocho años después, la regulación civil de varias figuras integrantes del sistema tuitivo del menor era prácticamente inaplicable, lo cual hacía necesaria una reforma urgente en este campo.

La promulgación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor supuso la modificación de ciertos aspectos del articulado del Código Civil relativos a los distintos instrumentos necesarios a la hora de configurar un eficaz mecanismo protector de los menores; pero, además, la ocasión fue aprovechada para introducir un nuevo enfoque en esta materia, regulando —no sólo cómo proteger al menor *desamparado* o cómo prevenir que llegue a esta situación— sino también todo un elenco de derechos que pertenecen a las personas menores de edad «*como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de la sociedad*», tal y como recoge la *Exposición de Motivos* de dicha ley⁷.

La Ley Orgánica 1/1996 introdujo las reglas necesarias para poder considerar con autonomía legislativa el *Derecho sobre la Minoridad*⁸. Se trata de un camino que, aunque *señalizado e iluminado* por esta ley, ya fue *explorado* con anterioridad por Comunidades Autónomas como Cataluña (Ley 8/1995) o —un año antes— Valencia (Ley 7/1994, de 5 de diciembre). Los legisladores valencianos hicieron ver que la parcelación y el sectarismo no tenían lugar en el particular tratamiento que debía otorgarse a nuestros menores, exigiendo un sistema cohesionado y ordenado para atender eficazmente las nuevas necesidades de la infancia, sistema que requería una *articulación adecuada de las Administraciones educativas, sanitarias, sociales, culturales y de preparación al mundo laboral*⁹. Posteriormente, la Ley murciana de 1995 (Ley 3/1995, de 21 de marzo) establecía, como *única limitación al principio incuestionable de que el niño es sujeto de derechos*, las restricciones señaladas en las leyes civiles en atención a su edad.

⁷ Para una aproximación al contenido, naturaleza y aplicación de esta ley es conveniente consultar los siguientes trabajos: GARCIA MAS, F.J., «Panorama general de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor», en *ACTUALIDAD CIVIL*, nº 33, septiembre 1997; GULLON BALLESTEROS, «Sobre la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor», en *LA LEY*, 8 de febrero de 1996; JIMENEZ-AYBAR, I., *op. cit.*, pp. 137-141; RIVERA FERNANDEZ, M., «Anotaciones a la Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor», en *Revista General del Derecho*, nº 621; VARELA GARCIA, C., «Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; principios programáticos y normas de conflicto», en *Actualidad Civil*, nº 13, marzo 1997.

⁸ *Vid.* VARELA GARCIA, C., *op. cit.*, p. 262.

A mayor abundamiento, la Ley 6/1995, de 28 de marzo, de *Garantías de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid*, propugnaba dejar de considerar a los niños y niñas como propiedad de sus padres, de su familia o de la Administración, ya que *son personas y como tales deben ser tratados, es decir, como una persona singular, única, libre, sujeto a derechos propios de su condición humana, con la particularidad de su condición infantil*.

Más recientemente, disposiciones como la *Ley gallega de la familia, la infancia y la adolescencia*, de 9 de junio de 1997, hizo hincapié en la necesidad de dar un nuevo enfoque a nuestro tradicional derecho de familia, el cual ha hecho de ésta *un ámbito amparado por la privacidad y en el cual los poderes públicos carecen de legitimación interventora*. En la *Exposición de Motivos* de dicha ley se advierte que *una nueva conciencia social reclama un cambio de óptica que haga posible la consideración de la familia como una de las estructuras básicas de integración social*, legitimando una actuación pública de protección familiar comprensiva de un conjunto de políticas de contenido plural que supere por fin la reiterada antítesis público-privado en este ámbito. En este mismo sentido, la Ley andaluza de 20 de abril de 1998 (Ley 1/1998) se hace eco en su *Exposición de Motivos* del *cambio producido en las últimas décadas en la conciencia social universal y fundamentalmente en el mundo occidental*, como factor clave del abandono de la tradicional concepción de la atención de las necesidades de los menores como función prácticamente exclusiva de los titulares de la patria potestad o tutela.

Con todo lo expuesto en estos últimos párrafos, ya tenemos una idea más general de las últimas tendencias de política legislativa en materia de protección del menor y defensa de sus derechos. La cuestión puede plantearse en sentido figurado: «tenemos que construir un traje, cuyas medidas aproximadas vienen determinadas por las tendencias que acaban de mencionarse. Ahora sólo nos falta saber si en Aragón tenemos suficiente tela para elaborarlo». Cuestión que —sin más dilación— entramos a analizar.

II. CUESTIONES PREVIAS

A) SOBRE LA NECESIDAD O NO DE UNA LEY REGULADORA DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA EN ARAGÓN

En el apartado anterior hemos apuntado las líneas básicas de la nueva regulación de los derechos de la infancia y de la adolescencia. Debemos comprobar si el ordenamiento jurídico aragonés se ajusta a aquellas premisas. Para ello, lo más adecuado es analizar la normativa actualmente en vigor. Ésta se

⁹ Ideas que aparecen recogidas en el *Preámbulo* de la ley antes citada.

compone de la ya mencionada Ley 10/1989; es decir, treinta y seis artículos, dos disposiciones transitorias y tres finales, dirigido todo ello sólo al ámbito de la protección del menor, entendida ésta como «*el conjunto de actuaciones que, en el marco del sistema público de servicios sociales, tiene como finalidad prevenir y corregir las situaciones de desamparo*»¹⁰.

Por tanto, no es difícil observar que dicha normativa es de todo punto insuficiente si lo que se pretende es considerar el *Derecho sobre la Minoridad* con autonomía legislativa propia. Ni siquiera el escaso desarrollo llevado a cabo de la citada ley, sobre todo mediante el Decreto 79/1995, puede solventar estas carencias¹¹. Es preciso aclarar, no obstante, que esta circunstancia no es achacable a los redactores de la Ley 10/1989, ya que éstos elaboraron una norma con las pautas marcadas por la modificación del Código Civil llevada a cabo dos años antes, todavía lejos de llegar —por tanto— a una perspectiva globalizadora de los derechos de la infancia y adolescencia como colectivo (donde incluimos a los menores en situación de desamparo), la cual se consolidó, como hemos visto anteriormente, mediante la Ley Orgánica 1/1996.

Al hilo de esta idea, si tenemos bien presente que hoy en día no basta con otorgar derechos a los menores en cuanto ciudadanos que requieren una protección adicional, sino que debemos considerar a la infancia y adolescencia como colectivo con identidad propia; y si no olvidamos que el menor es —ante todo— *un ser familiar, una identidad articulada en la relación, un «co-ser»*¹², deberemos sin duda alguna reconocer que nuestra Comunidad Autónoma debe dar un paso adelante.

En resumidas cuentas, podemos afirmar sin tapujos que la necesidad de una nueva Ley aragonesa tuitiva de los derechos de nuestros menores es —hoy en día— acuciante. Y no sólo por un deficiente desarrollo de nuestra normativa vigente, cuestión a la que ya se ha hecho referencia (y en la que no incidiremos más), sino que por mor de las nuevas tendencias legislativas en la materia —tanto estatal como autonómicas— ya no se habla sólo de *derechos de los menores protegidos*, sino de *derechos de los menores en cuanto tales*, lo cual no impide que se siga prestando la especial protección y atención al menor más necesitado. Nuestra Comunidad, por tanto, no puede ni debe permanecer al margen de esta *consideración globalizadora de la infancia y adolescencia*.

¹⁰ Cfr. artículo primero de dicha ley.

¹¹ Con este Decreto se saldaba una de las deudas contraídas por la Disposición Final 1ª de la Ley 10/1989, la cual establecía un plazo de seis meses a fin de que la Diputación General de Aragón hiciera realidad las numerosas remisiones a normativa ulterior esparcidas por su articulado. Se dictó con la finalidad de regular la declaración de desamparo y los instrumentos de protección previstos en la ley que desarrolla. Un análisis detallado de las principales novedades que introduce lo podemos encontrar en JIMENEZ-AYBAR, I., *op. cit.*, pp. 125-136.

¹² VILADRICH, P. J., «La familia soberana», en *IUS CANONICUM*, vol. XXXIV, Núm. 68, 1994; p. 428.

B) DISCURSO ACERCA DE LOS CIMIENTOS QUE DEBEN SUSTENTAR LA NUEVA LEY

El debate sobre el futuro de la protección de menores en Aragón debe ir más allá de llegar a una conclusión razonada sobre la necesidad de dotar a nuestro ordenamiento jurídico de un moderno instrumento normativo adaptado a la situación actual. Más bien, al contrario, ahí es —precisamente— donde debe comenzar; es decir: una vez demostrado que nuestra Comunidad Autónoma necesita hacer acopio de más *materia prima* para elaborar el *traje* al que hacíamos referencia en el capítulo anterior ¹³, la cuestión estriba ahora en elegir el tipo de material que debe usarse. Dicho en otras palabras, qué clase de *tela* emplearemos en su confección, sobre qué cimientos sustentar la estructura de esta norma jurídica que debe nacer.

Para ir desgranando poco a poco los puntos claves de esta farragosa cuestión, debemos tener en cuenta —en primer lugar— que el ámbito de la protección de menores es hoy en día una vía sobre la que circulan dos locomotoras —la regulación civil y la administrativa— que milagrosamente nunca llegan a colisionar. Esto nos lleva, irremediablemente, a abordar el problema desde una perspectiva meramente competencial.

La génesis del discurso la encontramos en el ya mencionado reparto de competencias llevado a cabo en la Constitución de 1978. De todos es sabido que una de las novedades más importantes aportadas por nuestro texto constitucional fue el diseñar una nueva organización territorial del Estado, dando entrada a la compartición del poder entre éste y las Comunidades Autónomas¹⁴. El reflejo de este novedoso *orden competencial* en la materia que nos ocupa lo encontramos en los artículos 148.1.20 y 149.1.8, cuyo contenido paso brevemente a analizar.

En primer lugar, el punto veinte del apartado primero del artículo 148 establece que las Comunidades Autónomas *podrán* asumir competencias en materia de «*asistencia social*». Por tanto, vemos que en lo referente a la protección de menores no se consideró oportuno recoger tal competencia, con sustantividad propia, dentro de dicho artículo, sino que se recurrió a una expresión un tanto genérica y ambigua. Dicho sea de paso, no entiende el que suscribe esta ausencia de concreción en la delimitación de tal competencia, cuando a lo largo del articulado de la Constitución sí se hace referencia más que cum-

¹³ Recordemos que la cuestión planteada (en sentido figurado) no era otra que la de dilucidar si con el cuerpo normativo compuesto básicamente por la ya estudiada Ley 10/1989 (y el desarrollo de la misma) se cumplía el objetivo de poseer un Ordenamiento jurídico propio en esta materia que estuviera en consonancia con las últimas tendencias legislativas en este campo desarrolladas en los últimos años.

¹⁴ Vid, en este sentido, FERNÁNDEZ FARRERES, G., «El sistema de conflictos de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional», en *De la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho* (Director: Lorenzo Martín-Retortillo Baquer); editado por la Institución «Fernando el Católico»; Zaragoza, 1985; p. 91.

plida a la *protección integral de los hijos* (art. 39.2); a los niños respecto a los *acuerdos internacionales que velan por sus derechos* (art. 39.4); a la protección del honor e intimidad de la *juventud y de la infancia* (art. 20.4), etc. Es más, al haber estado —hasta el momento— el concepto de *asistencia social* íntimamente vinculado al de *beneficiencia*, es tentador llegar a identificarlos, lo cual no se corresponde con la *protección integral* que nuestra Constitución prevé para los menores, contenida en los artículos a los que ya nos hemos referido¹⁵. Tal vez podríamos entender la redacción del artículo 148.1.20 como un ánimo de dejar a las Comunidades Autónomas un campo de maniobra lo suficientemente amplio para delimitar el contenido de aquella competencia a su antojo; sin embargo, no es probable que si se hubiera especificado algo más aquél —con o sin cláusula residual incluida— ello hubiera supuesto algún tipo de condicionamiento para el ejercicio de tal competencia por parte de cada una de ellas.

Es oportuno resaltar, no obstante, que el artículo estudiado no constituye una cláusula de atribución automática de competencias en esta materia, sino que tan sólo otorgaba a las Comunidades Autónomas la *posibilidad* de asunción de las mismas. El siguiente paso correspondía darlo a aquellas, mediante un *acto de recepción* consistente en integrar la competencia en cuestión dentro del contenido de sus respectivos Estatutos de Autonomía, tal y como exige el artículo 147.2.d) de la Carta Magna. Dicho acto no es un mero formalismo, ya que el artículo 149.3 de la misma otorga al Estado «la *competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía*».

En virtud de aquel mandato constitucional, los distintos Estatutos de Autonomía fueron recogiendo la rúbrica material de *asistencia social*; pero lo hicieron realizando lo que algún autor¹⁶ ha venido a denominar una *lectura amplia* de dicha competencia¹⁷. Por su parte, el Estatuto de Autonomía de

¹⁵ Como MARTÍN RETORTILLO pone de manifiesto, el concepto de *beneficiencia* aparecía junto al de *asistencia social* —como materias de competencia de las Comunidades Autónomas— en la versión anterior de este precepto constitucional. Pero la aceptación de una enmienda que aludía a la injusticia y desigualdad que impregnaban el término *beneficiencia* hizo desaparecer la referencia a ésta. MARTÍN RETORTILLO, L., «*Materiales para una Constitución*»; AKAL, Madrid, 1984, pp. 190-192.

¹⁶ Vid. PEMÁN GAVÍN, «La acción social: una introducción general», en *Derecho Público Aragonés...*, P. 228.

¹⁷ Como ejemplos más relevantes, tenemos: en primer lugar, el Estatuto de Autonomía de Cataluña (1979), el cual recogió, como materias de su exclusiva competencia, no sólo la de *Asistencia social* (art. 9.25), sino también la de *Juventud* (art. 9.26) e *Instituciones públicas de protección y tutela de menores* (art. 9.28); el Estatuto vasco (1979) añadió al marco general de la *Asistencia social* (art. 10.12) la competencia sobre *Política infantil y juvenil* (art. 10.39); el Estatuto andaluz (1981) también hizo referencia a la competencia sobre *Instituciones Públicas de protección y tutela de menores* (art. 13.23), así como a la *Promoción de actividades y servicios para la juventud* (art. 13.30), además de a la *Asistencia y servicios sociales* (art. 13.22); el de Cantabria (1981) añade a la rúbrica de *Asistencia y bienestar social*, la de *Política juvenil* (art. 22.18); el de Valencia (1982) contempla la *Asistencia social, Juventud e Instituciones públicas de protección y ayuda de menores* en los apartados 24, 25 y 27, respectivamente, del artículo 31; por último, merece la pena destacar el Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha (1982), el cual separó de modo eficaz los conceptos de *Juventud y Menores*, asumiendo

Aragón, aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de diez de agosto, en línea con las respectivas regulaciones de otras Comunidades Autónomas, plasmó la posibilidad que el artículo 148.1.20 de la Constitución brindaba a nuestra Comunidad Autónoma, en el artículo 35.1.19, el cual atribuyó a ésta la competencia exclusiva en lo concerniente a «*Asistencia, bienestar social y desarrollo comunitario. Juventud, promoviendo las condiciones para su participación libre y eficaz en el desarrollo político, social, económico y cultural*».

Ciertamente, la redacción dada a dicho artículo 35.1.19 del Estatuto aragonés no fue muy generosa con la especial protección que los menores merecían, ya que aquél dejaba abiertas dos posibilidades: la primera, ejercer la competencia sobre protección de menores englobada dentro de la rúbrica de *asistencia social*, lo cual significaba dejar a un lado las políticas destinadas a aquellos que no fueran meramente asistenciales; y la segunda opción consistía en acudir al epígrafe de *juventud*, olvidando entonces que las necesidades de un niño de nueve años son sustancialmente diferentes a las de un adolescente de diecisiete. Afortunadamente, la Ley Orgánica 5/1996, de treinta de diciembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, palió esto que podríamos denominar como *déficit terminológico*, incluyendo la rúbrica *protección de menores* dentro del mismo artículo 35, concretamente en su apartado 28, que quedó redactado de la siguiente manera: art. 35.1: «*Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en las siguientes materias: (...) 28ª Protección y tutela de menores*»¹⁸.

En segundo lugar, la especial naturaleza del ámbito de la protección de menores, a la que anteriormente hacíamos referencia, provoca que debamos completar nuestro marco competencial con lo que la Constitución establece en su artículo 149.1.8, el cual otorga competencia exclusiva al Estado sobre *legislación civil*, siempre dejando a salvo la facultad que tienen las Comunidades Autónomas que poseen derecho civil, foral o especial propio —entre ellas, Aragón¹⁹— para *conservar, modificar y desarrollar éste*²⁰.

la competencia exclusiva sobre su *Promoción y ayuda*, así como sobre la creación de centros destinados a su protección (art. 31.1.p).

¹⁸ Si bien es cierto que la carencia (hasta la reforma de 1996) de una mención específica relativa a *Protección de menores* en nuestro Estatuto no fue óbice para que el legislador aragonés — en el legítimo ejercicio de la potestad normativa que la citada competencia acarrearba — promulgara siete años más tarde la *Ley 10/1989, de catorce de diciembre, de Protección de menores*, el hecho de que esta materia tenga por fin su sitio —con nombre y apellidos— en nuestra norma estatutaria, no es una cuestión baladí. En este sentido, GARCÍA MÁS afirma que «*siempre es bueno que la palabra 'menor' aparezca en una norma; es, en definitiva, el reconocimiento de una sociedad a la figura de un sujeto de derechos y obligaciones que por sus características especiales normalmente se encuentra en situación de indefensión y que en muchos casos corre riesgos y peligros de los que no puede defenderse*». Vid. GARCÍA MÁS, J., *op. cit.*, p. 808.

¹⁹ A lo largo del resto de esta exposición, haremos referencia a algunos de los preceptos de nuestra *Compilación del Derecho Civil de Aragón* de ocho de abril de 1967, la cual fue adoptada e integrada en el Ordenamiento Jurídico Aragonés por la Ley 3/1985, de 21 de mayo.

²⁰ La indeterminación de estos tres conceptos fue una cuestión que provocó más de un *quebradero de cabeza* a nuestros Tribunales. En efecto —y aunque el tema de la adopción no sea obje-

A este respecto, hoy en día es irrefutable la posibilidad de tratamiento de la protección del menor desde una perspectiva civilística. El hecho de estar incluida esta materia dentro del articulado del Código Civil (desde su reforma llevada a cabo en 1987) no deja lugar a dudas. Ahora bien, una cosa es admitir el peso de la evidencia y otra muy distinta rendirse ante ella. Plantearé la cuestión con la siguiente pregunta: ¿es lógico que en un mismo ámbito jurídico concurren de modo legítimo (o, por lo menos, aparentemente legítimo) dos títulos competenciales —estatal y autonómico— habilitados constitucionalmente cada uno de ellos para abordar una misma materia de modo *exclusivo* en virtud del *juego combinado* de los artículos 148.1.20 y 149.1.8 de la Constitución? Acudiendo a una interpretación de tipo teleológico de estos preceptos, ¿es posible llegar a pensar que nuestros constituyentes pudieron prever que, a raíz del reparto de competencias efectuado, pudiera surgir como con-

to primordial de esta exposición— no podemos pasar por alto la gran controversia suscitada entre el Gobierno de la Nación y nuestra Comunidad Autónoma a raíz de la aprobación por las Cortes de Aragón de la Ley 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos. El artículo primero de dicha Ley dotó de contenido al artículo 19 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, ya que la reforma de 1985 lo había dejado sin fundamento alguno.

Según dicho artículo 19: 1. «Los hijos adoptivos tendrán en Aragón los mismos derechos y obligaciones que los hijos por naturaleza». 2. «Siempre que la legislación civil aragonesa utilice expresiones como *hijos* y *descendientes* o similares, en ellas se entenderán comprendidos los hijos adoptivos y sus descendientes». A su vez, el artículo segundo de la Ley 3/1988 estableció que «en tanto las Cortes de Aragón no aprueben una legislación propia sobre adopción, en la Comunidad Autónoma será de aplicación la normativa del Código Civil y demás leyes generales del Estado en la materia».

Este reconocimiento de la potestad normativa en materia de adopción provocó que el Gobierno de la Nación presentara un recurso de inconstitucionalidad, al entender que se había atentado gravemente contra el artículo 149.1.8 de la Constitución, ya que éste reservaba al Estado (y lo sigue haciendo) la competencia exclusiva sobre *Legislación civil*. Por su parte, la Comunidad Autónoma de Aragón basaba su defensa en el segundo inciso del mismo artículo, el cual permite a las Comunidades Autónomas con derecho civil, foral o especial propio, proceder a su «*conservación, modificación y desarrollo*».

El Tribunal Constitucional analizó detenidamente estos tres conceptos, a fin de determinar si era posible incardinar la actuación de nuestra Comunidad Autónoma dentro de alguno de ellos. En primer lugar, por «*conservación*» entendió toda operación de *asunción e integración* de las diferentes Compilaciones existentes en los respectivos ordenamientos jurídicos autonómicos (así como la formalización de sus diferentes costumbres), con lo que tal posibilidad fue desechada. El mismo camino siguió la segunda de ellas, al entender que toda «*modificación*» supone la preexistencia de una norma anterior. Por último, se determinó que la única opción viable era considerar que la Comunidad Autónoma de Aragón había procedido al «*desarrollo*» de una parte de su propio derecho, conceptuando aquél como una acción legislativa que hace posible el crecimiento orgánico de un Ordenamiento Jurídico, que permite su vitalidad hacia el futuro.

Por tanto, se reconocía la posibilidad de regular materias nuevas, pero con un límite infranqueable: que éstas guardaran una *relación de conexidad* con otras ya existentes en el derecho civil, foral o especial propio. Empero, era preciso encontrar dicha relación entre la adopción y otra materia ya recogida en nuestra Compilación. El Tribunal Constitucional consideró, por fin, que aquella era materia *conexa* a la filiación y a los derechos sucesorios que el Derecho Civil aragonés regulaba; con lo que, en virtud de la Sentencia de doce de marzo de 1993, rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto en su momento e impidió que el Gobierno de la Nación consiguiera establecer limitaciones al legítimo desarrollo de nuestro derecho propio.

secuencia natural este actual sistema bipolar, cuyo normal y pacífico funcionamiento depende de un acuerdo tácito de prevalencia de lo preceptuado en el Código Civil sobre la legislación de las Comunidades Autónomas dictada al amparo del artículo 148.1.20²

No obstante, la gran mayoría de la doctrina —y no sólo la civilística— no pone reparo alguno a esta relación de sumisión o dependencia hacia lo preceptuado en el Código Civil que subyace en el ámbito de la protección de menores en nuestro país, haciendo referencia a un *anclaje más que expreso* que instituciones como la adopción, guarda o acogimiento han tenido siempre en dicho Código, lo cual justifica la intervención del ordenamiento civil en este campo²¹.

Dos matizaciones cabrían realizarse a la luz del argumento expuesto: la primera, que sólo a raíz de la reforma llevada a cabo mediante la Ley 21/1987 puede hablarse de una introducción de figuras como el acogimiento o la declaración de desamparo (entre otras) en dicho Código, ya que —hasta ese momento— los antecedentes históricos de las mismas formaban parte de la normativa sobre Beneficencia. En segundo lugar, toda intervención del ordenamiento civil estatal en este campo lo será en detrimento del rol a desempeñar por las Comunidades Autónomas, al estar dicha intervención legitimada por la competencia *exclusiva* que el Estado ostenta en materia de legislación civil *ex* artículo 149.1.8 de la Constitución Española.

Por tanto, fácilmente puede advertirse que si los pilares del mecanismo protector del menor —antaoño insertos dentro del campo de la Beneficencia, del cual el ámbito de la *asistencia social* es su heredero natural²²— pasan a ser considerados elementos integrantes del Código Civil, la competencia también exclusiva que las Comunidades Autónomas poseen a la hora de legislar sobre dicho ámbito queda vacía de contenido; lo cual, al menos de modo indirecto, vulnera o vicia en parte el sistema de reparto de competencias instaurado por la Constitución. A su vez, no hay que olvidar que sólo a las Comunidades Autónomas que poseen derecho civil, foral o especial propio les cabe entonces la posibilidad de realizar aportaciones en este sentido, procediendo a *desarrollar* aquél respetando siempre ciertas condiciones que posteriormente serán analizadas.

Para comprender mejor las raíces del problema, debemos acudir al momento generador del mismo, que no es otro que la reforma del Código Civil llevada a cabo por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre. Ésta supuso el triunfo de las tesis sostenidas por un sector de los profesionales que trabajaban

²¹ Vid., en este sentido, EMBID IRUJO, A., *op.cit.*, p. 671.

²² Recordemos que ya se ha hecho referencia (*vid.* nota a pie de página nº14) al hecho de que sólo la aceptación de una enmienda de última hora hizo que los conceptos de *beneficencia* y de *asistencia social* no integraran el mismo paquete competencial atribuido en exclusiva a las Comunidades Autónomas, en virtud del artículo 148.1.20 de la Constitución.

en el campo de los menores, los cuales abogaban por la desjudicialización de la protección que se les otorgaba y por dar a ésta un enfoque puramente asistencial-administrativo. A los defensores de esta postura se les denominó *asistencialistas*²³.

Como vemos, no estamos ante una mera modificación del articulado del Código Civil, sino ante una metamorfosis total del sistema estatal protector del menor, cuyo motor impulsor pasó a ser los servicios sociales de la Administración²⁴; y ello pese a la oposición de quienes defendían la intervención, *ab initio*, del órgano judicial competente en razón de la materia, situación que esta ley cambió por completo.

Desde luego, es fácil suponer que toda esta serie de innovaciones generaron recelos de todo tipo en lo que respecta al fondo de dicha ley²⁵; sin embargo, la crítica que aquí haremos será de forma. Es decir, dado que la protección de los menores era ya competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, *ex* artículo 148.1.20 de la Constitución Española (Cataluña ya había hecho uso de esa competencia promulgando su Ley 11/1985, como ya se ha mencionado anteriormente) y que se pretendía que éstas asumieran *ab initio* el protagonismo de dicha protección, en virtud de la tutela *ex lege* del menor desamparado²⁶, ¿no hubiera sido más lógico dejar al margen del Código Civil tanto la determinación de la situación de *desamparo* como todas las medidas de protección contenidas en los artículos 172 y 173? De este modo, la Ley 21/1987 hubiera cumplido dos funciones importantísimas: en primer lugar, llenar el *vacío normativo* creado por el hecho de no haber ejercido las Comunidades Autónomas (excepto Cataluña, por supuesto) la potestad normativa que les correspondía por derecho (ya que, por mor del artículo 149.3 de la Constitución, el derecho estatal es —en todo caso— supletorio del derecho de aquellas); y, en segundo

²³ *Vid.*, en este sentido, RAMOS SÁNCHEZ, J., «Algunas consideraciones jurídicas sobre la Ley 21/1987, de once de noviembre, sobre Protección de menores y adopción. Su posible inconstitucionalidad», en *LA LEY*, 7 de abril de 1989, p. 997.

²⁴ Cuenta Lorca Martínez como el Sr. LEDESMA, a la sazón Ministro de Justicia, en su intervención ante la Comisión de Justicia del Senado para expresar en nombre del Gobierno diversas consideraciones sobre los propósitos de la Ley, «justificó la administrativización y la consiguiente desjudicialización que instaura la Ley 21/1987 aduciendo, entre otras cosas, que en el texto legal se parte de la idea de que la protección de menores tiene mucho más que ver, es mucho más competencia de los servicios sociales de la Administración, es decir, de aquellos servicios que se inspiran en las ciencias sociales, como la psicología, la sociología, la pedagogía, etc., predominando esta consideración sobre otros criterios, también muy importantes, como son los criterios técnico-jurídicos». LORCA MARTÍNEZ, J., «La tutela del artículo 172.1 del Código Civil», en *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 2, Julio-Diciembre de 1995, p. 237.

²⁵ Éstas se centraron, sobre todo, en el concepto de *desamparo* y en dilucidar qué órgano debía ser el encargado de determinar tal situación, llegándose a plantear dudas sobre la constitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 21/1987. Incluso se llegó a acusar a la misma de instaurar un auténtico sistema de *confiscación* de hijos en virtud de razones ajenas al control judicial. *Vid.*, en este sentido, JIMÉNEZ-AYBAR, I., *op.cit.*, pp. 85 y ss.

²⁶ El artículo 172.1 de la Ley 21/1987 atribuía «a la entidad pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores» -por ministerio de la ley- la tutela de los que se encontrasen en situación de *desamparo*.

lugar, servir de referente, de guía, para las posteriores leyes autonómicas tuitivas de los derechos de los menores.

Esta voluntad de traspasar al ámbito de la legislación civil diversos instrumentos provenientes de la normativa sobre Beneficencia se intentó justificar de la siguiente manera: en primer lugar, la nueva figura del *desamparo* vino a sustituir a la condición del *menor abandonado* que recogía la Ley de trece de mayo de 1981 en su artículo 174²⁷, sin tener en cuenta que dicha condición tenía una eficacia limitada al campo de la adopción²⁸ y que, en cambio, el *desamparo* «se enmarca en una sede previa y más amplia, constituyendo la situación que legitima a la Administración para intervenir en el ámbito de la protección de menores»²⁹. Aunque deba reconocerse que, con posterioridad a la promulgación de la Ley 21/1987, la doctrina más autorizada no ha planteado ninguna duda a este respecto, en los debates parlamentarios previos sí surgieron discrepancias en este punto. Así, por ejemplo, el diputado Uribarri (PDP) afirmó parecerle superfluo «tratar de hacer una definición de desamparo (...) puesto que este concepto no tiene por qué establecerse en un Código Civil, ni siquiera ponerle unos límites inadecuados. Debía quedar siempre al arbitrio de las entidades que deben recoger a estos menores...»³⁰.

En segundo lugar, el *acogimiento familiar* se presentó como uno de los ejes centrales de la Ley 21/1987. En el mismo Preámbulo encontramos la medida del protagonismo y relevancia que se quería dar a esta figura dentro del ámbito de la protección de menores: «...como figura previa (a la adopción), no imprescindible, pero que se espera se utilice con frecuencia, se regula el acogimiento familiar con especial detalle». A su vez, se resalta la aparente novedad que ello supone: «Esta última es una novedad importante, que tiene su parangón en diversos Derechos europeos...» Evidentemente, desde la perspectiva (o en el contexto) de un Estado social, no hay duda de la innovación que supone una regulación más o menos detallada de esta figura; sin embargo, no debemos olvidar que ya en la Ley catalana de protección de menores de 1985 aparecía regulada la *acogida familiar*, aunque sin mucha profusión (arts. 7,i y 46). Incluso en nuestro derecho histórico podemos encontrar algunas instituciones que —salvando las oportunas distancias— guardan ciertos paralelismos con el *acogimiento familiar*.

En este sentido, el sector de la doctrina que con más dureza criticó la desjudicialización llevada a cabo por esta ley (a la que ya se ha hecho referencia anteriormente), acusó al legislador de desconocer por completo el funciona-

²⁷ Figura que también aparecía en la primera Ley catalana de Protección de menores (Ley 11/1985, de trece de junio) en su artículo siete, el cual establecía que «serán funciones del Departamento de Justicia (...) g) acoger provisionalmente a los menores en situación de abandono...» (esta competencia pasó al Departamento de Bienestar Social a raíz de la promulgación de la Ley 12/1988, de 21 de noviembre, que modificó la Ley 11/1985).

²⁸ Al respecto, vid. LORCA MARTÍNEZ, J., *op. cit.*, p. 251.

²⁹ Cfr. PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., «La nueva adopción», Madrid, CIVITAS, 1989, p. 50.

³⁰ Vid. LLEBARÍA SAMPER, S., «Tutela automática, guarda y acogimiento de menores». Ediciones BOSCH, Barcelona, 1990, p. 49.

miento de los Tribunales Tutelares de Menores³¹, los cuales llevaban mucho tiempo utilizando el recurso del *confiamiento* del menor a una persona, familia, sociedad tutelar, etc., de naturaleza jurídica y contenido igual o similar al acogimiento³².

Sin ánimo de negar la veracidad de tal afirmación, pretender presentar dicho *confiamiento* (que, en realidad, se denominaba *colocación* familiar) como el origen último del acogimiento tal y como hoy lo entendemos, significa olvidar que éste hunde sus raíces en el *prohijamiento de niños expósitos*, el cual fue regulado por vez primera en la Real Cédula de 11 de noviembre de 1796 (Ley 5^a, tít.37, L.VIII de la Novísima Recopilación) y después en las Leyes de Beneficencia de 1822 y 1863. Aunque no ha faltado quien llegue a identificar directamente este *prohijamiento* con la institución de la adopción³³, tal vez sea más acertado relacionarlo con lo que actualmente denominamos *acogimiento preadoptivo*, puesto que siempre quedaba abierta la posibilidad de acomodar al niño *prohijado* con otra familia distinta³⁴, o devolverlo a sus padres naturales³⁵. Es más, existen suficientes indicios para argumentar que lo que aquella normativa llamaba la *crianza de los niños destetados* no era más que una especie de *acogimiento ordinario o educativo*, cuya finalidad era la del cuidado temporal de los menores³⁶.

Los datos históricos aportados no sirven más que para apoyar la tesis de que la introducción de ciertos instrumentos protectores del menor en el Código

³¹ Un estudio sobre la labor del Tribunal Tutelar de Menores de Zaragoza lo podemos encontrar en JIMÉNEZ-AYBAR, I., *op. cit.*, pp. 55 y ss.

³² Vid. RAMOS SÁNCHEZ, J., *op. cit.*, p. 1000.

³³ Vid. RODRÍGUEZ SOI, L., *op. cit.*, p. 2.

³⁴ En este sentido, el artículo 177 del Proyecto de Beneficencia de 1821 establecía que «*si llegase el caso de que la prohijación ceda en daño de algún niño ó muchacho, ó por haber fallecido el prohijante, ó por haber venido á tal estado de pobreza que no pueda mantener al prohijado, ó por otro cualquier motivo, entonces la respectiva Junta municipal de beneficencia, recogiendo al niño ó muchacho, procurará acomodarle con otra familia; y cuando esto no pudiese conseguirse, el niño ó muchacho será devuelto á la Inclusa, para que allí se le dé el destino que corresponda*».

³⁵ «*Los niños ó muchachos aun cuando estuvieren prohijados serán devueltos á sus padres; pero estos con la intervención de las Juntas se concertarán antes con los prohijantes sobre el modo y forma en que hayan de ser indemnizados de los gastos que les hubiere ocasionado la crianza de los niños ó muchachos*» (art. 183 del mismo Proyecto).

³⁶ Y esto es así porque los que tomaban a su cargo niños de las Inclusas para su crianza, «*por este hecho (ocupaban) el lugar de padres*», debiendo «*instruirlos bien en la doctrina cristiana, y enviarlos á las escuelas de primeras letras, donde nada se pagará por la enseñanza*», según disponía el artículo 149 del Proyecto de Beneficencia de 1821. Todos los niños acogidos (o «*dados á criar fuera*» de las Inclusas) «*al llegar á los años de la pubertad*», podían «*dejar las casas de los que hubieren corrido hasta entonces con su crianza, y colocarse donde mejor les pareciere, con tal que para ello obtengan la aprobación de las Juntas municipales de beneficencia*» (art. 160). Como vemos, la idea de provisionalidad que regía esta crianza, es la que ahora impregna el acogimiento temporal (sin visos de una futura adopción).

Civil, merced a la Reforma de 1987, supuso perder una muy buena ocasión (como antes ya ha sido apuntado) de configurar un marco legal que se convirtiera en referente para posteriores leyes autonómicas dictadas en los años sucesivos.

Por el contrario, aunque la Ley 21/1987 influyó poderosamente en la Ley aragonesa de 1989, lo hizo condicionando el contenido de ésta, ya que el legislador aragonés se encontró con que al desarrollo de su competencia recogida en el entonces artículo 35.1.19 del Estatuto de Autonomía de Aragón, le había sido impuesto un límite, que no era otro que el no poder regular ciertos instrumentos de protección del menor que —al formar parte del ordenamiento civil estatal— el artículo 149.1.8 de la Constitución Española incluía dentro de las materias en las que el Estado es competente de forma exclusiva.

El articulado de la Ley 10/1989 nos ofrece varios ejemplos bastante ilustrativos al respecto. En primer lugar, su artículo 1.2 es el encargado de definir qué se entiende por situación de *desamparo* a efectos de esta ley. Concretamente, se encuentran en ella «los menores en quienes concurren las circunstancias reguladas en el Código Civil». Por tanto, el legislador decidió acudir a la definición que introdujo la Reforma del Código Civil de 1987 (recogida en el artículo 172.1), aunque alguien ha apuntado que tal remisión no es al articulado concreto del Código Civil, sino a las normas que —en esta materia— éste tenga en cada momento³⁷. Aquí vemos, por tanto, el primer efecto causado por la inclusión que la Ley 21/1987 hizo de una serie de conceptos y figuras en dicho Código, que no fue otro que crear la sensación de que, probablemente, nuestra Comunidad Autónoma no tenía la competencia necesaria para intentar algún tipo de aportación propia³⁸.

A mayor abundamiento, la regulación de la *guarda* y el *acogimiento* en la Ley 10/1989 nos ofrece más de lo mismo. El artículo 12 advierte que ambos instrumentos «...se regularán de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil». Una lectura detenida de este precepto plantea enseguida serias dudas de interpretación, sobre todo a efectos de delimitar el alcance y significado de la expresión «se regularán». Así, Serrano García opina que puede llegarse a pensar «que el legislador aragonés está haciendo dejación de sus competencias para legislar la guarda y el acogimiento de forma distinta a la contenida en el Código Civil»³⁹. Sin embargo, matiza este mismo autor que no parece ser ésta la interpretación más adecuada, sino que es más coherente entender que la guarda y el acogimiento apli-

³⁷ En este sentido, afirma Serrano García que este apartado es superfluo e innecesario, ya que «la aplicación provisional del Código Civil y demás leyes generales del Estado en materia de adopción ya fue prevista con claridad por el artículo 2 de la Ley 3/1988, siendo improcedente reiterarlo sucesivamente respecto a aspectos puntuales de la regulación estatal». SERRANO GARCÍA, J.A., *op. cit.*, p. 23.

³⁸ Al respecto, *vid.* EMBID IRUJO, A., *op. cit.*, p. 677.

³⁹ Afirma este autor que «parece como si estuviera diciendo que la guarda y el acogimiento aplicables en Aragón serán los que, en cualquier tiempo, regule el Código civil». SERRANO GARCÍA, J.A., *op. cit.*, p. 24.

cables en Aragón, en tanto las Cortes de Aragón no aprueben una legislación propia, son los regulados en el Código Civil⁴⁰.

Sea como fuere, lo cierto es que se perdió una oportunidad única para desarrollar en amplitud dos instrumentos imprescindibles a la hora de confeccionar un adecuado sistema de protección del menor en nuestra Comunidad ⁴¹. El legislador aragonés fue, por consiguiente, extremadamente cauteloso a la hora de desarrollar o redefinir conceptos que —en el contexto de aquel momento— era fácil plantearse si estaban protegidos por la competencia exclusiva que la Constitución reserva al Estado en materia de legislación civil. Pero, a su vez, también podría afirmarse que la competencia relativa a *asistencia social*, recogida en el artículo 35.1.19 del Estatuto de Autonomía de Aragón, era título suficiente para que nuestra Comunidad Autónoma pudiera regular a su antojo (siempre dentro del marco constitucional) los diferentes instrumentos de protección de los menores, incluida una propia definición del concepto de *desamparo*.

Si, como hemos visto, la Ley 21/1987 actuó de referente *condicionador* de la Ley aragonesa de protección del menor de 1989, debemos abordar ahora la cuestión de cómo o de qué manera sucesivas modificaciones de nuestro Código Civil pueden influir en el modo de elaborar una nueva ley autonómica en esta materia.

La respuesta la podemos encontrar en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. La complejidad de esta norma radica en que consta de dos partes bien diferenciadas. La primera de ellas contiene todo el articulado referente a los *derechos de los menores* (cuestión tremendamente novedosa, en una ley estatal de protección de menores, claro está) y a los principios rectores de la actividad protectora del menor. La segunda parte es la que se destina propiamente a modificar ciertos aspectos del Código Civil que permanecían inmutables desde la ya tan aludida Reforma de 1987.

Es, precisamente, en esta parte segunda donde nos encontramos de frente con la *Disposición final vigésimo primera*, la cual establece que todo el elenco de artículos que aparecen citados en la misma «*son legislación supletoria de la que dicen las Comunidades Autónomas con competencia en materia de asistencia social*»⁴².

⁴⁰ Lo cual supone —para Serrano— «*puntualización innecesaria si se parte de la general aplicación supletoria del Derecho estatal en materia de adopción*». Sin embargo, si se suprimiera de esta Ley todo lo que —a juicio de este autor— es innecesario recoger, se ganaría —sin duda— en *brevedad*, pero se perdería en *claridad*.

⁴¹ Quizá, lo más sorprendente es que se ignorara la completa regulación del acogimiento que el Decreto 119/1988 contenía en sus artículos 25 a 31. *Vid.*, en este sentido, JIMÉNEZ-AYBAR, I., *op. cit.*, p. 111.

⁴² Entre ellos, los que más interés suscitan son los siguientes: los artículos 11 (principios rectores de la acción administrativa), 12 (actuaciones de protección), 13 (obligaciones de los ciudadanos y deber de reserva), 15 (principio de colaboración), 16 (evaluación de la situación) y 17 (actuaciones en situación de riesgo).

Este precepto debe entenderse siempre teniendo en cuenta que «*la ley pretende ser respetuosa con el reparto constitucional y estatutario de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas (...) Se dejan a salvo (...) las competencias de las Comunidades Autónomas que dispongan de Derecho Civil, Foral o Especial propio, para las que la Ley 'se declara' subsidiaria respecto de las disposiciones específicas vigentes en aquéllas*».

Vemos, por tanto, que el legislador estatal *ha sido respetuoso* con el reparto constitucional de competencias, declarando a su vez que ciertas disposiciones de su articulado son *supletorias* de las que Comunidades Autónomas como Aragón dicten en el legítimo ejercicio de sus competencias. Esta advertencia es —cuanto menos— innecesaria, puesto que de tal *supletoriedad* ya nos informa adecuadamente el artículo 149.3 de la Constitución Española.

Pero, interpretando la *supletoriedad* de dichos preceptos de la Ley 1/1996 a la luz de la sentencia del Tribunal Constitucional 118/1996, de 27 de junio, podría llegarse a invocar ante este Tribunal el oportuno *recurso de inconstitucionalidad* contra aquellos artículos contenidos en el apartado primero de la *Disposición final* citada. La razón estriba en que, según aquella sentencia, no puede el Estado dictar a su amparo normas meramente supletorias proclamándolas como tales, ya que el único efecto de la cláusula de supletoriedad consiste en hacer que las normas estatales válidas sean, por imperativo del artículo 149.3 de la Constitución, supletorias del Derecho autonómico cuando el aplicador del mismo localice en él una laguna⁴³.

Una última cuestión plantea la misma *Disposición final* citada en su apartado tercero, en cuyo tenor «*...las revisiones al Código Civil contenidas en la misma, se dictan al amparo del artículo 149.1.8 de la Constitución y 'se aplicarán' sin perjuicio de la normativa que dicten las Comunidades Autónomas con competencia en materia de Derecho Civil, Foral o Especial*». La consecuencia inmediata de este precepto es la siguiente: al no haber dictado nuestra Comunidad ninguna norma de naturaleza civil en materia de —por ejemplo— *acogimiento de menores*, ¿debe aplicarse, por tanto, el artículo 173 bis del Código Civil en nuestra Comunidad, y no los artículos 37 a 42 del Decreto 79/1995, los cuales prevén modalidades de *acogimiento* distintas?

Utilizando la línea de argumentación que se ha seguido hasta el momento, no deberíamos dudar en afirmar que —de dar por bueno lo dispuesto en aquella *Disposición final*— lo que hacemos es, por un lado, entender derogados *tácitamente* todos aquellos preceptos del Decreto 79/1995 y, por ende, de la Ley que desarrolla (que no es otra que la vigente Ley 10/1989), que no concuerden exactamente con lo previsto en la Ley Orgánica 1/1996, lo cual attentaría

⁴³ A este respecto, *vid.* TEJEDOR BIELSA, J.C., «La necesaria reformulación del concepto de bases provocada por la STC. 118/1996, de 27 de junio», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 4 (diciembre 1996), pp. 447 y ss.

directamente contra el sistema de reparto de competencias establecido por la Constitución. Por otro lado, toda discusión acerca de la necesidad o no de una Ley aragonesa de derechos de la infancia y adolescencia quedaría fuera de lugar, al resultar innecesario promulgar un texto legislativo que nada aporte al ámbito de la protección del menor al limitarse a repetir lo que estableciera el Código Civil en cada momento.

Llegados a este punto, la solución al problema puede venir de la mano de un *desarrollo* de nuestro Derecho civil aragonés en este campo⁴⁴, tal y como permite el artículo 149.1.8 de la Constitución. La única dificultad que podría existir es el hecho de identificar la *relación de conexidad* entre la protección de menores y alguna materia integrante del Derecho civil de Aragón⁴⁵; lo cual sería fácilmente salvable teniendo en cuenta que si nuestra Comunidad Autónoma ostenta competencia legislativa en materia de adopción, también la podrá ejercer en cuanto a las *otras formas de protección de menores*. A su vez, otra posibilidad consistiría en establecer tal *conexidad* en relación a la figura de la *autoridad familiar*, regulada por la Compilación del Derecho Civil de Aragón⁴⁶, en tanto en cuanto los diversos instrumentos de protección del menor deben entrar en juego ante situaciones de riesgo o desamparo que configuran la patología de un inadecuado o insuficiente ejercicio de tal autoridad.

La necesidad de otorgar a nuestra infancia y adolescencia una normativa respetuosa con nuestro ordenamiento jurídico, cuya aplicación no dependa de criterios de distribución de competencias ni de la interpretación de conceptos y figuras *de laboratorio* heredadas de modificaciones sucesivas del Código Civil, exige la elaboración de una ley en el marco de la competencia exclusiva que nuestra Comunidad Autónoma ostenta en materia de protección y tutela de menores, *ex* artículo 35.1.28 del Estatuto de Autonomía, la cual asuma e integre diversos aspectos de un ordenamiento civil aragonés convenientemente *desarrollado* en los términos que ya han sido expuestos. Pasemos de inmediato a sugerir, siquiera someramente, algunas ideas básicas que podrían servir de referente de aquella.

⁴⁴ Recordemos que el T.C. entró a analizar el significado y alcance de este término en su Sentencia de doce de marzo de 1993, reproducida en parte en este trabajo (nota a pie de página nº 19).

⁴⁵ Como ya fue identificada por el mismo Tribunal Constitucional a la hora de dilucidar la constitucionalidad o no del precepto de la Ley aragonesa de equiparación de hijos adoptivos (Ley 3/1988, de 25 de abril), que reconocía la potestad normativa de nuestra Comunidad Autónoma en materia de adopción (*vid.* también la nota a pie de página nº 19).

⁴⁶ El artículo 9.1 de la misma establece que «*el deber de crianza y educación de los hijos menores, así como la adecuada autoridad familiar para cumplirlo, corresponde a los padres, conjunta o separadamente, según los usos sociales o familiares o lo lícitamente pactado al respecto*».

III. BREVES APUNTES PARA UNA LEY

1. CUESTIONES PREVIAS

En el año 1997, un grupo de técnicos del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo de la D.G.A. elaboraron un *Borrador de la Ley de la infancia y adolescencia en Aragón*, el cual, tras sufrir varias modificaciones (hasta tres, por lo menos), fue presentado para su aprobación como Proyecto de Ley ante las Cortes de Aragón ⁴⁷. Por mor del cambio de Gobierno autonómico, a raíz de las pasadas elecciones, este Proyecto de Ley —como tal— *caducó*. En fechas muy recientes se ha procedido a elaborar un nuevo *Borrador*, el cual tiene visos de convertirse —sin perjuicio de las modificaciones que pueda sufrir antes o después de su travesía parlamentaria— en la nueva *Ley de la infancia y la adolescencia en Aragón*.

Lo primero que sorprende de él es su extensión, ya que consta de 101 artículos (aunque el Proyecto de Ley antes citado tenía 129) divididos en ocho títulos. El primero de ellos contiene las *Disposiciones Generales*⁴⁸, tras el que se recogen —en el Título Segundo— los *Derechos de la infancia y adolescencia y su garantía*⁴⁹. El Título Tercero es el dedicado a la *Protección social y jurídica de los menores*. Por último, los títulos Cuarto al Octavo contienen —respectivamente— los artículos que se refieren a los *Menores en conflicto social*, la *Distribución de competencias*, *Iniciativa social e instituciones colaboradoras*, *Infracciones y Sanciones* y, por último, los *Registros*.

La amplitud de miras que desprende su articulado responde a la intención de «establecer un marco normativo general que garantice a los niños y adolescentes de la Comunidad de Aragón el ejercicio y desarrollo de los derechos que legalmente les corresponden», tal y como se declara en la *Exposición de Motivos*. Y esto es así por «la concepción que la sociedad tiene sobre la infancia», la cual «ha dejado de ser la de un sujeto pasivo, un proyecto de futuro, necesitado exclusivamente de protección para llegar a convertirse en persona». Es decir, se ha evolucionado de la mera *protección del menor* a la «*promoción y desarrollo de los derechos de los niños y adolescentes*», aunque siempre sin perder de vista que el contexto normal de desarrollo del niño lo constituyen sus propios padres y el entorno familiar en general, el cual representa «un nivel de apoyo inmediato al niño y a sus padres, a los que ayuda y, en caso necesario, es el primero en sustituirles en su función parental». Por último, existe un

⁴⁷ Vid. Boletín Oficial de las Cortes de Aragón de nueve de diciembre de 1998.

⁴⁸ Referidas al objeto de la futura ley, ámbito de aplicación, principios de actuación, interpretación de la misma y reconocimiento de la *prioridad presupuestaria* de las actividades de prevención, atención y reinserción de la infancia y adolescencia.

⁴⁹ En el artículo 6º se declara, con carácter general, que «los menores gozarán de los derechos individuales y colectivos que les reconocen la Constitución, los tratados, convenios y pactos internacionales ratificados por el Estado Español, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, y la Carta Europea de los Derechos del Niño, así como la Compilación del Derecho Civil de Aragón, el Código Civil y las restantes normas del ordenamiento jurídico».

«tercer nivel de protección», formado por los servicios especializados de protección de menores, los cuales *«deben actuar subsidiariamente cuando los anteriores niveles no sean suficientes para garantizar los derechos de los menores»*.

Una vez esbozado a grandes líneas tanto el esquema como algunos de los principios directivos de la gran reforma que se prevé, en esta materia, en nuestra Comunidad Autónoma, desarrollaremos más en profundidad dos importantes cuestiones sobre las que conviene incidir y reflexionar si lo que se pretende es configurar una norma legal que responda a las necesidades que tiene hoy en día el ámbito de la protección y defensa de los derechos de nuestros menores.

2. LA PREVALENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DE LOS MENORES

Es un punto común en todo el conjunto de la normativa de protección de menores, establecer el epicentro en el *principio de prevalencia del interés superior del menor*. Este principio ha venido inspirando toda la legislación en esta materia de las últimas décadas, tanto a nivel internacional como en el orden interno.

El artículo tercero del *Borrador de la Ley de la infancia y adolescencia en Aragón*, fiel a la tradición, exige que toda acción que se promueva en nuestra Comunidad Autónoma dentro de este ámbito responda al principio de la *«prevalencia del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo concurrente»*. Ya el correlativo artículo del Proyecto de Ley antes citado se expresaba en parecidos términos, aunque añadía que dicho interés superior debía entenderse *«en los términos establecidos en el Código Civil y Convención sobre los Derechos del Niño»*.

La modificación llevada a cabo en este punto no es baladí. En el artículo 3,c,1 de dicho Proyecto se nos anunciaba la existencia de este principio tan importante, pero con la advertencia de que siempre habría que tener en cuenta el modo en que se establece el mismo en el Código Civil. Un problema al respecto: dicho Código no hace tal cosa; es decir, no enuncia el principio de la prevalencia del *interés superior* de los menores, sino que tan solo nos ofrece las manifestaciones del mismo en supuestos muy concretos⁵⁰. La confusión —de

⁵⁰ Así, por ejemplo, en el artículo 172.4 se establece que se debe buscar siempre el interés del menor a la hora de utilizar los instrumentos del acogimiento familiar o residencial. El artículo 173.3 prevé que si los padres o el tutor del menor no consienten o se oponen al acogimiento, el juez acuerde tal medida siempre en interés de aquél (además, mientras se produce la resolución judicial, la entidad pública puede acordar un acogimiento familiar provisional teniendo en cuenta el citado interés). De igual modo, la entidad pública que tenga la tutela o guarda del menor puede poner fin al acogimiento *«cuando lo considere necesario para salvaguardar el interés de éste oídos los acogedores»* (art. 173.4.4ª). A su vez, al regular el acogimiento familiar permanente (art. 173 bis), el Código faculta a la entidad pública para *«solicitar del juez que atribuya a los acogedores aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo en todo caso al interés superior del menor»*.

existir— tal vez estribara en que la Ley Orgánica 1/1996, de protección del menor, establece como eje fundamental del *Derecho sobre la Minoridad* la «*primacía del interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*» (art. 2); pero, a pesar de regularlo, no lo incluye dentro de las *Disposiciones Finales* que modifican en algún punto el Código Civil y que, por tanto, pasan a formar parte del articulado del mismo.

En cuanto al contenido en si del artículo 3.3,a) del *Borrador*, puede fácilmente observarse que es la réplica casi exacta de la fórmula utilizada por el legislador de 1996 a la hora de configurar este *concepto jurídico indeterminado* de tanta importancia en este ámbito. Por tanto, podemos cuestionar —tanto en una norma como en otra— el *carácter absoluto* con el que se enuncia la primacía del *interés superior* del menor («...*sobre cualquier otro interés legítimo...*»), lo que ha llevado a más de un autor a afirmar que esa primacía no siempre podrá darse, ya que —en algunas ocasiones— se plantean dilemas como el siguiente: «¿qué debe primar, el interés del menor o su integridad física?»⁵¹.

A mayor abundamiento, la propia expresión *interés superior* puede llevar a preguntarnos: pero, superior... ¿a qué? ¿al propio derecho a la vida? La solución aportada por dicho artículo está en la línea de Leyes como la de la Comunidad de Madrid; esto es, se recurre a afirmar que el *interés superior* de los menores lo será *sobre cualquier interés legítimo concurrente*, pero no se nos facilita ningún criterio que oriente cualquier operación tendente a delimitar el contenido de aquél. Ciertamente es que la complejidad de este problema no invita a aventurarse a ofrecer soluciones de carácter definitivo; sin embargo, bien podría ponerse el énfasis en la necesidad de confrontar los intereses en juego en cada caso concreto, teniendo bien presentes en todo momento las especificidades del menor en cuestión. En este sentido, el artículo 3º de la Ley 8/1995, de 27 de julio, de *atención y protección de los niños y los adolescentes de la Comunidad Autónoma de Cataluña*, dispone que para la determinación de dicho interés «*debe tenerse en cuenta, en particular, los anhelos y opiniones de los niños y los adolescentes, y también su individualidad en el marco familiar y social*».

2. EL MENOR DESAMPARADO. NECESIDAD DE UNA REVISIÓN A FONDO DE ESTE CONCEPTO

No hace falta incidir en la trascendencia de la declaración de *desamparo* como auténtico factor desencadenante de todo el sistema de protección del menor que la entidad pública es capaz de articular. Por ello, es imprescindible que toda Ley de protección del menor que se precie identifique una serie de situaciones a raíz de las cuales se pondrá en funcionamiento el mecanismo legal previsto para paliar las consecuencias negativas de aquellas.

Y, en cuanto a la eventual Ley de la infancia y adolescencia en Aragón, ¿cuál es la fórmula escogida por los redactores del Borrador de la misma? En este sen-

⁵¹ Vid. RIVERA FERNÁNDEZ, M., *op. cit.*, p. 6503.

tido, el artículo 55 establece que *«se entiende que un menor se encuentra en situación de desamparo cuando está de hecho privado de la necesaria asistencia moral y material debido, entre otras, a las siguientes circunstancias: a) Riesgo para la vida o integridad física o psíquica del menor. Cuando, debido al incumplimiento de los deberes de protección o por negligencia en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, de salud o educativas, por parte de los padres o de quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar, se atenta contra la vida o la integridad física o psíquica del menor. b) Abandono del menor. Cuando faltan las personas a las que por ley corresponde el ejercicio de la guarda y la autoridad familiar o cuando no pueden o no quieren ejercerlas. c) Malos tratos. Cuando el menor es objeto de malos tratos físicos, psíquicos o de abusos sexuales, por parte de familiares o terceros, producidos en el ambiente familiar del menor. d) Explotación del menor. Cuando sea inducido a ejercer mendicidad, delincuencia, prostitución, drogadicción, trabajo infantil o cualquier otra forma de explotación. e) Falta de atención adecuada. Cuando la drogadicción habitual o cualquier otro problema físico, psíquico o social de los responsables de los menores impida la adecuada atención de los mismos. f) Cuando, desaparecidas las causas que dieron lugar al ejercicio de la guarda por la entidad competente en materia de protección de menores, los responsables legales del menor no quisieran hacerse cargo del mismo. g) Cualquier otra circunstancia que sea causa de incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores».*

En este punto, afortunadamente, se ha abandonado el criterio que llevó a los elaboradores del Proyecto de Ley de 1998 a reducir toda aportación en este punto a lo siguiente: *«Por desamparo se considera la situación definida para este supuesto en el Código Civil»* (art. 67). El contenido de este precepto suponía, en esencia: a) un paso atrás respecto a la regulación actual de esta figura contenida en el Decreto 79/1995 (y a la que enseguida haremos referencia); b) la primacía absoluta de la competencia exclusiva del Estado en materia de Derecho civil (sin perjuicio, claro está, de la *conservación, modificación y desarrollo* por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, ex artículo 149.1.8, C.E.) sobre la que ostenta —también de modo exclusivo— nuestra Comunidad Autónoma en materia de Protección y tutela de menores (art.35.1.28 del Estatuto de Autonomía de Aragón); y, c) la aplicación directa y exclusiva —si dicho precepto hubiera entrado en vigor— de lo dispuesto en el artículo 172.1, 2º párrafo, del Código Civil.

En este sentido, es oportuno recordar que el último artículo citado dispone que *«se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material».*

Por tanto, se hubiera producido la curiosa paradoja de recurrir *ex lege* a una definición que ha suscitado numerosas críticas por parte de gran parte de la doctrina, ya desde su primera aparición en el Código Civil por obra de la Reforma de 1987. Dicha definición, que se recogió en el artículo 172.1.2º inciso, de la Ley 21/1987, se articuló en términos tan generales que algún autor hizo referencia a ella como *«la consideración legal de una situación que aparece deli-*

mitada en sus perfiles mínimos»⁵². Para García Cantero, el resultado es que estamos ante un «juicio de valor constitutivo de un concepto jurídico indeterminado»⁵³, lo que nos lleva a acudir a la interpretación doctrinal de algunos elementos de aquella definición para intentar discernir el significado de éstos.

Concretamente, plantearon serias dudas cuestiones como qué quiso decir el legislador al mencionar que la situación de desamparo es la que se produce *de hecho*⁵⁴, la distinción que el artículo 172.1 realiza entre *incumplimiento e imposible o inadecuado ejercicio* de los deberes de protección establecidos por las leyes⁵⁵, y el sentido de la expresión *cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material* (art.172.1, *in fine*)⁵⁶. Por último, se discutió sobre si el incumplimiento de los deberes de protección, o el imposible o inadecuado ejercicio de los mismos, debían producir siempre una privación de la necesaria asistencia moral o material para que pudiera declararse la situación de *desamparo*, o bien cabía la posibilidad de —aun existiendo un incumplimiento de esos deberes— no se generara una desasistencia del menor, pero tal circunstancia fuera tipificada como tal⁵⁷.

⁵² Vid. LIEBARRÍA SAMPER, S., *op. cit.*, p. 49.

⁵³ Vid. GARCÍA CANTERO, G., «La Reforma del Acogimiento familiar y de la Adopción», adición al Tomo V, volumen segundo, del *Derecho Civil Español, Común y Foral*; Madrid, 1988, p. 10.

⁵⁴ En este sentido, ESCUDERO LUCAS sostiene que de esta expresión puede deducirse que el menor queda privado de la necesaria asistencia por cualquier causa, es decir, que se dé la situación real u objetiva del abandono. Vid. ESCUDERO LUCAS, J.L., «La protección del menor por la Entidad Pública», en *Revista General del Derecho*, octubre-noviembre de 1997, p. 12101.

⁵⁵ Al respecto, afirma SANCHO REBULLIDA que no son conceptos distintos, ya que «parece que la causa del abandono —el incumplimiento— es la que puede ser, a su vez, consecuente a la imposibilidad o a la inadecuación del ejercicio de los deberes de protección». Para este mismo autor, el *imposible ejercicio* sería una falta de cumplimiento imputable al titular de la potestad, mientras que el *inadecuado ejercicio* es un defecto de cumplimiento imputable al mismo. Vid. SANCHO REBULLIDA, F., «Acogimiento y Adopción», en *El nuevo régimen de la familia*; Civitas, Madrid, 1989, p. 35.

⁵⁶ Aunque es realmente difícil aventurar una interpretación razonable de la situación así descrita, ESCUDERO LUCAS se atreve a opinar que «la carencia de asistencia moral y material se refiere a la exigencia de que el menor goce de una normal vida familiar; es decir, que los padres o guardadores velen por sus hijos, estén en compañía de ellos, les procuren alimentos, educación y una formación integral de ambiente familiar idóneo», advirtiendo que «en la indagación de cuál sea el ámbito moral, debe huirse de valoraciones subjetivas, considerando que sólo la vulneración del mínimo ético colectivamente asumido resulta abarcado por la norma». Vid. ESCUDERO LUCAS, J.L., *op. cit.*, p. 12102.

⁵⁷ En opinión de SANCHO REBULLIDA, «no está claro (...) si la privación de la necesaria asistencia moral o material es un requisito acumulado al incumplimiento de aquellos deberes o alternativo al mismo (...) Que se requiere siempre incumplimiento parece evidente (...) La duda se suscita (...) al decidir si conviene o no a la tipificación legal de desamparo el supuesto de incumplimiento de los deberes por parte del titular de la patria potestad o tutela, sin que, pese a ello, el menor se vea privado de la necesaria asistencia moral o material».

Para la solución de esta cuestión, plantea la hipótesis siguiente: Unos padres incumplen los deberes de protección de los que legalmente son deudores y, sin embargo, el menor no se ve privado de la necesaria asistencia moral o material porque es confiado a los cuidados de su abuelo (que sería un guardador de hecho). Concluye este autor afirmando que «a mi juicio, en esta hipótesis no se produce situación de desamparo en sentido legal, pues ésta consiste, literalmente, en la que se produce de hecho: si no hay situación fáctica de desamparo (...) tampoco la hay legal». Vid. SANCHO REBULLIDA, F., *op. cit.*, pp. 35-36.

Pese a todas las inconcreciones que hacían del artículo 172.1 del Código Civil una definición de difícil adaptación al caso concreto, su contenido pasó íntegro a nuestra Ley de protección de menores de 1989, como ya se ha apuntado anteriormente. Afortunadamente, el desarrollo parcial de la misma — que vino de la mano del Decreto 79/1995— trajo consigo la primera aportación aragonesa a un concepto de *desamparo* hasta entonces tan uniformemente definido en los ámbitos estatal y autonómico.

Tal y como dispone el artículo 8.2. del citado Decreto, «*se entiende que un menor se encuentra en situación de desamparo cuando concurren, entre otras, las siguientes circunstancias: a) Abandono del menor. b) Malos tratos. c) Abusos sexuales. d) Inducción al menor a la mendicidad, delincuencia, prostitución, o a cualquier otra forma de explotación. e) Drogodependencia habitual de los responsables de los menores que impida su adecuada atención. f) Cualesquiera otra situación que sea causa de incumplimiento o el inadecuado ejercicio de la patria potestad, del derecho de guarda, educación, o de las obligaciones previstas en el Código Civil.*».

Esta definición refleja un cambio fundamental en el modo de confrontar la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de *asistencia social* (en la que se engloba la protección de menores) *ex* artículo 35.1.19 del Estatuto de Autonomía (antes de su reforma de 1996), con la también exclusiva del Estado en materia de *legislación civil* (tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones), en el sentido de no temer ya estar invadiendo competencias ajenas, sino simplemente desarrollando las propias⁵⁸.

De este mismo espíritu innovador se contagiaron los redactores del primer Borrador de Ley de la infancia y adolescencia en Aragón, los cuales incluían en su artículo 64 una definición de desamparo extraordinariamente elaborada que ha servido de base para la elaboración del artículo 55 del Borrador antes reproducido. Tanto es así, que las diferencias entre ambos preceptos son míni-

⁵⁸ Pese a este saludable cambio de criterio, es incomprensible el empleo de los términos que integran la *cláusula residual* recogida en el apartado f del artículo 8.2. Ello denota, bien una falta de sensibilidad absoluta hacia el viejo apotegma aragonés «*de consuetudine Regni non habemus patriam potestatem*», bien ciertas reticencias a apartarse totalmente de la definición recogida en el artículo 172.1, 2º inciso, del Código Civil (o bien ambas cosas). Pero lo que causa todavía más asombro es que —mientras la recogida en este Código no hace ninguna referencia expresa a la institución de la patria potestad (aun regulándose también en aquél)— en el artículo 8.2.f) del Decreto 79/1995 no se hace mención alguna a la Compilación del Derecho Civil aragonés, ni a la *autoridad familiar*, la cual ejercen los que ostentan la vecindad civil aragonesa (y no la patria potestad). En este sentido, autores como Serrano García apuntan que en Aragón puede hablarse conjuntamente de *autoridad familiar* o *patria potestad*, pero parece improcedente emplear únicamente el término *patria potestad*. «*La cuestión es —como dice aquél— meramente formal pero, a su vez, simbólica.*». Vid. SERRANO GARCÍA, J.A., *op. cit.*, p. 26.

Haciéndose eco de manifestaciones como ésta, el Justicia de Aragón efectuó una Recomendación formal dirigida al Presidente de la D.G.A. en la que sugería «*tener presente en la redacción de sus disposiciones reglamentarias la existencia de un conjunto de instituciones civiles, como la autoridad familiar que, además de regir la vida de la mayor parte de los ciudadanos aragoneses, constituye, además, parte esencial del acervo cultural y de las señas de identidad de nuestro pueblo.*».

mas: por una parte, se ha añadido el contenido del apartado a) («*Riesgo para la vida o integridad física o psíquica del menor*»); y, por otra, desaparece la referencia expresa que se hacía en el punto 5º del citado artículo 64 al *absentismo escolar* como causa de desamparo, entendiéndose ahora implícita dentro de dicho apartado a) («*negligencia en el cumplimiento de las obligaciones educativas*»).

Entre otras cosas, lo que se pretende es sustituir el encabezamiento del actual artículo 8.2 del Decreto 79/1995, por el último inciso de la definición contenida en el Código Civil, más la expresión *de hecho*⁵⁹. Además, aparece por fin la figura de la *autoridad familiar*, tan típicamente aragonesa, al lado de la manida referencia a la *patria potestad*. En cuanto a los *abusos sexuales*, son englobados dentro de los malos tratos, como una modalidad de éstos. En resumen, se trata de una regulación mucho más acorde con las actuales tendencias legislativas en esta materia, en la que se refleja la voluntad de traducir toda referencia a la moral («...*cuando está de hecho privado de la necesaria asistencia moral...*») en deberes jurídicos concretos de la vida cotidiana⁶⁰.

Como puede observarse, sólo en el momento en el que se abandona la idea de que este ámbito es un sector reservado a la legislación civil estatal *ex* artículo 149.1.8 de la Constitución, podemos empezar a trabajar en la construcción de instrumentos legislativos que puedan ser interpretados, comprendidos y, cómo no, aplicados, por todas las personas e instituciones que trabajan en el día a día de la protección del menor en Aragón⁶¹.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

A estas alturas del discurso, ya poco queda por decir que vaya más allá de condensar en unas pocas frases las líneas básicas de lo expuesto a lo largo de estas páginas, en las que se ha tratado de llamar la atención sobre una coyuntura jurídica —cuanto menos— sorprendente.

En efecto, sorprendente es que —desde 1987— no se haya planteado de modo serio cuál es el contenido y alcance de la competencia que las Comunidades Autónomas ostentan en materia de «*asistencia social*», *ex* artículo

⁵⁹ Previsión afortunada, ya que la expresión «*cuando concurran, entre otras, las siguientes circunstancias*» que utiliza el Decreto, en puridad de términos, da a entender que deben —efectivamente— concurrir *todas* ellas para apreciarse el desamparo.

⁶⁰ En este sentido, *vid* HABERMAS, J., «*Escritos sobre moralidad y eticidad*»; Barcelona, Editorial Paidós, 1991, p. 122.

⁶¹ Un estudio a fondo —desde el punto de vista jurídico— del resto de preceptos contenidos en el Proyecto de Ley de la infancia y la adolescencia en Aragón, se puede encontrar en JIMÉNEZ-AYBAR, I., *op. cit.*, pp. 145-174.

148.1.20 de la Constitución, lo cual viene a ser el primer paso para delimitar el papel de aquéllas dentro del marco de la protección del menor en nuestro país.

Esto nos lleva —en lo que a Aragón respecta— a preguntarnos si tal vez existe cierto temor a proceder a un *desarrollo* de nuestro Derecho civil propio, tal y como permite el artículo 149.1.8. Dar este importante paso nos permitiría sentar las bases para la elaboración de un sistema de protección del menor que no tuviera que ser modificado cada vez que se procediera a reformar el Código Civil en esta materia.

Sin embargo, dicho *desarrollo* debe hacerse con la cautela que esta cuestión requiere, generando un foro de debate en el que todos los juristas amantes y conocedores de nuestro derecho aragonés aporten sus ideas al respecto⁶². En resumen: la futura *Ley de la infancia y de la adolescencia de Aragón* debe ser una *Ley de integración*. En base a la competencia exclusiva que nuestra Comunidad Autónoma ostenta en materia de *protección y tutela de menores* (artículo 35.1.28 del Estatuto de Autonomía), debemos configurar un ordenamiento protector del menor aragonés en el que padres, educadores, *operadores sociales*, juristas y —asumiendo su necesario papel protagonista— los propios niños y adolescentes, *luchen* todos en la misma dirección.

⁶² Este comentario se lo debo a D. Hipólito Gómez de las Rocas, el cual contestó de este modo a una interpelación que el que suscribe le realizó en el sentido de lo afirmado en el párrafo anterior. Y todo ello en el marco de la conferencia que, con motivo de la celebración del XXI aniversario de la Constitución española, tuvo lugar en la Facultad de Derecho de Zaragoza el pasado 16 de diciembre de 1999, con el título «Aragón y la Constitución». El Sr. Gómez de las Rocas exigió —por lo menos— la misma cautela y buen juicio con el que se aprobó recientemente la nueva Ley de Sucesiones.

EL DERECHO DE ABOLORIO Y LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA FACULTAD MODERADORA DE LOS TRIBUNALES EX ARTÍCULO 149.2.º DE LA COMPILACIÓN ARAGONESA

Ángel DOLADO PÉREZ*

SUMARIO: I. Concepto y caracteres del derecho de abolorio. II. Orígenes históricos de la facultad moderadora. II *a)* Aproximación al significado del artículo 149.2.º de C.A. II *b)* Antecedentes legislativos en la configuración del artículo 149.2º. de la C.A. III. Acogida de esta facultad dentro de la doctrina. IV. Evolución jurisprudencial. V. Justificación actual de la institución.

I. CONCEPTO Y CARACTERES DEL DERECHO DE ABOLORIO

El derecho de abolorio o de la saca constituye uno de los derechos familiares de adquisición preferente que perviven en la actualidad en diversos ordenamientos jurídicos territoriales españoles. Habiéndose suprimido el retracto gentilicio castellano del Código Civil, encontramos figuras similares a la aragonesa, en el retracto gentilicio navarro, en el derecho aranés de tornería y en la saca foral vizcaína. En todas las instituciones su finalidad es el mantenimiento de determinados bienes en su familia de origen, evitando que pasen a manos extrañas¹.

En este sentido los textos antiguos como el Fuero Unico de 1678 proclamaba que *«era natural la propensión a conservar en las familias los bienes sitios que de antiguo han poseído»*, por lo que debe de inducir a todo retrayente a ejercitar

* Magistrado. Juez, Secretario judicial y Fiscal en excedencia voluntaria.

¹ María Aurora LÓPEZ AZCONA. *El derecho de abolorio o de la saca: Apuntes jurisprudenciales*. RJN nº. 16/93 Págs. 137 y ss.

el retracto de abolorio para que resulte válido y susceptible de protección, siendo básico el deseo de conservar unidas las propiedades pertenecientes a su familia próxima. El propósito que guíe al que retrae debe hundir sus raíces en la afección de las fincas con la exclusiva intención de conservar íntegra «La Casa Aragonesa», e incluso acrecentarla con aquellos bienes que de antiguo han sido propios de sus antecesores y sobre los que se cierne la amenaza de ser desgajados de la familia².

Entre los antiguos comentaristas, sólo Franco y López – Guillén y Caravantes, utilizaron una terminología adecuada, hablando de derecho de tanteo o de la saca.

La falta de perspectiva en esta materia y el olvido de la genuina naturaleza del derecho en cuestión fue tal, que el Apéndice de 1925 deja de un lado totalmente el derecho de adquisición con anterioridad a la venta —tanteo—, para ocuparse sólo del derecho a recuperar los bienes vendidos —el retracto—.

Así, el artículo 76 del Apéndice de 1925 decía textualmente:

«Entre los retractos legales tendrá lugar, respecto de bienes raíces, el de abolorio, o sea derecho de tanteo o de la saca, por virtud del cual los hermanos y demás colaterales hasta el sexto grado de consanguinidad legítima del que haya vendido o dado en pago, sea en privado, sea mediante subasta judicial, y aunque medie carta de gracia, una finca heredada de ascendiente común a él y a aquéllos, puede subrogarse en lugar del comprador o adjudicatario que sea extraño o pariente en ulterior grado, bajo las condiciones mismas del contrato o la adjudicación.»

La profesora Aurora López Azcona lo define como el derecho de adquisición preferente —ejercitable como tanteo y, subsidiariamente, como retracto— que se concede, bajo determinadas condiciones, a los parientes colaterales hasta el cuarto grado del que pretende enajenar o ha enajenado, a un extraño o pariente más allá del cuarto grado, inmuebles que hayan permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la del disponente³.

El notario José Luis Merino Hernández⁴ prefiere definir la naturaleza del derecho de abolorio por los caracteres principales del retracto. Así, lo configura como:

1. Un derecho de adquisición preferente, oponible «erga omnes», con la posibilidad de mantener los bienes familiares en el seno de la casa frente a cualquier presunto adquirente, o de «recuperarlos» cuando la enajenación ya se ha producido.

² Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 12-XI-94.

³ M.^a A. LÓPEZ AZCONA, opus citata, p. 138.

⁴ José Luis MERINO HERNÁNDEZ. *El derecho de abolorio aragonés*. Institución «Fernando el Católico», 1980, pp. 270-273.

2. Un derecho basado en el interés familiar, lo que denomina «afección sentimental hacia los bienes», sin olvidar el aspecto economicista que, también en interés de la familia, puede y suele acompañar al ejercicio del derecho de la saca, consistente en el deseo de «recobrar los bienes familiares para con ellos ampliar el patrimonio familiar, en orden a un mayor engrandecimiento económico y social de la casa».

3. Una manifestación de la expectativa hereditaria. La relación existente legalmente entre el derecho de la saca y la sucesión troncal es importante. Así el artículo 149.1º de la Compilación del Derecho Civil en Aragón limita el derecho al cuarto grado por la línea colateral coincidente con el artículo 132 del mismo texto legal, de la sucesión intestata troncal y por la remisión del artículo 149.3º al citado artículo 132, para regular la posible concurrencia de parientes en el ejercicio del derecho de la saca.

4. Un derecho de interpretación *restrictiva*.

Siendo un derecho limitativo de la libre circulación de la propiedad inmobiliaria, su interpretación práctica debe de hacerse de una forma restrictiva en los elementos subjetivos, objetivos y en los negocios de transmisión que pueden dar origen a la saca. En contra de esta interpretación restrictiva, López Azcona manifiesta que los presupuestos legales que lo legitiman, en aras a la protección del derecho de propiedad y de la libertad del tráfico inmobiliario, dominante en la doctrina y en la jurisprudencia, se han basado en el auxilio a la facultad moderadora de los tribunales (artículo 149.2º. C.A.), que ha servido para delimitar jurisprudencialmente un concepto de Interés Familiar que, poco o nada, han favorecido la viabilidad del derecho de abolorio.

5. Un derecho *personalísimo y renunciable*.

El carácter personalísimo tiene su justificación, según SAINZ DE VARANDA⁵, en el hecho de tratarse de un derecho de familia porque se es pariente del enajenante. En consecuencia, no es transmisible ni inter vivos ni mortis causa. Pero es Renunciable en cualquier momento, expresa o tácitamente, singular o genéricamente⁵.

6. Un derecho *excluyente de otros* de igual naturaleza.

El artículo 152 de la C.A. establece que el «derecho de abolorio tiene prioridad sobre cualesquiera otros derechos legales de adquisición preferente». En la posible concurrencia con otros derechos de adquisición preferente (de comuneros, de coherederos, de colindantes, de inquilinato, etc.), el aragonés excluye radicalmente a los otros, que pasan así a ocupar un segundo rango en su posibilidad de actuación.

⁵ Ramón SÁINZ DE VARANDA «El retracto gentilicio» *Anuario de Derecho Aragonés*, p. 258.

II. ORÍGENES HISTÓRICOS DE LA FACULTAD MODERADORA

A). APROXIMACIÓN AL SIGNIFICADO DEL ARTÍCULO 149.2 DE LA COMPILACIÓN ARAGONESA

Para Sancho Rebullida⁶ este precepto no tiene precedentes en el derecho histórico ni en el Apéndice de 1925, la Compilación Aragonesa de 1967 introduce una norma de cautela, muy oportuna, en previsión de los actos de «piratería» que puede ocasionar el retracto.

José Luis Merino⁷ la cataloga como una verdadera y auténtica innovación muy positiva porque concede una facultad que, en definitiva, viene a dejar a los jueces y tribunales libres las manos para decidir en conciencia ante cada caso concreto, cuando las circunstancias del supuesto lo aconsejen, admitiendo o rechazando, total o parcialmente, el ejercicio del derecho de abolorio, según los beneficios familiares y los perjuicios de toda índole que la preferente adquisición pueda ocasionar en una u otra de ambas partes interesadas.

Camón Aznar⁸, en las Jornadas de Derecho Aragonés de 1968-1971 hace una valoración muy negativa porque se ponen obstáculos a su ejercicio y se llega al convencimiento del perjuicio que se puede ocasionar a este derecho, porque se transfiere a la discrección de los tribunales determinar si hay o no abuso.

García Atance⁹, en 1965 reivindicaba su carácter positivo porque permitía resolver en equidad los abusos que retrayente, pariente-vendedor o extraño-comprador, hayan cometido, pudiendo evitar abusos y fraudes.

Para García Cantero¹⁰, esta facultad —no obligación— de moderar equitativamente el ejercicio del derecho de abolorio (en línea con la pena convencional del artículo 1154 del C.Civil) no parece, prima facie, que comprenda la denegatio actionis. Moderar es sinónimo de templar, corregir o mitigar el rigor o exceso; interpretación que conduce a la determinación del precio que debe abonar por el titular del derecho de abolorio, lo que reduce en la práctica el alcance de aquella facultad.

Para López Azcona¹¹, un uso indebido de esta facultad moderadora por parte de los jueces ha propiciado una tendencia generalizada a la desestimación de demandas a pesar de la concurrencia de los requisitos legales, por no con-

⁶ Francisco de Asís SANCHEZ REBULLIDA, *Actas de las Jornadas de Derecho Aragonés (ANA)*, 1968-69, p. 567.

⁷ J. L. MERINO HERNÁNDEZ, *opus citata*, pp. 221 y 298.

⁸ CAMÓN AZNAR, *Jornadas de Derecho Aragonés*, p. 556.

⁹ Manuel GARCÍA ATANCE, *El retracto de abolorio o de la saca*. ANA, 1965-67, p. 456.

¹⁰ Gabriel GARCÍA CANTERO, «El derecho de abolorio en Aragón». *Revista Jurídica de Navarra* n.º. 25/98, p. 176.

¹¹ M.ª A. LÓPEZ AZCONA, *Revista Civil de Derecho Aragonés (RCDA)*, 1995, p. 137.

currir la finalidad familiar. Achaca este defecto a la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de Enero de 1990, que con una complicada construcción argumentativa relativa a la problemática de la extensión de una de las fincas retraídas y, por consiguiente, a la insuficiencia de la consignación efectuada desestima el derecho de abolorio ejercitado, preguntándose dicha autora si esta desestimación no responde a la tendencia obstativa respecto a la institución de este derecho, ya que el alto tribunal parece detenerse en circunstancias colaterales al propio derecho y se resiste a considerar los propios presupuestos sustantivos del mismo, que cumpliría en lo esencial el retrayente.

Esta tendencia tiene su precedente judicial en la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 13 de febrero de 1975 que deniega el derecho de la saca por entender que ha sido ejercitado antisocialmente, pues el retrayente carecía de interés familiar para retraer la finca al haber vendido los bienes heredados de sus padres, cambiando su lugar de residencia y su profesión. Esta sentencia fue confirmada en casación por sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1976 que no apreció la aplicación indebida de la doctrina legal del abuso del derecho, ya que «se olvida por la parte recurrente que las sentencias que cita exigen todas ellas un interés perfectamente lícito y una pretensión formal, condiciones que en modo alguno se dan en la acción ejercitada».

Esta autora se felicita porque ha detectado un cambio significativo en alguna sentencia como la de la Audiencia Provincial de Huesca de 17-10-96 y del Juzgado de Primera Instancia de Barbastro de 16 de abril y 6 de noviembre de 1996 (que serán objeto de comentario más adelante), que rompen los estereotipos anteriores de asociar a la institución con una realidad social arcaica. El Derecho de abolorio debe ser reconocido en cualquier contexto social de Aragón. Así, se apoya en el reconocimiento constitucional de la familia (artículo 39 CE) y en el mantenimiento de los bienes en la familia de donde proceden. No comparte la crítica de que el derecho de abolorio atenta contra la libre disposición del dominio y del tráfico inmobiliario. El artículo 33 de la Constitución de 1978 establece que el estatuto del propietario es una relación compleja, formada por derechos y deberes conectados con otras necesidades sociales. El legislador puede imponer límites al derecho de propiedad como el apego a los bienes familiares o la conservación de los mismos en el seno de la familia¹².

B) ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN LA CONFIGURACIÓN DEL ARTÍCULO 149.2.^º

Como hemos señalado anteriormente, esta facultad moderadora no tiene precedentes en el Derecho histórico aragonés ni en el Apéndice de 1925.

¹² M.^a A. LÓPEZ AZCONA, *RCDA*, 1995, p. 137.

Aparece por primera vez en el artículo 162.2.º del Anteproyecto del Seminario de 1961 con el siguiente tenor literal:

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

Posteriormente, la Comisión General de Codificación modifica los términos de la norma, que se redacta igual que la vigente en los Anteproyectos de 1965 y 1966. Así en la Compilación Aragonesa de 1967, el artículo 149.2.º señala:

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

Merino Hernández¹³ señala que resulta interesante, a la vista de los citados textos, los preparatorios y el de la actual Compilación, contrastar la distinta redacción de unos y otros y ver en qué medida esas diferencias, han podido suponer algún giro importante en lo que concierne al propio contenido de la facultad moderadora regulada. Así, interpreta que en el Anteproyecto de 1961 no se está previendo la moderación judicial en aras del carácter restrictivo del derecho de abolitorio sino que se le está protegiendo frente a posibles negocios de disposición de los bienes familiares en los que, de una u otra forma, se trate de evitar el ejercicio legítimo del derecho. Señala que «fijar» y «moderar» no son idénticos, de modo que al segundo le conviene más el adverbio «equitativamente», por lo cual, más que ampliar esta facultad de los tribunales, lo que se ha hecho ha sido restringirla considerablemente.

Así, en la actual redacción si no concurren los requisitos legales para el ejercicio del derecho se desestimarán y no entrará en juego la facultad moderadora. Sin embargo, en el precedente de 1961 podrían incluirse casos diversos de los de venta y dación en pago, ejercicio fuera del plazo legal por causas no imputables al accionante, lo que habría podido conllevar a una interpretación analógica del derecho de abolitorio.

III. ACOGIDA DE ESTA FACULTAD DENTRO DE LA DOCTRINA

Para García Atance¹⁴ «aún cuando no hay posibilidad de calcular el alcance de esta facultad moderadora en juzgados y tribunales, no hay duda que la disposición puede ser muy fecunda en el porvenir, permitiendo en el juicio sumario de retracto resolver en equidad los abusos que retrayente, pariente-vende-

¹³ J. L. MERINO HERNÁNDEZ, *opus citata*, pp. 220-229.

¹⁴ Manuel GARCÍA ATANCE, *opus citata*, pp. 456 y ss.

dor o extraño-comprador, hayan cometido. La Compilación hace intervenir, mediante una facultad moderadora, el principio de equidad, que principalmente en materia de precio, puede coartar abusos y fraudes.

En los supuestos de especulación, si el precio real es inferior, el pariente retrayente puede ser injustamente privado de su derecho por no pagar más de lo que vale; y si es mayor, el retrayente puede abusar ejercitando un derecho que ni objetiva ni subjetivamente le interesaría, a no ser limitando el pago al precio menor».

CAMÓN AZNAR¹⁵ se oponía a esta facultad moderadora porque trata de dejar para el juicio de tribunales el abuso del derecho y el que se puedan poner obstáculos al ejercicio del retracto cuando se ve que no tiene un origen y un fin digno, lo que reputa peligroso y no muy lícito.

SANCHO REBULLIDA¹⁶, por contra no lo ve peligroso, sino muy oportuno y útil, no por lo que la institución tiene de abolorio, sino por lo que tiene de retracto.

LASALA SAMPER¹⁷, señala que nada hay perfecto en lo humano y que esta norma basada en el arbitrio judicial podrá, en la práctica, ir más lejos de los fines por ella perseguidos, al producir situaciones de vaguedad, imprecisión e inseguridad jurídica, que harán tan aleatorio e impronosticable el éxito de la acción de retracto, que no habrá manera de dar consejo seguro favorable a su ejercicio. Pero también es cierto que esto no puede ni debe ocurrir si el comentado precepto se utiliza en sus justos límites, refiriéndose exclusivamente a los casos de abuso inmoral de tipo económico, o de un uso contrario a los fines familiares de la institución.

GARCIA CANTERO¹⁸ propone una interpretación del artículo 149.2 de la C.A. en el sentido de que no debe ser «comodín jurisprudencial», «precepto para todo», ni una norma-cierre que enmascare insuficiencias probatorias. No debe ser un criterio exegético restrictivo del derecho de abolorio, ni puede valer para denegarlo cuando reúna los requisitos legales.

Es un ejercicio normal del mismo su estimación cuando se cumplan los requisitos legales de ejercicio, cuando no hay abuso del derecho ni ejercicio antisocial del mismo, pues de haberlos entrarían en aplicación otros preceptos; no debe haber mala fe en las partes procesales intervinientes, pero si hay circunstancias objetivas que aconsejan la moderación equitativa de su ejercicio, debe utilizarse dicha facultad.

¹⁵ CAMÓN AZNAR. *ADA*, 1968-71, p. 566.

¹⁶ F.º A. SANCHO REBULLIDA, *opus citata*, p. 567.

¹⁷ LASALA SAMPER, «R. A. y Derecho Interregional», *BCAZ* n.º. 31/1968, pp. 11 y ss.

¹⁸ G. GARCÍA CANTERO, *opus citata*, p. 180.

En aquellos casos en los que el precio sea excesivamente bajo, la norma autoriza a ajustar el precio a la realidad, cosa que hacen los tribunales en relación a otros derechos de adquisición preferente y en Aragón por la vía del precepto que estamos comentando.

El margen discrecional del órgano judicial NO es PURO ARBITRIO, debe razonarse su uso para facilitar, en su caso, la revisión o confirmación por el Tribunal Superior.

No es una norma de cumplimiento imperativo por los Tribunales, ni ha de utilizarse sistemáticamente para rechazar una demanda. Es una NORMA PRO REO, no necesariamente CONTRA ACTOREM.

JOSE LUIS MERINO¹⁹ tiene una opinión muy positiva, siempre en función de la correcta aplicación de los tribunales. Los jueces y tribunales deben hacer un equilibrado estudio de todas las circunstancias jurídicas y de hecho que rodeen a cada caso concreto, sabiendo hacer uso de la equidad y no dejándose llevar por la rutinaria y deshumanizada aplicación de la norma legal objetiva, no accediendo a las pretensiones de los parientes demandantes, sino en aquellos casos en que se considere de justicia la concesión del derecho. A veces el pariente no busca tanto el «recobro» a la familia de los bienes enajenados, como el revanchismo derivado de una determinada afrenta personal o familiar.

Si el juez advierte de la existencia de esos móviles metajurídicos podrá adaptar la norma al supuesto controvertido, no siempre identificado con la aplicación fría y objetiva de la norma legal prevista. En estos casos, la aplicación del arbitrio judicial como único medio razonable de encontrar la más justa solución para el caso concreto planteado es lo más conveniente.

En apoyo de esta facultad podemos acudir a los antecedentes históricos, a los legislativos, a la realidad social del momento (art. 3.1 Código Civil), a la analogía (art. 4 CC.) y a la equidad (art. 3.2º CC.) . El precepto estudiado hace una llamada directa y expresa a la aplicación de la equidad como cauce a través del cual moderar la rígida aplicación de la norma objetiva.

Sobre la interpretación y la aplicación práctica señala Merino que no hay un criterio uniforme. Así para la opinión dominante se tiende a conceder la mayor amplitud posible al arbitrio judicial. Sin embargo, Santos Briz pretende reducir la actividad judicial a una simple apreciación de los elementos propios del derecho de abolitorio. Entiende los criterios de equidad en la interpretación de los elementos objetivos, exclusivamente.

Por el contrario, José Luis Merino considera que las facultades interpretadoras no son la moderación equitativa del art. 149.2, sino que dándose los requisitos objetivos entra en juego la facultad moderadora para desestimar su

¹⁹ J. L. MERINO HERNÁNDEZ, *opus citata*, pp. 219 a 232.

apreciación. La jurisprudencia ha realizado una interpretación muy restrictiva, partiendo de la denominada DISCRECCIONALIDAD JUDICIAL OBJETIVA, basada en la FINALIDAD CAUSAL DEL DERECHO. Este elemento según Merino debe considerarse implícitamente introducido en el resto de las condiciones legales; inmerso dentro de esos principios generales forales (art. 1 C.A.). Los elementos objetivos y subjetivos (art. 149) y los formales (art. 150) deben tener igual rango de importancia que los demás.

El verdadero significado de esta facultad se encuentra en los términos «fijar» y «moderar». Así por «Fijar» se entiende la facultad de juzgados y tribunales para apreciar en cada caso concreto, los diferentes elementos subjetivos, objetivos, formales y causales del derecho de abolorio. Por el contrario, por «Moderar» entendemos el hecho de templar, corregir o mitigar el rigor o el exceso y va unida al adverbio «equitativamente». El artículo 149.2 lejos de ampliar la facultad moderadora, lo que ha hecho ha sido restringirla considerablemente. Así, en primer lugar han de concurrir las circunstancias legales del art. 149.1 C.A. y será a partir de este momento y en segundo lugar, cuando, actuando en equidad, los tribunales pueden moderar el ejercicio de este derecho. La conclusión a la que lleva es que cabe la posibilidad de negar eficacia al derecho de abolorio cuando de las circunstancias del caso concreto, aparezca como más aconsejable no conceder la preferente adquisición.

En el Anteproyecto de 1961 existía la posibilidad contraria, es decir, de conceder el derecho cuando pueda advertirse una cierta actuación fraudulenta por parte del vendedor y adquirente o de alguno de ellos. Por tanto, el art. 149.2 vigente, lejos de ampliar la facultad moderadora, lo que ha hecho es restringirla considerablemente al exigir siempre la concurrencia de los presupuestos legales.

El texto actual permite negar incluso eficacia a la objetivamente válida actuación del derecho de abolorio cuando de su admisibilidad pueda irrogarse un grave perjuicio para alguna de las partes interesadas, especialmente, para el adquirente de los bienes familiares.

Para este autor, su conclusión es que la facultad moderadora viene a dejar a los jueces y tribunales libres las manos para decidir en conciencia ante cada caso concreto, cuando las circunstancias del supuesto lo aconsejen, admitiendo o rechazando, total o parcialmente, el ejercicio del derecho de abolorio, según los beneficios familiares y los perjuicios de toda índole que la preferente adquisición pueda ocasionar en una u otra de ambas partes interesadas.

IV. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

En general, la jurisprudencia aragonesa, partiendo de la emblemática sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 13 de febrero de 1975, se ha

mostrado muy restrictiva en la estimación de las demandas ejercitando el retracto de abolorio, bien amparándose en que no concurrían los elementos objetivos y formales del artículo 149 de la C.A. o bien, incluso, a pesar de su concurrencia, porque no aparecía probado el elemento causal o finalista de la institución foral, es decir, en base a que «los bienes no salgan de la familia».

A título de ejemplo, podemos citar sentencias históricas, anteriores a la Compilación de 1967, como:

— SATZ de 24-XI-25, que señalaba que «el objeto propio del retracto gentilicio es el de conservar en cada familia los bienes patrimoniales».

— SATZ de 7-V-1927, donde se afirma que «el ideario de afección familiar tiene mayor valor de conservación si se trata de las casas que fueron morada de los antepasados».

— SATZ de 14-II-1954, dice textualmente que «la figura del retracto gentilicio tiende a impedir que los bienes familiares pasen a manos extrañas, como medio de cohesión de la familia con un determinado patrimonio que se trata de afianzar y perpetuar en el seno de aquélla».

La SATZ de 13 de febrero de 1975 introduce el elemento causal por la vía de la facultad moderadora del artículo 149.2. Sin embargo, este elemento final estaba implícitamente introducido en los demás requisitos legales, dentro de los principios generales forales que tradicionalmente inspiran el ordenamiento jurídico foral (art. 1 C.A.). Señala José Luis Merino que esta interpretación jurisprudencial no era necesaria por sobreentendida en el art. 149 y el artículo 149.2 va más allá, en definitiva se faculta a los tribunales a negar incluso eficacia a la objetivamente válida actuación del derecho de abolorio cuando de su admisibilidad pueda irrogarse un grave perjuicio para alguna de las partes interesadas, especialmente para el adquirente de los bienes familiares.

En esta corriente de interpretación restrictiva, ha sido general la tesis negativa de este retracto en los siguientes supuestos:

- Apreciando la caducidad en el ejercicio de la acción.
- Exigiendo la consignación del precio real y no el del escriturado.
- Negando el derecho por no tener la condición personal de profesional de la agricultura.
- En retractos parciales, por evidenciar el retrayente un especial ánimo de lucro, por encima del engrandecimiento de la casa aragonesa.
- Por no tener el instante la residencia habitual en el lugar de radicación de las fincas rústicas retraídas.

Esta línea jurisprudencial tiene su consolidación con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de enero de 1990 y 4 de noviembre de 1992, que al amparo de circunstancias colaterales y de inferior entidad en relación al espíritu y finalidad de la institución, la deniegan por sistema.

Sin refrendo casacional autonómico, porque no fueron objeto de recurso de casación foral, la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 17 de octubre de 1996 y las del Juzgado de Primera Instancia de Barbastro de 16 de abril y 6 de noviembre de 1996 (que son firmes porque no fueron recurridas), así como la del Juzgado de 1.ª Instancia número 2 de Zaragoza de veinticinco de Enero de 1999 (firme por desistimiento del recurso de apelación), se limitan a comprobar la concurrencia de los requisitos legales y a reconocer su procedencia, sin que emitan consideración alguna sobre el interés familiar. No se utiliza el elemento teleológico como instrumento de denegación sistemática del derecho de abolorio.

Seguidamente pasaremos al estudio y comentario de las sentencias que de forma somera hemos anticipado en esta introducción sobre la evolución jurisprudencial en el uso de la facultad moderadora de los tribunales en la estimación o no del retracto de abolorio.

La relación de sentencias objeto de comentario es la siguiente:

1. Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 13-II-75.
 2. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22-I-90.
 3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 4-XI-92.
 4. Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 1 de Calatayud de 14-XI-94.
 5. Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Huesca de 28-III-95.
 6. Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 2 de Zaragoza de 6-VI-96.
 7. Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 4 de Zaragoza de 25-X-96.
 8. Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 17-X-96.
 9. Sentencias del Juzgado de 1.ª Instancia de Barbastro de 16-IV-96 y de 6-XI-96.
 10. Sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia n.º. 2 de Zaragoza de 25-I-99.
 11. Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 7-VI-93.
-
1. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA TERRITORIAL DE ZARAGOZA DE 13 DE FEBRERO DE 1975

Los hechos fácticos fueron los siguientes:

En virtud de escritura pública de 20-XII-72 ante el Notario Don José Luis Merino, D.ª. Felisa vendía a D. Mariano una finca de su propiedad que había adquirido por herencia de su padre, el que, a su vez, también la había adquirido por herencia de sus padres. El precio de venta se escrituró en 7.000 pts. Y sin embargo, ambas partes en documento privado posterior hacen constar como precio real el de 50.000 pts.

Con fecha 28-IX-73 se celebra acto de conciliación promovido por los hijos de la vendedora. Celebrada la conciliación sin avenencia, y promovido juicio de retracto, éste fue desestimado en sentencia de primera instancia de 4-II-74

ya que fundamentaba que en Aragón los hijos de los vendedores no están legitimados para la preferente adquisición derivada de los actos de enajenación de bienes de abolorio, verificados por sus padres.

Poco después, D. José, hermano de la vendedora, promueve acto de conciliación y seguidamente, juicio de retracto contra el mismo adquirente y por la misma finca. En primera instancia por sentencia de 23-VI-74 se estima por concurrir todas las circunstancias objetivas exigidas por la Compilación aragonesa.

En apelación la Audiencia Territorial en sentencia de 13-II-75 deniega la validez a la acción de abolorio pretendida por el actor en base a la inexistencia de la causa objetiva consistente en la finalidad de la institución, y así en su considerando 1.º, después de establecer que la finalidad propia del derecho de abolorio se halla en 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, agrega «... y cuando esa finalidad no aparece en los autos perfectamente cumplida y acreditada, dispone la ley, en el art. 149.2. la facultad DISCRECCIONAL del juzgador para regular y ajustar a la realidad el ejercicio de aquel privilegio...»

Parecido, si no idéntico, criterio manifiesta el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de Enero de 1976, en recurso de casación interpuesto por el propio pariente interesado a quien la Audiencia Territorial denegó el derecho. En su considerando 1.º El Tribunal Supremo afirma que «moderar equitativamente es sinónimo de examinar en cada caso las circunstancias que en él concurren impidiendo que la institución sirva a otros fines que aquellos para los que fue establecida». Según esta interpretación, la facultad moderadora de los tribunales aragoneses se limitará así a comprobar en cada caso concreto la existencia, junto a los llamados elementos subjetivos, objetivos y formales del derecho de abolorio, de un elemento nuevo, y no menos importante, cual es la finalidad causal del derecho²⁰.

La sentencia de la Audiencia Territorial centra esa finalidad en el cariño de los parientes hacia los bienes. En el supuesto, el pretendido titular del derecho de la saca era una persona nacida en el mismo pueblo donde siempre había vivido la enajenante y sus antepasados, y a quien por herencia paterna había correspondido una serie de bienes del acervo familiar que, con el transcurso de los años, había ido vendiendo, despojándose de toda vinculación patrimonial con la «casa», y trasladando su residencia y domicilio a Zaragoza, donde venía ejerciendo desde hacía tiempo una actividad de hostelería, por lo que según el considerando 4.º «... es claro que no puede alegar ningún cariño a los bienes familiares enajenados, como lo es la finca de autos, y ningún sentimiento de que pasen a manos extrañas aquellos bienes, que deben ser los únicos móviles que guíen al próximo pariente que retrae...».

²⁰ J. L. MERINO HERNÁNDEZ, *opus citata*, pp. 214 a 218.

La Audiencia menciona el cariño hacia los bienes y el sentimiento de que pasen a manos extrañas, en lo que Merino denomina «afección sentimental hacia los bienes.»

Ahora bien, esa afección puede tener carácter subjetivo o sentimental, pero también puede combinarse con un lógico interés patrimonial, para un mayor engrandecimiento económico y social de la «casa aragonesa». Combinando el elemento subjetivo-afectivo y el objetivo-patrimonial, obtenemos la «Causa» del derecho de abolorio. Si bien no es necesario que concurran ambos conjuntamente, en caso de existir un interés de carácter económico es preciso que haya intención de ampliar y dar mayor consistencia patrimonial al acervo crematístico de la «casa», de la familia.

En esta materia, jueces y tribunales, con su mejor criterio, y en uso de la facultad discrecional del art. 149.2, deberán decidir en cada caso concreto. La averiguación del juzgado deberá ir directamente enfocada hacia la idea del arraigo del presunto titular del abolorio. La falta de «arraigo a la casa» será la determinante de la ausencia de la finalidad que el derecho de la saca exige para su válido y legítimo ejercicio.

Según la sentencia que estamos comentando, la ausencia del cariño que el retrayente debe tener hacia los bienes familiares enajenados «determina el ejercicio antisocial del retracto» (art. 7 C.C.). Además, el actor había intentado la preferente adquisición de la finca enajenado, no por el precio real satisfecho, sino por el menor que se hacía constar en la escritura, lo que evidenciaba un verdadero ánimo de lucro.

La jurisprudencia y el Código Civil en el artículo 7 han salido a resolver estos intentos de adquisición a bajo precio, esgrimiendo la bien argumentada teoría del abuso del derecho y del ejercicio antisocial del mismo.

En estos casos a los tribunales compete descubrir esa antisocialidad y ese abuso de derecho, para, corrigiéndolos en la medida que proceda, evitar el posible daño que pueda causarse al tercero, adquirente de los bienes familiares.

Para José Luis Merino²¹, la apreciación de la Causa, no debe enmarcarse en la facultad moderadora del artículo 149.2, como hace la referida sentencia, sino que va más allá y entiende que los Juzgados, junto a la concurrencia de los elementos subjetivos, objetivos y formales, deberán apreciar la CONCURRENCIA DE LA CAUSA O FINALIDAD ESTUDIADA para estimar la acción de retracto, porque se deduce del espíritu y contexto de su existencia. Reserva la facultad moderadora para supuestos en los que concurriendo todos los elementos del derecho y también la causa, no sea conveniente, por RAZONES DE EQUIDAD, acceder al mismo.

²¹ J. L. MERINO HERNÁNDEZ, *opus citata*, pp. 225 a 226.

2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN DE 22 DE ENERO DE 1990

Esta sentencia de 22 de enero de 1990 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón es la primera sentencia dictada con el nuevo sistema de casación foral introducido por el artículo 73.1.a), de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 1686 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Los hechos fácticos fueron los siguientes:

D. Valentín, como nudo propietario y su madre Carmen, como viuda usufructuaria, venden de un lote de 8 predios (seis troncales y dos no troncales) a los demandados, extraños a la familia del vendedor, por un único precio, haciéndose constar en escritura pública un precio de venta inferior al realmente pagado, consignado en documento privado. La transmisión no se inscribió en el Registro de la Propiedad.

Por comunicación verbal de los vendedores, tiene conocimiento D. Pedro, descendiente directo del tronco de procedencia de los bienes troncales. Formula demanda de retracto de abolorio, e ignorando el precio, consignó una cantidad aproximada y asumió el compromiso de conservar las fincas durante dos años, ex art. 1618. 4º LEC.

Los adquirentes se oponen excepcionando defectos formales, elección arbitraria de dos de las fincas que se encontraban separadas entre sí por las restantes vendidas.

Asimismo, existió una rectificación registral en base a datos catastrales de la superficie de una de las fincas retraídas por otra mayor, acaecida tiempo atrás a la formalización de la demanda.

El Juzgado de 1.ª Instancia número 7 de Zaragoza en fecha 27-VIII-88 desestima la demanda apreciando la caducidad en el ejercicio de la acción. La sentencia de la Audiencia Provincial de 23 de junio de 1989 reconoce el derecho de abolorio sobre las dos fincas familiares y no aprecia la caducidad porque el retrayente desconocía las condiciones esenciales de la enajenación. Se desestiman la insuficiencia de la consignación, la ausencia de compromiso de no enajenar por cinco años y el comportamiento abusivo del retrayente.

El recurso de casación foral se basó en el artículo 1692.4 LEC, por error en la apreciación conjunta de la prueba; en el número 5º. Por aplicación indebida del art. 150 C.A. sobre la caducidad de la acción y la consignación del precio; inaplicación del artículo 1518 C.C. sobre reembolso de los gastos de legítimo abono, artículo 151 C.A. sobre prohibición temporal de enajenar, artículo 7 del Código Civil sobre abuso de derecho y en el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre vicio de incongruencia.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón anuló la sentencia de la Audiencia Provincial y denegó el derecho de abolorio, intentado sobre dos fincas rústicas. El fallo desfavorable no tuvo unanimidad, formulan-

do voto particular los Magistrados J. Cereceda y Rosa María Bandrés, frente al voto de la mayoría, cuyo ponente fue D. Vicente García-Rodeja.

Una crítica a esta sentencia la ofrece la Profesora López Azcona²², ya que centra la denegación en dos cuestiones formales, vinculadas entre sí, pero ajenas, en realidad al derecho de abolorio, no estudiando los motivos que afectan al retracto.

Así, el primer problema afectaba al ámbito del Derecho inmobiliario registral, ya que se discrepaba sobre la extensión superficial de uno de los predios retraídos, habida cuenta de la rectificación registral en más operada en el mismo. El segundo problema, de índole formal y derivado del anterior, ya que el precio de venta fue convenido por UNIDAD DE MEDIDA y se suscitó el tema de la suficiencia o no de la consignación efectuada por el retrayente al formular la demanda. Así, el actor, al desconocer el precio realmente pagado por los compradores, había consignado una determinada suma, resultante de multiplicar el precio que presumía pactado por hectárea por la extensión en la demanda, que respecto a una finca retraída era notablemente inferior a la constatada registralmente en lo que atañe a la segunda y se alegaba su insuficiencia.

El Tribunal, conforme al art. 150.1º de la C.A. considera requisito esencial la entrega o consignación del precio y entiende que el retrayente lo incumple porque no ha efectuado la consignación ni ha prestado la fianza que exige el artículo 1618.2 LEC. Criterio muy rigorista, ya que el Tribunal Supremo señala que la regla mencionada supedita la exigencia de consignación al conocimiento exacto y completo del precio, siendo improcedente tal exigencia cuando el precio es desconocido, como en este caso, así STS 9-II-84, 5-XII-62 y 7-XII-67.

Por tanto, en este caso no era exigible el ofrecimiento alternativo de fianza suficiente, porque el actor consigna una cierta cantidad en que cifraba el precio, que en realidad desconocía, por lo que como entendía el voto particular, debió considerarse cumplido el requisito formal.

El Tribunal al estimar el recurso de casación foral por estas razones, renuncia al análisis del resto de motivos casacionales, a saber:

- a) Plazo de ejercicio y caducidad de la acción para retraer.
- b) Prohibición de enajenar durante dos o cinco años.
- c) Ejercicio del derecho en las enajenaciones conjuntas de inmuebles.
- d) Abuso de derecho o ejercicio antisocial del mismo.

Para la profesora López Azcona²³, si bien esta sentencia no necesita acogerse a la facultad moderadora del artículo 149.2 C.A. para desestimar la

²² M^a. A. LÓPEZ AZCONA, *RCDA* 1995-I-1º, pp. 117 y ss.

²³ M^a.A. LÓPEZ AZCONA, *RCDA* 1995-I-1º, pp. 117 y ss.

acción cuando concurren los requisitos legales, considera que legitima la tesis desestimatoria en base a circunstancias colaterales al propio derecho y se resiste a considerar los propios presupuestos sustantivos del mismo que cumplía en lo esencial el retrayente.

3. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN DE 4 DE NOVIEMBRE DE 1992

Esta segunda sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón sigue la misma línea de interpretación restrictiva de la institución foral y deniega el retracto al amparo de la facultad moderadora que venimos examinando.

En este caso la sentencia de primera instancia es del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Jaca de fecha 7 de julio de 1991, con estimación parcial de la demanda sobre la mitad indivisa de las fincas retraídas. Sin embargo, en apelación la Audiencia Provincial de Huesca en sentencia de 4 de abril de 1992, acoge una excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario y dicta una sentencia de absolución en la instancia.

Interpuesto recurso de casación foral, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 4 de noviembre de 1992, estima en parte el recurso de casación y aprecia la excepción formulada solo en relación a una de las fincas retraídas, sin entrar en el fondo del asunto sobre la procedencia o no del retracto, respecto de ésta. En relación al resto de fincas, no aprecia la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, entra en el fondo del asunto y desestima la demanda íntegramente, en el resto de pedimentos, acogándose a la facultad moderadora de los tribunales.

En el fundamento jurídico 7º, señala que la posibilidad de retracto de abolorio queda reducida a una sexta parte de tres fincas rústicas, sin duda indivisibles por su naturaleza y extensión, a favor de cada uno de los accionantes, no acreditándose por éstos que los derechos a que se reduce el retracto vengan a suponer ningún incremento o mejora de la Casa Aragonesa o explotación agrícola-ganadera, que ni siquiera consta posean los actores, dos de ellos jubilados y vecinos de Zaragoza y el otro industrial con residencia en Sabiñánigo; y la finalidad con que nació el derecho al retracto de abolorio no se da en este caso concreto.

Pero, es que, además, el derecho de abolorio es una restricción al libre ejercicio de la propiedad, y por ello de interpretación restrictiva (sentencias de la Audiencia de Zaragoza de 9 de julio de 1880, 30 de junio de 1919 y 28 de diciembre de 1925).

El derecho a moderar equitativamente el ejercicio de abolorio o, en su caso de retracto, que el artículo 149.2º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón concede a los Tribunales, debe entenderse se centra esencialmente en la concurrencia o no de la finalidad familiar que justifica y late bajo toda institución de retracto de abolorio, que por todo lo que queda expresado, y en especial en este fundamento, lleva a este Tribunal a hacer uso de tal modera-

ción, denegando la posibilidad de retraer por abolorio esos derechos tan restringidos que acaban de ser citados.

La DOCTRINA que extraemos de esta sentencia es que al formularse la demanda, una finca ya no pertenecía a los demandados, lo que hace inadmisibles el retracto que se ejercita en relación a esa finca, pero no impide entrar en el fondo del asunto en cuanto a las demás fincas retraídas. El retracto produce sus efectos únicamente para los bienes vendidos a favor de los parientes colaterales que se hallen dentro del cuarto grado de la línea de procedencia de los mismos. En cuanto a la permanencia de los bienes inmuebles en la familia durante las dos generaciones anteriores a la del disponente, no ha sido suficientemente acreditada por la parte recurrente, siendo que a ellos les correspondía demostrar la tronalidad de los bienes, cosa que no han hecho. Al quedar reducida la posibilidad legal de retracto a una sexta parte de tres fincas rústicas, a favor de cada uno de los accionantes, no acreditándose por éstos que los derechos a que se reduce el retracto vengan a suponer ningún incremento o mejora de la casa aragonesa, lleva al tribunal a hacer uso del derecho de moderación.

De forma velada, el tribunal sigue señalando que la jubilación de dos retrayentes y la no residencia de otro en Biescas, lugar de ubicación de las fincas, así como su profesión de industrial y por tanto, no profesional de la agricultura, suponen serios inconvenientes para aceptar en este supuesto la causa o finalidad histórica del derecho de abolorio.

4. SENTENCIA DEL JUZGADO DE 1.^a INSTANCIA NÚMERO 1 DE CALATAYUD DE 14 DE NOVIEMBRE DE 1994

Los hechos fácticos fueron los siguientes:

El vendedor A. heredó de su padre una finca que pertenecía por mitad y proindiviso a él y a su hermana Eusebia, habiendo permanecido en la familia desde tiempo inmemorial, más allá de las dos generaciones que exige la ley foral.

El 4-XI-92 el Sr. A vendió a B la mitad indivisa de dicha finca, inscrita en el Registro de la Propiedad con fecha 10-I-1994.

Una hermana del vendedor A, tiene conocimiento del hecho en fecha 9-XI-93 en virtud de una demanda sobre servidumbre de paso. En fecha 4-II-94 consignó a favor del tercero-adquirente la suma reflejada en la escritura pública.

Los demandados Sr. B y otro, alegaron que habían adquirido dicha mitad indivisa para su sociedad de gananciales, es decir, con su esposa, que era además propietaria de la otra mitad indivisa. En consecuencia, el marido-adquirente no podía reputarse ajeno al tronco familiar de los abuelos, de quienes procedía la finca.

En el fundamento jurídico 2º se hace mención específica a la facultad moderadora, señalando que «es una facultad para regular y ajustar a la reali-

dad el ejercicio del privilegio que supone el derecho de abolorio. 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.

Esta sentencia lo desestima concurriendo los requisitos legales porque el bien troncal, la mitad indivisa de la finca —no va a ingresar en un patrimonio «extraño»— porque uno de sus miembros es integrante de la sociedad conyugal común. La doctrina y la jurisprudencia afirman que no podrá ejercitarse el derecho de la saca sólo sobre la cuota indivisa troncal si como consecuencia del ello surge una comunidad entre el titular del abolorio y el propietario de la otra cuota indivisa del inmueble.

Los hechos no responden en absoluto al fundamento del derecho de abolorio que los bienes troncales salgan de la familia y vayan a parar al patrimonio de «un extraño», ya que van a la sociedad conyugal del consorte copropietario de la otra mitad indivisa.

En conclusión, estudiadas las bases fácticas y los elementos objetivos y subjetivos que concurren de forma **RESTRICTIVA**, llegamos a la conclusión de que no puede otorgarse el efecto jurídico solicitado por la actora en la demanda, por cuanto ha de impedirse que esta figura jurídica sirva para otros fines que aquellos a los que va destinada.

El bien troncal —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.

5. SENTENCIA DEL JUZGADO DE 1.^a INSTANCIA NÚMERO 2 DE HUESCA DE 28 DE MARZO DE 1995 (PONENTE JUEZ L. A. GIL NOGUERAS)

Los hechos fácticos son los siguientes:

El demandante ejercitó el retracto sobre 20 fincas que habían sido cedidas en institución de heredero a J. Cáncer Anagraci en 1935, al casarse con Engracia Suelves Ezquerro. Asimismo, por institución de heredero en 1986 se otorgaron a Estanislao J. Cáncer Suelves por sus padres, instituyentes que se reservaron el usufructo. Además del instituido heredero, los instituyentes tenían dos hijas (Lourdes e Isabel —la demandante). Las fincas se adjudican a una sociedad anónima por auto de adjudicación de subasta judicial de 26-I-94. Concurriendo todos los requisitos del art. 149.1, se desestima como veremos.

El artículo 149 de la C.A. contiene los requisitos para que pueda reclamarse válidamente el derecho de retracto, requisitos que concurren en el supuesto de autos. Pero la finalidad y la justificación de este derecho —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 artículo 149.2 establece la facultad moderadora de los

tribunales. Por ello, dicha facultad ha de primar sobre la existencia formal de los requisitos del derecho de abolorio.

La elección de las fincas no atiende a criterio de cercanía o de comodidad a su explotación, sino a criterios de RENTABILIDAD. Si bien es cierto que para nada afecta al retrayente el mayor o menor valor de las fincas objeto de venta, respecto del real abonado por ellas, ni los supuestos de enajenación de varias fincas que no forman una unidad patrimonial susceptible de explicitación, por el contrario como expone la STS de 26-VI-1889, la transmisión de un conjunto patrimonial como tal, unitario, obliga al retrayente a ejercitar el derecho de retracto sobre el patrimonio que ha sido transmitido y adquirido como una unidad.

La propia demanda da los antecedentes necesarios para calificar el patrimonio adquirido por el demandando, como un patrimonio único, afecto a la Casa Aragonesa como institución, sobre el que existe el derecho de retraer, pero en su conjunto, puesto que en su conjunto se transmitió, y en base a esa unidad se adquirió en las condiciones en que se adquirió, de otro modo se pervertiría el fundamento, finalidad y justificación de este derecho.

Su enajenación por lotes en subasta, no empece lo dicho, habida cuenta la responsabilidad hipotecaria concertada sobre los referidos lotes, ya que hubo un sólo adjudicatario de todos ellos, por lo que la adquisición se llevó a cabo en bloque. La intención del retrayente no es el mantenimiento íntegro del patrimonio familiar (que no puede perseguirse al ejercitar un retracto parcial), ni una afección sobre las fincas cuya titularidad ha pertenecido a su familia (se ejercita sobre la de mayor rentabilidad o mejor comunicada).

Como comentario a esta sentencia podemos señalar que no ve inconveniente a que se ejercite el derecho sobre bienes enajenados en subasta judicial. La Compilación aragonesa silencia la cuestión en relación a enajenaciones conjuntas sobre inmuebles, a diferencia de la Ley 457 del Fuero Nuevo de Navarra y el artículo 115 de la Ley de derecho civil foral del País Vasco que faculta al pariente tronquero a ejercitar el derecho de la saca, respecto de una o varias fincas y no de las demás, salvo que se trate de un caserío, en cuyo caso habrá de adquirirse como una unidad de explotación.

Sin embargo, se puede discrepar en la oposición de interés familiar con ánimo de lucro, porque pueden ser perfectamente compatibles, para propiciar el mantenimiento de explotaciones económicas viables.

6. SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 2 DE ZARAGOZA DE 6 DE JUNIO DE 1996

Los hechos fácticos de la demanda eran los siguientes:

Dos eran las fincas sobre las que se pretendía ejercitar el derecho a retraer. La primera se adquirió en escritura pública de 26 de marzo de 1993 e inscrita en el R.P. en fecha 3-V-93. La demanda ejercitando la acción se presentó

en 22-III-1995. Con la demanda se acompaña copia de acto de conciliación de 21-II-1994, intentado sin avenencia en 19-IV-94. En las actuaciones consta acreditado otro intento de conciliación de 31-XII-93, sin avenencia de 28-II-94, por la que la acción sobre esta finca se declara caducada.

La segunda finca se vendió en escritura pública de 26-III-93 y se inscribió en el R.P. en fecha 16-IV-94. La demanda se presentó en el juzgado de guardia con fecha 15 de julio de 1994, último día para el ejercicio de la acción. En consecuencia no se aprecia la caducidad de la acción y se analiza el fondo de la cuestión.

El juez no admite el retracto sobre la segunda finca porque no admite el retracto parcial y porque había una situación edificatoria ya consolidada, con escritura de agrupación de fincas y declaración de obra nueva.

El juez acude a la facultad moderadora, señalando que debe ser empleada a favor del tercero adquirente y no en su contra. Además en este caso, había una agrupación de fincas y aunque la escritura de agrupación es posterior a los actos de conciliación, la circunstancia de la edificación consolidada es relevante a los efectos que se pretenden atendiendo al hecho de que respecto a una de las fincas la acción estaba caducada y que por tanto no se cumpliría plenamente la finalidad que se busca con el derecho de abolorio, por lo que procede acceder a la petición de moderación en el uso del derecho, lo que debe llevar a la desestimación de la demanda, sin hacerse una especial imposición en las costas.

De nuevo, como crítica y comentario, nos encontramos ante una concepción muy restrictiva de la finalidad familiar, que impera por encima de la concurrencia de los requisitos objetivos de la institución foral. Atendiendo a dicha finalidad se razona que «el derecho de moderar equitativamente el ejercicio del derecho de abolorio o en su caso de retracto, que el art. 149.2 de la C.A., concede a los Tribunales debe entenderse se centra esencialmente en la concurrencia o no de la finalidad familiar que justifica y late bajo toda institución de retracto de abolorio».

Esta sentencia fue recurrida en apelación ante la Sección 4ª. de la Ilma. Audiencia Provincial de Zaragoza, pero sin embargo, posteriormente, se desistió por los recurrentes, por lo que devino firme la sentencia de primera instancia que hemos comentado.

7. SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 4 DE ZARAGOZA DE 25 DE OCTUBRE DE 1996

Los hechos fácticos de la sentencia son los siguientes:

La demandante Lucía, ejercita la acción con respecto a la totalidad de fincas rústicas que la sobrina de la misma, María Isabel, vendió a los demandados (un matrimonio de aparceros de las fincas), el 4-V-94 mediante escritura pública, por el precio conjunto de dos millones de pesetas.

Se cumplían todos los requisitos del artículo 149 de la C.A. y la juzgadora se apoya en la finalidad familiar para entender que no concurre por las cir-

cunstancias familiares y profesionales de la retrayente (soltera, de avanzada edad, no agricultora, residente en Zaragoza) y por la condición profesional de los demandados, aparceros de las fincas durante más de cinco años, deniega el retracto, en base a la interpretación restrictiva que debe hacerse de la institución y la finalidad de la misma.

Esta sentencia introduce de forma soterrada la exigencia en el retrayente de la condición profesional de Agricultor, no bastando tener las tierras en régimen de aparcería, como era el caso, sino que exige que se cultive directamente las fincas. Imposible en este supuesto, ya que la actora nació en 1917, estaba soltera y no tenía hijos.

Esta exigencia de tener la condición profesional de agricultor, se menciona de forma directa o indirecta en la sentencia de la ATZ de 13-II-75, del TSJA de 4-XI-92, del Juzgado de 1.^a Instancia de Huesca de 26-X-91 y del Juzgado Único de Boltaña de 1-IX-93.

Esta demanda fue interpuesta por el Letrado-Catedrático de Derecho Procesal Angel Bonet Navarro y no fue objeto de recurso de apelación, por lo que adquirió firmeza.

8. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUESCA DE 17 DE OCTUBRE DE 1996

Esta sentencia marca una inflexión importante en el uso de la facultad moderadora de los tribunales para la estimación de la demanda de retracto de abolorio, aunque la retrayente curse estudios en un lugar fuera del territorio donde radica la finca familiar retraída, ya que evidencia la existencia de vínculos afectivos con la localidad y su familia que justifican esa voluntad de conservar la finca de autos dentro de la familia.

En primera instancia, el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Huesca desestimada la demanda por entender que la retrayente, sobrina del vendedor, no tenía un auténtico y verdadero interés familiar.

Por el contrario, en la segunda instancia, la Audiencia Provincial de Huesca la estima porque entiende cumplida la finalidad familiar y acepta expresamente el parentesco de carácter extramatrimonial por aplicación de la Ley 3/85 de 21 de mayo de la Compilación aragonesa.

Existían entre los requisitos formales una discrepancia entre el precio real de venta y el escriturado, señalando que basta consignar lo escriturado, si el retrayente no conoce el precio efectivamente desembolsado. Se excluyen de la consignación, los gastos legítimos del artículo 1518 del C.Civil, pero se ha de asumir el compromiso formal de su asunción si la acción prospera. En este mismo sentido, la STSJA de 22-I-90, ya comentada, entendía que la omisión de esta declaración de compromiso ocasionó, entre otros motivos, su desestimación. El fundamento jurídico 6º, de esta innovadora sentencia provincial señala que: «cumplidos por el retrayente los requisitos objetivos, subjetivos y formales exigidos por la Compilación, sin embargo por el Juzgado de instancia se desesti-

mó la demanda en base a la facultad moderadora del número 2 del artículo 149 de la Compilación. El fundamento del derecho de abolitorio se halla en 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 (sentencia A.T. Zaragoza 13-II-75) por lo que esa facultad moderadora tiene como única finalidad evitar que la institución sirva a otros fines que no sean los referidos. La circunstancia de que la hoy retrayente curse sus estudios en Zaragoza no constituye obstáculo alguno para que pretenda conservar los bienes familiares y construir sobre la finca de autos su futura casa, como así lo declara en confesión, lo cual se estima de plena lógica ya que la finca es colindante con la casa de sus padres y teniendo en consideración que, a pesar de sus estudios, los fines de semana y vacaciones los pasa en Torres de Barbués, se pone de manifiesto la existencia de vínculos afectivos con la localidad y su familia que justifican esa voluntad de conservar la finca de autos dentro de la familia, sin que, por otra parte, exista dato alguno que permita probar que la finalidad perseguida con el ejercicio del retracto sea distinta de la ya reseñada. De lo expuesto se desprende que procede la revocación de la sentencia de instancia declarando haber lugar al retracto instado».

Esta sentencia es novedosa porque realiza una interpretación de la finalidad familiar de modo más flexible que lo visto hasta este momento. Este elemento teleológico se cumple en una estudiante, residente en lugar distinto al de ubicación de la finca porque ha demostrado una vinculación afectiva con el inmueble. No es imprescindible ser agricultor ni tener residencia necesaria en el lugar de los bienes para que el fin y el interés social digno de protección no sea exclusivamente el mundo rural y los agricultores.

9. SENTENCIA DE 16 DE ABRIL Y DE 6 DE NOVIEMBRE DE 1996 DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE BARBASTRO

Los hechos fácticos de la primera sentencia se reducen a señalar que dos hermanos nudo-propietarios, junto a su madre, en concepto de viuda usufructuaria venden dos fincas urbanas a un matrimonio ajeno a la familia y frente a ellos intenta el derecho de abolitorio el otro hermano de los vendedores, estimándose la demanda.

En la sentencia de 6 de noviembre de 1996, una hermana del disponente pretende retraer la finca rústica que éste ha vendido a varias personas ajenas a la familia, consiguiendo su propósito.

Ambas sentencias adquirieron firmeza en primera instancia porque no fueron apeladas ante la Audiencia Provincial de Huesca, por lo que se asumieron los fundados argumentos del juez de instancia.

En ambos casos el juez consideró que concurrían todos los requisitos del artículo 149 y siguientes de la Compilación:

a) Los inmuebles han pertenecido a la familia del actor durante los dos generaciones inmediatamente anteriores a la de sus hermanos disponentes.

b) El actor es pariente colateral de segundo grado por la línea de procedencia de los bienes.

c) No le ha sido ofrecido en venta para tanteo.

d) Se ha ejercitado el retracto en los plazos legales.

e) Consignan primero el precio escriturado y después el que fue requerido por el Juzgado, al conocerse el precio real.

f) Se adquiere el compromiso de no enajenar la finca durante cinco años.

En la sentencia de 16 de abril de 1996 se rechaza la excepción de caducidad porque los demandados no han acreditado un conocimiento de la enajenación por parte del retrayente anterior a la inscripción registral; y estima improcedente la alegación sobre falta de acto de conciliación, por cuanto la Ley 3/84 de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil estableció el carácter meramente facultativo de la conciliación previa.

Estas sentencias se limitan a comprobar la concurrencia de los requisitos legales y a reconocer su procedencia, sin que emitan consideración alguna sobre el interés familiar. No se utiliza el elemento teleológico como instrumento de denegación sistemática del derecho de abolorio.

10. SENTENCIA DEL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚMERO 2 DE ZARAGOZA DE 25 DE ENERO DE 1999

Esta sentencia es la última que se conoce en esta materia, porque siendo firme se desistió del recurso de apelación ante la Sección 4.^a, de la Ilma. Audiencia Provincial de Zaragoza.

En relación a los hechos se señala en la sentencia que el adquirente, cuando en fecha 18 de julio de 1998 compra la finca sita en C/Dula, número 33, de Moneva (Zaragoza), sabe que dicha compraventa puede verse afectada por el derecho de retracto de abolorio, motivo por el que en un acto de conciliación previo, interesa del ahora retrayente que se pronuncie sobre su ejercicio. Es decir, el comprador partía de la premisa de la existencia de los elementos constitutivos del derecho de la saca a favor del actor. Y ello es así, del análisis del contenido del intento de avenencia, a saber «que se avenga a manifestar si está interesado o no en el ejercicio del derecho de abolorio del artículo 149 de la C.A. entregando en este mismo acto o consignando el precio y los demás gastos que señala el art. 1518 del C.C. y que se ha expuesto anteriormente».

Es decir, si el hoy actor hubiese pagado el precio de venta, los gastos notariales los impuestos de transmisiones patrimoniales y un presupuesto de obras de reparación de dos millones de pesetas, el derecho se hubiese consolidado sin ningún otro cuestionamiento. Sin embargo, el retrayente no podía aceptar «a ciegas» unas obras de reparación de dicha suma de dinero, único extremo discrepante.

Estos antecedentes fueron básicos para que el juzgador considerara que concurrían los requisitos formales del retracto y proceder a la estimación de la

demanda. No se cuestiona por sobreentendida la finalidad histórica de la institución. Posteriormente, una vez reconocido el derecho de retracto al actor, se estudian los gastos necesarios y útiles del artículo 1518 del C.c. considerando que no proceden porque se aprecia mala fe en la contratación de obras de reparación no realizadas, cuya única finalidad era obstruir la acción del retrayente.

De nuevo, esta última sentencia, en la misma línea de las últimas comentadas, se limita a comprobar la concurrencia de los requisitos legales y a reconocer su procedencia, sin profundizar sobre el interés familiar.

11. SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUESCA DE 7 DE JUNIO DE 1993

Por último, queremos hacer mención a la sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 7 de junio de 1993 porque resuelve sobre el planteamiento de POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD del artículo 149.2 y 150.3 de la Compilación Aragonesa, rechazando la cuestión de inconstitucionalidad propuesta por los recurrentes, por entender que tales normas no son incompatibles con la Constitución y porque además, no sería necesario su planteamiento, pues bastaría con acudir a la disposición derogatoria de la Carta Magna para estimar dichas disposiciones derogadas tácitamente, sin necesidad de plantear cuestión alguna de inconstitucionalidad.

En el Fundamento jurídico número 4º, rechaza la inconstitucionalidad en base a los siguientes argumentos: «Ninguno de los expresados preceptos es contrario a la Justicia, por lo que mal puede pretenderse su colisión con el artículo primero de la norma suprema; en este sentido puede señalarse que tan justo es el Código Civil, que no reconoce esta clase de retractos en los territorios de derecho común, como la Compilación Aragonesa, que lo regula introduciendo determinadas limitaciones. Y ninguno de estos artículos lesiona el principio de legalidad ni el de jerarquía normativa, ni son contrarios al artículo 149.8 por más que en el Estado resida la competencia exclusiva en materia de reglas relativas a la aplicación y eficacia de las relaciones jurídicas. Es preciso resaltar, ante las alegaciones vertidas en el recurso, que los preceptos comentados para nada interfieren en las normas dispuestas en el Código Civil sobre el fraude de Ley y el abuso de derecho. Los controvertidos preceptos de nuestra Compilación nada quitan y nada ponen a lo regulado en el derecho común en materia de fraude de Ley y abuso de derecho, ni afectan para nada a las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas. Al Legislador Aragonés le corresponde la conservación, modificación y desarrollo del derecho foral, atribución constitucional que le legitima, al Legislador Aragonés, para reconocer o no el retracto de abolorio intentado por los hoy apelantes. Partiendo de esta premisa, nos parece claro que si al Legislador Aragonés le corresponde reconocer o no tal retracto mal puede reprochársele el que lo reconozca con las limitaciones que estime precisas, estableciendo condicionamientos de orden temporal y concediendo facultades de moderación a los Tribunales. Debe de tenerse presente que el retracto de abolorio no es un derecho fundamental sino que, por el contrario, se trata de un derecho excepcional, restrictivo del dominio y contrario a la libre circulación de la pro-

piedad inmobiliaria que, en el caso de que el Legislador estime oportuno reconocerlo – como sucede en Aragón, a diferencia de lo que ocurre en el derecho común -, no sólo debe ser interpretado restrictivamente por los Tribunales sino que puede ser concebido en términos más o menos limitados por el mismo Legislador, de un modo acorde a su carácter excepcional.

Del mismo modo, ninguno de los preceptos en cuestión puede estimarse contrario al principio de seguridad jurídica ni al principio de interdicción de toda arbitrariedad de los poderes públicos (...) la facultad moderadora concedida a los Tribunales en el art. 149.2 está plenamente justificada por el propio carácter excepcional del retracto de abolorio, sin que la misma pueda tildarse, sin más, de arbitraria, en todo caso, la arbitrariedad no radicaría en el precepto controvertido, sino del mal uso que pudiera hacer de él un Tribunal en un caso concreto, a corregir usando los recursos previstos en el ordenamiento jurídico».

En consecuencia, hemos de señalar que no existe duda sobre la constitucionalidad de los requisitos legales del retracto de abolorio, ni tampoco de la facultad moderadora de los tribunales.

V. JUSTIFICACIÓN ACTUAL DE LA INSTITUCIÓN

Los profundos cambios que han sufrido instituciones como la familia y la propiedad a lo largo de finales del siglo XIX y XX han cuestionado la razón de ser del derecho de abolorio. Así, el conflicto planteado entre la ideología liberal de la codificación con una visión individualista de la propiedad y la inspiración familiar del retracto gentilicio conllevó su supresión en el Derecho común y su permanencia en los derechos forales, explicándose en razón de los principios que los fundamentan, alejados del liberalismo del Código Civil.

En el panorama europeo occidental la pervivencia de estos derechos es un hecho insólito, causando asombro que la institución haya superado el paso del Antiguo Régimen al nuevo orden derivado de la Revolución Francesa y de las ideas del liberalismo económico.

Esta institución al plasmarse en el Apéndice de 1925 plantea la polémica en torno a si ha de ser objeto de interpretación restrictiva o extensiva. Promulgada la Compilación de 1967, con múltiples opiniones a favor y en contra, GARCÍA CANTERO²⁴ señala que: «La Compilación ha dispuesto, a pesar de todo y decididamente, mantenerlo. Ni la conveniencia de aproximar en lo posible el derecho aragonés al derecho común, ni la indudable realidad de la

²⁴ G. GARCÍA CANTERO, *opus citata*, p. 167.

enorme transformación económica y social que está sufriendo la familia aragonesa, especialmente la rural en los últimos tiempos, ni los abuso a que el retracto gentilicio da lugar, han sido bastante para que los redactores de la Compilación se decidieran a suprimirlo. Indudablemente, la larga tradición jurídica del retracto aragonés, la vigencia de la institución en la práctica durante siglos, su naturaleza familiar y el ensamble que con la troncalidad y la libertad de testar tiene, ha pesado en el ánimo de la Comisión redactora más que los pareceres contrarios, siquiera, apercibida de la controversia, ha paliado alguno de los inconvenientes señalados con una regulación más técnica y cuidada que la anterior».

A propósito del retracto gentilicio navarro, Arechederra Aranzadi²⁵ señala que supone el encuentro de dos principios irreconciliables; mercado y familia se disputan la primacía como ejes vertebradores de la vida social, no existiendo espacio para los dos. Se pregunta si los ordenamientos forales pueden forzar las cosas de tal manera que reconduzcan las sociedades para las que son promulgados a un mundo distinto del que, para bien o para mal, conocemos y gobierna nuestras vidas. Como en Navarra impera la familia nuclear, el retracto gentilicio subsiste sin su soporte, sin aquel presupuesto sociológico que lo justifica, lo explica y explicita su función.

Opinión diferente es la defendida por Roncesvalles Barber Cárcamo²⁶, señalando que su justificación está en introducir un elemento perturbador del normal desenvolvimiento del tráfico jurídico en razón a la voluntad legislativa de estimar preferente y más digno de tutela el interés público a que sirve cada uno de los retractos legales que los principios de libertad de contratación de los bienes inmuebles ligados ala familia. El retracto familiar no se otorga por ley al pariente, sino a la familia, constituyendo no un derecho individualista, sino de familia, de pura esencia social, en lo que se atiende al interés del concreto retrayente sino al de la familia. La finalidad de la institución en la doctrina y en la jurisprudencia se refleja en una doble vertiente:

— como institución dirigida a mantener en la familia de procedencia los bienes inmuebles, evitando su adquisición por manos extrañas, asegurando la familia su pervivencia y

— defiende la unidad del patrimonio familiar inmobiliario, a fin de que se mantenga fuerte y suficiente para las necesidades de la familia.

Para GARCÍA CANTERO²⁷ el problema es determinar si tal concepción es o no, compatible con nuestro actual marco constitucional. Considera que es compatible y que procede una relectura del artículo 33.1.º C.E., entendiendo constitucionalmente reconocida de modo expreso la propiedad familiar, en sus

²⁵ G. GARCÍA CANTERO, *opus citata*, p. 172.

²⁶ G. GARCÍA CANTERO, *opus citata*, p. 173.

²⁷ G. GARCÍA CANTERO, *opus citata*, p. 174.

diversas modalidades, tanto de bienes de producción como de uso y disfrute. La función social que enuncia con carácter general y abstracto el artículo 32.2 C.E. puede realizarse, en los bienes de abolengo, mediante el derecho de abolorio, existiendo apoyatura constitucional suficiente para el derecho aragonés de abolorio, el retracto gentilicio navarro, el derecho vizcaíno de la saca y el derecho catalán de tornería.

Generalmente la jurisprudencia considera que estos derechos son limitaciones a modo de cargas de derecho público, pues aunque pueden redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general, no constituyendo desmembraciones del dominio sobre el cual actúan ya que ni el dueño afectado podrá inventariar las limitaciones que aquellos suponen, ni el favorecido podrá incluirlas como valores patrimoniales en su activo; cargas que a calidad de tales y por envolver una limitación del derecho de propiedad y en pugna con la libertad de contratación, han de ser aplicadas con criterio restrictivo.

Si el retracto de abolorio es un instrumento jurídico al servicio de la propiedad familiar en Aragón, como manifestación de la función social del derecho de propiedad, no hay razones para realizar una exégesis restrictiva de aquella institución, proponiéndose una interpretación extensiva porque la libertad de contratación del artículo 1255 del Código Civil encuentra un apoyo constitucional de menor entidad.

Como conclusión, entendemos que el derecho de abolorio debe ser reconocido en cualquier contexto social de Aragón, en base al reconocimiento constitucional de la familia (art. 39 C.E.) y en el mantenimiento de los bienes en la familia de donde proceden. No atenta contra la libre disposición del dominio ni contra el libre tráfico inmobiliario. Desde el prisma constitucional del derecho de propiedad, ésta se configura como una relación compleja, formada por derechos y deberes conectados con otras necesidades sociales. El Legislador puede imponer límites al derecho de propiedad como son el apego a los bienes familiares o la conservación de los mismos en el seno de la familia.

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.

RENUNCIA A LA HERENCIA FUTURA EN ARAGÓN: UN SUPUESTO PRÁCTICO

Adolfo CALATAYUD SIERRA

Notario

SUPUESTO DE HECHO QUE SE PLANTEA

Antonio y Braulia forman un matrimonio aragonés, que no ha otorgado capitulaciones matrimoniales, y que son titulares de una empresa constructora. Tienen un solo hijo, llamado Carlos, de 40 años, que reside en Madrid desde hace 15 años. La empresa la regenta de hecho el único sobrino carnal de Braulia, Daniel, también aragonés, que es quien realmente ha conseguido la saneada situación económica que hoy presenta. Carlos está dispuesto a renunciar a la herencia de sus padres, para posibilitar que la empresa sea adquirida por su primo, ya que su posición económica es buena. Los padres hasta ahora no han otorgado acto de disposición por causa de muerte y se da la circunstancia de que Braulia sufre una enfermedad mental que le impide ser consciente de sus actos.

Se solicita dictamen acerca de si es posible la renuncia de Carlos a la herencia de sus padres antes del fallecimiento de éstos y los efectos que, en su caso, produciría dicha renuncia.

PRESUPUESTOS DE LOS QUE SE PARTE

1. Antonio y Braulia tienen vecindad civil aragonesa y están casados bajo el régimen económico matrimonial legal que regula la Compilación de Derecho Civil de Aragón en los arts. 36 y ss. Al no decirse otra cosa, se parte también de que la empresa y el resto de los bienes del patrimonio de ambos pertenecen a su comunidad conyugal, aunque este aspecto no tiene demasiada trascendencia para la resolución de las cuestiones planteadas.

2. Carlos tiene vecindad civil común, puesto que lleva más de 10 años residiendo en Madrid y no consta que haya realizado declaración en contra de adquirir dicha vecindad civil (art. 14 Cc.). En cambio, la vecindad civil de Daniel es la aragonesa.

3. Braulia no puede otorgar testamento ni pacto sucesorio, por carecer de capacidad para ello (arts. 93.1 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte y 1.263.2º Cc.). A estos efectos, es irrelevante que haya sido o no incapacitada legalmente: la falta de capacidad natural es suficiente para imposibilitar el otorgamiento y si, no obstante, éste se llevara a cabo, el acto sería ineficaz. No entramos en la posibilidad de que una sentencia de incapacitación pudiera haber previsto la posibilidad de que dispusiera por causa de muerte, porque, dadas las circunstancias del caso, no parece que ello pudiera suceder.

4. Los bienes existentes en el patrimonio de Antonio y Braulia no son troncales (es decir, de los que aparecen regulados en los arts. 211 y ss. LS.). Por tanto, partiendo de que al fallecer siga siendo aragonesa, el heredero legal (o abintestato) de Braulia es, en principio, su hijo Antonio, sustituido por sus descendientes; en su defecto, y partiendo de que los bienes de su patrimonio no son troncales y de que no viven sus padres, su esposo; y en defecto de éste, y ya que Braulia no tiene hermanos vivos, su único sobrino Daniel (arts. 202.2.2º, 207, 208, 216 y 217 LS.).

SOLUCIÓN AL CASO PROPUESTO:

Para resolver las preguntas planteadas, vamos a desarrollar la materia acerca de la cual versan por el siguiente orden:

I. LA RENUNCIA A LA HERENCIA FUTURA

La renuncia a la herencia futura, es decir, a la que todavía no está deferida (por vivir todavía la persona de cuya herencia se trata), está expresamente prohibida en el ámbito del Derecho común por el art. 816 Cc., referido a la legítima, y por la prohibición de realizar contratos sobre herencia futura del art. 1.271 del mismo cuerpo legal. Es una manifestación del principio general prohibitivo de los negocios sobre la herencia futura que inspira el Derecho sucesorio del Código Civil.

Por el contrario, el Derecho aragonés ha sido y es favorable a los pactos sucesorios, muy practicados históricamente, sobre todo en el Alto Aragón, y que han constituido un instrumento muy útil para conseguir el objetivo de

mantener los patrimonios familiares. Entre esos pactos aceptados tradicionalmente por el Derecho aragonés se encuentran los de renuncia de herencia celebrados entre quien renuncia y la persona de cuya herencia se trata, pacto que puede otorgarse solo o acompañado de la institución de heredero a favor de otra de las personas que celebran el pacto o de un tercero.

Ahora bien, tenemos que, por un lado, la renuncia puede aparecer fuera del contenido de un pacto sucesorio, es decir, puede ser unilateral; y, por otro, que no todos los pactos sucesorios están admitidos en Aragón. Veamos muy brevemente el tratamiento que las dos formas de renuncia a la herencia reciben en nuestro Derecho y en qué medida pueden ser de aplicación al caso que tratamos.

II. EL PACTO SUCESORIO DE RENUNCIA

Es válido el pacto sucesorio por el que uno o varios contratantes renuncian a la herencia del otro u otros (arts. 65.d y 84 LS.). Conforme a ello, sería perfectamente válido el pacto sucesorio celebrado entre Antonio y Carlos por el que éste renuncia a la herencia de aquél. Por esta vía, puede resolverse la cuestión planteada en cuanto a la herencia de Antonio.

Con la renuncia, Carlos ya no podría recibir derecho sucesorio alguno procedente de Antonio, ni siquiera los legitimarios. Y si tuviera descendientes, éstos tampoco podrían reclamar derecho legitimario alguno, ya que no hay sustitución legal a favor de los descendientes del renunciante, ni siquiera en la legítima (art. 26 LS.).

Señalar, a estos efectos, que, para su validez, el pacto debe otorgarse en escritura pública (art. 62 LS.), que el otorgamiento no puede hacerse mediante apoderado (art. 64 LS.) y que el pacto de renuncia puede referirse a todos los derechos sucesorios o a parte de ellos, establecerse a título gratuito u oneroso y sujetarse a condición (art. 84.2 LS.). Esto último da muchas posibilidades para determinar el alcance de la renuncia: podría limitarse, si se estima oportuno, sólo a la empresa de construcción o a ésta y otros bienes que no agotaran todo el patrimonio de Antonio, e, incluso, podría condicionarse a que Daniel cumpliera determinados requisitos en la gerencia de la empresa de construcción o de cualquier otra forma; podría también pactarse una compensación para Carlos, a recibir en ese mismo momento, o que éste la hiciera a título gratuito. Como se ve, la regulación permite amoldar el alcance de la renuncia a las circunstancias concurrentes con gran flexibilidad. Por otra parte, el pacto de renuncia sigue el régimen general de revocación de los pactos sucesorios, conforme al cual puede dejarse sin efecto mediante nuevo pacto celebrado entre las mismas personas o sus herederos (art. 85 LS.).

De todos modos, téngase en cuenta que la renuncia a la herencia llevada a cabo por Carlos, por sí sola, no es suficiente para producir el efecto buscado, es decir, que Daniel herede a Antonio, ya que éste, sobrino de su esposa, no es su heredero legal. Por tanto, dicha renuncia deberá complementarse con el otorgamiento por parte de Antonio de un acto de disposición por causa de muerte (testamento o pacto sucesorio) a favor de Daniel. Quizá sería oportuno hacerlo por pacto sucesorio otorgado entre Antonio y Daniel, en el mismo instrumento que el de renuncia, dada su unidad funcional. En este punto, estaríamos ante un pacto sucesorio a favor de contratante (arts. 65.a y 70 y ss. LS.), que podría ser *«de presente»*, con transmisión actual de los bienes al instituido, o *«para después de los días»* del instituyente, sin dicha transmisión actual de bienes, en ambos casos con los efectos que resultan de los indicados artículos de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte. Otro dato a tener en cuenta es que si Antonio instituye a Daniel en pacto sucesorio celebrado entre ambos, si éste premuere, salvo que otra cosa se hubiera establecido, transmitirá a sus descendientes los derechos y obligaciones derivados del pacto y, en su caso, los bienes adquiridos de presente (art. 72 LS.); en cambio, si le instituye heredero en testamento, premuerto Daniel, no le sustituirán sus descendientes si el testamento no hubiera establecido expresamente una sustitución vulgar, ya que la sustitución legal sólo tiene lugar en la línea recta descendente y en la línea colateral sólo a favor de los descendientes de hermanos (art. 20.2 LS.). En cualquier caso, se haga en testamento o pacto sucesorio, convendrá prever, para evitar todo problema, una sustitución vulgar para el caso de que Daniel premuriera a Antonio.

En cuanto a la herencia de Braulia, la cuestión es más complicada. En efecto, no podría celebrarse pacto sucesorio entre Braulia y Carlos para que éste renunciara a la herencia de aquélla, ya que, como hemos dicho, Braulia carece de capacidad para otorgar actos jurídicos, incluyendo el pacto sucesorio.

Tampoco sería posible la celebración de pacto sucesorio entre Carlos y el beneficiario de la renuncia, Daniel, de modo que aquél renunciara frente a éste a la herencia de su madre, ya que el Derecho aragonés sólo admite el pacto sucesorio sobre la propia herencia; así resulta con absoluta claridad del art. 62 LS., que se refiere a *«los pactos que sobre la propia sucesión se convengan»*, y, por lo que se refiere en particular a los pactos de renuncia, de los arts. 65.d) y 84, que hablan expresamente del pacto entre quien renuncia y la persona de cuya herencia se trata. En este punto, la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte sigue el criterio de la Compilación, que es el tradicional aragonés, común con otras legislaciones, que entienden que es inmoral el pacto por el que dos o más personas acuerdan cómo van a distribuirse la herencia de una persona todavía viva, incluso aunque esté incapacitada. Ni siquiera sería posible que Carlos y Daniel celebraran un pacto por el que aquél se obligara a renunciar a la herencia de Braulia una vez fallecida ésta y reforzaran dicho pacto mediante una cláusula penal, por la que Carlos se obligara a indemnizar en determinada cantidad a Daniel si incumpliera el compromiso asumido, ya que tal compromiso contravendría la prohibición de pactar sobre la herencia

futura, por lo que, en consecuencia, sería nulo, lo que arrastraría la nulidad también de la cláusula penal.

Es decir, no puede haber ningún pacto sucesorio por el que se renuncie a la herencia de Braulia sin la intervención de ésta. Así las cosas, debemos plantearnos si es posible la renuncia sin pacto sucesorio, es decir, unilateralmente.

III. LA RENUNCIA ANTICIPADA UNILATERAL

¿Es posible la renuncia unilateral a la herencia futura en Aragón? En principio, podría pensarse que está vedada por el art. 27.1 LS., cuando dispone que *«el llamado a una herencia podrá libremente aceptarla o repudiarla, una vez producida la delación a su favor»*. En efecto, si se hace una interpretación apresurada, *a sensu contrario*, de este precepto, podría concluirse que, hasta que no se ha producido la delación de la herencia, no es posible la repudiación: no habiendo delación cuando el causante de la herencia todavía vive, no sería posible la renuncia. Ahora bien, creo que semejante conclusión es equivocada. Ya hemos visto que son posibles los pactos sucesorios de renuncia, que, según dicha interpretación, también estarían en el ámbito de esa supuesta prohibición. Y es que, en realidad, el art. 27.1 no dice más que lo que dice, que, una vez una persona ha sido llamada a una sucesión, es libre de aceptarla o repudiarla, pero sin entrar en la cuestión de si ello es posible antes de la delación.

Prueba de lo dicho se encuentra también en que la propia Ley de Sucesiones por Causa de Muerte ha regulado, en su art. 177, un caso de renuncia unilateral de derechos sucesorios. Dicho precepto establece, en su apartado 1, que *«la renuncia a la legítima puede hacerse tanto después como antes de la delación de la sucesión, y en este caso unilateralmente o como resultado de un pacto sucesorio»*. Esta norma, comprendida en el Título VI, *«de la legítima»*, está, lógicamente, referida a la renuncia a la legítima, que es, precisamente, el epígrafe de la misma, y requiere que nos detengamos un poco en ella.

La renuncia a la legítima, como tal, sólo supone la renuncia a reclamar por razón de la infracción, cuantitativa o cualitativa, de la misma, es decir, frente a las disposiciones gratuitas del causante que, una vez fallecido, se demuestre que han contravenido la legítima. De lo que se trata es de que el renunciante libera al padre o ascendiente, frente al renunciante, de la obligación que tiene de cumplir la legítima colectiva, es decir, de atribuir la mitad del caudal computable a estos efectos a sus descendientes. De modo, que el renunciante queda privado del ejercicio de las acciones que el Título VI de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte atribuye a los legitimarios. Pero, como dice, el apartado 3 de este precepto, en principio, la renuncia a la legítima *«no afectará a los derechos que correspondan al renunciante en la sucesión legal ni a los que le provengan de la sucesión voluntaria del causante»*. De modo que parece que no resolvemos el problema planteado, ya que, aunque Carlos renunciara a la

herencia de su madre, ello no le supondría la pérdida de los derechos a la sucesión legal, a la que, como dijimos antes, precisamente, como hijo, está llamado antes que nadie.

Ahora bien, la solución nos la da el mismo apartado 3 del art. 177, que dispone los efectos indicados «*salvo declaración en contrario*». Es decir, si el renunciante así lo declara expresamente, la renuncia a la legítima lleva consigo también la renuncia a las sucesiones legal y voluntaria del causante. Creo que el precepto es lo suficientemente claro para que no admita duda la atribución a esta renuncia de los efectos indicados. Por tanto, para conseguir el efecto deseado, Carlos deberá renunciar a la legítima de su madre, Braulia, indicando que la renuncia se hace extensiva a los derechos que le puedan corresponder en la sucesión legal e, incluso, a los que le provengan de su sucesión voluntaria. Como vimos antes, aunque Carlos tuviera descendientes, no existe sustitución legal a favor de ellos, ni siquiera en la legítima (art. 26 LS.), por lo que dichos descendientes también quedarán excluidos de la sucesión de Antonio.

Dejando ya aparte el caso práctico que estamos tratando de resolver, podríamos plantearnos si esta renuncia unilateral sólo puede ser realizada por quien sea legitimario. No es posible profundizar aquí en esta cuestión, pero voy a hacer unas breves consideraciones. Si estimáramos que la única cobertura legal que tiene la renuncia anticipada unilateral a la herencia está constituida por el indicado art. 177 LS., podríamos concluir que sólo los legitimarios están habilitados para realizarla. Ahora bien, no es posible olvidar el ámbito que tiene la autonomía de la voluntad en Aragón, sobre la base del principio *standum est chartae*, conforme al cual todo aquello que no resulte de imposible cumplimiento o sea contrario a la Constitución o las normas imperativas del Derecho aragonés es válido (art. 3 de la Compilación). Creo que no puede decirse que la renuncia que tratamos esté en alguno de estos casos. De hecho, probablemente con este único argumento podría haberse defendido la validez de la renuncia acerca de la cual venimos argumentando desde el principio.

Por lo demás, conforme al apartado 2 del indicado art. 177, la renuncia anticipada a la herencia debe reunir los mismos requisitos de capacidad y forma que los pactos sucesorios, es decir, debe otorgarse en escritura pública (art. 62), el renunciante debe ser mayor de edad (art. 63) y no puede hacerse mediante apoderado (art. 64).

Más dudoso es si a esta renuncia se le aplica, aunque sea por analogía, la regla del art. 84.2, prevista para el pacto sucesorio de renuncia, que, como vimos, permite que la renuncia se refiera a todos los derechos sucesorios o a parte de ellos, e incluso sujetarse a condición; también es dudoso si sería posible revocar la renuncia mediante acuerdo entre el renunciante y la persona a cuya herencia se renuncia, por analogía con lo que para la renuncia realizada en pacto sucesorio dispone el art. 85. La alternativa sería considerar aplicable el régimen general de la repudiación de la herencia, conforme al cual la renuncia es irrevocable y no puede someterse a plazo ni condición (art. 28), ni puede hacerse parcialmente (art. 30). Probablemente, sea más seguro considerar que, salvo en lo relativo a la capacidad y la forma, se aplica este régimen general, aunque sería interesante profundizar más en la materia, cosa para la

que en este momento no me siento capaz. De modo que esta renuncia unilateral no tendría la misma flexibilidad que la que se realiza en pacto sucesorio.

Es dudoso si el Notario autorizante de la escritura de renuncia unilateral debe remitir el correspondiente parte al Registro de Actos de Última Voluntad comunicando el otorgamiento. Si atendemos a la literalidad del Anexo Segundo del Reglamento Notarial, que regula dicho registro, tal vez podría concluirse que no es necesario, ya que, según el art. 3 del mismo, los actos que deben inscribirse en dicho registro son los de expresión o modificación de la última voluntad y, en puridad, aquí no hay «*expresión ni modificación*» de la persona de cuya herencia se trata, que no interviene en la renuncia. No obstante, me inclino por considerar oportuna la remisión de dicho parte, ya que creo que es conveniente que quede constancia de la misma en el indicado registro, como medio de tener conocimiento de su realización, dado que resulta relevante para poder determinar, al fallecer la persona a cuya herencia se ha renunciado, quiénes son sus herederos. Además, no veo razón para darle un tratamiento distinto que a la renuncia verificada por pacto sucesorio, que sí que no hay duda de está comprendida en el ámbito del indicado registro. La persona cuyos datos deberán contenerse en el parte será aquella de cuya herencia se trata (en el caso tratado, Braulia); dentro de las clases de acto de última voluntad, habría que poner «*otras modalidades*». Quizá, en el apartado «*observaciones*», podría hacerse constar algo así como «*renuncia unilateral anticipada a su herencia*».

Por último, señalar que creo que esta renuncia unilateral a la herencia de Braulia sería mejor que Daniel la hiciera en un instrumento separado al que contuviera el pacto de renuncia celebrado con Antonio en cuanto a la herencia de éste. Así se evitaría que se estimara que forma parte del contenido del pacto sucesorio, lo que la haría nula, por contravenir la prohibición de pacto sobre la herencia de tercero a que antes hacíamos referencia. Si bien, en puridad, me parece que si, haciéndose en el mismo instrumento, se deja perfectamente claro que esa renuncia no forma parte del pacto sucesorio, ni queda sujeta al régimen del mismo, no debería estimarse incurso en la citada prohibición. En cualquier caso, el consejo sería que se hicieran en instrumentos separados.

IV. POSIBILIDAD DE RENUNCIAR ANTICIPADAMENTE POR QUIEN NO TIENE VECINDAD CIVIL ARAGONESA

En este punto, surge una nueva dificultad. Como dijimos al principio, Carlos tiene vecindad civil común, es decir, está sometido por ley personal al régimen del Código Civil, y éste es totalmente contrario a la posibilidad de renuncia anticipada de la herencia, tanto en pacto como unilateralmente (arts. 816 y 1.271). Cabe plantearse si ello constituye un obstáculo insuperable que hace ineficaz la renuncia.

Como toda cuestión de Derecho interespacial sucesorio, no resulta sencilla de resolver. De lo que se trata es de determinar qué punto de conexión es el que debe ser tenido en cuenta a estos efectos. Una primera posición consistiría en considerar que nos encontramos ante una cuestión de capacidad para realizar la renuncia, que debe regirse, conforme al art. 9.1 Cc., por la ley personal del renunciante al hacer la renuncia, lo cual impediría realizar la renuncia válidamente. Por contra, podría pensarse que nos encontramos ante una cuestión estrictamente sucesoria, a la que, conforme al art. 9.8 Cc., se le aplicaría la ley del causante de la sucesión, es decir, la ley personal correspondiente a la persona cuya herencia se renuncia. Personalmente, creo más defendible esta segunda solución, puesto que se trata de actos que van dirigidos a determinar quién será el sucesor por causa de muerte de una persona; y ello tanto en la renuncia realizada en pacto sucesorio como en la unilateral. Éste es el criterio que para los pactos sucesorios establece el art. 9.1 del Convenio de La Haya de 1989 sobre Ley Aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte y, aunque dicho convenio no está en vigor, creo que confirma lo razonable de la solución propuesta, que es la que mejor satisface los intereses en juego y se ajusta a la naturaleza de la sucesión por causa de muerte. Incluso, aunque se considerara que estamos ante una cuestión de capacidad del renunciante, hay que decir que no es tan claro que se deba acudir sin más a la ley personal del renunciante; en efecto, un importante sector doctrinal defiende para las capacidades negociales especiales la ley aplicable al fondo del negocio otorgado, que siendo de materia sucesoria, debería concluir en la vecindad civil de la persona a cuya sucesión se renuncia.

Concluyo, pues, que es válida la renuncia a pesar de que el renunciante, Carlos, tenía vecindad civil común.

Pero, aunque sólo sea por entretenerse un poco más, podemos suscitar una nueva duda: ¿qué pasa si posteriormente a la renuncia, Antonio o Braulia dejan de ser aragoneses y adquieren otra vecindad civil que no permite la renuncia a la herencia futura? La cuestión nos la resuelve el art. 9.8 Cc.: la renuncia es válida, si bien las legítimas se ajustarán a la ley personal del causante en el momento del fallecimiento. Es decir, a pesar de la renuncia, Carlos podría reclamar los derechos legítimos que le atribuyeran la ley personal de Antonio y Braulia al morir. Lo cual puede dar al traste con casi todo lo hecho. Ciertamente, serían imputables a su legítima las atribuciones a título gratuito que Antonio y Braulia le hubieran hecho en vida, pero en buena medida se verían defraudados los objetivos perseguidos. Aquí sí que no tenemos solución.

V. CONCLUSIONES

Podemos establecer las siguientes conclusiones, a modo de resumen, de lo dicho hasta aquí:

1. En Aragón, es válido el pacto sucesorio por el que uno o varios contratantes renuncian a la herencia del otro u otros. Dicho pacto de renuncia puede referirse a todos los derechos sucesorios o a parte de ellos, establecerse a título gratuito u oneroso y sujetarse a condición. Este pacto puede revocarse por otro celebrado entre los mismos otorgantes o sus herederos.

2. En cambio, no es válido el pacto por el que una persona renuncia frente a otra a la herencia de un tercero.

3. No hay ninguna prohibición en Aragón de la renuncia unilateral y anticipada a la herencia no deferida. Está expresamente contemplada esa posibilidad en el caso de la renuncia a la legítima, pero no parece haber razones que impidan esa renuncia cuando el renunciante no es legitimario de la persona cuya herencia renuncia, dado el principio *standum est chartae* que consagra la autonomía de la voluntad en Aragón.

4. La renuncia unilateral a la herencia futura precisa de los mismos requisitos de capacidad y forma que los pactos sucesorios, pero el resto de su régimen jurídico probablemente vendrá determinado por las normas generales reguladoras de la repudiación de la herencia, conforme a las cuales la renuncia constituye un acto irrevocable y no puede someterse a plazo ni condición, ni realizarse parcialmente.

5. Es conveniente que el Notario autorizante de la escritura en que se manifiesta la renuncia unilateral a la herencia futura remita el correspondiente parte al Registro de Actos de Última Voluntad.

6. El régimen del Derecho aragonés sobre renuncia a la herencia futura, tanto si se hace en pacto sucesorio, como si es unilateral, se aplica cuando la persona de cuya herencia se trata sea aragonesa en el momento de producirse la renuncia, siendo irrelevante la ley personal del renunciante. Si resulta que al fallecer el causante ha adquirido otra vecindad civil que no permita la validez de las renunciaciones anticipadas a la herencia, ello no obstante, la renuncia será válida, si bien el renunciante conservará el derecho a reclamar la legítima que le atribuya la ley personal del causante en el momento de fallecer.

**LA CONSOLIDACIÓN DE LOS DERECHOS FAMILIARES
DE ADQUISICIÓN PREFERENTE CONTEMPLADOS EN LOS
ORDENAMIENTOS TERRITORIALES ESPAÑOLES A LA LUZ DEL
DERECHO SUIZO: LA REINSTITAURACIÓN DEL *DROIT DE
PRÉEMPTION DES PARENTS*¹**

Aurora LÓPEZ AZCONA
Profesora Asociada de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

En la actualidad perviven en diversos Ordenamientos civiles territoriales ciertos derechos de adquisición preferente de naturaleza familiar, lo que contrasta con la situación normativa del Derecho civil estatal donde no es posible encontrar manifestaciones legales similares, en tanto que el retracto gentilicio fue excluido del Código civil. En las legislaciones forales donde se regula esta institución se utilizan distintas denominaciones para su identificación: derecho de abolorio en la Compilación aragonesa, retracto gentilicio en el Fuero Nuevo de Navarra, saca foral en la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco y derecho de tornería en la Compilación catalana, aunque circunscrito territorialmente al Valle de Arán. Obviamente, existen importantes diferencias de regulación entre estos derechos, siendo el derecho de saca el que presenta mayores peculiaridades referidas fundamentalmente a su mecanismo de actuación y efectos. En cualquier caso, todos estos derechos obedecen a una misma finalidad, que radica en evitar la enajenación de ciertos bienes a personas ajenas a la familia de donde proceden.

Así las cosas, desde la codificación los derechos de adquisición preferente por interés familiar han sido puestos en tela de juicio por resultar contradic-

¹ Síntesis de la comunicación presentada al I Congreso internacional «Els Drets Civils regionals a Europa», Lérida, 27 y 28 de abril 2000.

torios con los principios que informaron este proceso de unificación legislativa y, en concreto, con la consagración de una concepción absoluta del derecho de propiedad. Otra de las objeciones que suele formularse a estas preferencias adquisitivas consiste en su escasa conciliación con las necesidades de la sociedad moderna, al considerar este tipo de instituciones como algo propio de tiempos ya pasados. Baste en este punto recordar alguna declaración jurisprudencial referida al derecho de abolorio, como la contenida en la Sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 19 de febrero de 1985 que es particularmente elocuente, al afirmarse lo siguiente:

«(...) nació y se desarrolló en la parte montañosa principalmente, de haciendas campesinas, con el fin de evitar el desmembramiento del patrimonio familiar y en aras o bien de *La Casa* que había de hacer frente a las obligaciones de quienes permanecían en ella con el *hereu* o heredero; es decir, en una situación social asaz diferente de la actual.»

Pues bien, frente a las opiniones a que se ha hecho referencia, la reciente Ley federal suiza sobre derecho inmobiliario rural de 4 de octubre 1991, en la que se adopta una nueva regulación de un derecho familiar de adquisición preferente, el llamado *droit de préemption des parents*, permite constatar una tendencia legislativa contradictoria con quienes todavía muestran sus recelos a la consagración de estas preferencias adquisitivas en los cuerpos legislativos de algunas Comunidades Autónomas con Derecho civil propio. Desde esta perspectiva, no cabe duda de que, como se verá en estas breves notas, la legislación helvética proporciona argumentos adicionales al mantenimiento y potenciación legislativa de estos derechos.

Con carácter previo a la descripción de los aspectos más relevantes de la normativa suiza vigente, interesa hacer referencia brevemente a sus antecedentes normativos. A tal fin, procede señalar que un retracto familiar había regido en los cantones suizos hasta la entrada en vigor del Código civil suizo de 1907 de donde fue excluido, siguiendo con ello la misma suerte que sufrió el retracto gentilicio castellano en la Codificación española.

Sin embargo, tras la II Guerra Mundial, en plena época de lo que la doctrina ha calificado de «renacimiento de los retractos»², la Ley federal sobre la conservación de la propiedad inmobiliaria rural de 12 de junio de 1951 recuperó esta institución desaparecida en la primera década del siglo XX.

Para entender los motivos que llevaron al legislador suizo a reintroducir este derecho resulta muy significativo el *Message* (o Estudio previo del Consejo federal que se acompañó al Proyecto de Ley), en el que se reconoce la necesidad de replantear la cuestión de los derechos de adquisición preferente por interés familiar:

² Sobre este fenómeno *vid.*, por todos, Gabriel GARCIA CANTERO, «Comentario a los artículos 1445 a 1541 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dtres. M. ALBALADEJO y S. DIAZ ALABART, t. XIX, Edersa, Madrid, 1991, pp. 504 y 519-522; y Miguel COCA PAYERAS, *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Real Colegio de España, Bolonia, 1988, pp. 161-162.

«Las experiencias acaecidas en el curso de las últimas décadas sobre la marcha de los bienes inmuebles agrícolas permiten preguntarse si el legislador federal no adoptó aquí una solución demasiado radical, renunciando a una institución jurídica que hoy en día todavía puede tener buenos efectos. El artículo 1 del Proyecto cuenta entre los diferentes objetivos de la ley el reforzamiento del vínculo que existe entre la familia y la propiedad. Pues bien, la reintroducción del derecho de retracto en favor de los parientes es particularmente adecuada para conseguir este resultado. Esto sería también una forma de apoyar en el ámbito de la agricultura la labor en apoyo de la familia tal y como está prevista por el art. 34 quinquies de la Constitución.»³

La lectura del texto transcrito permite comprobar el expreso apoyo constitucional que se invoca, al referirse dicho *Message* al art. 34 *quinquies*, apartado 1º de la Constitución suiza de 1945, cuyo tenor dice así:

«1. En el ejercicio de los poderes que le están conferidos, y dentro de los límites de la Constitución, la Confederación tomará en cuenta los intereses de la familia.»⁴

Con ello, se produce la expresa vinculación de un precepto constitucional —y, en concreto, de un principio incluido en la norma del máximo rango normativo de este país— con un derecho de adquisición preferente de tipo familiar, lo que refuerza planteamientos similares en los Ordenamientos territoriales españoles, tal y como he sostenido en diferentes trabajos sobre el derecho de abolitorio⁵. Ello es así porque el art. 39.1 de la Constitución española en cuanto que formula un principio de protección de la familia supone un soporte jurídico-constitucional para unas instituciones —como son el derecho de abolitorio, el retracto gentilicio, la saca foral y la tornería— donde se localiza un evidente interés familiar.

Dentro del contenido de la Ley de 1951, cabe subrayar que, estimando digno de protección el vínculo existente entre familia y propiedad, se reconociese a los parientes más próximos del vendedor por consanguinidad o afini-

³ «Message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale à l'appui d'un projet de loi sur le maintien de la propriété foncière rurale», *Feuille fédérale de la Confédération suisse*, 1948, I, pp. 55-56.

⁴ Traducción de Yolanda Gómez, *Familia y matrimonio en la Constitución española de 1978*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1990, p. 84.

Este texto constitucional ha sido sustituido recientemente por la Constitución federal de la Confederación Suiza de 18 de abril de 1999, que en su art. 116.1 formula un principio de protección de la familia en términos similares: «En el cumplimiento de sus funciones, la Confederación toma en cuenta las necesidades de la familia. Puede apoyar las medidas destinadas a proteger la familia».

⁵ Vid. Aurora LÓPEZ AZCONA, «El derecho de abolitorio o de la saca en la jurisprudencia», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 16 (1993), p. 142; «Breve noticia de la última jurisprudencia sobre derecho de abolitorio», *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. III-1 (1997), p. 156; y «La interpretación judicial del derecho de abolitorio: En particular, sobre el criticable uso de la facultad moderadora», en *Actas del Foro de Derecho Aragonés. Octavos Encuentros*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, p. 167.

dad una preferencia adquisitiva en caso de venta de determinados bienes⁶. Este dato resulta de un evidente interés a los efectos de lo que se viene defendiendo —esto es, la vigencia y justificación actual de las preferencias adquisitivas familiares—, aunque debe matizarse que, en cuanto derecho regulado por una ley especial agraria, su objeto era reducido, pues se limitaba a las explotaciones agrarias, lo que no impide, en cualquier caso, que esta norma pueda considerarse como un síntoma de una reconsideración por parte del legislador contemporáneo de los derechos de adquisición preferente de base familiar, de dilatada tradición histórica.

En fechas relativamente recientes, la ley de 1951 ha sido sustituida por la Ley federal sobre derecho inmobiliario rural de 4 de octubre de 1991, que no sólo mantiene el derecho preferente de los parientes como instrumento de protección de la familia, sino que amplía su campo de aplicación al extender a todo tipo de enajenaciones equivalentes a la venta e incluso a las gratuitas⁷, así como a cualquier inmueble agrícola sin necesidad de adquirir la totalidad de la explotación⁸. Junto a ello, cabe notar en esta línea expansiva de la institución que se conceden plazos de mayor duración para el ejercicio del derecho⁹.

⁶ De conformidad con los arts. 6. y 11, eran titulares del derecho por el siguiente orden: los descendientes, el cónyuge, los progenitores y los hermanos del vendedor o sus descendientes —estos últimos sólo en caso de que el Derecho cantonal así lo hubiese previsto y siempre que la explotación agraria proviniese de los progenitores del disponente—.

En atención a lo previsto en los art. 6.1 y 10a a sensu contrario, el derecho tenía por objeto las explotaciones agrarias y las mixtas de carácter predominantemente agrario. Asimismo, se reconocía su procedencia en caso de venta de «partes importantes de una explotación» (art. 6.1).

⁷ El art. 216c.1 del Código de Obligaciones —precepto que, aunque referido a los derechos convencionales de preempción, es también aplicable a los derechos legales de preempción y, por tanto, al reconocido a los parientes— establece que «El derecho de preempción puede ser invocado en caso de venta del inmueble, así como en ocasión de cualquier otro acto jurídico equivalente económicamente a una venta». Complementariamente, el art. 43 de la Ley federal sobre derecho inmobiliario rural —en adelante, LFDIR— dispone que «Un pariente puede también invocar el derecho de preempción cuando una empresa o inmueble agrario (...) es transmitido gratuitamente» (letra b); y, asimismo, cuando «es constituido en aportación a una comunidad de bienes, a una sociedad, una sociedad cooperativa u otra corporación» (letra a).

⁸ En concreto, constituyen el objeto del derecho las empresas (art. 42.1 LFDIR) e inmuebles agrarios (art. 42.2 LFDIR), así como las empresas mixtas de carácter predominantemente agrario (art. 7.5 LFDIR).

⁹ En efecto, se ha sustituido el plazo de un mes previsto en la Ley de 1951 por un plazo de tres meses, a contar desde que los titulares del derecho tengan conocimiento de la enajenación. Junto a este plazo, se establece novedosamente un plazo general de caducidad de dos años a partir de la inscripción registral. Por lo demás, conviene aclarar que la regulación de los plazos de ejercicio no se contiene en la Ley federal de derecho inmobiliario rural, sino en el art. 681a.2 del Código civil, precepto introducido novedosamente en este cuerpo legal por la Ley federal sobre la revisión parcial del Código civil (derechos reales inmobiliarios) y del Código de Obligaciones (venta de inmuebles) de 4 de octubre de 1991, y aplicable a todos los derechos legales de preempción.

Con todo, también en la nueva legislación suiza hay otros datos limitativos del derecho de preempción que necesariamente deben ser aludidos. En concreto, se produce una restricción de la legitimación activa, al reconocerse únicamente a los descendientes, hermanos y sobrinos del disponente¹⁰.

Finalmente una mención especial merece la subordinación del reconocimiento del derecho a una serie de requisitos vinculados a los objetivos de política agraria perseguidos por la Ley¹¹. El *Message* del Proyecto de Ley es claro al respecto:

«El proyecto no tiene en cuenta consideraciones de política familiar más que en la medida en que no impidan la realización de los objetivos de política estructural y de política en materia de propiedad. Los derechos de preempción de los parientes sobre las empresas y los inmuebles agrícolas (art. 43 y ss) ... se vinculan, en consecuencia, a la condición de la explotación a título personal o a la posibilidad de mejorar la estructura de una empresa agraria ya existente.»¹²

Esta orientación de la normativa helvética de vincular preponderantemente esta institución con las medidas estructurales agrarias me parece una solución legislativa no del todo idónea, al producirse una *publicación* de la figura y, en todo caso, una restricción de la virtualidad del derecho que no comparto, puesto que no se atiende al interés familiar de modo suficiente. Ahora bien, pese a estas nuevas precisiones legales, tendentes a convertir esta institución en un instrumento de política en materia de estructuras agrarias, no cabe duda de que el legislador suizo reconoce a este derecho una funcionalidad social innegable, que bien puede servir como fundamento complementario al mantenimiento de las preferencias adquisitivas familiares españolas¹³, que —a mi modo de ver— ya se justifican plenamente por su vinculación a la protección de la familia, así como por ser instituciones integrantes de la tradición jurídica de Comunidades Autónomas con Derecho civil propio.

¹⁰ Si lo enajenado es una empresa agraria, el derecho corresponde a los descendientes y, sólo cuando aquélla haya sido adquirida por el transmitente de sus progenitores, a sus hermanos y sobrinos (art. 42.1 LFDIR). Tratándose de un inmueble agrario, el derecho sólo se reconoce a los descendientes (art. 42.2 LFDIR). En cualquier caso, quedan excluidos de entre los titulares del derecho el cónyuge y progenitores del disponente, legitimados por la Ley de 1951.

¹¹ En particular, respecto a la empresa agraria, la Ley condiciona el ejercicio del derecho al criterio de la voluntad y capacidad de explotación personal (art. 42.1 LFDIR). Para el caso de inmuebles agrarios, los titulares del derecho han de ser propietarios de una empresa agraria o, al menos, tener la facultad de disponer de la misma y el inmueble enajenado debe estar situado en el radio de explotación usual de la empresa (art. 42.2 LFDIR).

¹² «Message à l'appui des projets de loi fédéral sur le droit foncier rural et de loi fédérales sur la révision partielle du code civil (droits réels immobiliers) et du code des obligations (vente d'immeubles)», *Feuille fédérale de la Confédération suisse*, t. III, pp. 907-908.

¹³ Esta idea, por lo demás, no es ajena a lo sugerido por la doctrina foralista española, resultando muy significativo lo expuesto por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA en su trabajo «Propiedad troncald y patrimonio familiar», en *Estudios de Deusto*, vol. XXXIX, Bilbao, 1991, pp. 42-44.

**COMENTARIOS
DE
JURISPRUDENCIA**

LA SUSTITUCIÓN LEGAL PREVENTIVA DE RESIDUO: DECLARACIONES DE HEREDEROS LEGALES Y TRONCALIDAD (COMENTARIO DE UN CASO DE PACTO AL MÁS VIVIENTE)

José Antonio SERRANO GARCÍA

Profesor Titular de Derecho civil

Universidad de Zaragoza

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. HECHOS; III. COMENTARIO: *1. Testamento mancomunado de institución recíproca entre cónyuges con efectos de pacto al más viviente: muerte del primer cónyuge; 2. Muerte del cónyuge sobreviviente sin pacto o testamento que rija su sucesión:* A) Apertura de su sucesión y declaración de herederos legales; B) Apertura de la sustitución legal preventiva de residuo y delación sucesiva; C) Reserva de los derechos sucesorios de los sustitutos; *3. Determinación de los sustitutos legales preventivos de residuo:* A) Procedimiento para la determinación y acreditación; B) Determinación de los sustitutos llamados a la sucesión no troncal y reserva de los derechos sucesorios de los sustitutos troncales; C) Determinación de los derechos sucesorios de los parientes paternos de 6º grado; *4. Determinación de los bienes que han de pasar a los sustitutos y, entre ellos, los de carácter troncal:* A) Determinación de los bienes objeto de la sustitución; B) Determinación de los bienes de naturaleza troncal; C) Mantenimiento de la condición de abolorio de los bienes que quedaren al morir el cónyuge sobreviviente.

I. INTRODUCCIÓN

El pacto al más viviente, la institución recíproca entre otorgantes de un testamento mancomunado o la sucesión legal a favor del cónyuge viudo se agotan con la delación a favor del disponente sobreviviente o del cónyuge viudo si, a la muerte de éste, ya no quedan bienes en su patrimonio provenientes de aquélla herencia que no hayan sido objeto de disposición; pero estas figuras pueden tener una segunda fase en la que se produce una nueva delación a

favor de los sustitutos designados por la ley si cuando fallece el heredero no ha dispuesto por cualquier título de todos aquellos bienes. En esta segunda fase, al morir el heredero intestado o sin haber dispuesto por pacto o testamento de tales bienes, se abre su sucesión legal, pero de ella no forman parte los bienes heredados que hayan quedado en su patrimonio: estos bienes siguen siendo de la herencia del causante y ahora se defieren, a falta de ulterior llamamiento voluntario a favor de tercero, a los sustitutos que al efecto llama la ley: los parientes que estarían llamados, en tal momento, a la sucesión legal del causante; tales bienes pasan a estas personas como herederos del causante y como sustitutos del heredero precedente, según dice expresamente ahora la Ley de sucesiones en varios artículos (80.3, 104.3 y 216.2 LS).

En el pacto al más viviente, en la institución recíproca entre otorgantes de un testamento mancomunado y en la sucesión legal a favor del cónyuge viudo hay siempre, de conformidad con la nueva Ley de sucesiones por causa de muerte, un heredero instituido de forma pura y simple, voluntario en el pacto al más viviente y en la institución recíproca entre otorgantes del testamento mancomunado o legal en la sucesión legal a favor del cónyuge viudo, y hay también prevista, para el momento de su muerte, una sustitución en los bienes que le hayan quedado de aquélla herencia sin haber dispuesto de ellos por título alguno. Existe, pues, la posibilidad de que a la muerte del instituido heredero haya unos segundos herederos del causante y sustitutos de aquél por disposición de la ley, siempre a falta de un ulterior llamamiento voluntario del causante. Se trata, por tanto, de una sustitución legal que, a diferencia del derecho de representación o sustitución legal ordinaria, no sustituye al primer llamado en algunos casos en que su llamamiento deviene ineficaz sino que, no habiéndose frustrado el llamamiento anterior, defiere de nuevo la herencia del causante a otros herederos que vienen a sustituir al anterior cuando éste fallece y, por darse el supuesto constitutivo de la sustitución, se extingue su derecho (cfr. art. 6.3 LS). De manera que si los disponentes no han establecido otra cosa, producido el supuesto de hecho de la sustitución preventiva de residuo, es la ley la que llama a suceder en tales bienes a los segundos herederos: estamos en presencia de un llamamiento legal sucesivo que viene a completar la ordenación voluntaria de la sucesión del causante que sólo ha previsto expresamente la sucesión universal a favor de un heredero; la ley completa la sucesión voluntariamente ordenada por los disponentes añadiendo a lo ordenado por el causante una sustitución preventiva de residuo. En la sucesión legal a favor del cónyuge viudo tanto la delación inicial como la sucesiva son de origen legal: dice el apartado 2 del art. 216 de la Ley de sucesiones que *si el viudo heredero legal falleciera sin haber dispuesto por cualquier título de todos los bienes adquiridos de su cónyuge, se deferirán los que quedaren a los parientes del premuerto llamados, en tal momento, a su sucesión legal, como herederos de éste y sustitutos de aquél. A falta de estos parientes, tales bienes quedarán integrados en la herencia del sobreviviente.*

Como veremos luego con algo más de detenimiento, esta sustitución legal, más que de fideicomisaria, hay que calificarla como «preventiva de residuo» pues no se trata de añadir una delación sucesiva aplazada a la muerte del pri-

mer sucesor o sujeta a la condición de que el sustituto sobreviva al primer heredero; aquí, antes de producirse el evento prevenido por la ley como origen de la sustitución, no hay delación ni llamamiento a favor de los sustitutos por lo que éstos carecen de todo derecho o expectativa protegida y, por su parte, el heredero, no tiene ninguna obligación de conservar, garantizar, inventariar, proteger, etc., los bienes heredados para no perjudicar a los hipotéticos sustitutos. Que haya sustitutos depende enteramente de la voluntad del heredero que puede disponer libremente por cualquier título, entre vivos o por causa de muerte, de los bienes heredados. La sustitución es preventiva de residuo, por tanto, porque sólo existirá si a la muerte del heredero quedan bienes de los heredados de los que no haya dispuesto por título alguno (supuesto de hecho productor de la sustitución); en tal caso, sólo los bienes que quedaren en tal momento en el patrimonio del heredero y en la situación en que se hallen, con exclusión, por tanto, de los ya enajenados y sin que opere la subrogación real, se defieren a los sustitutos (sustitución de residuo).

Pero esta sustitución legal preventiva de residuo tiene lugar a favor de las personas («de los parientes», aclara la Ley de sucesiones) llamadas, al morir el heredero, a la sucesión («legal», aclara la Ley de sucesiones) del disponente o cónyuge primeramente fallecido: hay aquí una remisión a las reglas de la sucesión legal para la determinación de los herederos sustitutos. Pero la remisión es, obviamente, a las reglas de la sucesión legal aragonesa que, en defecto de descendientes, distingue entre la sucesión en los bienes recobrables y los troncales (sucesión troncal), que se defieren a los parientes que guardan relación con su origen o procedencia familiar, y la sucesión en los bienes no troncales, que se defieren a los parientes atendiendo exclusivamente a la línea y grado de parentesco con el causante (sucesión no troncal). Si pese a la existencia de bienes de origen familiar no hay parientes con derecho preferente, tales bienes se defieren igualmente por las reglas de la sucesión no troncal (art. 202 LS). Pues bien, en el pacto al más viviente y en la institución recíproca entre otorgantes de un testamento mancomunado, cuando al morir el heredero voluntario la ley llama, como sustitutos suyos, a los parientes que, en ese momento, serían los herederos legales del causante, hay que tener en cuenta no sólo las reglas de la sucesión no troncal sino igualmente la posible existencia, entre los que quedaren, de bienes recobrables, troncales o troncales de abolorio y de parientes con derecho preferente a ellos. En cambio, en la sucesión legal a favor del cónyuge viudo la sustitución preventiva de residuo es siempre a favor de los herederos legales no troncales del cónyuge premuerto, en particular a favor de hermanos, sobrinos y demás colaterales hasta el 4º grado, puesto que al tratarse de sucesión legal los bienes recobrables, troncales y troncales de abolorio se habrán deferido ya a los parientes con derecho preferente a ellos, y, de no haberlos, se habrán deferido al cónyuge como bienes no troncales; por ello, los bienes que le puedan quedar al cónyuge viudo tendrán necesariamente la condición de no troncales.

Para ir viendo con cierto detalle el funcionamiento y los efectos de esta clase de sustitución nos vamos a servir como ejemplo de un caso de testamento mancomunado con institución recíproca entre cónyuges al que es de apli-

cación el apartado 3 del art. 108 de la Compilación, ya derogado, que ha dado lugar a ocho autos de declaración de herederos, cuatro de primera instancia y cuatro en apelación de los mismos. Inicialmente estamos en presencia de una sucesión voluntaria deferida por testamento mancomunado a favor del cónyuge que más viva, institución recíproca que ha surtido los efectos propios del pacto al más viviente porque, por un lado, los cónyuges no hicieron declaración en contrario (art. 95 Comp.) sino que, opuestamente, se sometieron expresamente a los efectos del art. 108 Comp. y, por otro, porque al fallecer el primero de ellos (la mujer) no existían hijos del matrimonio, que es el requisito exigido en el apartado 3 del art. 108 de la Compilación para que el sobreviviente pueda heredar los bienes del premuerto. Pero, fallecido a su vez el cónyuge sobreviviente sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, se produce, por una parte, la apertura de su sucesión y la delación de los bienes de su caudal relicto —entre los que no se cuentan los heredados del cónyuge premuerto que no hayan sido objeto de disposición— a quienes resulten ser sus sucesores; por otra parte, respecto de los bienes que quedaren procedentes del cónyuge premuerto, se produce una nueva delación de origen legal a favor de las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido, según decía el art. 108.3, segundo punto, de la Compilación. Ya hemos dicho que esta nueva delación tiene lugar, a falta de ulterior llamamiento voluntario a favor de tercero, por disposición de la ley y a favor de los llamados, en tal momento, a la sucesión legal del cónyuge primeramente fallecido, que tanto pueden ser sucesores legales en bienes troncales o troncales de abolorio de procedencia paterna o materna como sucesores legales en bienes no troncales. Esta última cuestión se manifiesta nítidamente en este caso pues los más próximos parientes colaterales del cónyuge primeramente fallecido son los primos hermanos (cuarto grado) de la rama materna que se niegan a admitir que los más próximos parientes de la rama paterna, nietos de tíos abuelos de la causante (sexto grado), tengan algún derecho sobre los bienes que a la causante le hubieran provenido de parientes paternos.

Como el supuesto es bastante complejo conviene que describamos con precisión los hechos y los procedimientos judiciales habidos hasta la fecha.

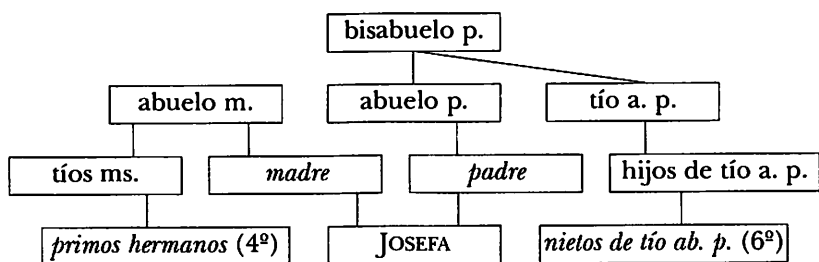
II. HECHOS

Los cónyuges ANTONIO C. Q. y JOSEFA S. P. otorgaron testamento mancomunado en Binéfar el 13 de diciembre de 1977 (vigente la Compilación, por tanto) en el que se instituyeron mútua y recíprocamente herederos el uno al otro sometiéndose expresamente a las disposiciones de los arts. 95 y 108 de la Compilación, por lo que son de aplicación a su respectiva institución de heredero las reglas del «pacto al más viviente» regulado en la Compilación. JOSEFA S. P. es quien fallece primero (en diciembre de 1983), sin descendientes, y es heredada por ANTONIO C. Q., su marido, en virtud del testamento mancomunado de institución mútua y recíproca (art. 108.3, inciso primero, de la Compilación). Por otra parte, cuando

fallece ANTONIO (en marzo de 1995) carece de descendientes y ascendientes y de sus dos hermanas sólo sobrevive una, Pilar C. Q. (2º grado), que es declarada heredera universal abintestato de los bienes, derechos y acciones de Antonio C. Q. En resumen: a Josefa le hereda por testamento su marido, Antonio, y a éste por disposición de la ley su hermana Pilar.

JOSEFA S. P. ∞ ANTONIO C. Q. PILAR C. Q.: hermana de Antonio (2º)

Pero como al fallecer ANTONIO, sin haber otorgado pacto o testamento, quedan en su patrimonio *bienes heredados de su esposa*, resulta que tales bienes deben pasar, a falta de previsiones específicas para ellos en el testamento mancomunado, a las personas llamadas en tal momento (defunción de Antonio) a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido (JOSEFA), a tenor de lo dispuesto en el inciso final del citado artículo 108.3 Comp. Pues bien, al tiempo del fallecimiento de Antonio C. Q., JOSEFA S. P. carece de descendientes (requisito necesario para que la institución recíproca haya surtido los efectos del pacto al más viviente) y también de ascendientes y, entre los colaterales, los más próximos son *ocho primos hermanos por parte de madre* (4º grado); en la *rama paterna* los más próximos parientes de Josefa son *tres nietos de tío abuelo* (6º grado), que también están interesados en los bienes que a Josefa le han provenido de los parientes paternos.



Tres son los procedimientos judiciales habidos hasta la fecha en los que han sido parte las personas interesadas en las herencias de Antonio y Josefa: a) la declaración de herederos abintestato de Antonio; b) la declaración de herederos abintestato de Josefa a favor de sus primos hermanos por parte de madre; y c) la prevención del juicio de abintestato que da lugar a pieza separada de declaración de herederos abintestato de Josefa a favor de los parientes paternos de 6º grado sobre los bienes que le han provenido a la causante por esa línea.

En el proceso de *declaración de herederos abintestato* de ANTONIO C. Q., que se sigue en el Juzgado de Barbastro a instancia de su hermana, comparecen los nietos de tío abuelo (6º grado) de Josefa S. P. alegando ser herederos legales de ésta. El *Auto del Juzgado de Barbastro de 11 de diciembre de 1995* se limita a declarar a PILAR C. Q. *heredera universal abintestato* de los bienes, derechos y acciones del causante Antonio C. Q.; *el auto fue apelado* por los parientes paternos de Josefa S. P. que solicitaron su nulidad al no haberse efectuado en él declaración alguna respecto de los derechos troncales a su favor, que creen les corres-

ponden en virtud de los efectos del pacto al más viviente derivados del testamento mancomunado otorgado por el causante y su cónyuge; la *Audiencia Provincial de Huesca, en Auto de 2 de diciembre de 1996*, estima el recurso de apelación y revoca parcialmente el auto en el sentido de que «la declaración de heredera a favor de Pilar C. Q. se efectúa *sin perjuicio del derecho que corresponda a los herederos de JOSEFA S. P. sobre los bienes de carácter troncal*».

Con anterioridad al citado Auto de la Audiencia Provincial, son los *primos hermanos de JOSEFA S. P. por parte de madre* (4º grado) los que el día 24 de abril de 1996 presentan ante el Juzgado de Monzón un escrito en el que solicitan la *declaración de herederos abintestato de Josefa S. P. con respecto a los bienes de ella heredados por su cónyuge*, Antonio C. Q.; en el expediente *comparecieron los parientes paternos* (6º grado) de Josefa S. P. alegando su mejor derecho para suceder a la causante sobre parte del caudal hereditario. Existiendo contradicción entre los interesados en la herencia de Josefa S. P., el *Auto del Juzgado de Monzón de 28 de enero de 1997* deniega la solicitud de declaración de herederos abintestato, reservando a los interesados su derecho para hacerlo valer en juicio ordinario. La parte promotora del expediente interpuso recurso de apelación que fue estimado en parte por el *Auto de 17 de noviembre de 1997 de la Audiencia Provincial de Huesca* que considera que no constituye óbice alguno para efectuar la declaración de herederos abintestato la falta de prueba de que los instantes del expediente sean los únicos herederos del fallecido o la existencia de un elevado número de interesados o, en definitiva, como ocurre en el presente caso, la oposición de alguno de ellos; entrando en el fondo de la cuestión, la Audiencia revoca íntegramente el Auto apelado y, en su lugar, *declara herederos abintestato de JOSEFA S. P. a sus ocho primos hermanos sobrevivientes por línea materna* (colaterales en cuarto grado), por octavas e iguales partes, «*sin perjuicio de los derechos sucesorios que correspondan sobre los bienes troncales, de existir tales bienes*».

Por su parte, los *parientes de JOSEFA S. P. por línea paterna* habían promovido ya el 7 de febrero de 1996 (con anterioridad, pues, al inicio del expediente de declaración de herederos promovido por los primos hermanos por parte de madre), también ante el Juzgado de Monzón, *expediente de prevención de abintestato respecto de los bienes troncales y troncales de abolorio del caudal relicto de la causante Josefa S. P.* En dicho expediente se abrió pieza separada de declaración de herederos abintestato respecto de los bienes de la misma causante, y se acordó la medida cautelar de administración de los bienes previamente inventariados; en el expediente *comparecen los primos hermanos por parte de madre* y se oponen a su tramitación. El *Auto propuesta del Juzgado de Monzón de 8 de enero de 1998* declara contencioso el expediente, procede a su archivo, con todas sus piezas previo levantamiento de la administración cautelar acordada, y remite a las partes al procedimiento de la jurisdicción contenciosa que proceda. Los parientes por línea paterna interpusieron *recurso de apelación* contra el citado Auto, adhiriéndose al recurso la parte apelada. El *Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 18 de julio de 1998* estima el recurso de apelación y desestima la adhesión a la apelación interpuesta por los primos hermanos por parte de madre, por lo que no procede la rendición de cuentas que pretenden; la Audiencia revoca el Auto impugnado por lo que no procede el archivo del expediente de referencia,

ordenando al Juzgado mantener las medidas adoptadas para la prevención del abintestato incluyendo la formación en pieza separada de declaración de herederos abintestato de Josefa S. P. sobre los bienes troncales y troncales de abolorio. En cumplimiento de lo ordenado por la Audiencia, el *Auto propuesta del Juzgado de Monzón de 20 de octubre de 1998*, atendiendo a lo establecido por los artículos 132 y 133 de la Compilación, *declara herederos abintestato de JOSEFA S. P. en cuanto a sus bienes troncales y troncales de abolorio procedentes de la rama paterna a los tres nietos de tío abuelo paterno de JOSEFA S. P. por terceras e iguales partes*. Contra el anterior Auto interpusieron *recurso de apelación* los primos hermanos por parte de madre argumentando que el procedimiento seguido es inadecuado para decidir si los bienes que componen la herencia tienen el carácter de troncales y troncales de abolorio; comparecen también los apelados y el Ministerio Fiscal en calidad de apelado. El *Auto de la Audiencia Provincial de Huesca de 21 de abril de 1999* considera que el Auto impugnado no decide expresamente que haya bienes troncales ni determina cuáles pueden ser, sino, en definitiva, que determinados parientes son herederos de esa clase de bienes, si los hubiere; esta declaración sí que puede efectuarse en el juicio de abintestato. Con relación al fondo del asunto propiamente dicho, la parte apelante vuelve a sostener que el art. 108.3 Comp. no autoriza el llamamiento troncal: el criterio de la Sala es distinto y ya expuesto en el Auto de 17 de noviembre de 1997 dictado en el otro juicio abintestato promovido por la parte ahora apelante y a cuyos argumentos se remite; la parte apelante sostiene también que los otros familiares de la causante no pueden ser herederos de los bienes troncales porque no son parientes dentro del cuarto grado: entiende la Audiencia que de los arts. 132.3º y 133 se desprende que la sucesión en los bienes troncales que no son de abolorio no se defiende más allá del cuarto grado de parentesco, pero incomprensiblemente añade que dicho parentesco se computa, en el primer orden del art. 132.3º, en relación al causante, mientras que en el segundo orden sucesorio de dicho artículo el cuarto grado de parentesco se computa en relación a la persona de quien hubo los bienes el causante a título gratuito careciendo de relevancia que el parentesco del heredero troncal con el causante exceda del 4º grado. Y como el auto apelado no distingue los diversos supuestos de la sucesión troncal en que estarían incursos los promotores de este expediente (sic), la Audiencia se ve obligada a estimar en parte el recurso de apelación, a revocar parcialmente el auto y a hacer las siguientes especificaciones:

«A) Declaramos herederos abintestato de la causante JOSEFA S. P., en cuanto a sus bienes troncales procedentes de la rama paterna, a ANTONIO L. A., María G. A. y María PILAR L. A., por terceras e iguales partes, siempre y cuando los hubiere, para lo cual tales bienes deberán proceder de forma directa de los abuelos de JOSEFA S. P., Casilda V. S. y José S. F., o de sus bisabuelos, José V. Ll. y Rosa S. S.

B) Declaramos a los mismos herederos abintestato de la causante, JOSEFA S. P., en igual proporción, de los bienes troncales de abolorio procedentes de la rama paterna, si los hubiere.»

Aquí terminan, por ahora, los procedimientos judiciales para la determinación de los parientes de Josefa S. P. que han de recibir los bienes que hayan quedado en el patrimonio de Antonio, su esposo, de entre los recibidos de ella

en virtud de la institución recíproca en testamento mancomunado, bienes que recibirán como herederos de Josefa y sustitutos de Antonio. Hemos tenido conocimiento también de que obtenida la declaración de herederos abintestato, en los términos expuestos, los parientes paternos de Josefa S. P. *han aceptado expresamente en escritura pública* la herencia deferida sobre los bienes de la causante de procedencia familiar que reúnen, a su juicio, las circunstancias especificadas en el auto (troncales de abolorio o troncales del segundo orden del art. 132.3º) y han solicitado la *inscripción de tal adquisición hereditaria en el Registro de la Propiedad* de Tamarite y que en éste último trámite han surgido algunas dificultades sobre si es posible la existencia, en un supuesto como éste, de bienes troncales de abolorio dado que, aunque existieran en el caudal relicto al morir Josefa S. P., habrían salido luego de la familia de origen al haber sido heredados por su marido y, aunque se considere que los sustitutos reciben tales bienes de la causante, Josefa, les faltaría la permanencia ininterrumpida en la familia durante las dos generaciones precedentes. Parece, finalmente, que tales argumentos no han sido suficientemente consistentes y que se ha practicado la inscripción registral solicitada.

III. COMENTARIO

1. TESTAMENTO MANCOMUNADO DE INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE CÓNYUGES CON EFECTOS DE PACTO AL MÁS VIVIENTE: MUERTE DEL PRIMER CÓNYUGE

Aunque el testamento y las sucesiones de Josefa y Antonio se rigen por lo dispuesto en la Compilación de 1967, sin que se planteen problemas de Derecho transitorio, parece conveniente llamar la atención, en primer lugar, sobre el cambio de regulación que la institución recíproca entre otorgantes de un testamento mancomunado ha experimentado en la Ley de sucesiones por causa de muerte de 1999.

El art. 95 de la Compilación establecía en sede de testamento mancomunado que *se entenderá, salvo declaración en contrario, que la institución mútua y recíproca entre cónyuges produce los mismos efectos que el «pacto al más viviente» regulado en esta Compilación*, concretamente en el artículo 108. Según este artículo, la recíproca institución entre cónyuges a) no surtía efecto cuando al momento de la apertura de la sucesión sobreviven hijos no comunes, b) habiendo sólo hijos comunes a la disolución del matrimonio, equivalía a la concesión de viudedad universal y de la facultad de distribuir la herencia, y c) no habiendo hijos, o fallecidos todos ellos antes de llegar a la edad de poder testar, el sobreviviente heredaba los bienes del premuerto.

En la nueva Ley de sucesiones la institución recíproca entre otorgantes de un testamento mancomunado (que ahora pueden ser cualesquiera dos personas) ya no produce los mismos efectos que el pacto al más viviente si no se pre-

viene lo contrario, sino que la regla ahora es la inversa: *si los testadores no establecen los efectos del «pacto al más viviente», las disposiciones sucesorias recíprocas entre ellos producirán los que les son propios, sin perjuicio, en su caso, de los derechos legítimos* (art. 104.1 LS). Por tanto, si los testadores no han establecido para la institución recíproca los efectos del pacto al más viviente, a) la institución recíproca surte efectos aunque al momento de la apertura de la sucesión sobrevivan hijos no comunes: si tales hijos son del testador fallecido, el sobreviviente hereda solamente la parte de libre disposición, mientras que si son hijos de éste y el premuerto carece de descendientes será heredero universal; b) la institución recíproca surte efectos aunque al momento de la apertura de la sucesión sobrevivan sólo hijos comunes: el sobreviviente hereda la parte de libre disposición, tiene por ley el usufructo de viudedad sobre los bienes integrantes de la legítima y carece de la facultad de distribuir la herencia; por otra parte, si fallecen todos los hijos comunes antes de llegar a la edad para poder testar no existe una sustitución a favor del testador sobreviviente que le de derecho a heredar los bienes del premuerto integrantes de la legítima; y, por supuesto, c) la institución recíproca surte efectos cuando al momento de la apertura de la sucesión no hay hijos de los testadores.

En nuestro supuesto de hecho, como los testadores carecen de descendencia, los efectos de la institución recíproca serían los mismos en la Compilación que en la Ley de sucesiones: el sobreviviente hereda todos los bienes del premuerto. Como dice ahora el art. 103 de la Ley de sucesiones, *al morir el primero de los testadores se abre su sucesión y producen sus efectos las disposiciones del testamento mancomunado reguladoras de la misma. Los interesados en su sucesión tendrán derecho a copia del testamento, que sin embargo no podrá incluir las disposiciones que sólo afecten a la sucesión del otro testador*. En diciembre de 1983 fallece el primero de los cónyuges, Josefa, se abre su sucesión y se producen, en virtud del testamento mancomunado de institución recíproca, la vocación y delación de la herencia a favor de su cónyuge, Antonio, que la acepta y se convierte así en su heredero universal puro y simple con todas las consecuencias que ello implica. En principio, salvo que en el testamento existiera alguna prohibición, limitación o reserva, puede disponer libremente por cualquier título, gratuito u oneroso, *inter vivos* o *mortis causa*, singular o universal, de todo lo heredado de su cónyuge.

2. MUERTE DEL CÓNYUGE SOBREVIVIENTE SIN PACTO O TESTAMENTO QUE RIJA SU SUCESIÓN

A) Apertura de su sucesión y declaración de herederos legales

Transcurridos más de 11 años desde la adquisición de la herencia fallece el viudo heredero, en marzo de 1995, y se abre su sucesión regida, a falta de pacto o testamento a ella referido, por las normas de la sucesión legal. Antonio carece de descendientes y en el momento de su muerte han fallecido ya sus padres y una de sus dos hermanas; sólo le sobrevive la otra hermana (Pilar) que es quien solicita la declaración de heredera abintestato de Antonio que le es con-

cedida por el Auto del Juzgado de Barbastro de 11 de diciembre de 1995 que la declara *heredera universal abintestato de los bienes, derechos y acciones del causante D. Antonio C. Q.*

Como dice ahora el apartado 1 del art. 203 de la Ley de sucesiones, *en la sucesión legal de una persona pueden concurrir diferentes llamamientos universales en atención al carácter troncal o no troncal de los bienes que integran el caudal relicto*. Desconocemos si en el caudal relicto de Antonio existían o no bienes de carácter troncal, pero aunque los hubiera, corresponderían también a su hermana puesto que los bienes troncales se defieren en primer lugar a los hermanos por la línea de donde procedan los bienes (art. 132.1º Comp. y 211.1º LS): tanto si los bienes troncales proceden de la línea paterna como de la materna se defieren a Pilar por ser hermana de doble vínculo. Respecto a la sucesión en los bienes que no tengan la condición de troncales, decía el art. 135 de la Compilación en su última redacción que *se deferirá con arreglo a lo dispuesto en los artículos 935 a 955 del Código civil*, por lo que, a falta de descendientes, ascendientes y cónyuge, suceden los hermanos con preferencia a los demás colaterales (art. 946 Cc. y, ahora, art. 217.1 LS).

Al ser una misma persona la llamada a suceder tanto en los bienes troncales, de ambas líneas, como en los demás bienes del causante, no concurren diferentes llamamientos universales o es como si el llamamiento universal fuera único, por lo que no parece necesario expresar que la declaración de herederos legales se refiere a ambos tipos de bienes, troncales por parte de madre y no troncales. Ahora bien, como regla general, ha previsto la Ley de sucesiones que *la declaración de herederos legales deberá expresar si se refiere sólo a los bienes no troncales, sólo a los troncales, con indicación de la línea de la que procedan, o a ambos tipos de bienes. Si falta dicha mención, se presumirá que la declaración se ha limitado a los bienes no troncales y no impedirá instar una nueva declaración referida a los troncales* (art. 203.2 LS). Parece que la norma y la presunción que contiene está pensada para cuando, existiendo parientes que reclaman su derecho sobre bienes troncales, la delación troncal corresponde a persona distinta de aquella a la que se defieren los bienes no troncales. El legislador ha previsto una regla tan sensata pensando en los supuestos más comunes en los que las personas llamadas a un tipo u otro de bienes son distintas, pero parece innecesaria cuando es una misma persona la llamada a suceder en ambos tipos de bienes.

B) Apertura de la sustitución legal preventiva de residuo y delación sucesiva

Hasta el momento mismo de la muerte de Antonio forman parte de su patrimonio los bienes y derechos heredados de su cónyuge, y los hipotéticos sustitutos legales eventuales de residuo ningún derecho adquieren sobre ellos hasta ese momento, y por consiguiente, no teniéndolo, no lo pueden transmitir a sus herederos. Mientras no se produce la muerte del sobreviviente y la concurrencia de los dos requisitos legales, no hay sustitución ni, por tanto, llamamiento a los sustitutos, por lo que éstos, hasta entonces, carecen de todo derecho o expectativa jurídica sobre dichos bienes y el heredero no está sometido a plazo ni a condición alguna ni tiene obligación de reservarlos o conser-

varlos ni ha de adoptar sobre ellos ninguna medida de seguridad. Los hipotéticos sustitutos sólo cuentan con la mera esperanza fáctica de llegar a adquirir en el futuro derecho sobre tales bienes. Más que de una sustitución legal del tipo de las fideicomisarias condicionales y de residuo (el Auto APH de 17 de noviembre de 1997 dice que *el pacto al más viviente implica una especie de sustitución fideicomisaria de residuo*) se trata, como se ha dicho en la introducción, de una sustitución legal preventiva de residuo dado que, hasta el momento mismo de la muerte, el heredero tiene libertad absoluta para disponer, entre vivos o por causa de muerte, de los bienes recibidos del causante, sin que, por otra parte, sea de aplicación la subrogación real (cfr. arts. 243.3, 250 y 251 del Código de Sucesiones de Cataluña -CSC-). Es una sustitución que tiene por finalidad prevenir la muerte sin pacto o testamento del instituido heredero.

Como dice la S. de la AP de Teruel de 30 octubre 1995, «mucho ha discutido la doctrina sobre la reversión que contempla el referido párrafo del artículo 108 de la Compilación, comparándola, unas veces, con el fideicomiso de residuo, del que se diferencia por el hecho de tener éste siempre un origen voluntario, mientras que aquélla es legal, y en que el fideicomisario es heredero desde el mismo momento de la apertura de la sucesión, mientras que en el pacto al más viviente el único llamado a la sucesión del cónyuge que primeramente fallece es el otro cónyuge; otras veces se ha hablado de que se trata de una sustitución preventiva de residuo (utilizando la terminología de la Compilación catalana), en la que, al igual que en la fideicomisaria, a quien se hereda no es al fiduciario, sino al fideicomitente». Aunque no lo diga la sentencia, otras veces la doctrina y la jurisprudencia han considerado que no se trata de ninguna clase de sustitución (ni fideicomisaria ni preventiva de residuo) sino de una sucesión especial del cónyuge viudo en cuanto a los bienes recibidos del premuerto, que ahora pasan como parte de la sucesión del cónyuge sobreviviente a las personas llamadas entonces a la sucesión del primeramente fallecido. Puede verse, al respecto, los trabajos de Adolfo CALATAYUD SIERRA «La institución hereditaria recíproca entre cónyuges sin descendientes. El art. 108.3 de la Compilación: su naturaleza jurídica y efectos en el Derecho interespecial» (RDCA, 1996-2º, págs. 99-111) y José Manuel ENCISO SÁNCHEZ «El testamento de cónyuges aragoneses sin descendencia que desean instituirse herederos el uno al otro» (RDCA, 1996-2º, págs. 113- 128), donde exponen los argumentos, efectos sustantivos y fiscales, cuestiones procesales y prácticas derivadas de cada uno de los dos grupos de tesis enfrentadas y defienden como criterio más conforme y seguro el que considera que se trata de una especie de sustitución legal fideicomisaria de residuo o preventiva de residuo que hace posible, en su caso, la delación troncal; matiza CALATAYUD SIERRA que no estamos ante una sucesión especial del cónyuge sobreviviente, sino ante parte del mecanismo sucesorio del premuerto consistente en una norma de naturaleza interpretativa-integradora de la voluntad insuficientemente expresada por los testadores en la que el legislador ha configurado una sustitución preventiva de residuo. Esta es la tesis que, como estamos viendo, ha resultado confirmada por la Ley de sucesiones y que ahora, con mayor motivo, cabe defender también para el art. 108.3 de la Compilación.

La adquisición de derechos por los sustitutos sólo tiene lugar cuando se abre la sustitución legal preventiva de residuo, es decir, desde que fallece Antonio y se cumplen los dos requisitos legales: a) que queden bienes procedentes de la herencia de su cónyuge sin un destino marcado por el propio Antonio para después de su muerte; y b) que existan, en tal momento, personas que reúnan las circunstancias requeridas por la ley para poder ser sustitutos. Si se dan tales requisitos se produce la apertura de la sustitución legal preventiva de residuo y los bienes que quedaren se defieren, en tal momento, a los sustitutos llamados por la ley. La ley se preocupa de señalar con toda precisión que la delación sólo se produce «en tal momento» y a favor de quienes serían, de abrirse su sucesión entonces, herederos legales del causante. De manera que, aunque queden bienes de esta clase, esta nueva delación sólo tiene lugar si, en el momento de fallecer el heredero, existen sustitutos que le sobrevivan, pues, a falta de sustitutos, tales bienes quedan integrados en la herencia del heredero, según dice ahora la Ley de sucesiones (arts. 80.3, 104.3, 216.2) confirmando el criterio ya apuntado por la doctrina y la jurisprudencia.

Al producirse la nueva delación en el momento de la muerte del heredero precedente y a favor de quienes entonces serían, de abrirse otra vez la sucesión del causante en ese momento, herederos legales suyos, sucede que, por un lado, los parientes más próximos del causante fallecidos después que él y antes de la apertura de la sustitución preventiva de residuo nada transmiten a sus sucesores (como en la sustitución condicional), pero por otro lado, cuando la sustitución preventiva se abre, los llamados entonces no son sólo quienes pudiendo haber sido herederos legales del causante en el momento de su muerte le han sobrevivido hasta la apertura de la sustitución preventiva, sino quienes lo serían en ese momento, aunque por no haber nacido aún no hubieran podido serlo al morir el causante, y tanto si lo son por derecho propio como por sustitución legal («ordinaria») de los descendientes o hermanos premuertos, ausentes, indignos (sucesiones voluntarias), desheredados con causa legal (en caso de sucesión legal a favor del cónyuge no puede haber hijos del causante) o excluidos absolutamente (sólo podrá darse en la sucesión legal a favor del cónyuge si entendemos que también los hermanos del cónyuge premuerto han podido ser excluidos de forma absoluta).

Abierta la sustitución legal preventiva de residuo, el heredero precedente deja de serlo por lo que tales bienes no forman parte de su caudal relicto sino que se defieren a favor de los sustitutos. En el momento de fallecer, el heredero pierde la propiedad de tales bienes y sus sucesores sólo son, en su caso, poseedores de propiedad ajena. Abierta la sustitución, se perfecciona simultáneamente el llamamiento a los beneficiarios de la misma, quienes pueden, desde entonces, aceptar o repudiar. Fallecido un llamado como sustituto tras la apertura de la sustitución sin aceptar o repudiar, su derecho se transmite a sus propios sucesores. Hasta la aceptación, los bienes que quedaren del primer causante se encuentran en una situación especial de herencia yacente. Los sucesores del heredero precedente parece que siguen teniendo la posesión de tales bienes, mientras no se promueva la administración judicial, pero tales bienes no forman parte del caudal relicto de su causante y por ello tienen la obliga-

ción de entregarlos a los nuevos herederos desde que acepten la nueva delación, siendo de aplicación las normas del Código civil que regulan la adquisición de la herencia por el fideicomisario, en particular el art. 783. La sustitución preventiva de residuo queda sin efecto por la repudiación o indignidad de todos los sustitutos (cfr. art. 251.3 CSC), supuestos de ineficacia en los que, como cuando no existen sustitutos por haber muerto todos antes que el heredero, los bienes objeto de la sustitución quedan integrados en la herencia del heredero (el testador sobreviviente).

Siendo esto así, es lógico que en el expediente de declaración de herederos legales de Antonio hayan comparecido también algunos familiares de Josefa S. P. (los parientes de 6º grado de la línea paterna) alegando ser sus herederos legales, en tal momento, y tener derecho a los bienes troncales o troncales de abolorio que al causante le hayan quedado de los en su día heredados de Josefa. Hemos visto que, sin embargo, sus pretensiones no han sido atendidas en el Auto del Juzgado de Barbastro pues se ha limitado a declarar a Pilar heredera universal abintestato de los bienes, derechos y acciones del causante D. Antonio C. Q. Ya hemos comentado que, ciertamente, Pilar, hermana del causante, es heredera universal de todos sus bienes, troncales y no troncales, pero que del caudal relicto no forman parte los bienes que le hayan quedado a Antonio de los heredados de su cónyuge; por ello, y dado que han comparecido en el expediente algunos parientes de Josefa, parece necesario dejar a salvo sus derechos sobre tales bienes, por si realmente existen. Reserva que convendría hacer de oficio.

C) Reserva de los derechos sucesorios de los sustitutos

El Auto de declaración de herederos de Antonio fue recurrido en apelación por los parientes paternos de la esposa ante la A. P. de Huesca solicitando la declaración de nulidad al no haberse efectuado declaración alguna respecto de los derechos troncales que a ellos les correspondían por virtud del pacto al más viviente acordado por el causante y su cónyuge. La A.P. de Huesca, en Auto de 2 de diciembre de 1996, dice que en el régimen sucesorio del cónyuge sobreviviente el legislador distingue «*dos clases de bienes, los pertenecientes al cónyuge premuerto y los restantes bienes hereditarios, siendo tan solo respecto de los primeros que subsistan al fallecimiento del cónyuge supérstite a los que se aplicará el principio de la troncalidad, llamando en la sucesión de los mismos a los herederos del cónyuge primeramente fallecido, de tal modo que siempre que existan bienes procedentes del premuerto y herederos del mismo, es a éstos a quienes habrá de reservarse los bienes troncales. Este llamamiento a la sucesión se defiende 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 a favor de los reseñados herederos. En el presente supuesto no habiendo hijos del matrimonio y siendo aplicable a su sucesión las normas del pacto al mas viviente, procede hacer en el Auto de declaración de herederos abintestato de aquel, que hoy es impugnado, la expresa reserva respecto de los bienes del cónyuge premuerto a favor de sus herederos*». Por todo ello, la A.P. de Huesca estima el recurso y revoca parcialmente el Auto apelado en el sentido

de que la declaración de heredera a favor de Pilar «se efectúa sin perjuicio del derecho que corresponda a los herederos de Josefa S. P. sobre los bienes de carácter troncal».

El Auto de la Audiencia parece sumamente correcto; únicamente llama la atención la alusión al «principio de troncalidad» y el hecho de denominar a los bienes objeto de la sustitución preventiva de residuo «troncales» o «de carácter troncal». Ya hemos comentado que en la herencia de Antonio pueden existir bienes troncales, de una u otra línea, pero que, en todo caso, corresponde heredarlos también a su hermana Pilar. Por otra parte, los bienes que le han quedado a Antonio de los heredados de Josefa pueden ser, como veremos con más detalle, troncales o no troncales. Precisamente los parientes que han comparecido en el expediente reclaman su derecho exclusivamente sobre los bienes troncales y troncales de abolorio que le hayan provenido a Josefa de parientes de la línea paterna. Pero parece claro que la reserva no se hace exclusivamente a favor de los herederos troncales de Josefa por la línea paterna sobre sus bienes de esta procedencia, sino genéricamente a favor de todos sus herederos y respecto de todos sus bienes que hayan quedado. Así entendido, no es correcto llamar indiscriminadamente a todo el conjunto de bienes que hayan quedado «bienes troncales» o «de carácter troncal», pues sólo algunos tendrán, si se prueba oportunamente, este carácter.

Sin embargo, la existencia de esta especial sustitución legal sí puede fundamentarse, como ha indicado también la doctrina, en la aplicación del principio de troncalidad, entendido en sentido muy amplio, pues con este mecanismo el legislador pretende que los bienes de un cónyuge (o disponente de una institución recíproca en testamento mancomunado o pacto sucesorio) recibidos por el otro por sucesión por causa de muerte (voluntaria o legal) no se defieran luego por disposición de la ley a los familiares de éste, sino que, en tal caso, vuelvan a la familia del transmitente y, en concreto, se defieran a quienes sean sus sucesores legales en tal momento. De manera que si el primer sucesor fallece sin haber dispuesto por cualquier título (entre vivos o por causa de muerte, universal o particular) de los bienes así heredados, el legislador, interpretando la voluntad de un disponente medio, quiere que tales bienes no se perpetúen en la familia del adquirente sino que vuelvan a la familia de procedencia, la del transmitente premuerto. Hay un cierto reflejo de la idea de troncalidad puesto que, en última instancia, se quiere que los bienes de un cónyuge (o disponente) sean para sus familiares antes que para los del otro (adquirente). Pero no se trata, obviamente, de la troncalidad en sentido estricto pues afecta a todos los bienes del transmitente que quedaren en el patrimonio del adquirente aunque no sean bienes que al primero le hubieran provenido, por cualquier título, de sus padres, otros ascendientes o colaterales hasta el sexto grado que, como en la sucesión legal a favor del cónyuge viudo, pueden no existir. No se quiere sólo que los bienes recibidos por el causante de sus parientes, si los hay, queden en la familia de origen sino que todos los bienes de un cónyuge (o disponente), cualquiera que sea su origen, sean, en última instancia, para sus familiares antes que para los de quien los recibió por efecto del pacto al más viviente, la institución recíproca entre otorgantes de un testamento mancomunado o la sucesión legal a favor del cónyuge (GARCÍA-

RODEJA habla de «sucesión familiar» y «recuperación familiar»). La S. del TSJ de Aragón de 29 mayo 1991 afirma que el art. 108.3 «no hace sino consagrar y reforzar el viejo principio de la troncalidad del Derecho aragonés que tiende a mantener en el grupo familiar bienes que pertenecían a su primitivo propietario» (RDCA, 1995, p. 262).

Con la reserva introducida en la declaración de herederos queda claro que Pilar, la hermana del causante Antonio, al aceptar la herencia de éste no adquiere la propiedad de los bienes que al causante le hayan quedado de los recibidos de Josefa, su esposa: estos bienes, dice el Auto que corresponden a los herederos de Josefa. Esta reserva sería conveniente introducirla de oficio en todo caso de declaración de herederos legales de persona a cuya muerte haya podido abrirse una sustitución preventiva de residuo, pero a falta de tal reserva, habrá que interpretar que la declaración de herederos legales está referida a todos los bienes del causante y sólo a ellos, no, por tanto, a los que hayan podido quedar del primer causante, por lo que los llamados a ellos deberían poder instar otra declaración de herederos legales referida a tales bienes, que no sería contradictoria de la anterior al estar referida a bienes y causante distintos. No parece, pues, que los interesados deban acudir necesariamente al procedimiento declarativo ordinario para conseguir ser declarados herederos de tales bienes (en contra, ENCISO SÁNCHEZ, *op. cit.*, p. 127), pero el expediente de declaración de herederos del sobreviviente no es, desde luego, el procedimiento idóneo para hacer la determinación de los herederos de otro causante.

3. DETERMINACIÓN DE LOS SUSTITUTOS LEGALES PREVENTIVOS DE RESIDUO

A) Procedimiento para la determinación y acreditación

Aunque se trata de una sucesión testamentaria (o paccionada, en su caso) completada por la ley con esta especial sustitución preventiva de residuo (pero que en la nueva Ley de sucesiones opera también en la sucesión legal a favor del cónyuge viudo: art. 216.2), parece que la determinación de quiénes sean ahora los nuevos sucesores del primer causante, que le van a heredar como sustitutos del heredero anterior, puede hacerse en expediente de declaración de herederos abintestato o en juicio de abintestato; no se trata, ciertamente, de una sucesión inicialmente legal dado que el primer llamamiento, a título universal, ha tenido lugar en testamento mancomunado; tampoco parece que el origen legal de la sustitución preventiva de residuo y de la delación sucesiva que conlleva justifiquen plenamente la necesidad de acudir a la declaración de herederos abintestato para la determinación y acreditación de la condición de herederos sustitutos; pero el origen legal de la nueva delación unido a la remisión que la ley hace a las reglas de la sucesión legal para la determinación de los sustitutos sí que parece que puede servir para justificar la aplicación de las reglas procedimentales de la declaración de herederos abintestato, y por extensión de las del juicio de abintestato, como medio de determinación y acreditación de la condición de herederos sustitutos. Los sustitutos son aque-

llos parientes que serían los herederos legales de la causante al tiempo del fallecimiento del testador sobreviviente y para determinar quiénes reúnen tales circunstancias se aplican, desde luego, las reglas sustantivas de la sucesión legal aragonesa y, en principio, parece que también, aunque posiblemente no de modo necesario, las procesales de la declaración de herederos abintestato y por extensión las del juicio universal de abintestato. Al menos así ha sucedido, como sabemos, en el presente caso y en bastantes otros (vid. S. APT de 30 octubre 1995, A. APZ de 27 abril 1997).

Recordemos que ante el Juzgado de Primera Instancia de Monzón se promovió, a instancia de los primos hermanos de Josefa S. P. por línea materna, la declaración de herederos abintestato de Josefa S. P. con respecto a los bienes heredados de ella por su cónyuge D. Antonio C. Q. En el expediente comparecieron también los parientes paternos de Josefa S. P. alegando su mejor derecho para sucederle en parte de sus bienes. El Auto del Juzgado de Monzón de 28 de enero de 1997, al existir contradicción entre los interesados en la herencia de Josefa S. P., deniega la solicitud presentada, al entender que el cauce para resolver los derechos hereditarios pretendidos no es éste de la Jurisdicción voluntaria sino el que corresponda por aplicación de las normas generales de la jurisdicción contenciosa, conforme al art. 981 de la Lec. Contra el anterior auto, la parte promotora del expediente interpuso recurso de apelación que fue admitido en ambos efectos. El Auto de la AP de Huesca de 17 de noviembre de 1997 estima que no constituye óbice alguno para efectuar la declaración de herederos abintestato la falta de prueba de que los instantes del expediente no sean los únicos herederos del fallecido o la existencia de un elevado número de interesados, o, en definitiva, la oposición de alguno de ellos. Por todo ello, estima el recurso y entrando a conocer del fondo de la cuestión declara herederos abintestato de Josefa S. P. a sus ocho primos hermanos sobrevivientes por línea materna (colaterales en cuarto grado), por octavas e iguales partes, «sin perjuicio de los derechos sucesorios que correspondan sobre los bienes troncales, de existir tales bienes».

Recordemos igualmente que, poco antes, los herederos de Josefa por parte de padre habían iniciado también en el Juzgado de Monzón expediente de prevención de abintestato respecto de los bienes troncales y troncales de abolorio, procedentes de la rama paterna, existentes en el caudal relicto de la causante Josefa S. P. Comparecieron y se opusieron a la tramitación de dicho expediente los primos hermanos de la causante por línea materna. Por Auto del Juzgado de Monzón de 29 de abril de 1996 (rectificado por auto de 22 de mayo de 1996) se acordaron las medidas de prevención pertinentes como son la formación del inventario sobre bienes troncales y de abolorio procedentes de la rama paterna de la causante y el nombramiento de administrador sobre dichos bienes, y se ordenó, además, abrir pieza separada de declaración de herederos abintestato respecto de los indicados bienes de la causante, todo ello de conformidad con el artículo 977 de la Lec. Por Auto Propuesta del Juzgado de Monzón de 8 de enero de 1998, en virtud de lo establecido en el artículo 981 de la Lec., se declara contencioso este expediente, procediéndose a su archivo, con todas sus piezas, previo levantamiento de la administración cautelar

acordada, y se remite a las partes al procedimiento de la Jurisdicción contenciosa que proceda. El Auto justifica el archivo del expediente de prevención del juicio de abintestato en tres razones: a) no cumplirse los requisitos de parentesco del artículo 960.3 de la Lec. que establece que para que pueda prevenirse el juicio de abintestato se necesita que no deje el finado descendientes ni ascendientes o colaterales dentro del cuarto grado, ni cónyuge legítimo que viviera en su compañía; b) haber transcurrido casi quince años desde el fallecimiento de la causante cuando la prevención del abintestato debe ceñirse a las más urgentes y perentorias diligencias de protección de los bienes del finado; y c) por existir contradicción entre los interesados en la herencia de Josefa S. P., no siendo este expediente de Jurisdicción voluntaria el trámite oportuno para dilucidar el derecho que tienen los interesados sobre los bienes relictos cualquiera que sea su naturaleza troncal o troncal de abolorio, lo cual tendría que decidirse en la vía declarativa correspondiente. Por su parte, los familiares por la línea materna alegan en la apelación que se oponen a la prevención por la existencia de cosa juzgada por cuanto ya han sido declarados judicialmente los herederos de la causante por auto de la A. P. de Huesca de 17 de noviembre de 1997.

El Auto fue apelado por los parientes paternos, habiéndose adherido al recurso los primos hermanos apelados. El Auto de la A. P. de Huesca de 18 de julio de 1998 respecto de las justificaciones dadas por el Juzgado para el archivo del expediente dice: *a) La prevención de abintestato puede proceder de oficio, en cuyo caso sí es de aplicación la limitación del artículo 960.3 de la Lec. Pero también puede tramitarse, como es este el caso, a instancia de parte, a tenor de lo dispuesto en el artículo 973 de la Lec. que, en su apartado 1º, legítima, 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. b) En relación con el hecho de que hayan transcurrido casi 15 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 supérstite para abrir la sucesión de los bienes del premuerto, como dispone el artículo 108 de la Compilación sin establecer límites temporales. c) En cuanto a la posible contradicción entre los interesados en la herencia, consideramos de aplicación la doctrina que ya expusimos en el Auto de 17-11-97, 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 Lec. 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 los artículos 132 y 133 de la Compilación. Por todo ello, consecuentemente, dicha resolución se dictó sin per-*

juicio de los derechos sucesorios que correspondan sobre los bienes troncales. Así, queda claro, en esa declaración de herederos, en la que no había un pronunciamiento sobre los herederos de 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. La Audiencia revoca la resolución impugnada por lo que no procede el archivo del expediente de referencia, debiéndose mantener las medidas adoptadas para la prevención del abintestato incluyendo la formación en pieza separada de declaración de herederos abintestato de Josefa S. P. sobre los bienes troncales y troncales de abolorio.

Sabemos también que por Auto del Juzgado de Monzón de 20 de octubre de 1998 se procede a declarar herederos abintestato de la causante en cuanto a sus bienes troncales y troncales de abolorio procedentes de la rama paterna a D. Antonio L. A., doña María G. A y doña M^a Pilar L. A. por terceras e iguales partes. Contra el anterior Auto, los primos hermanos de la causante por parte de madre interponen recurso de apelación. La parte apelante argumenta que el procedimiento es inadecuado para decidir si los bienes que componen la herencia tienen el carácter de troncales y troncales de abolorio. El Auto de la A. P. de Huesca de 21 de abril de 1999 dice que *el planteamiento de la parte se adecúa a lo que dijimos en nuestro auto de 25 de febrero de 1998: «El objeto y finalidad de la declaración de herederos abintestato, como señala el artículo 980 de la Lec., 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 [...], 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». Pero el auto impugnado no decide expresamente que haya bienes troncales ni determina cuáles pueden ser, sino, en definitiva, que determinados parientes son herederos de esta clase de bienes, si los hubiere. Esta declaración sí que puede efectuarse en el juicio de abintestato. En cualquier caso, el problema podría debatirse nuevamente en el procedimiento declarativo ordinario.*

Como puede verse, en ningún momento se cuestiona la idoneidad del procedimiento elegido (declaración de herederos abintestato o juicio de abintestato) por tratarse de una sucesión testamentaria (completada, eso sí, con una sustitución legal eventual y de residuo) y de la designación de los sustitutos del precedente heredero testamentario; la idoneidad del procedimiento se cuestiona por otras razones (existencia de contradicción entre los interesados, existencia de cosa juzgada, inadecuación del procedimiento para decidir si los bienes que componen la herencia tienen el carácter de troncales y troncales de abolorio) pero en ningún caso por no tratarse de una sucesión abintestato. Da la impresión de que se considera que existe una verdadera sucesión legal abierta en un momento posterior a la muerte del causante (en este sentido, también

las Ss. TSJA de 29 mayo 1991 y AP de Teruel de 30 octubre 1995), olvidando la existencia del testamento mancomunado y del heredero voluntario que acaba de fallecer. Se habla del causante como persona fallecida sin disposición de última voluntad y, por ello, se consideran adecuados los procedimientos seguidos. En el Auto de la APH de 17 de noviembre de 1997 se dice expresamente que se abre nuevamente la sucesión del cónyuge premuerto. Pero, en realidad, como sabemos, lo único que hay en el caso es una delación sucesiva por disposición de la ley a favor de los sustitutos preventivos de residuo. La primera delación es voluntaria y universal mientras que la segunda es legal, preventiva y de residuo. Si decimos que en la segunda delación estamos ante una sucesión legal de apertura retardada, la consecuencia es que resulta imprescindible la declaración de herederos legales, mientras que si entendemos, como dice la Ley de sucesiones, que sigue tratándose de una sucesión voluntaria completada con una delación sucesiva de origen legal, puede no ser la declaración de herederos legales el único procedimiento para determinar y acreditar la condición de sustituto. Los parientes llamados, en tal momento, a la sucesión legal del testador premuerto son herederos suyos (sus segundos herederos) y sustitutos del heredero testamentario precedente por lo que, en definitiva, son herederos testamentarios (el testamento con institución recíproca ha hecho posible su existencia) pero, a la vez, la delación es por disposición de la ley y el orden de delación el de la sucesión legal. La ley completa la ordenación voluntaria que de su sucesión ha hecho el causante añadiendo a las disposiciones del testamento esta sustitución preventiva de residuo que para designar a los llamados como sustitutos se remite a las reglas de la sucesión legal: las normas de la sucesión legal son meros instrumentos para la determinación de los sustitutos del sucesor testamentario.

Por todo ello, la declaración de herederos abintestato o el juicio de abintestato no parecen procedimientos imprescindibles, toda vez que el testamento, completado con la regulación legal del pacto al más viviente, constituye por sí sólo título bastante para la transmisión de los bienes del causante a los segundos herederos, cuya condición podrán acreditar también mediante información para perpetua memoria o acta de notoriedad. Habrá que probar el fallecimiento de la causante bajo testamento mancomunado de institución recíproca, la posterior muerte del heredero testamentario y que el parentesco con la causante permite a los solicitantes, solos o en unión de otros, ser considerados ahora sus únicos herederos sustitutos del heredero precedente. La determinación y acreditación de la condición de sustituto legal preventivo de residuo no parece, por tanto, que deba hacerse necesariamente mediante declaración de herederos abintestato o en juicio de abintestato. Por lo demás, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha derogado los procedimientos universales de testamentaría y abintestato por lo que, junto a la declaración de herederos abintestato –cuya regulación se mantiene en vigor en espera de la nueva Ley de la jurisdicción voluntaria– cabrá acudir, en su caso, a las normas reguladoras de la intervención del caudal hereditario de los arts. 790 y ss. de la nueva Lec.

Cabe observar también que en el caso han existido dos procedimientos paralelos, seguidos en el mismo Juzgado, uno a instancia de los parientes

maternos y el otro de los paternos, hecho motivado por su falta de entendimiento ya que los parientes por parte de madre creen tener derecho a todos los bienes de la causante, negando que los parientes por parte de padre tengan derecho alguno al entender que en el supuesto de hecho del art. 108.3 Comp. no es aplicable la sucesión troncal; en cambio los parientes paternos se oponen a que los bienes que proceden de su línea parental tengan que ser también para los parientes maternos. Este enfrentamiento entre los interesados, motiva su comparecencia en los respectivos expedientes y su oposición a lo solicitado por los instantes de los mismos. De haber existido acuerdo sobre los derechos de cada uno, podían haber instado de forma conjunta la declaración de herederos o haber probado de otra forma, pero conjuntamente, su condición de tales: los unos, herederos troncales por parte de padre, y los otros, herederos ordinarios y troncales por parte de madre.

Por último, conviene insistir en que en estos procedimientos lo único que se pretende es determinar a los herederos de la causante y su respectiva condición, pero sin posibilidad de abordar la determinación de si han quedado o no bienes de la causante y en qué cuantía ni, caso de haber quedado, si algunos de ellos son o no troncales o troncales de abolorio procedentes de una u otra línea. Pero la falta de determinación de la existencia de tales bienes, y su respectiva naturaleza troncal o no troncal, no parece ser óbice para abordar previamente la determinación de las personas que estarían llamadas a heredarlos en caso de existir realmente y según tuvieran una naturaleza u otra.

B) Determinación de los sustitutos llamados a la sucesión no troncal y reserva de los derechos sucesorios de los sustitutos troncales

Señala el Auto APH de 17 de noviembre de 1997 que *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. El llamamiento a que nos referimos puede tener distinto fundamento, legal o voluntario, y, dentro del primero, no solo abintestato en sentido estricto, sino también troncal, en contra de lo que sostiene la apelante, como se deduce del contexto y de la propia expresión de la norma, que utiliza el plural («llamados»), máxime teniendo en cuenta que su sentido y finalidad sólo se entiende partiendo del principio de troncalidad, pues en otro caso no se abriría nuevamente la sucesión del cónyuge premuerto, sino sólo la del sobreviviente. Este es el criterio que ha seguido la Sala en supuestos similares, como en los autos de 2 de diciembre de 1996 y 20 de marzo de 1997 y en la sentencia de 28 de junio de 1996.*

Ello sentado, es evidente que en el presente caso deben declararse herederos abintestato de Josefa S. P. a sus ocho primos hermanos sobrevivientes por línea materna (colaterales en cuarto grado), entre los que se encuentra la instante del procedimiento, por lo que sobre este extremo procede estimar el recurso.

No obstante, puede haber bienes troncales procedentes de la rama paterna (en la que no constan primos hermanos ni parientes más cercanos), y cuya sucesión ha de ser la prevista en los artículos 132 y 133 de la Compilación, como pretenden demostrar los fami-

liars que han instado la prevención del abintestato y que en su momento interesaron en este expediente el reconocimiento de sus derechos hereditarios sobre fincas que tendrían carácter de troncales y troncales de abolorio. Por ello, como también dijimos en los referidos autos, lo procedente es reservar los derechos sucesorios que correspondan sobre los bienes troncales, si existieren en la herencia, sin decidir la cuestión, dada su complejidad y que no se disponen de las pruebas precisas para ello.

Al margen de la pequeña incorrección técnica que, a nuestro entender, supone denominar a la sustitución del apartado 3 del art. 108 de la Compilación como «una especie de sustitución fideicomisaria de residuo», la interpretación que el Auto hace de la indicada norma de la Compilación nos parece totalmente acertada y es la que se trasluce del desarrollo que de tal precepto ha hecho la Ley de sucesiones en los arts. 80 y 104. Ciertamente, el llamamiento a los sustitutos puede ser voluntario o legal; el llamamiento voluntario es siempre preferente e impide la operatividad del llamamiento legal, que es, por ello, subsidiario de la ordenación voluntaria. Dice el apartado 2 del art. 104 de la Ley de sucesiones que *los terceros designados herederos o legatarios en los bienes que quedaren al fallecer el último de los testadores sucederán en los procedentes del primeramente fallecido directamente de éste, como sustitutos de aquél, salvo previsión contraria en el testamento* (vid. en el mismo sentido el apartado 2 del art. 80). Es el apartado 3 de los arts. 80 y 104 LS el que, *si no hubiera ulterior llamamiento a tercero*, contiene la sustitución legal preventiva de residuo que defiere los bienes que quedaren a los parientes llamados, en tal momento, a la *sucesión legal* del disponente primeramente fallecido.

También acierta el Auto al mantener el criterio de que los llamados por la ley como sustitutos preventivos de residuo no son sólo los parientes llamados, al morir el sobreviviente, a la sucesión legal no troncal sino asimismo los parientes con derecho a la sucesión troncal en bienes de una u otra línea. Así puede deducirse, efectivamente, del sentido propio de las palabras «llamados a la sucesión legal» y del contexto en el que se inserta la norma, el de la sucesión legal aragonesa, donde, en defecto de descendientes, se distingue entre la sucesión en los bienes recobrables y troncales (sucesión troncal, en sentido amplio) y la sucesión en los restantes bienes, incluidos los troncales si no hay parientes con derecho preferente a ellos (sucesión no troncal). También el espíritu y finalidad de la norma lleva a la misma conclusión: la norma quiere que tales bienes sean para los parientes del causante designados de conformidad con las reglas de la sucesión legal, obligando a distinguir, por tanto, en función de la presencia o no de bienes recobrables y troncales y de parientes con derecho a ellos. Ya hemos comentado que no se trata de una aplicación estricta del principio de troncalidad (se defieren a los familiares del causante también los bienes adquiridos por éste y que no le han provenido de sus parientes; puede no haber bienes troncales), y que a lo sumo hay una aplicación muy laxa de la idea de troncalidad (que los bienes de una familia se queden, en última instancia, en ella); pero, producida la delación legal a favor de los familiares del causante, parece lo más probable que para determinar los derechos de cada uno de ellos haya que empezar atendiendo, en defecto de descendientes, a las reglas de los recobros y de la sucesión troncal, caso de que existan tales bienes y parientes con

derecho preferente a ellos. Y no es que, como afirma el Auto, «en otro caso no se abriría nuevamente la sucesión del cónyuge premuerto», sino que en otro caso la ley no hubiera llamado como sustitutos a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión legal del cónyuge premuerto sino exclusivamente a los parientes llamados a su sucesión legal no troncal. Habiendo bienes troncales, para entender excluidos de la sustitución legal preventiva de residuo a los sucesores troncales sería preciso que la norma así lo hubiera dispuesto. No habiendo bienes troncales (en la sucesión legal a favor del cónyuge viudo es imposible que los haya) o, aunque los haya, si no existen parientes con derecho preferente a ellos, es obvio, que no son de aplicación las reglas de la devolución sucesoria troncal. Pero sí en otro caso.

Es cierto que en las sucesiones voluntarias (paccionadas o testamentarias) la troncalidad no supone ningún límite a la libertad de disposición del otorgante del pacto o testamento que puede ordenar que los bienes de origen familiar sean, en primer lugar y luego por sustitución voluntaria (fideicomisaria o preventiva de residuo), para personas extrañas a la familia. No hay duda al respecto. En nuestro caso estamos ante sucesiones voluntarias completadas con una sustitución legal preventiva de residuo que, pudiendo haber excluido expresamente a los sucesores troncales si ese era el deseo del legislador, se ha limitado a llamar a los sucesores legales. ¿A quienes ha querido llamar la ley con una sustitución de éste tipo? o ¿a quienes hubiera querido llamar el disponente que hubiera previsto una sustitución voluntaria formulada en los mismos términos que usa la ley? A falta de mayores especificaciones, la interpretación de la fórmula empleada, de conformidad con lo ya dicho, conduce a entender que se ha querido llamar como sustitutos a quienes les correspondería ser, en ese momento, sucesores legales del causante por aplicación de las reglas de la sucesión legal en su conjunto, troncales y no troncales.

Los más próximos parientes de la causante, en el momento de la muerte del cónyuge sobreviviente, son los primos hermanos por parte de madre (4º grado); a ellos les corresponde, por tanto, suceder en los bienes troncales de procedencia materna (no hay ascendientes o hermanos con derecho a recobro, no hay hermanos ni padre o madre de la causante y, entre los colaterales, las más próximos son ellos y, por tanto, excluyen a los de grado más lejano que pudieran pretender algún derecho sobre bienes de abolorio) y en los no troncales, también en los troncales de la línea paterna si no hay parientes de esta línea con derecho a ellos. El Auto de la APH declara herederos abintestato de la causante, Josefa S. P., a los ocho primos hermanos por línea materna, por octavas e iguales partes, *sin perjuicio de los derechos sucesorios que correspondan sobre los bienes troncales, de existir tales bienes*. La declaración de herederos expresa, a contrario, que se refiere sólo a los bienes no troncales y no impide, por ello, instar una nueva declaración referida a los troncales (cfr. art. 203.2 LS). Hay que entender, sin embargo, que la nueva declaración sólo será precisa cuando los llamados a los bienes troncales sean personas distintas de las ya declaradas herederas de los bienes no troncales; es decir, de existir bienes troncales de la línea materna no parece necesario que los primos hermanos por parte de madre insten una nueva declaración referida a tales bienes; en este caso cabe

entender que el llamamiento a los bienes no troncales y a los troncales de la línea materna es único, al recaer en las mismas personas. También forman parte de ese llamamiento único a favor de los primos hermanos por parte de madre los bienes troncales de la línea paterna cuando no haya parientes con derecho preferente a ellos, pues son bienes que se defieren por las reglas de la sucesión no troncal (arts. 135 Comp. y 202.2.º LS).

En definitiva, son sólo los derechos de los parientes de la línea paterna (de 6º grado) los únicos que han quedado sin declaración de herederos, porque la Audiencia ha considerado que *lo procedente era reservar tales derechos sobre los bienes troncales, si existieren en la herencia, sin decidir la cuestión, dada su complejidad y que no se disponen de las pruebas precisas para ello*. Aunque no se hubiera hecho la reserva expresa, teniendo en cuenta que en la sucesión legal aragonesa pueden concurrir diferentes llamamientos universales en atención al carácter troncal o no troncal de los bienes que integran el caudal relicto, lo lógico hubiera sido presumir —como dice la Ley de sucesiones en el art. 203.2— que la declaración de herederos legales se había limitado a los bienes no troncales y que no impedía instar una nueva declaración referida a los troncales que pudieran corresponder, si existieren en la herencia, a los parientes paternos de 6º grado. Sin embargo el Auto de la A. P. de Huesca de 18 de julio de 1998 entiende 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 los artículos 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. Así, queda claro, en esa declaración de herederos, en la que no había un pronunciamiento sobre los herederos de los bienes troncales y troncales de abolorio de la causante, los que precisamente son objeto de la solicitud de los actores en estos autos*. Lo cual confirma lo acertado de una norma como la del apartado 2 del art. 203 LS: sin ella y de acuerdo con la interpretación jurisprudencial expuesta, la falta de reserva expresa de los derechos sobre los bienes troncales en la declaración de herederos abintestato, obligaría a los interesados en ellos a acudir al procedimiento contencioso.

Decidir sobre los derechos de los parientes paternos de 6º grado es verdaderamente una cuestión compleja, pues exige interpretar correctamente los arts. 132.3º y 133 de la Compilación (ahora, 211.3º y 212 LS) y la Audiencia prefiere, de momento, no entrar en dicha cuestión alegando falta de las pruebas precisas, que, por cierto, no pueden estar referidas a la existencia de bienes troncales o troncales de abolorio, por ser un asunto vedado a la declaración de herederos legales, sino a la condición o no de hipotéticos sucesores troncales de los solicitantes de la línea paterna. Dice el Auto que en la *rama paterna no constan primos hermanos ni parientes más cercanos*, si consta, evidentemente, la existencia de parientes de 6º grado, pero puede no constar la ausencia de parientes paternos de 5º grado, que serían de mejor derecho. La cuestión queda sin resolver.

C) *Determinación de los derechos sucesorios de los parientes paternos de 6º grado*

Sabemos que en febrero de 1996 los familiares de 6º grado de la línea paterna iniciaron en el Juzgado de Monzón expediente de prevención de abintestato respecto de los bienes troncales y troncales de abolorio, procedentes de dicha línea, existentes en el caudal relicto de la causante Josefa S. P.; que comparecieron y se opusieron a la tramitación de dicho expediente los primos hermanos por línea materna; que por Auto del Juzgado de Monzón de 29 de abril de 1996 (rectificado por auto de 22 de mayo de 1996) se acordaron las medidas de prevención pertinentes y se ordenó, además, abrir pieza separada de declaración de herederos abintestato respecto de los indicados bienes de la causante, pero que por Auto del mismo Juzgado de 8 de enero de 1998 se archivó el expediente y se remitió a las partes a la jurisdicción contenciosa. Sin embargo, el Auto de la APH de 18 de julio de 1998 ordena al juzgador «a quo» 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, rechazando todos los argumentos del juez de instancia y de la parte que se opone a la prevención y negando en particular la existencia de cosa juzgada por haber ya una declaración de herederos legales de dicha causante. En cumplimiento de esta resolución, el Auto del Juzgado de Monzón de 20 de octubre de 1998 declara herederos abintestato de la causante *en cuanto a sus bienes troncales y troncales de abolorio procedentes de la rama paterna* a D. Antonio L. A., doña María G. A y doña Mª Pilar L. A. por terceras e iguales partes.

La parte solicitante de la declaración acreditó en su demanda (1996) el fallecimiento de la causante y de su cónyuge, así como que no tuvo descendencia; asimismo acreditó por su aportación al expediente que la causante otorgó testamento mancomunado ante el Notario de Binéfar el 13 de diciembre de 1977. En la pieza separada se practicó la información testifical ofrecida en la que depusieron dos testigos idóneos que aseveraron la certeza de los hechos expuestos en la solicitud, y se publicaron los edictos prescritos en el art. 980 Lec. anunciando la muerte de la causante y el grado de parentesco de los que reclamaban la herencia, convocando a los que se creyeran con igual o mejor derecho para que comparecieran en el Juzgado a reclamarla en el término de treinta días, compareciendo en el expediente una prima hermana por parte de madre. El expediente fue archivado por el citado auto de 1998 luego revocado por la Audiencia que ordenó reabrir el expediente, de manera que finalmente el Juzgado estima que, a la vista del contenido de los arts. 132 y 133 de la Compilación y *habida cuenta que lo que se plantea es la sucesión de los bienes troncales y troncales de abolorio de la causante Josefa S. P. procedentes de la rama paterna, debe proceder la declaración de herederos interesada a favor de las personas solicitantes*. Como puede observarse, el Juzgado no ha practicado ninguna prueba más, ni se ha preocupado de estudiar los concretos derechos sucesorios que pueden corresponder a los parientes troncales de 6º grado: se ha limitado a transcribir los arts. 132 y 133 de la Compilación y a declarar a los solicitantes herederos abintestato en cuanto a los bienes troncales y troncales de abolorio procedentes de la rama paterna.

Contra el anterior Auto, una prima hermana de la causante por parte de madre interpuso recurso de apelación. Al margen de determinadas irregularidades procesales alegadas por la apelante y el Ministerio Fiscal que la Audiencia no aprecia que constituyan ninguna infracción esencial del procedimiento que haya causado indefensión a las partes, el Auto de la A. P. de Huesca de 21 de abril de 1999 aborda otras cuestiones de gran interés: a) el procedimiento para decidir si los bienes de la herencia son troncales o troncales de abolorio y b) tipos o clases de bienes de la familia paterna de la causante a los que pueden tener derecho los declarados herederos troncales. La cuestión del procedimiento ya la hemos visto antes. La otra cuestión se aborda en el fundamento quinto que transcribimos en su totalidad:

Por último, la apelante mantiene que los otros familiares no pueden ser herederos de los bienes troncales porque no son parientes dentro del cuarto grado.

Del artículo 132.2º (sic: debe ser 132.3º) de la Compilación, en relación con el inciso final de su artículo 133, se desprende que la herencia en esa clase de sucesión —a diferencia de lo que ocurre con los bienes troncales de abolorio: artículo 133— no se defiere más allá del cuarto grado de parentesco. El citado artículo 132.2º (sic: 132.3º) distingue entre, por un lado, los colaterales por proximidad de parentesco con el causante y, por otro, los colaterales por proximidad de parentesco con el transmitente de los bienes. En ambos supuestos, rige el límite del cuarto grado, es decir, respectivamente, tanto en [1º] los parientes que desciendan de un ascendiente común propietario de los bienes, como, en su defecto, [2º] los que sean de mejor grado de la persona de quien los hubo el causante a título gratuito.

De acuerdo con el criterio anticipado, no podemos determinar en este procedimiento la naturaleza de los bienes que componen la herencia, pero sí especificar que los ahora apelados no son herederos troncales con relación a los bienes comprendidos en el primer supuesto, los que procedan de un ascendiente común propietario de los bienes, en este caso, los bisabuelos de una y otra rama, José V. Ll. y Rosa S. S., porque no son parientes de la causante, Josefa S. P., dentro del cuarto grado, sino que lo son de sexto grado (hijos de primos hermanos [en realidad, nietos de tíos abuelos]), salvo que se tratare de bienes troncales de abolorio, adquiridos por el causante a título lucrativo que hubieren permanecido en la familia durante dos o más generaciones.

Respecto al segundo de los supuestos legales planteados, los promotores del expediente no son parientes dentro del cuarto grado, como es exigible, del causante inmediato de Josefa S. P a título gratuito, su padre, José S. V., sino de quinto. Lo son de los abuelos de Josefa S. P, Casilda V. S. y José S. F. (cuarto grado) y de los bisabuelos ya referidos (tercer grado), pero para ello deberá determinarse que en la herencia hay bienes que provienen de forma directa, sin mediación de ningún otro transmitente, de los abuelos o bisabuelos, todo ello sin perjuicio de que puedan heredar los bienes provenientes de esos mismos parientes si tienen la condición de troncales de abolorio.

Por lo expuesto, como el Auto apelado no distingue los diversos supuestos de la sucesión troncal en que estarían incursos los promotores de este expediente, procede estimar el recurso para especificar tales circunstancias.

La *Parte dispositiva* es del siguiente tenor literal:

ESTIMAMOS en parte el recurso de apelación interpuesto por Pilar G. P. contra el auto referido, que REVOCAMOS parcialmente. En su virtud:

A) Declaramos herederos abintestato de la causante Josefa S. P., en cuanto a sus bienes troncales procedentes de la rama paterna, a Antonio L. A., María G. A. y María Pilar L. A., por terceras e iguales partes, siempre y cuando los hubiere, para lo cual tales bienes deberán proceder de forma directa de los abuelos de Josefa S. P., Casilda V. S. y José S. F., o de sus bisabuelos, José Vilas LL. y Rosa Sahún Sistac.

B) Declaramos a los mismos herederos abintestato de la causante, Josefa S. P., en igual proporción, de los bienes troncales de abolorio procedentes de la rama paterna, si los hubiere.»

A nuestro entender, tanto el Juzgado como la Audiencia se equivocan al interpretar el apartado 3º del art. 132 Comp. Los parientes paternos de 6º grado no pueden ser herederos de todos los bienes troncales y troncales de abolorio, como dice el Juzgado; pero tampoco acierta la Audiencia al decir que pueden serlo, de los de abolorio, y de una de las dos clases de bienes troncales: la que no requiere que los solicitantes sean parientes colaterales del causante dentro del 4º grado. En realidad, al ser parientes de 6º grado de la causante, ningún derecho pueden tener sobre bien troncal alguno: su derecho está limitado, en todo caso, a los bienes troncales de abolorio de la rama paterna. La delación de los bienes troncales no va más allá del cuarto grado de parentesco en línea colateral *con el causante*: así lo dice expresamente el apartado 3º del art. 132 cuando afirma que la sucesión troncal se defiere en tercer lugar *a los más próximos colaterales del causante: hasta el cuarto grado*. Obsérvese que el límite de parentesco se sitúa en el cuarto grado *con el causante*, de manera que los parientes del causante de ulterior grado ningún derecho pueden tener sobre los bienes troncales; en su caso podrán tenerlo sobre los bienes troncales de abolorio. Los bienes troncales no se defieren más allá del cuarto grado de parentesco *con el causante*.

Es falso que el 132.3º Comp. distinga, a estos efectos, entre, por un lado, los colaterales por proximidad de parentesco con el causante y, por otro, los colaterales por proximidad de parentesco con el transmitente de los bienes. En ambos ordenes sucesorios prevenidos en el apartado 3º del art. 132 rige el límite del cuarto grado de parentesco colateral *con el causante*, es decir, tanto entre los parientes que desciendan de un ascendiente común propietario de los bienes, como, en su defecto, entre los que sean parientes de mejor grado de la persona de quien los hubo el causante a título gratuito. Como los solicitantes son parientes de la causante de 6º grado por la línea paterna, tanto si los bienes troncales simples le han provenido de un ascendiente común propietario de los bienes (bisabuelo, tatarabuelo, etc.) como si le han provenido a la causante directamente y a título gratuito de ascendientes no comunes (padre, abuelo) o de colaterales hasta el sexto grado, no pueden tener derecho a ellos pues les falta el requisito principal del parentesco con la causante dentro del cuarto grado. Para tener derecho a estos bienes es preciso que sean bienes

troncales de abolorio y que no existen otros parientes paternos con derecho preferente. Si los bienes le han provenido a la causante de su padre o de sus tíos paternos, de su abuelo o tíos abuelos o de sus bisabuelos o tíos bisabuelos, etc., el parentesco de los solicitantes con estas personas será, lógicamente, inferior al sexto grado al ir ascendiendo generaciones, de modo que en relación a los padres de la causante y su generación el parentesco es de 5º grado, 4º en relación a los abuelos y tíos abuelos, 3º respecto de los bisabuelos y su generación y 4º, de nuevo, respecto a los tatarabuelos y sus hermanos. Pero aunque el parentesco de los solicitantes con los transmitentes de los bienes esté dentro del 4º grado ningún derecho pueden tener sobre los bienes troncales simples puesto que el parentesco con el causante no está dentro del cuarto grado. Por tanto, es imprescindible que los bienes sean de abolorio para que puedan corresponderles derechos sucesorios sobre ellos: en tal caso, el parentesco con el causante carece de límite de grado (la Ley de sucesiones ha colocado el límite en el sexto grado: art. 211.3º), de modo que si los solicitantes, pese a ser de 6º grado, son los más próximos parientes del causante de entre los que descienden de un ascendiente común propietario de los bienes o, en su defecto, de entre los que sean parientes de mejor grado de la persona de quien los hubo dicho causante, tienen derecho a suceder en tales bienes.

Por lo demás, tanto si los bienes son troncales simples como troncales de abolorio, si le han provenido a la causante de un ascendiente común con los solicitantes, los que sean parientes más próximos de la causante (dentro del 4º grado si son troncales simples, y sin limitación de grado si son troncales de abolorio), entre los que desciendan de dicho ascendiente común, son quienes reciben la delación; si no le han provenido de un ascendiente común con los solicitantes, sino a título gratuito de otros ascendientes o colaterales hasta el sexto grado (troncales simples) o si el bien ha sido adquirido a título lucrativo de alguno de estos parientes y ha permanecido en la casa o familia de la causante durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya (troncales de abolorio), los solicitantes que sean los más próximos colaterales de la causante (hasta el 4º grado si son troncales simples, y sin limitación de grado si son troncales de abolorio) entre los que sean parientes de mejor grado de tal persona, reciben la delación.

Obsérvese igualmente que hay un cierto contrasentido en decir, por un lado, que conforme al primer orden sucesorio del apartado 3 del art. 132 de la Compilación los solicitantes no tienen derecho a suceder en los bienes que a la causante le hayan provenido directamente de sus bisabuelos, que son ascendientes comunes de los solicitantes, porque el parentesco con la causante no está dentro del 4º grado; y, por otro, que si los bienes le han provenido a la causante directamente de sus bisabuelos, como el parentesco de los solicitantes con ellos está en el tercer grado y no se exige parentesco con la causante, pueden heredarlos.

Por lo expuesto, como el Auto apelado declara a los solicitantes herederos legales de la causante, tanto de los bienes troncales simples como de los tron-

cales de abolorio procedentes de la rama paterna, la Audiencia debía haber estimado en parte el recurso interpuesto, como ha hecho, pero para especificar simplemente que la declaración de herederos a favor de los parientes paternos de 6º grado de la causante, por terceras e iguales partes, quedaba limitada a los bienes troncales de abolorio procedentes de la rama paterna, siempre y cuando los hubiere. En cualquier caso, al tratarse de jurisdicción voluntaria, el problema puede debatirse nuevamente en el procedimiento declarativo ordinario.

4. DETERMINACIÓN DE LOS BIENES QUE HAN DE PASAR A LOS SUSTITUTOS Y, ENTRE ELLOS, LOS DE CARÁCTER TRONCAL

Hemos visto que reiteradamente se dice en los Autos de declaración de herederos legales que no es objeto de este procedimiento la determinación de los bienes y derechos que integran la herencia, ni su naturaleza o procedencia familiar, cuestión a decidir en el procedimiento contencioso que, en su caso, se plantee por parte legitimada para ello. Por consiguiente, tanto la declaración de herederos a favor de los primos hermanos por parte de madre como la de los parientes paternos de 6º grado están condicionadas a la existencia de bienes del tipo descrito en la respectiva declaración. Los primos hermanos necesitan probar que, a la muerte de Antonio, han quedado en su patrimonio bienes procedentes de la herencia de su mujer de los que no ha dispuesto para después de su muerte y, de entre ellos, reservar los que tengan carácter de troncales de abolorio de la línea paterna para los parientes de 6º grado de dicha línea. Es a éstos, a quienes corresponde probar la existencia de tales bienes. Las discrepancias entre la heredera universal de Antonio y los parientes de Josefa sobre la existencia de más o menos bienes de ésta, así como la falta de entendimiento entre los parientes de Josefa por parte de madre y los de padre sobre los bienes que son troncales de abolorio (o troncales simples del 132.3, segundo orden, según el Auto de la Audiencia) originará los oportunos procedimientos contenciosos.

A) Determinación de los bienes objeto de la sustitución

La sucesión de los sustitutos legales preventivos de residuo es a título de heredero (así lo dice expresamente la Ley de sucesiones en los artículos ya citados), de manera que el título de la sustitución es universal. Es de suponer que, normalmente, ya se habrán practicado las operaciones de liquidación de la herencia de la causante por el primer heredero en cuyo caso los sustitutos recibirán un patrimonio ya liquidado; pero también es posible que, al morir el primer heredero, queden deudas y cargas de la herencia de la causante sin pagar de las que, desde la aceptación, serán responsables los sustitutos de conformidad con las reglas generales. La sustitución afecta, pues, tanto a los bienes como a las deudas que quedaren de la herencia de la causante tras la muerte del primer heredero.

Pero, por otra parte, la sustitución legal preventiva, aunque a título universal, es de residuo y sólo afecta a los bienes del causante que «quedaren» en el patrimonio del heredero «sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes». Ello quiere decir que hay que excluir los bienes que hayan sido objeto de disposición, tanto a título gratuito —entre vivos o por causa de muerte— como oneroso, y en éste último caso la exclusión afecta también a los bienes que les hayan sustituido pues no resulta de aplicación la subrogación real al tratarse de una sustitución de residuo, tal vez con la excepción de los supuestos de subrogación legal como consecuencia de expropiación forzosa, concentración parcelaria, reparcelación urbanística, etc. Parece que se requiere la existencia de bienes heredados del causante, que puedan individualizarse e identificarse como procedentes de dicha herencia, de modo que la falta de individualización conllevará la exclusión de los bienes muebles fungibles que hayan desaparecido legalmente o se hallen confundidos con los personales del primer heredero: tales bienes no parece que deban ser sustituidos por los correspondientes créditos. Llegado el momento de determinar los bienes a entregar a los sustitutos por la sucesora del primer heredero, habrá que tener en cuenta las deudas y cargas de la herencia de la causante pagadas con bienes personales del primer heredero, también habrá que reembolsar las impensas de toda clase efectuadas por el primer heredero en tales bienes a costa de su patrimonio personal, que deban considerarse como cargas del capital (cfr. art. 783 Cc.); en cambio, no se debe tener en cuenta el importe de los deterioros debidos a culpa del primer heredero, pues eran de su propiedad sin obligación alguna de reservarlos para los sustitutos. Todo ello supone la necesidad de un arreglo de cuentas entre los sustitutos y el sucesor del primer heredero, cuya disciplina habrá de inspirarse en las normas de la liquidación de la herencia fideicomisaria, situación prácticamente igual.

Como dice la sentencia del JPI núm. 2 de Zaragoza de 18 mayo 1994 (RDCA 1996-2, núm. 13), los bienes *consorciales* del matrimonio que ha realizado el pacto al más viviente pertenecen por entero al sobreviviente al abrirse la sucesión del primer cónyuge; pero fallecido el sobreviviente sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, *la mitad* de los que quedaren pasarán a los herederos del primeramente fallecido. También dice esta sentencia que cuantas *rentas y frutos* se generen por los bienes del cónyuge premuerto desde su fallecimiento 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 cuando se trate de bienes de carácter consorcial.

B) Determinación de los bienes de naturaleza troncal

De la masa de bienes deferida a los sustitutos hay que determinar los que, en atención al carácter troncal o no troncal de los mismos, corresponden a los herederos troncales, por la línea materna y paterna, y los que corresponden a los no troncales. En nuestro caso, los llamamientos universales a los sustitutos son sólo dos: a) el correspondiente a los más próximos colaterales de la cau-

sante, sus primos hermanos por parte de madre, a quienes se defieren los bienes no troncales, los troncales por la línea materna y los troncales por la línea paterna sin parientes de ésta línea con derecho preferente sobre ellos; y b) el correspondiente a los más próximos colaterales de la causante por la línea paterna, sin limitación de grado, a quienes se defieren los bienes troncales de abolorio provenientes de esta línea. En definitiva, de la masa de bienes deferida a los sustitutos hay que separar los bienes que tengan la condición de troncales de abolorio de la línea paterna, únicos a los que tienen derecho los parientes paternos de 6º grado.

En el art. 133 de la Compilación, la delación a los más próximos colaterales del causante sin limitación de grado requiere que los bienes troncales de abolorio hayan sido adquiridos por el causante a título lucrativo, en nuestro caso de parientes de la línea paterna, y que hayan permanecido en la casa o familia durante dos o más generaciones. Los bienes que reúnan estas características se defieren a los sucesores troncales de la línea paterna, por el mismo orden del art. 132 pero sin limitación de grado. En la Ley de sucesiones, la nueva configuración de los bienes troncales de abolorio la establece el art. 212, que no exige la adquisición a título lucrativo y aclara lo que debe entenderse por permanencia en la casa o familia del causante durante dos o más generaciones: dice el apartado 2 que *se entiende que el bien ha permanecido en la familia durante las dos generaciones inmediatamente anteriores, cuando perteneció a algún pariente de la generación de los abuelos del causante o más alejada y no ha salido luego de la familia, cualquiera que haya sido el número de transmisiones intermedias*. Aclaraciones que deben servir también para la interpretación del derogado art. 133 Comp.

Determinada la existencia de bienes que tienen la condición de troncales de abolorio por la línea paterna, los más próximos parientes de la causante por esta línea pueden aceptar la herencia e inscribir los bienes en el Registro de la Propiedad, de hecho *han aceptado expresamente en escritura pública* y han solicitado la *inscripción de tal adquisición hereditaria en el Registro de la Propiedad de Tamarite*, trámite en el que han surgido algunas dificultades. Para acreditar el tracto sucesivo se exige demostrar que en el caudal relicto de la causante deferido a los sustitutos troncales hay bienes procedentes de la rama paterna que reúnen los requisitos para ser considerados troncales de abolorio. Al hacer la calificación han surgido dudas sobre si es posible la existencia, en un supuesto como éste, de bienes troncales de abolorio dado que, aunque existieran en el caudal relicto al morir Josefa S. P., habrían salido luego de la familia de origen al haber sido heredados por su marido y, aunque se considere que los sustitutos reciben tales bienes de la causante, Josefa, les faltaría la permanencia ininterrumpida en la familia durante las dos generaciones precedentes.

C) Mantenimiento de la condición de abolorio de los bienes que quedaren al morir el cónyuge sobreviviente

Yo mismo he podido propiciar una interpretación de este estilo, que ahora considero incorrecta, al decir en mi libro sobre *Troncalidad y comunidad conyu-*

gal aragonesa (Centro de Estudios Registrales de Aragón, Madrid, 2000, pág. 100 y nota 31) que «la transmisión, onerosa o lucrativa, de bienes de abolorio de un cónyuge al otro conlleva la salida de los mismos de la familia de origen al pasar a poder del cónyuge que es ajeno a la misma» y añadir en la nota citada que «la transmisión *mortis causa* ha de ser voluntaria, ya que en la sucesión legal de los bienes troncales no se llama al cónyuge del causante; también en los supuestos de pacto al más viviente o de institución recíproca entre cónyuges salen los bienes de abolorio del premuerto del tronco familiar al ser heredados por el cónyuge supérstite, y ello aunque luego opere el mecanismo del art. 80.3 LS (art. 108.3 Comp.) y se llame a los parientes troncales del primer causante: los bienes son troncales pero ya no de abolorio al haberse perdido en el momento de la delación la permanencia ininterrumpida en la familia». La cita termina con una remisión a la pág. 117 del *El derecho de abolorio aragonés* de MERINO HERNÁNDEZ donde se dice, en relación al supuesto del apartado 3 del art. 108 de la Compilación, que «supone una salida clara de los bienes del tronco familiar cuando son heredados por el cónyuge supérstite, para volver, en su caso, a la familia, al fallecimiento de éste. Este retorno a la «casa», y por consecuencia de haber salido ya de ella, supondría, a mi modo de ver, que sobre tales bienes no existiría derecho de la saca, caso de que fueran enajenados por su actual titular». MERINO sostiene, por tanto, que al volver los bienes a la familia del cónyuge premuerto los bienes ya no son de abolorio, por lo que cree que no cabe el derecho de abolorio o de la saca; yo hago mía su implícita conclusión y digo que, si tales bienes ya no son de abolorio, no podrán deferirse por las reglas de la sucesión troncal a ellos referidas. También digo que, sin embargo, tales bienes son troncales simples. Creo ahora que tanto la opinión de Merino como la que sostengo en la nota citada son interpretaciones incorrectas.

Es cierta la afirmación inicial de que «la transmisión, onerosa o lucrativa, de bienes de abolorio de un cónyuge al otro conlleva la salida de los mismos de la familia de origen al pasar a poder del cónyuge que es ajeno a la misma»; se está presuponiendo que el cónyuge adquirente no es pariente del cónyuge transmitente por la línea de procedencia de los bienes, pues si lo fuera el bien no saldría de la familia. La transmisión entre vivos, a título oneroso o lucrativo, conlleva, en tales circunstancias de falta de parentesco troncal entre los cónyuges, la salida de los bienes de abolorio de la familia de origen, de forma que si la transmisión es onerosa los parientes legitimados para ejercitar el derecho de abolorio podrían adquirirlos con preferencia, al tener la consideración de extraño el cónyuge adquirente; pero si, por las circunstancias que sea, la transmisión entre vivos deviene ineficaz (resolución del contrato, revocación de la donación, etc.) y los bienes vuelven al cónyuge transmitente, es seguro que vuelven a tener las mismas características que tenían en el momento de la transmisión: si eran bienes troncales de abolorio, lo seguirán siendo aunque durante un tiempo hayan pertenecido a persona ajena a la familia de origen por causa de una transmisión que finalmente ha devenido ineficaz y ha provocado la restitución de las cosas a su estado original.

La transmisión de bienes de abolorio entre cónyuges puede ser también por causa de muerte, a título singular o universal; ha de tratarse necesaria-

mente de sucesión voluntaria puesto que en la sucesión legal, si existen bienes recobrables o troncales, se defieren con preferencia a los parientes llamados a ellos y nunca al cónyuge: los bienes que reciba el cónyuge viudo por sucesión legal no serán troncales ni troncales de abolorio, salvo en el caso de no haber ningún pariente con derecho preferente a ellos, supuesto en el que se defieren por las reglas de la sucesión no troncal y aunque luego vuelvan al caudal relicto del cónyuge premuerto, por efecto de la sustitución legal preventiva de residuo del art. 216.2 LS, seguirán defiriéndose por las reglas de la sucesión no troncal. En cambio, en la sucesión entre cónyuges derivada de un pacto al más viviente o de una institución recíproca en testamento mancomunado, aunque existan bienes troncales o troncales de abolorio y parientes llamados a ellos conforme a las reglas de la sucesión troncal, pueden transmitirse de un cónyuge a otro, a título singular o universal, tal tipo de bienes; esta transmisión conlleva efectivamente la salida de los bienes transmitidos de la familia de origen, sin posibilidad de ejercitar el derecho de la saca porque la transmisión es gratuita; pero si la delación deviene ineficaz por repudiación, declaración de indignidad, etc., parece igualmente seguro que los bienes vuelven al caudal relicto con la naturaleza de bienes de abolorio que tenían al morir el causante, de forma que si ahora los bienes corresponden a un sustituto voluntario que es pariente troncal no salen de la familia, o si ahora lo que procede es aplicar las reglas de la sucesión legal reclamadas por una implícita sustitución vulgar de origen legal o, en defecto de sucesión voluntaria, abrir la sucesión legal, tales bienes se deferirán por las reglas de la sucesión troncal.

¿Puede afirmarse lo mismo en el caso de un llamamiento sucesivo, en el que no se ha frustrado el llamamiento anterior, sino que hay una nueva delación, cuando fallece el heredero precedente? Esta es la cuestión debatida y que no parece, efectivamente, fácil de resolver. Por un lado, hay una clara voluntad del causante de transmitir los bienes a un extraño a la familia de origen, transmisión que efectivamente se ha consumado y ha durado hasta la muerte del adquirente; por otro lado, hay una sustitución preventiva de residuo, voluntaria o legal, que cuando se abre llama a heredar en los bienes que hayan quedado a parientes troncales del causante, como herederos suyos y sustitutos del heredero precedente, de manera que aunque éstos reciben los bienes después de haberlos tenido hasta su muerte el cónyuge del causante, no le suceden a él, ni traen causa de él, sino que los reciben directamente del causante en virtud del llamamiento sucesivo existente a su favor y por mor de la eficacia retroactiva de la aceptación. Cuando se abre la sustitución los bienes vuelven al caudal relicto del causante con la misma naturaleza que tenían en el momento de su fallecimiento, pues no vuelven al caudal relicto por transmisión o sucesión del cónyuge sobreviviente sino por extinción de su derecho a la sucesión del causante; en definitiva, la delación a favor del cónyuge sobreviviente, aunque eficaz durante toda su vida, al morir deviene residualmente ineficaz y los bienes heredados que le hayan quedado, sin haber dispuesto de ellos por cualquier título, vuelven a pertenecer al caudal relicto del causante con la misma naturaleza que tenían inicialmente. Es un hecho que los bienes han pertenecido, tras la muerte del causante, a su cónyuge y que hasta la muerte de éste

han estado fuera de la familia de origen, pero este hecho carece de relevancia jurídica cuando se abre la sustitución preventiva de residuo y los sustitutos adquieren los bienes que quedaren como herederos del causante.

Los bienes heredados por el cónyuge sobreviviente regresan, al cabo de un tiempo, al caudal relicto del causante por efecto de un mecanismo que tiene su fundamento en la propia sucesión del causante; es la propia sucesión del causante, cuando se produce la sustitución preventiva de residuo, la que hace que los bienes se defieran de nuevo a otros herederos, como procedentes del causante; por ello, se les defiere el mismo bien que tenía el causante y con la misma naturaleza que tenía al abrirse la sucesión; los sustitutos adquieren los bienes del causante porque la primera sucesión ha dejado de surtir efectos y los bienes han vuelto a su patrimonio. No hay un título nuevo de adquisición por el causante, sino que el retorno de los bienes al caudal relicto tiene lugar por la residual ineficacia sobrevenida de la primera sucesión. Como digo en la pág. 99 del libro citado, «en los casos de retorno de los bienes de abolorio al disponente como consecuencia de la propia configuración de la enajenación, los bienes conservarán la condición de familiares de abolorio que tenían y serán susceptibles de adquisición preferente ante una futura enajenación o podrán deferirse, en su caso, por las reglas de la sucesión en bienes troncales de abolorio; no sucederá tal cosa cuando, habiendo perdido el bien la condición de abolorio, se produzca su retorno por causa de un nuevo convenio entre las partes o por una posterior sucesión *mortis causa* a favor del disponente».

Por consiguiente, creo que se puede afirmar con cierta seguridad que cuando se produce la sustitución legal preventiva de residuo, si quedan bienes que al morir el causante eran troncales de abolorio, siguen conservando esta naturaleza a todos los efectos: se defieren a los sustitutos por las reglas de la sucesión troncal en bienes de abolorio y, una vez adquiridos por éstos, será de aplicación el derecho de abolorio o de la saca si se venden o dan en pago a un extraño o pariente más allá del cuarto grado por la línea de procedencia.

BIBLIOGRAFÍA ESPECÍFICA

CRISTÓBAL MONTES, Ángel: *La sucesión contractual aragonesa (Comentarios)*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1978.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «El pacto al más viviente en la Compilación de Derecho civil especial de Aragón», *ADC*, 1980, pp. 389-397.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «Sucesión paccionada y pacto al más viviente» en *Actas de los II Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 1993, pp. 71-82.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel: «Comentario al art. 108» en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. III, dirigidos por J. L. Lacruz y J. Delgado, Zaragoza, 1996, pp. 344-352.

- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «El testamento mancomunado aragonés», en *Setenes Jornades de Dret català a Tossa*, Barcelona, 1994, pp. 289 y ss.
- ENCISO SÁNCHEZ, José Manuel: «El testamento de cónyuges aragoneses sin descendencia que desean instituirse herederos el uno al otro», *RDCA*, 1996-2º, pp. 113- 128.
- GARCÍA VICENTE, Fernando: «Comentario al art. 95», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, T. III, cit., pp. 216-221.
- GARCÍA-RODEJA FERNÁNDEZ, Vicente: «Dos supuestos de sucesión intestada. Cuestiones procesales en relación a la troncalidad», en *Actas de los II Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, cit., pp. 125- 132.
- MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: «Comentario a los arts. 95 y 108», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. M. Albaladejo, T. XXXIV, vol. 1º: Arts. 89 a 118 de la Compilación de Aragón, Madrid, 1987, pp. 116-118 y 247-265.
- NAVARRO VIÑUALES, José María: «Algunos problemas prácticos en materia de sucesión paccionada en el Derecho aragonés», en *Actas de los II Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, cit., pp. 87-98.
- SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo: «El pacto al más viviente en la Compilación de Derecho civil de Aragón», en *Actas de los II Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, cit., pp. 83- 86.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio: *Troncalidad y comunidad conyugal aragonesa (Relaciones del recobro de liberalidades, la sucesión troncal y el derecho de abolorio con la comunidad conyugal legal)*, Centro de Estudios Registrales de Aragón, Madrid, 2000; «La sustitución legal», en *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Zaragoza, 2000, pp.

LA OFICINA DE FARMACIA EN EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL LEGAL ARAGONÉS (A PROPÓSITO DE LA S. TSJ DE ARAGÓN DE 9 DE MAYO DE 2000)

Dra. María del Carmen BAYOD LÓPEZ

Profesora titular de Derecho civil

SUMARIO: I.- LA SENTENCIA DEL TSJA DE 9 DE MAYO DE 2000. 1.- La Sentencia. 2.- Los hechos.- II. LA SENTENCIA Y SU COMENTARIO.- III. LA OFICINA DE FARMACIA Y EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL LEGAL ARAGONÉS. 1.- Planteamiento. 2.- Oficina de farmacia y Derecho público. A.- *El marco normativo*. B.- *La oficina de farmacia. Naturaleza y principios que la informan*. a) *Concepto*. b) *La titularidad de la farmacia y los actos de disposición sobre la misma*. a'. *Titularidad*. b'. *Actos de disposición sobre la oficina de farmacia*. c) *Naturaleza jurídica*. 3.- La oficina de farmacia y el Derecho privado. Consideraciones del negocio farmacéutico desde la órbita de los regímenes de comunidad. A.- *Los problemas*. B.- *El análisis de la oficina de farmacia desde el punto de vista civil*. a) *Concepto y naturaleza: La empresa farmacéutica*. b) *La oficina de farmacia: bien privativo o bien común*. a'. *Planteamiento*. b'. *¿Inidoneidad de la oficina de farmacia para ser un bien común?* c'. *Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los intransmisibles intervivos*. d'. *La vocación del comercio de farmacia para ser bien común*. 4.- La oficina de farmacia: gestión y disposición. El fondo de comercio. El usufructo viudal sobre el negocio de farmacia. A.- *La oficina de farmacia privativa*. a) *La plusvalía sobre oficina de farmacia privativa*. a'. *En el consorcio conyugal aragonés*. b'. *En la sociedad legal de gananciales*. c'. *Las diferencias*. b) *Actos de gestión y disposición sobre los bienes privativos*. c) *Reparaciones, gastos e inversiones*. B.- *La oficina de farmacia consorcial. Liquidación y división*. a) *Adjudicación del negocio y adjudicación del valor*. b) *Actos de disposición y administración*. D.- *¿Quid iuris acerca del usufructo viudal?* a) *Planteamiento*. b) *Farmacia y herencia*. c) *Viudedad y oficina de farmacia*. a'. *¿Derecho expectante y farmacia?* b'. *El usufructo viudal sobre la oficina de farmacia: transformación del usufructo*.

I. LA SENTENCIA DEL TSJA DE 9 DE MAYO DE 2000

1. LA SENTENCIA

En la Sentencia de 9 de mayo del 2000 el Tribunal Superior de Justicia de Aragón resuelve un supuesto de hecho en el que el objeto principal de la *litis* es la consideración que deba tener una oficina de farmacia en el régimen económico matrimonial legal aragonés, y en concreto si dicha oficina, en base a su regulación administrativa, puede formar parte del activo común de la sociedad consorcial aragonesa. E incluso si es posible admitir —como así se hace en el caso de autos— que aun cuando la farmacia fuera privativa, el fondo de comercio obtenido o incrementado vigente el régimen legal tenga la consideración de bien común o si, por el contrario, ha de ser siempre privativo del farmacéutico al depender su creación e incremento de las aptitudes de dicho licenciado y, por lo tanto, calificarlo como un derecho patrimonial inherente a la persona.

A lo que creo, el fallo de la sentencia del Tribunal Superior, confirmando la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 2 de febrero de 1998, no puede ser más correcto en relación con el supuesto fáctico que se le presenta a la Sala: si la farmacia es privativa de la esposa (la adquirió antes del matrimonio) ningún derecho sobre la misma puede reclamar ni la sociedad conyugal ni el otro cónyuge, puesto que: *El fondo de comercio continua con el carácter de privativo de todo lo cual es titular la esposa y más aun, no perdería este carácter aun cuando se hubiera producido la venta de la farmacia constante matrimonio, y aunque no se hubiera realizado capitulación matrimonial cambiando el régimen económico por el de separación de bienes.* (FD tercero).

El demandante, el marido de la farmacéutica, argumenta su derecho en base a la infracción del art. 47 Comp. pues: *el fondo de comercio es un elemento ganancial (sic) y a repartir porque a) se trata de un beneficio extraordinario generado mientras duró el matrimonio en régimen de gananciales (sic) y b) porque fue originado por los incrementos del beneficio y estos son bienes gananciales (sic).*

Junto a esta pretensión principal, todavía se alegan otras subsidiarias que también serán tenidas en cuenta: i) la inclusión en el activo de la comunidad del precio actualizado que costó en su momento la farmacia (local y oficina de farmacia), ya que la misma se pagó contante matrimonio, ii) la inclusión también de los gastos efectuados en las reformas de la farmacia; iii) la inclusión y abono de inversiones realizadas en distribuidoras farmacéuticas y iv) inclusión en el activo reparto de mobiliario, enseres y existencia de que se compone la farmacia.

2. LOS HECHOS

María Josefa P. C. y Julián G. P. contraen matrimonio el 8 de diciembre de 1979, sin otorgar capítulos matrimoniales y siendo ambos de vecindad civil ara-

gonesa, por lo que su régimen económico matrimonial quedó sujeto al llamado régimen de muebles y adquisiciones de la Compilación aragonesa, ley aplicable a dicho matrimonio (art. 9.2 Cc.).

El 5 de abril de 1993 otorgan capítulos matrimoniales sustituyendo su anterior régimen de comunidad por el de separación de bienes, si bien no liquidan el anterior régimen legal.

El 14 de febrero de 1995 obtienen sentencia de separación matrimonial, y tampoco, en ejecución de aquélla, se procede a liquidar el régimen matrimonial legal que entre ambos cónyuges había regido desde el 8 de diciembre de 1979 el 5 de abril de 1993.

La razón de todo ello no es otra que la falta de acuerdo en formación del inventario del activo de la sociedad consorcial aragonesa y en particular, la condición que deba seguir el negocio de farmacia del que es titular la esposa al ser precisamente licenciada en farmacia.

Así las cosas, el marido interpone demanda en juicio declarativo ordinario de mayor cuantía sobre liquidación de la sociedad de gananciales, partición y adjudicación del caudal social, solicitando del juzgado que: i) Se considere común el negocio de farmacia (no el local donde la misma está instalada, pues reconoce que es privativo de la demandada) y, por lo tanto, que sea común también el fondo de comercio (que valora en rededor de 200.000.000 ptas.) aun cuando admite que dicho negocio se le adjudique a su esposa; ii) que se reintegre a la sociedad conyugal los pagos efectuados contante matrimonio para satisfacer el precio de la farmacia (local y negocio); iii) se reintegre a la sociedad conyugal los gastos de reparación y mejora de la farmacia, así como las inversiones hechas en la misma y se repartan los bienes muebles, mercancías y stock del negocio de farmacia.

La esposa se opone a estas pretensiones y formula a su vez reconvencción. La oposición a las pretensiones del marido se basan en primer lugar, en que la farmacia es un bien privativo de la demanda al haber sido adquirida por ella antes del matrimonio: el matrimonio se celebra el 8 de diciembre de 1979 y la farmacia se adquiere y se pone en funcionamiento ocho meses antes de la celebración de la boda. Extremo que demuestra sobradamente en el pleito.

En segundo lugar, se opone a la reintegración al consorcio conyugal del precio del local donde está instalada la farmacia, así como de la compra del propio negocio de farmacia porque señala que el mismo fue pagado por su padre, y que la sociedad conyugal no le devolvió el dinero. Circunstancia, que aun cuando fuera cierta, no se acredita en su totalidad.

En tercer lugar, se opone a la reintegración de esos gastos solicitados de contrario, pues considera que son de cuenta de la comunidad conyugal, al ser gastos necesarios para el desarrollo de la profesión de farmacéutica.

El Juzgado de 1ª Instancia nº 6 de Zaragoza dicta sentencia el 11 de abril de 1997 por la que estima parcialmente la demanda y la reconvencción y en lo que aquí nos interesa señala que:

i) La farmacia es un bien privativo de la esposa al haber sido adquirida antes de la celebración del matrimonio, si bien el fondo de comercio creado constante matrimonio debe también ser atribuido al esposo y, en concreto, estima la juzgadora que: *la esposa indemnizará al demandante en una cuarta parte en la que se valore el fondo de comercio a la fecha del otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales.*

ii) Condena a la demandada a abonar el precio de la farmacia así como las inversiones realizadas en las distribuidoras de medicamentos (ARAGOFAR Y SAFA).

iii) Desestima las pretensiones del demandante de recuperar el precio de las reparaciones y mejoras de la farmacia así como el proceder al repartir el mobiliario de la misma y existencia al considerar correctamente que la farmacia es un bien indivisible.

La esposa interpone recurso de apelación que se resuelve por la APZ (sec. 4ª) en Sentencia de 2 de febrero de 1998, que revoca la sentencia de instancia en los siguientes extremos: 1ª establecer que existe un crédito a favor de la sociedad conyugal por el valor de la adquisición de la farmacia y 2ª dejar sin efecto la indemnización señalada a favor del marido ya que: *tanto el local como el negocio en el que fue instalada la farmacia son bienes privativos de Dña. María José, por haberlos adquirido antes del matrimonio, naturaleza que se extiende «a todos cuantos elementos están afectos» a ella (inciso final del art. 39.1 C.A.) y a «las accesiones e incrementos» que pudieran haberse producido durante le matrimonio (art. 38.7 C.A.), por lo que no cabe sino reconocer la razón que asiste a la esposa al negar cualquier participación en el negocio al esposo, diferente de las ganancias producidas con anterioridad a las capitulaciones matrimoniales otorgadas en 1993, entre las que en modo alguno pueden ser comprendidos el incremento del valor del negocio.* (FD séptimo).

Contra el fallo de esta sentencia el marido recurre en casación, y tras los problemas de falta de competencia del TSJA desde la reforma del Estatuto de autonomía, llega a conocer del asunto la Sala de lo civil de dicho Tribunal Superior vertiendo una sentencia, a mi juicio correcta, que confirma la sentencia de Apelación.

II. LA SENTENCIA Y SU COMENTARIO

Como ya he dicho al referirme a esta sentencia del TSJ de Aragón de 9 de mayo del 2000 estoy de acuerdo con ella, en todos y cada uno de sus puntos, y por lo tanto creo que huelga cualquier comentario.

Si la farmacia, tal y como se demuestra, es un bien privativo de la esposa, la misma no puede formar parte del activo de la comunidad, así como tampoco el fondo de comercio de aquélla, entendiendo por tal la plusvalía o aumento de valor que se produce sobre un bien propio.

En Aragón, evidentemente, no se aplica ni el art. 1359 ni el art. 1360 Cc., que reconocen un crédito a favor de la sociedad conyugal por *«el aumento de valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora al tiempo de la disolución»* si dicho aumento de valor se ha debido a *«la inversión de bienes comunes o a la actividad de uno cualquiera de los cónyuges»* (art. 1359 en relación con el art. 1360 Cc.).

Precisamente por ello el marido recurrente articula como pretensión en apelación la infracción del art. 47 Comp. señalando que: *el fondo de comercio es un elemento ganancial (sic) y a repartir porque a) se trata de un beneficio extraordinario generado mientras duró el matrimonio en régimen de gananciales (sic) y b) porque fue originado por los incrementos del beneficio y estos son bienes gananciales (sic).*

Por ello también señala el Tribunal Superior la existencia de una cuestión nueva al referirse al fondo de comercio e incluso advierte imprecisión en la formulación del recurso de casación, ya que como hemos señalado en el epígrafe anterior, lo que el marido alega como pretensión principal es el carácter consorcial del negocio de farmacia.

Cuando los tribunales niegan que la farmacia sea un bien común, formula el marido una pretensión distinta acerca de la existencia de un fondo de comercio, entendido éste como el aumento de valor de la farmacia, que habrá de ser consorcial, puesto que se ha obtenido a costa del trabajo de uno cualquiera de los cónyuges o a través de la mejora y reparación de la farmacia que se ha efectuado con fondos comunes.

Pero claro, tal pretensión sólo podría prosperar si el Derecho aplicable fuera el Código civil cuyas premisas y conclusiones en este punto son divergentes con las previsiones del Derecho civil aragonés.

Por ello, más que comentar la sentencia, la misma va a servir como marco para reflexionar acerca de la oficina de farmacia y su posición en el régimen legal aragonés, teniendo en cuenta la vertiente pública de las oficinas de farmacia, y la incidencia que la calificación que de ellas hace el Derecho administrativo puede tener en el Derecho privado. Además parece conveniente también comparar el régimen aragonés con el de gananciales: ¿Se llegan a idénticas conclusiones en orden al negocio de farmacia?

III. LA OFICINA DE FARMACIA Y EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL LEGAL ARAGONÉS

1. PLANTEAMIENTO

El profesor LACRUZ refiriéndose a la oficina de farmacia en relación con el régimen de gananciales calificaba la misma como uno de los supuestos dudosos de ganancialidad, puesto que *«el comercio de farmacia presenta dos características, por un lado que no puede ser ejercitado nada más que por licenciados en la facul-*

tad correspondiente y, por otro, hay una limitación de establecimientos (...) y su transmisión está severamente reglamentada»¹.

Tomando como premisa la caracterización de la farmacia tal y como la ha expresado LACRUZ, surgen dudas en torno a establecer si la farmacia en sí misma considerada tiene aptitudes para ser un bien común, e incluso es posible plantear el dilema de si el ejercicio que lleva a cabo el farmacéutico supone el desarrollo de una profesión o bien el ejercicio del comercio, y aún en este último caso, si el fondo de comercio que puede crear la farmacia, en especial la clientela y el nombre de la misma, pueden ser comunes o son ineludiblemente derechos patrimoniales inherentes a la persona.

Buena parte de estos interrogantes tienen su origen en la legislación administrativa y la consideración que de la misma hace dicha rama del ordenamiento jurídico.

Precisamente por ello parece razonable que sigamos el siguiente método de trabajo.

En primer lugar, conviene que establezcamos la caracterización que de la oficina de farmacia lleva a cabo el Derecho administrativo, puesto que establece sobre las mismas una reglamentación de *ius cogens* a la que tampoco puede ser ajena la legislación civil, y muchos menos los particulares y los Tribunales.

En segundo lugar, será conveniente analizar el impacto que el Derecho público puede ejercer sobre el Derecho privado, y en concreto si calificación que de la oficina de farmacia hace el Derecho público (se exige que sea de titularidad y propiedad del farmacéutico) impide a aquélla ser susceptible de ser un bien común.

Por último, y en tercer lugar, conviene pensar si el tratamiento de la oficina de farmacia es el mismo en la sociedad de ganancias que el régimen legal aragonés.

2. OFICINA DE FARMACIA Y DERECHO PÚBLICO

A) *El marco normativo*

Desde antiguo las boticas han sido objeto de especial atención por el Derecho público exigiendo requisitos de titulación a quién regente la mismas², e incluso ya desde las Reales ordenanzas de Isabel II *para el ejercicio de la farmacia, comercio de drogas y venta de plantas medicinales*, se ha regulado el traspaso y cesión de la oficina de farmacia con severas limitaciones, e imponiéndose

¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, 4ª ed (puesta al día por Rams Albesa) ., José María Bosch editor, Barcelona, 1997, pp. 296 y 297.

² Los Fueros de Aragón regularon el ejercicio de la farmacia atendiendo a diversos aspectos. Por un lado, se reguló lo que hoy llamaríamos Derecho de información de los consumidores, al exigir del boticario el uso de un lenguaje corriente frente a quien solicite su servicio.

desde el siglo XV ese *tándem* de propiedad y titularidad que ha de recaer sobre la persona del farmacéutico³.

En la actualidad, y como señala PÉREZ GÁLVEZ, la llamada oficina de farmacia se integra en el llamado sistema del medicamento y, a su vez, la misma forma parte del llamado sistema nacional de la salud⁴.

La Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 vincula directamente a las farmacias al sistema nacional de la salud, atribuyéndoles expresamente el carácter de *establecimientos sanitarios* (art. 103 LGS) y el art. 88 de la Ley del medicamento de 20 de diciembre de 1990 exige entre otras cosas la presencia y actuación profesional del farmacéutico como requisito inexcusable para la dispensación al público de medicamentos.

En el momento presente, la regulación de los servicios de oficinas de farmacia se encuentra la ley estatal de 25 de abril de 1997, que presenta ciertos aspectos básicos, advirtiendo ya en su art. 2º que la planificación farmacéutica se fijará por las Comunidades autónomas, rigiendo en Aragón la ley autonómica de 25 de marzo de 1999 de ordenación farmacéutica para Aragón.

En el caso de autos no regía ni la ley estatal sobre farmacias del 1997 ni mucho menos la ley autonómica aragonesa de 1999, pero en ambas, y para lo que aquí nos interesa, se mantienen los principios rectores y naturaleza de la oficina de farmacia recogidos en la legislación anterior desde el Decreto de 24 de enero de 1941, que acoge el Decreto 909/1978 de 14 de abril, que era el Derecho vigente en el momento plantearse la *litis*⁵.

Así el Fuero 1º *Quod physici, Chirurgi atque Apothecarii* acordado en las Cortes celebradas en Zaragoza en 1349 por Pedro II se exige tanto de los médicos como a los cirujanos y farmacéuticos que designen en lenguaje vulgar las hierbas y cosas medicinales y otras necesarias para la salud de aquellos que se las solicitan, bajo pena de 100 sueldos si no lo hacen. El fuero segundo de dicho título, prohíbe, como ahora lo hace también la legislación vigente, la asociación entre médicos y farmacéuticos para poder dispensar más rectas y cobrar comisión. La multa es también de 100 sueldos.

En las Cortes celebradas en Tarazona en el año 1592 siendo Rey Felipe II, se acuerda el Fuero único De los médicos y boticarios exigiendo que estos tengan los estudios precisos para ejercer el oficio, dos años de práctica y que sean aprobados y examinados por el colegio de médicos de la ciudad de Zaragoza. Todo ello, precisamente por estar en juego la salud pública. (Cfr. *Fueros, Observancias y Actos de Corte del Reino de Aragón*, edición facsimilar de la de Pascual Savall y Dronda y Santiago Penén y Debasa, dirigida y coordinada por Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, ed. Ibercaja y El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1991, y DELGADO ECHEVERRÍA, *Los Fueros de Aragón*. «Colección de Mariano de Pano y Ruada»; edit. Cai, Zaragoza, 1997).

Por lo demás, téngase en cuenta que desde 1707 quedan abolidos los Fueros aragoneses de Derecho público, rigiéndose la botica por las leyes de Castilla.

³ Desde la Real Pragmática de los Reyes Católicos de 30 de marzo de 1477 se exige que el farmacéutico sea titular de la oficina de farmacia. En relación con ello, y en general con la oficina de farmacia en el Derecho vigente vid. PÉREZ GÁLVEZ, Juan Francisco, *Farmacia y patrimonio*, Almería, 1999, pp. 67-71. Y CERDÁ OLMEDO, Miguel, *Derecho civil y farmacia*, ed. La ley, Madrid, 1993, pp. 73 y ss.

⁴ PÉREZ GÁLVEZ, *Farmacia y patrimonio* ..., p. 32 (*op. cit.* nota 3).

⁵ En relación con la legislación farmacéutica y su evolución puede consultarse, PEMÁN GAVÍN, Juan en *Derecho público aragonés*, dirigido por Antonio Embid Irujo, ed. El Justicia de Aragón y Dykinson, 2000, pp. 743 y ss. y bibliografía allí citada

B) La oficina de farmacia. Naturaleza y principios que la informan

a) Concepto. Para definir a la oficina de farmacia podemos utilizar lo dispuesto en el art. 6 de la ley aragonesa de ordenación farmacéutica, pues en el fondo recoge los principios básicos de la legislación estatal (art. 103 LGS), y en concreto establece que:

«La oficina de farmacia es un establecimiento sanitario de interés público y titularidad privada; sujeto a planificación y a la normativa que establezca la comunidad autónoma de Aragón; integrado en el sistema sanitario aragonés, y donde el farmacéutico titular y propietario del mismo, asistido en su caso de ayudantes y auxiliares, es el responsable profesional de la atención farmacéutica que en él se presta a la población.»

En consecuencia, la oficina de farmacia se caracteriza por ser un establecimiento sanitario de interés público y titularidad privada, cuya titularidad y propiedad sólo puede corresponder a quien sea licenciado (o doctor) en farmacia y obtenga la consiguiente autorización administrativa.

Los horarios, ubicación de las farmacias, dispensación de medicamentos, vacaciones, cierre de la farmacia, y disposición *inter vivos* y *mortis causa* de la misma están sometidos de forma imperativa a la legislación farmacéutica.

Y todo ello, porque la oficina de farmacia forma parte del sistema nacional de la salud, y en ella se ejerce una actividad de interés público.

b) La titularidad de la farmacia y los actos de disposición sobre la misma.

a'. Titularidad. El art. 8 de la ley aragonesa de ordenación farmacéutica, siguiendo la tradición secular en esta materia, dispone que:

«Sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia. Cada farmacéutico sólo podrá ser propietario y titular o copropietario y cotitular de una única oficina de farmacia. La adquisición de condición de cotitular en la autorización administrativa conlleva necesariamente la condición de copropietario y viceversa. La titularidad de la autorización administrativa y la propiedad de la oficina de farmacia son condiciones unívocas e indivisibles.»

En dicho precepto se señala con carácter imperativo una de las características que presenta el negocio de farmacia y que de forma expresa se recogía en el D. de 24 de enero de 1941 y en el RD de 14 de abril de 1978 aplicable al supuesto de hecho: el farmacéutico es el titular y propietario exclusivo de la oficina de farmacia que regenta; a él de forma personal y objetiva se le concede la autorización para dispensar medicamentos en dicho establecimiento. Además, se exige su inexcusable presencia física en la farmacia, estando expresamente reguladas en la ley los períodos de vacaciones, supuestos de ausencia del farmacéutico, etc.

En consecuencia, y a diferencia de otros ordenamientos europeos, en España tan sólo pueden ser titulares de la oficina de farmacia las personas físicas que gocen de la debida autorización no admitiéndose ninguna forma societaria, a excepción de la cotitularidad entre farmacéuticos.

Además, como ya se viene exigiendo desde la Real Cédula de 1742, cada farmacéutico sólo puede ser titular de una oficina de farmacia.

La razón de estas exigencias, como señala la doctrina⁶, se derivan del carácter de establecimiento sanitario que presenta la oficina de farmacia.

Con esta unidad (titularidad-propiedad) no se quiere garantizar ni regular un derecho patrimonial del farmacéutico, sino que dicho requisito tiene un aspecto público: permitirle ejercer el servicio sanitario con absoluta libertad para llevar a cabo la prestación farmacéutica e impedir las injerencias de otras personas que no cumplan los requisitos exigidos por la ley (la titulación, autorización administrativa). Precisamente por ello también, tal y como señala la doctrina y la jurisprudencia, no es posible el derecho de usufructo sobre la oficina de farmacia: titularidad y propiedad son indivisibles⁷.

Dicho principio y unidad, a lo que creo, se expresa en el art. 8 de la Ley aragonesa al disponer su inciso final que: «*La titularidad de la autorización administrativa y la propiedad de la oficina de farmacia son condiciones unívocas e indivisibles*».

En consecuencia, aparecen como datos objetivos para ser titular de una oficina de farmacia: el ser licenciado (o doctor) en dicha ciencia y obtener autorización administrativa para regentar una determinada oficina de farmacia cuya propiedad (del negocio, no necesariamente del local) ha de corresponder a dicho titular autorizado.

b'. Actos de disposición sobre la oficina de farmacia. En razón también del carácter de servicio sanitario que presenta la oficina de farmacia, los actos de disposición sobre la misma están sometidos al control de la administración, exigiéndose en todo caso, que el adquirente de la oficina sea también un licenciado en farmacia, que cuente con la debida autorización administrativa y que no sea titular, a su vez, de otra oficina de farmacia.

La ley aragonesa de ordenación farmacéutica, siguiendo también al Derecho estatal y los principios tradicionales en la materia, regula los actos de disposición sobre la farmacia en los arts. 20 y 21 de la misma.

En relación con los actos de disposición *inter vivos* el art. 20 de la misma dispone:

«1. La transmisión de la oficina de farmacia mediante traspaso, venta, donación u otro negocio jurídico intervivos, estará sujeta al procedimiento de autorización administrativa y a las condiciones y requisitos que reglamentariamente se establezcan y, en cualquier caso, sólo podrá efectuarse a favor de otro farmacéutico. Para poder proceder a la

⁶ Vid. en este sentido, CERDÁ OLMEDO, Miguel, *La oficina de farmacia y el régimen económico del matrimonio*, en RDN, 1985, pp. 73 y ss. y *Derecho civil y farmacia*, (op. cit. nota 3), pp. 75 y ss. y PÉREZ GÁLVEZ, *Farmacia y patrimonio*, pp. 90 y ss., (op. cit. nota 3).

⁷ En este sentido, CERDÁ OLMEDO, *Derecho civil y farmacia*, (op. cit. nota 3), pp. 137-142. En el mismo sentido, PÉREZ GÁLVEZ, *Farmacia y patrimonio*, (op. cit. nota 3). pp. 95 y ss. y también las SS. del TS de 24 de abril de 1973 y 26 de abril de 1997.

transmisión de la oficina de farmacia, ésta deberá haber permanecido abierta al público y mantenido la misma titularidad durante tres años consecutivos, salvo en el supuesto de muerte o declaración judicial de ausencia o de incapacidad del titular o de uno de los titulares de la oficina de farmacia.- 2. En el caso de copropiedad, los farmacéuticos copropietarios podrán ejercer el derecho de retracto legal, en los términos previstos por la legislación civil, cuando se produzca la enajenación de una porción indivisa de una oficina de farmacia a favor de un tercero.-3. No se podrán constituir copropiedades sobre una oficina de farmacia por un porcentaje inferior al 25% del total de la misma.»

Respecto de los actos de disposición *mortis causa*, la art. 21 de la ley dispone:

«En el caso de muerte del farmacéutico titular de la oficina de farmacia, los herederos podrán transmitirla en el plazo máximo de dieciocho meses, durante los cuales estará al frente de la oficina de farmacia un farmacéutico regente autorizado al efecto. Transcurrido dicho plazo caducará la autorización administrativa.- 2. En el supuesto de que el cónyuge, los descendientes o alguno de los herederos sea farmacéutico y cumpla con los demás requisitos exigidos legalmente, podrán continuar al frente de la oficina de farmacia.»

Tal y como se observa los actos de disposición sobre la oficina de farmacia están rigidamente reglamentados por los poderes públicos, y curiosamente, es en el ámbito de los actos de disposición *mortis causa* donde la ley permite una quiebra en el principio de titularidad-propiedad, pues durante 18 meses, se va a permitir que la titularidad de la farmacia esté en manos de los herederos del farmacéutico, aunque al frente de la misma esté otro farmacéutico.

La razón de ello, como señala la doctrina, no es regular la sucesión en la farmacia, ello dependerá del Derecho privado, pero sí el conseguir que los servicios farmacéuticos se sigan prestando al público a pesar de la muerte del titular⁸.

De cualquier manera, sí conviene que fijemos ya un punto de partida: la oficina de farmacia, pese a ser un servicio público (impropio, dice la doctrina administrativa⁹) es de titularidad privada y, por lo tanto, es un valor pecuniario que ingresa en el patrimonio del farmacéutico del que puede disponer tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*, sin perjuicio, desde luego, del sometimiento en su transmisión a las reglas de Derecho público.

Todo ello evidencia un hecho incontestable: la farmacia forma parte del patrimonio de su titular, no es una *res extra comercio*, ni crea unos derechos o rentas incedibles o intransmisibles *inter vivos*.

c) *Naturaleza jurídica*. Como señala PÉREZ GÁLVEZ¹⁰, la naturaleza jurídica que presenta la oficina de farmacia deriva del art. 1 de la ley 16/97, cuando establece que:

«En los términos recogidos en la ley 14/1986, General de Sanidad, de 25 de abril, y la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, las oficinas de farmacia son esta-

⁸ En este sentido CERDÁ OLMEDO, *Derecho civil y farmacia*, (op. cit., nota 3), pp. 253 y ss.

⁹ PEMÁN GAVÍN, (op. cit. nota 5), p. 747 y ss.

¹⁰ PÉREZ GÁLVEZ, (op. cit. nota 3), pp. 84 y ss.

blecimientos sanitarios privados de interés público, sujetos a la planificación sanitaria que establezcan las comunidades autónomas, en las que el farmacéutico-titular propietario de las mismas»

Por lo tanto, y como señala dicho autor, la naturaleza jurídica de la oficina de farmacia es legal y reglamentaria: la oficina de farmacia es un establecimiento privado en su consideración patrimonial, que sólo puede ser regentada por un farmacéutico titular-propietario, pues se excluyen las transmisiones a los que no ostenten tal condición. Y, a su vez, debido a la unidad que presenta en su titularidad, la misma puede ser considerada como un patrimonio separado.

En este sentido PÉREZ GÁLVEZ, siguiendo a CERDÁ OLMEDO y a DíEZ PICAZO ¹¹ señala lo siguiente:

«En consecuencia, el Derecho objetivo autoriza y permite que la oficina de farmacia pueda ser objeto de consideración unitaria, en cuanto conjunto de relaciones activas y pasivas, ya que, de las diversas obligaciones del titular de la oficina de farmacia, no se responde mediante núcleo patrimoniales diferenciados, según pudiera ser, de conformidad a la naturaleza de aquéllas.

La oficina de farmacia es una creación del ordenamiento jurídico en base a las peculiaridades que presenta su régimen jurídico, acorde con las finalidades que se pretenden alcanzar y la presencia de intereses distintos a los propios del titular de farmacia. Por ello, la legislación de farmacia hace inventario detallado de los bienes que, inexcusablemente, debe comprender la oficina de farmacia abierta al público, a la vez que señala, también, las características especiales de los mismos.»

Por su parte, el TS en diversas sentencias admite la configuración de la farmacia como un patrimonio separado: S. 23 de abril de 1983 29 de septiembre de 1987, y ello porque como dice la S. TS de 12 de diciembre de 1980¹²:

«La oficina de farmacia es una especie de patrimonio independiente, res independiente, susceptible de tráfico, previo acatamiento de los requisitos subjetivos y objetivos establecidos».

3. LA OFICINA DE FARMACIA Y EL DERECHO PRIVADO. CONSIDERACIONES DEL NEGOCIO FARMACÉUTICO DESDE LA ÓRBITA DE LOS RÉGIMENES DE COMUNIDAD

A) Los problemas

La oficina de farmacia se presenta desde le punto de vista del Derecho Administrativo como un servicio público de titularidad privada, cuya propiedad ha de pertenecer al farmacéutico titular de la misma.

¹¹ PÉREZ GÁLVEZ, (*op. cit.* nota 3), pp. 96 y ss; CERDÁ OLMEDO, *Derecho civil y farmacia*, (*op. cit.* nota 3), pp 63 y ss y DíEZ PICAZO, *Sistema de Derecho civil*, vol. I. Madrid, 1982, p. 410.

¹² Vid, CERDÁ OLMEDO, *Derecho civil y farmacia*, (Op. Cit. nota 3), pp 69 y ss, donde comenta estas sentencias.

En razón de ello, cabe preguntarse i) si la oficina de farmacia, aun adquirida constante matrimonio, y rigiendo entre los cónyuges un régimen matrimonial de comunidad, puede ser considerada como un bien común y, por lo tanto, perteneciente también, aunque de forma abstracta, al otro cónyuge, que en la mayoría de los casos no será farmacéutico; ii) si la consideración que la farmacia deba tener desde el punto de vista civil supone el ejercicio de una profesión o, por el contrario, cabe calificarla como una explotación comercial o negocio mercantil; iii) si consideramos que la oficina de farmacia tiene capacidad para ser un bien común perteneciente al consorcio conyugal: *¿quid iuris* respecto de los actos de disposición y enajenación sobre la misma: será necesario el consentimiento del cónyuge no titular?; y, iv) por último, si no es posible constituir ningún tipo de usufructo sobre la oficina de farmacia, puesto que «La titularidad de la autorización administrativa y la propiedad de la oficina de farmacia son condiciones unívocas e indivisibles. *¿Quid iuris* con la viudedad foral aragonesa?

B) *El análisis de la oficina de farmacia desde el punto de vista civil*

a) *Concepto y naturaleza: La empresa farmacéutica.* La regulación de la oficina de farmacia por el Derecho Administrativo tiene por objeto el servicio público que las mismas deben prestar al estar integradas en el servicio nacional de la salud, y ser los únicos establecimientos habilitados por la ley para dispensar medicamentos.

Pero evidentemente el Derecho administrativo no puede regular la consideración que desde el punto de vista patrimonial puedan tener las farmacias, dicha calificación corresponde al Derecho civil, pues las farmacias, como ya hemos advertido, no son *una res extra comercio*, ni tan siquiera están excluidas del tráfico jurídico, aun cuando estén fuertemente reglamentados los actos de disposición sobre las mismas.

Por ello, la oficina de farmacia, que como dice la ley, es de titularidad privada, permite al titular de la misma disponer de ella (incluso *intervivos* y a título lucrativo) sin más limitaciones y requisitos que los previstos en la ley.

Ahora bien, y como también hemos señalado, la oficina de farmacia forma una unidad funcional ya que todos sus elementos (local de negocio, stock, mercaderías, aparatos, etc) forman parte de dicha explotación para poder desarrollar el servicio público sanitario. Por ello, la misma se considera como un patrimonio separado transmisible *uno ictu*.

Desde el punto de vista civil la oficina de farmacia puede ser considerada o caracterizada como un bien mueble, de carácter indivisible, que constituye un patrimonio separado y que requiere de un local comercial sobre la que asentarse¹³. Esta calificación en nada perturba los principios rectores del Derecho farmacéutico sobre la oficina de farmacia.

¹³ En relación con los caracteres de la oficina de farmacia desde el punto de vista civil *vid.* CERDÁ OLMEDO, *Derecho civil y farmacia*, (op. cit. nota 3), pp 63 y ss autor al que sigo en sus planteamientos.

Doctrina y jurisprudencia afirman unánimemente el carácter mercantil de las oficinas de farmacia, sin perjuicio, desde luego, de las limitaciones que impone la legislación farmacéutica¹⁴.

En este sentido la S. del TS de 26 de febrero de 1979 atribuye a la farmacia el carácter de empresa mercantil, y en concreto señala que en las farmacias se lleva a cabo:

«una actividad comercial consistente en preparación y venta de productos medicinales con el lógico deseo de obtener una ganancia así como adquirir en los centros productores toda clase de específicos y géneros farmacológicos para igualmente conseguir un lucro en la reventa de los mismos, función ésta propia del Código de comercio, en cuanto va incluida en el concepto de actos mercantiles que define el art. 325 del mismo sin que la circunstancia de estar limitado el ejercicio de dicha actividad negocial a las personas que se hallan en posesión del correspondiente título, haga perder el carácter mercantil a la función que las mismas ejercen.»

La doctrina y la jurisprudencia francesa también muestran unanimidad en tratamiento de las oficinas de farmacia, que al igual que en Derecho español se las califica desde el punto de vista de la empresa.

En este sentido COLOMER califica a la oficina de farmacia de *fondo de comercio*, si bien su explotación exige determinadas cualidades y conocimientos al exigir la ley una cualificación profesional y ciertas limitaciones en los actos de disposición sobre la misma impuestas por el Código de la salud¹⁵.

Esta calificación de la oficina de farmacia como fondo de comercio (valor pecuniario del mismo), me parece también predicable de la oficina de farmacia española, y servirá para discurrir la consideración de bien privativo o común que la misma pueda tener.

b) La oficina de farmacia: bien privativo o bien común

a'. Planteamiento. La oficina de farmacia, desde el punto de vista del Derecho civil, no supone el ejercicio de una actividad, como pueda ser la profesión de abogado o médico, sino que directamente es calificada por la doctrina y la jurisprudencia como una empresa mercantil caracterizada por las peculiaridades que de forma imperativa establece el Derecho público: sólo pueden ejercer este comercio los licenciados en farmacia que además tengan la correspondiente autorización administrativa.

Ahora bien, si a la oficina de farmacia se la califica de comercio farmacéutico se debe a que la misma es capaz de generar un valor pecuniario (el fondo de comercio del que habla la doctrina francesa) sobre el que es necesario esta-

¹⁴ CERDÁ OLMEDO, *Derechos civil y farmacia*, pp. 63 y ss y (op cit. nota 3); RAMS ALBESA, *La oficina de farmacia en la sociedad de gananciales*, RGLJ, 1987, pp. 357 y ss.

¹⁵ COLOMER, André, *Droit civil. Régimen matrimoniaux*, 10^e, Litec, París, pp. 344 y ss, en el mismo sentido CHAMPION, *Régimen matrimoniaux et contrats de mariage*, 9^e, Delmas, París, 1998, pp. 118 y ss.

blecer si siempre y en todo caso es privativo o por tratarse de un negocio puede ser común y, por lo tanto, su valor (el llamado fondo de comercio en cuanto plusvalía o aumento de valor del negocio farmacéutico) dividido entre los cónyuges a la disolución del régimen de comunidad.

b'. ¿Inidoneidad de la oficina de farmacia para ser un bien común? La legislación pública en materia de farmacia exige el doble requisito de titularidad-propiedad sobre la oficina de farmacia.

Dicho requisito, que de forma imperativa impone la legislación farmacéutica, permitiría defender la inidoneidad de la oficina de farmacia para ser un bien común en los regímenes de comunidad.

En consecuencia, la oficina de farmacia, aun cuando se adquiriera constante matrimonio y a costa del caudal común, sería siempre y en todo caso un bien privativo del cónyuge farmacéutico, que tan sólo vendría obligado a reintegrar al consorcio conyugal lo aportado por éste para obtener la oficina farmacéutica. Y ello, sin perjuicio de que los ingresos que produjera el negocio (el beneficio una vez descontados los gastos de producción) fueran, en todo caso, comunes (art. 37.2 y 3 Comp., art. 1347. 1 y 2 Cc.).

Ahora bien, el hecho de considerar a la oficina de farmacia como un bien privativo y exclusivo del cónyuge farmacéutico no puede extraerse directamente de la legislación farmacéutica, que tan sólo está llamada a exigir unos requisitos para el ejercicio de este peculiar comercio y una serie de limitaciones en lo que concierne a los actos de disposición sobre el mismo.

Y ello, porque como ya hemos advertido, la razón de estas exigencias, no es otra que garantizar el cumplimiento del servicio público que se ha de prestar a través de la oficina de farmacia, sin prejuzgar la calificación jurídica que la misma deba tener desde el punto de vista civil, al formar parte la oficina de farmacia del patrimonio de su titular, oficina de la que puede disponer, siempre que lo haga cumpliendo los requisitos y limitaciones que en beneficio del servicio público establece la legislación farmacéutica.

En consecuencia, para que la oficina de farmacia fuera siempre y en todo caso un bien privativo de su titular, sin importar el momento de su adquisición o los fondos empleados en ello, el negocio de farmacia debe encontrarse en alguno de los supuestos legales que impiden que dicho bien pueda formar parte del consorcio conyugal y, en concreto, debemos analizar si la oficina de farmacia goza de la naturaleza de un bien patrimonial inherente a la persona o se trata de un bien intransmisible *intervivos*.

Sólo si la oficina de farmacia está en uno de estos casos será un bien de la exclusiva propiedad de su titular e incommunicable al consorcio conyugal.

c'. Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los intransmisibles intervivos. Problemas que en el ordenamiento español se presentan en la actualidad como nuevos e innovadores son ya viejos y más que elaboradas cuestiones tratadas y resueltas por la doctrina francesa, en la que el divorcio entre los cónyuges goza de una tradición de más de cien años.

Por ello, también ya de desde antiguo (antes de la reforma de 13 de mayo de 1965) el Derecho francés, en el que regía el sistema de muebles y adquisiciones al estilo del régimen legal aragonés vigente, se esforzó por excluir del consorcio determinados bienes muebles, que recaían siempre en la comunidad tanto si se adquirían antes como si se adquirían después de celebrado el matrimonio.

Así surgió la categoría de bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona, que permitía eludir el ingreso en la comunidad de aquéllos bienes muebles especialmente vinculados a la persona de uno de los cónyuges. Considerándose desde entonces esta categoría como bienes que por su naturaleza son siempre privativos de su titular. En el Derecho francés vigente, como también en ordenamiento aragonés y en el Código civil, los bienes inherentes a la persona son de propiedad exclusiva de su titular.

Pues bien, para que la oficina de farmacia sea un bien privativo de este tipo tendríamos que concluir que la misma es una accesión o un derivado de la titularidad y de la licencia administrativa que se concede al farmacéutico con carácter personal y exclusivo; o dicho de otra manera, que el requisito administrativo que limita el ejercicio de la botica a los licenciados en farmacia que han obtenido la debida licencia forman un bien principal del que deriva el valor pecuniario que crea el negocio farmacéutico, de manera que la oficina de farmacia es siempre y en todo caso privativa de su titular.

En Derecho francés, durante algunos decenios, algunos autores se opusieron a la idoneidad de la oficina de farmacia para poder ser un bien común, alegando fundamentalmente que los poderes de gestión sobre tal negocio debían corresponder a su titular; las exigencias y limitaciones que imponía la legislación farmacéutica; así como la posibilidad y perjuicio que podía recibir el cónyuge farmacéutico a la disolución del régimen de comunidad, que podría verse privado de la farmacia, contradiciendo así la legislación pública¹⁶.

Con todo, la doctrina mayoritaria francesa, con mejor criterio, consideró que en supuestos como el de la oficina de farmacia, o el despacho profesional de un médico, o de un abogado, etc., en los que se requiere una especial titulación para el ejercicio de los mismos se ha de distinguir entre la titularidad y la *finance*.

Así, el título universitario que habilita para el ejercicio de la profesión o el desempeño de la farmacia será siempre privativo e incommunicable al consorcio, como lo será también la autorización administrativa que se concede al farmacéutico.

Ahora bien, el valor pecuniario que se obtiene a través del ejercicio de dicha titularidad, el negocio en sí mismo considerado, sí puede tener vocación

¹⁶ COLOMER, *Droit civil ...*, (op. cit. nota 15), p. 345. De forma aislada, en Derecho español, defiende el carácter privativo de la oficina de farmacia NAVARRO PÉREZ, José Luis, *La oficina de farmacia en los procedimientos de liquidación y adjudicación de bienes por ruptura matrimonial*, ed. Ibarra de Arce, Jaén, 1997, p. 75 y ss.

para ser un bien común e ingresar en el consorcio, ya que dicha actividad comercial no es inherente a la persona, porque la misma no es indisponible.

En efecto, la oficina de farmacia no es una *res extra commercio*, el titular de la misma puede disponer de ella sin más limitaciones que las previstas en la ley.

Por lo tanto, si no es un derecho patrimonial inherente a la persona, ni indisponible *intervivos*, no puede ser calificado como bien privativo por naturaleza¹⁷.

Pero, ¿*quid iuris* si la legislación farmacéutica hiciera depender todo ello del título universitario y de la licencia de apertura, señalando el carácter indisponible del negocio farmacéutico? Si esto fuera así, probablemente tendríamos que concluir que la oficina de farmacia es un bien privativo por ser intransmisible *intervivos* y depender necesariamente de la titulación universitaria y de la licencia administrativa.

NAVARRO PÉREZ señala que esta situación puede producirse en Extremadura (Ley 2/96 de 25 de junio) y en Castilla La Mancha (Ley 4/96 de 26 de diciembre) dado que su legislación autonómica (recurrida ante el TC) vincula la autorización de apertura de la oficina de farmacia a la persona del titular, entendiéndola como una concesión de carácter administrativo limitada en el tiempo e intransferible¹⁸.

d'. *La vocación del comercio de farmacia para ser bien común*. Si la oficina de farmacia —al margen de los casos extremeño y manchego— no es un bien inherente a la persona ni es intransmisible *intervivos*, podemos concluir que el negocio de farmacia tiene vocación para ser un bien común y, en consecuencia, será común o privativo en función las normas que rijan el consorcio conyugal.

Así, y por lo que respecta a la legislación Aragonesa, al negocio de farmacia le es aplicable la presunción de muebles por sitios del art. 39.1 Comp., y será privativo si se adquirió antes del matrimonio o constante el mismo a título lucrativo o a costa de bienes privativos (art. 38 en relación con el art. 39 Comp).

Por lo que respecta al Código civil, el negocio de farmacia será privativo si está en alguno de los supuestos del art. 1346 y común si lo está en alguno de los supuestos del art. 1347.

Con todo conviene advertir que en el Código civil «*el establecimiento, la explotación o cualquier otro género de empresa*» sólo se mencionan en el art. 1347 referido entonces a los bienes gananciales, a diferencia de la Compilación que considera a las «*explotaciones*» como *sitios* y, por ello, sometidas a presunción de privaticidad. Cuestión, que como seguidamente veremos no es baladí en lo que

¹⁷ CERDÁ GIMENO, *Derecho civil y farmacia*, (op. cit. nota 3) analiza la tesis que niega el carácter ganancial de la oficina de farmacia y también la crítica que a la misma se puede hacer.

¹⁸ NAVARRO PÉREZ, JOSÉ LUIS, *La oficina de farmacia en los procedimientos de ...*, (op. cit. nota 16) p. 53-66.

hace al régimen de la oficina de farmacia en el régimen legal aragonés frente al régimen de gananciales.

Obsérvese, además, que a tenor del art. 1347.5º a la empresa mercantil le resulta aplicable el régimen del art. 1354 (proindiviso entre la sociedad de gananciales y el patrimonio privativo los cónyuges), situación inaplicable en Aragón¹⁹.

Por su parte, el TS, al igual que la doctrina mayoritaria²⁰ defienden sin lugar a dudas la vocación de la oficina de farmacia para ser un bien común.

En concreto, el TS en S. de 29 de febrero de 1979 de considera ganancial la oficina de farmacia en sí misma y como tal, y no su mero valor pecuniario (como rendimiento del trabajo o actividad de uno de los cónyuges) o algunos de elementos patrimoniales que la componen.

Según dicha sentencia:

«es ganancial el establecimiento farmacéutico, entendiendo como tal no sólo el local o elementos accesorios del mismo, sino el negocio y empresa comprensivo de las existencias, clientela, derecho de traspaso y demás que del mismo se deriven, siendo dicho local y elementos accesorios el soporte físico de dicha actividad negocial.»

4. LA OFICINA DE FARMACIA: GESTIÓN Y DISPOSICIÓN. EL FONDO DE COMERCIO. EL USUFRUCTO VIDUAL SOBRE EL NEGOCIO DE FARMACIA

Una vez admitida la vocación e idoneidad de la oficina de farmacia para formar parte del activo del consorcio legal aragonés así como también de la sociedad legal de gananciales, nos queda por establecer cómo es el régimen jurídico de la misma en cada uno de estos regímenes conyugales.

En relación con ello analizaremos la situación de la farmacia en consorcio conyugal aragonés señalando la identidad o diferencia que la misma presenta en relación con la sociedad de gananciales.

A) La oficina de farmacia privativa.

a) La plusvalía sobre oficina de farmacia privativa.

a'. En el consorcio conyugal aragonés. Tal y como hemos señalando la oficina de farmacia no es un bien privativo por naturaleza de uno de los cónyuges, si

¹⁹ En relación con el art. 1354 y su aplicación en Aragón, vid. BAYOD LÓPEZ, María del Carmen, *La aplicación supletoria del Código civil al régimen económico matrimonial aragonés*, «Actas de los octavos encuentros de Foro de Derecho aragonés», ed. Justicia de Aragón, Zaragoza, 1999, pp. 39-130 y *Bienes privativos y comunes en el régimen matrimonial aragonés. La aplicación supletoria del Código civil*, en RDCA, 2000, nº2, (en publicación).

²⁰ CERDÁ GIMENO, *Derecho civil y farmacia*, (op. cit. nota 3), pp.228 y ss.; RAMS ALBESA, *La oficina de farmacia ...*, (op. cit. nota 14), pp. 357 y ss. y PÉREZ GÁLVEZ, (op. cit. nota 3), pp. 95 y ss. Recientemente se manifiesta en el mismo sentido la S. T.S. de 9 de marzo de 2000 (Vid. comentario MAS BADIA, Dolores, en CCJ/C, 53, pp. 771-790).

bien puede ser privativa si la misma se encuentra en alguno de los supuestos del art. 38 Compilación aragonesa.

En consecuencia, la farmacia será privativa si se adquiere antes del matrimonio o constante el mismo a título lucrativo u opera debidamente la subrogación real.

En estos casos, aun cuando los rendimientos que produzca la farmacia constante matrimonio serán comunes, la venta de la misma y las plusvalías e incrementos patrimoniales que sobre la misma se generen serán privativos.

Así, y tal y como afirma la S. TSJ de Aragón de 9 de mayo del 2000, si la farmacéutica, recurrida en casación, hubiera enajenado la farmacia, aun no habiendo régimen de separación de bienes, lo obtenido por la venta de la misma hubiera sido privativo, incluida la plusvalía. Esto es lo que dispone el art. 38.7º Comp.

b'. *En la sociedad legal de gananciales.* La solución no es la misma si hubiera resultado aplicable el Código civil, tal y como erróneamente defendía el recurrente.

En efecto, como decía al principio de este comentario, en Aragón no resultan aplicables los arts. 1359 y 1360 Cc. que reconocen un crédito a favor de la sociedad de gananciales por las plusvalías generadas en la empresa privativa, siempre que aquéllas se hayan obtenido a costa de fondos comunes o por la actividad de uno cualquiera de los cónyuges.

Como señala Díez BALLESTEROS, la plusvalía de la empresa privativa no puede modificar el carácter de la misma, pero si dicha plusvalía se ha obtenido *a costa de fondos comunes o por la actividad de uno cualquiera de los cónyuges*, desde un punto de vista jurídico, dicho plusvalor será ganancial, naciendo un crédito por dicho aumento de valor a favor de la sociedad de gananciales²¹.

c'. *Las diferencias.* En Aragón, la plusvalía será en todo caso privativa sin que haya un derecho de reembolso a favor de la comunidad.

²¹ Como señala Díez BALLESTEROS, cuando la plusvalía se genere por la inversión de fondos comunes se ha de tener en cuenta que la reinversión ordinaria no dará ningún derecho a reembolso por parte de la sociedad de gananciales, pues se compensa también con la producción de recursos de la empresa que ingresan en la sociedad. Ahora bien, si la inversión ha sido extraordinaria, sí aparece el derecho de recompensa a favor de la comunidad. La comunidad será acreedora por el aumento de valor del establecimiento al tiempo de su disolución o enajenación

En el supuesto de que el incremento de valor se genere por la actividad de cualquiera de los cónyuges habrá también que determinar a qué tipo de actividad se refiere el precepto. En aplicación de los arts. 1359 y 1360 la sociedad de gananciales también será acreedora de ese aumento de valor, si se debe a la actividad de cualquiera de los cónyuges, si bien, varios autores (EGEA TORRALBA Y DE LOS MOZOS) distinguen entre explotación regular y explotación extraordinaria, y concluyen que sólo da derecho al aumento de valor de la empresa, aquélla actividad que revista un carácter extraordinario en su desenvolvimiento normal (Cfr. Díez BALLESTEROS, Alberto, *La empresa individual en el régimen de gananciales*, ed. Montecorvo, S.A., Madrid, 1997, pp. 149 y ss.).

La solución de legislador aragonés, a mi juicio, parece más razonable ya que el trabajo de uno de los cónyuges no priva al consorcio de su riqueza, sino que el trabajo dedicado a la empresa privativa hará aumentar los beneficios de ésta, que serán consorciales, de ahí que nada tenga que reembolsarse al consorcio conyugal, que ya se ha lucrado a través de los beneficios obtenidos por la empresa²².

Igualmente, y en el caso del Derecho aragonés, si se han invertido fondos comunes (reinversión de los propios beneficios de la empresa o utilización de fondos consorciales en mejoras que incrementan el valor del negocio) nada habrá que reintegrar a la comunidad, si ello puede ser calificado como gasto o carga contraída en ejercicio de una actividad útil a aquélla (art. 41.1 Comp.).

Sólo si dicha plusvalía se ha generado a través de la inversión de fondos comunes de forma extraordinaria y sin que suponga el ejercicio de una actividad útil para la comunidad, tendrá ésta un derecho de reembolso, pero no por el incremento de valor del negocio, sino por el valor actualizado de la inversión efectuada en bienes privativos a costa del caudal común: art. 47 Comp.

Como vemos, en ningún caso la solución aragonesa coincide con la prevista en el Código civil.

b) Actos de gestión y disposición sobre los bienes privativos. Cuando la farmacia es privativa de uno de los cónyuges, corresponde al mismo la disposición y administración sobre ella. Así lo establece el art. 51 Comp., sin que en este aspecto haya diferencias con la regulación del Código civil.

Ahora bien, al ser la farmacia un bien mueble del art. 39.1 la enajenación por el cónyuge titular requerirá la renuncia al derecho expectante, si admitimos que el negocio de farmacia, no obstante las prohibiciones de usufructo sobre la misma que impone la legislación administrativa, sí es susceptible de viudedad (art. 72 en relación con el art. 76 Comp.).

c) Reparaciones, gastos e inversiones. Aun cuando la oficina de farmacia sea un bien privativo, las reparaciones efectuadas en la misma, así como los gastos necesarios para el desarrollo de dicha actividad, son una carga de la comunidad, tal y como prevé el art. 41 Comp. aragonesa, e igualmente admiten las sentencias de la APZ (2 de febrero de 1998) y del TSJA (9 de mayo del 2000) en este supuesto.

Por lo demás, como correctamente también resuelve la Audiencia y el Tribunal Superior, si el local de negocio, adquirido antes del matrimonio, o el

²² La misma solución que en Aragón se produce en el Derecho francés. En concreto COLOMER señala: «la plusvalía nacida de un desarrollo de la clientela gracias a la habilidad del esposo que explota el negocio no puede tener ninguna repercusión jurídica, no deviene común y la comunidad no puede pretender una recompensa. No se ha empobrecido, al contrario, ya que la afortunada industria del esposo comerciante tendrá por efecto inmediato el aumento de los recursos de la comunidad.» Cfr. *Droit civil ...*, (op. cit. nota 16, pp. 178 y ss).

propio negocio de farmacia, se pagan constante matrimonio, el consorcio conyugal tendrá derecho a ser reintegrado de dicho valor, tal y como señala el art. 47 de la Compilación, lo que significa, en contra del criterio de la juzgadora, que dicha cantidad se ha de actualizar al momento de la liquidación, como así se reconoce por la APZ y confirma el TSJA.

A iguales conclusiones cabe llegar si fuera aplicable el Cc.: art. 1369 y 1397.3 del mismo.

B) La oficina de farmacia consorcial. Liquidación y división

a) *Adjudicación del negocio y adjudicación del valor.* Como se señala la jurisprudencia del TS, la oficina de farmacia puede ser ganancial si se dan los requisitos para ello. Igualmente, podemos afirmar que la oficina de farmacia puede formar parte del activo de la sociedad conyugal aragonesa, si nos encontramos ante uno de los supuestos del art. 37 Comp.

En consecuencia, si la farmacia se adquiere constante matrimonio y a costa del caudal común el negocio de farmacia será un bien común al igual que lo será la plusvalía que el mismo genere y, por lo tanto, su valor pecuniario (no el negocio en sí mismo considerado) divisible a la disolución del consorcio.

La legislación farmacéutica no se opone a la calificación como consorcial (o bien común) que se puede predicar de la oficina de farmacia, puesto que evidentemente la titularidad-propiedad de la misma sólo puede corresponder al cónyuge farmacéutico por disposición de la ley. No obstante, y como advertíamos, el negocio de farmacia genera una *finance*, un valor pecuniario, que sí tiene vocación de ser ganancial.

En consecuencia, si la oficina de farmacia es ganancial, el cónyuge no titular de la misma tendrá derecho a percibir la mitad del valor que se le pueda atribuir a la farmacia, incluido su plusvalor o fondo de comercio.

Con todo no cabe ninguna duda de que por imperativo del Derecho farmacéutico, la farmacia ha de ser adjudicada a su titular-propietario, único capacitado para ejercer este negocio. Esta solución, por lo demás, también se encuentra recogida en la legislación civil: art. 58.2 Comp. y 1406 Cc.

b) *Actos de disposición y administración.* La legislación farmacéutica exige la unidad de titularidad-propiedad en el farmacéutico para garantizar la función de servicio sanitario que presenta al oficina de farmacia.

Ello podría inducir a pensar que el negocio farmacéutico, calificado también de patrimonio separado por la doctrina y la jurisprudencia, es ajeno a las normas de cogestión y codisposición previstas en la legislación civil.

Al igual que hemos advertido en el párrafo anterior, la oficina de farmacia consorcial (o ganancial) no puede escapar a estas reglas que, por lo demás, no vulneran la legislación farmacéutica.

En efecto, los actos de administración y gestión de la oficina de farmacia los ejecuta su titular, único habilitado por la ley. Además, a la misma conclusión cabe llegar a través de la legislación civil: art. 48 Comp. y arts. 1.384 a 1.386 Cc.

No obstante, los actos de disposición sobre la oficina de farmacia: su venta, donación, etc., sí que requerirán del consentimiento del otro cónyuge, al exigirlo así el Derecho civil.

En efecto, los actos de disposición sobre los bienes comunes corresponden a ambos cónyuges. Y si la oficina de farmacia es consorcial o ganancial, no ha de escapar dicha previsión²³.

Una vez más conviene recordar, que la legislación administrativa no está regulando la situación patrimonial de la oficina de farmacia, sino tan sólo los requisitos que garanticen la prestación de un servicio público.

Por ello, la codisposición sobre la farmacia no altera las previsiones del Derecho farmacéutico, que no regula cómo y con qué consentimientos se ha de disponer de ella, lo que regula la legislación farmacéutica es la legitimación del adquirente: que sea farmacéutico, que tenga la debida autorización administrativa. El papel que ocupe la oficina de farmacia (su valor pecuniario) en el patrimonio del adquirente (o en el del transmitente) no lo prevé ni lo regula el derecho público. Las previsiones sobre ello corresponden al Derechos privado.

Con todo, aún podría alegarse en contra de esta postura, que la necesidad de consentimiento del cónyuge del farmacéutico conllevaría la introducción de un tercero ajeno en el negocio de farmacia, que incluso podría impedir la venta (o cualquier otro acto de disposición del farmacéutico).

Pues bien, a lo que creo, la legislación civil también resuelve estas cuestiones: de forma expresa y, para casos similares a éstos, se prevé el auxilio judicial: art. 50 Comp. y art. 1377 Cc.

Así las cosas, el cónyuge no titular del negocio farmacéutico no podría impedir la disposición de dicho negocio por parte de su titular si no es con justa causa, que será valorada por los tribunales.

En consecuencia, y a lo que creo, la regulación pública de la oficina de farmacia, en nada perturba la consideración que la misma pueda tener desde el punto de vista del Derecho privado: aquella legislación sólo regula los aspectos sanitarios y públicos de la oficina de farmacia, mientras que ésta regula el Derecho patrimonial. Ambas legislaciones se complementan pero no se excluyen.

²³ En este sentido CERDÁ OLMEDO, *Derechos civil y ...*, pp. 236 y ss (*op. cit.* nota 3). En el mismo sentido y para el Derecho francés, en el que rige también la codisposición y una legislación farmacéutica similar a la española, *vid.* COLOMER, *Droit civil ...*, pp. 334 y ss (*op. cit.* 15) y CHAMPION, *Régimes matrimoniaux ...*, pp. 118 y ss.

D) *¿Quid iuris acerca del usufructo viudal?*

a) *Planteamiento*

Como hemos señalado, doctrina y jurisprudencia, en razón del servicio sanitario que está llamada a prestar la oficina de farmacia, excluyen la posibilidad de que sobre la misma pueda recaer un derecho de usufructo, puesto que ello supondría la negación del principio titularidad-propiedad que debe recaer sobre el farmacéutico autorizado.

Si ello es así, cabe pensar si acaso la viudedad foral no es posible sobre la oficina de farmacia, ya que el nudo-domino correspondería a un tercero, que necesariamente ha de ser farmacéutico, mientras que el usufructo recaería sobre un sujeto —el viudo/a del titular de la farmacia— que muy probablemente carecería de titulación; pues si la tuviera, no tendríamos tal problema ya que podría continuar ejerciendo dicho peculiar comercio (art. 21 Ley aragonesa de ordenación farmacéutica)²⁴, sin perjuicio, en su caso de la compensación económica que tendría satisfacer, al resto de los herederos.

Una vez más, la posibilidad o no de viudedad sobre la oficina de farmacia no puede deducirse únicamente de la legislación farmacéutica, que no está llamada a regular esta materia, sino que se ha de tener en cuenta también el Derecho civil aplicable.

En razón de ello, será necesario analizar si la oficina de farmacia puede o no ser susceptible de viudedad en aplicación de los art. 72 y siguientes de la Compilación, y qué incidencia causa el Derecho farmacéutico sobre dicha regulación.

De cualquier manera y como premisa, tendremos que determinar si los derechos sobre la oficina de farmacia se extinguen con la muerte de su titular y en especial qué sucede con la autorización administrativa del farmacéutico fallecido.

b) *Farmacia y herencia*

La oficina de farmacia es un bien mueble que ingresa en el patrimonio de su titular, y del que éste puede disponer, tanto por acto *intervivos* como *mortis causa*, sin otras limitaciones que las impuestas en la legislación farmacéutica, que en orden a la legitimación del adquirente incide decididamente sobre la legislación civil.

Lo anterior supone que la titularidad sobre la oficina de farmacia no se extingue con la muerte de su titular, sino que la misma es transmisible a sus herederos, con independencia de que éstos sean o no farmacéuticos²⁵.

²⁴ En relación con el Derecho de usufructo sobre la oficina de farmacia *vid.* Cerdá Olmedo, *Derecho civil y farmacia*,..., pp. 137 y ss. (*op. cit.* nota 3).

²⁵ El titular de la oficina de farmacia puede disponer de forma voluntaria sobre la misma, e incluso nombrar heredero de ésta o legatario a un sujeto que no cuente con la debida titulación.

En efecto, la legislación farmacéutica históricamente²⁶ ha permitido una quiebra en el indivisible principio propiedad-titularidad, de manera que la farmacia se transmite a los herederos o al cónyuge del titular de la oficina, los cuales podrán ejercer dicho comercio, si alguno de ellos es farmacéutico o bien, de no ser ninguno de ellos licenciados en dicha facultad, podrán enajenar el negocio a un tercero que cumpla con los requisitos previstos en la legislación administrativa.

Entre tanto, la farmacia, titularidad de los herederos del *deuius*, será regentada y administrada por un de farmacia nombrado al efecto, que percibirá el emolumento correspondiente, siendo los beneficios de la misma objeto de la herencia, al igual que lo será el precio que se obtenga con la enajenación de dicha oficina, puesto que la autorización administrativa no se extingue con la muerte del farmacéutico.

Durante el plazo que señala la ley (18 meses) sigue abierta la oficina de farmacia en espera de que los herederos del farmacéutico premuerto decidan qué hacer con el negocio de farmacia, y, en su caso, si alguno de ellos fuera farmacéutico, podría continuar con la titularidad-propiedad del negocio, sin perjuicio de las compensaciones económicas al resto de los herederos a que hubiere lugar²⁷.

Por lo tanto, la farmacia, desde el punto de vista civil, es un valor pecuario (o *fondo de comercio*, como lo califica la doctrina francesa) susceptible de tráfico jurídico, que no genera un derecho inherente a la persona de su titular.

En consecuencia, si la oficina de farmacia es un valor disponible: ¿*Quid iuris* acerca de la viudedad?

c) Viudedad y oficina de farmacia

El art. 72, en su párrafo 1º, señala: «*La celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad sobre todos los bienes del que primero fallezca*». Por otro lado, el art. 79, a su vez, establece: «*El fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente con derecho expectante el de usufructo sobre los bienes afectos, y, desde ese momento, su posesión*».

Con ello, no se vulnera la legislación farmacéutica: el comercio sobre la misma lo tendrá que ejercer un sujeto que cumpla los requisitos que de forma imperativa establece el Derecho público, lo que se le atribuye al heredero o legatario de la oficina de farmacia no licenciado en dicha ciencia, es la posibilidad de enajenar dicho negocio y hacerse con el resultado económico del mismo (*vid.* art. 21 Ley aragonesa 4/99 de 25 de marzo de ordenación farmacéutica) y Cerdá Olmedo, *Derecho civil y farmacia*, ..., (*op. cit.* nota 3), pp. 249 y ss, en las que admite estas posibilidades.

²⁶ En la Novísima Recopilación en el número 9 de la ley X, bajo la rúbrica general «Instrucción que deberán observar los visitadores de boticas», se admitía ya la sucesión de la farmacia a favor de la viuda y pupilos, decía la ley. (Cfr. PÉREZ GÁLVEZ, *Farmacia y patrimonio*, (*op. cit.* nota 3, pp. 67 y ss.).

²⁷ En relación con la transmisión de la oficina de farmacia por muerte de su titular *vid.* Cerdá Olmedo, *Derecho civil y farmacia*, ..., (*op. cit.* nota 3), pp. 247 y ss.

En atención a estos preceptos la viudedad se define como el usufructo que corresponde al cónyuge superviviente sobre todos los bienes del cónyuge premuerto, en los que aquél hubiera tenido derecho expectante; configurándose la viudedad como universal (sobre todos los bienes, muebles e inmuebles) del que primero fallezca, y sin perjuicio de su posible reducción (art. 72.1 in fine Comp.).

La viudedad se articula en dos fases: una fase previa, el llamado derecho expectante, que consiste en un eventual derecho al usufructo que, constante matrimonio, corresponde recíprocamente a ambos cónyuges sobre todos los bienes del otro, sean privativos o consorciales y los hayan adquirido por cualquier título; y una segunda fase, el usufructo, que corresponde al cónyuge superviviente.

En consecuencia, y en atención a todo ello, tendríamos que concluir que sobre la oficina de farmacia no habrá usufructo si tampoco hay sobre la misma derecho expectante.

a'. *¿Derecho expectante y farmacia?* En atención a los art. 72 y 79 Comp. el usufructo viudal recae sobre todos los bienes y derechos del premuerto que no se extingan con su muerte, sobre los que constante matrimonio hubiera habido, a su vez, derecho expectante.

El derecho expectante de viudedad recae sobre todos los bienes privativos o comunes de ambos cónyuges. Cuando el Derecho expectante recae sobre inmuebles por naturaleza o sitios del art. 39.1 Comp. (cfr.art. 76.1 Comp.), la doctrina caracteriza al derecho de gravamen real de origen legal²⁸. E incluso, en estos casos, y como expresa el art. 76.2 Comp.: «*Este derecho no se extingue o menoscaba por la ulterior enajenación de cualquiera de los bienes mencionados en el número anterior, a menos que se renuncie expresamente*».

Pues bien, en atención a todo ello, ¿es susceptible la oficina de farmacia de estar sujeta al Derecho expectante de viudedad?

A lo que creo, no hay ninguna duda al respecto. La oficina de farmacia goza de la naturaleza de explotación comercial o mercantil en el sentido del art. 39.1 Comp., cuya titularidad y autorización administrativa no se extingue ni caduca por la muerte de sus titular (art. 21 Ley 4/99 de 25 de marzo de ordenación farmacéutica para Aragón).

²⁸ Sobre la naturaleza d la viudedad, Vid. SANCHEZ REBULLIDA, Francisco de Asís, *La viudedad y el derecho expectante de viudedad*, «Actas de los Primeros Encuentros de Foro aragonés», ed. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 1992, pág. 65-72.; SANCHEZ REBULLIDA, F.A. y DE PABLO CONTRERAS, Pedro, *Comentarios a los arts. 72 a 88 de la Compilación aragonesa* en «Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón», T.II, dirigidos por Lacruz Berdejo y Delgado Echeverría, ed. DGA. Zaragoza, 1993, pág. 623-886; BAYOD LÓPEZ, Carmen, *La viudedad foral aragonesa*, en «Derechos civiles de España», vol. VI, (Aragón y Castilla-La Mancha), dirigidos por Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas, ed. Aranzadi . ed. Banco Central hispano, Madrid, 2000, pp. 3489-3524.

En consecuencia, y con independencia del régimen económico que medie entre los cónyuges, la farmacia está sujeta al derecho expectante de viudedad y, por lo tanto, si el cónyuge titular decide enajenar dicho negocio, se requerirá el consentimiento del otro cónyuge, para extinguir el expectante y las consecuencias de un eventual usufructo sobre el valor pecuniario que representa la oficina de farmacia.

La existencia de este derecho expectante sobre la oficina de farmacia y, en consecuencia, la necesidad de intervención del otro cónyuge para conseguir la extinción de la viudedad foral sobre dicho establecimiento, no significa que con ello se esté vulnerando la legislación farmacéutica, por las mismas razones que ya expusimos al afirmar la idoneidad de este negocio para ser un bien consorcial.

La independencia del farmacéutico en orden a los actos de disposición sobre la oficina de farmacia encuentra también apoyo en la legislación civil.

El art. 76.2.2º Comp. prevé la posibilidad de actuación judicial para extinguir el derecho expectante, si el cónyuge del farmacéutico se niega a renunciar al expectante con abuso de su derecho²⁹.

Por consiguiente, y a lo que creo, es posible el Derecho expectante sobre la oficina de farmacia.

b'. El usufructo viudal sobre la oficina de farmacia. Si consideramos que la oficina de farmacia no escapa a las previsiones de los artículos 72 y 76 de la Compilación aragonesa, parece que igualmente ha de quedar sujeta a la segunda fase de la viudedad, esto es, a la transformación del derecho expectante en el «usufructo sobre los bienes afectos y, desde ese momento, su posesión» (art. 79 Comp.).

Con todo, no cabe duda, que aun cuando esta segunda fase de la viudedad represente un peculiar derecho de usufructo, tanto por su contenido (derechos y obligaciones que pesan sobre el mismo) como por su naturaleza, ya que no es un usufructo sucesorio (el cónyuge aragonés no es legitimario) sino un derecho familiar de carácter legal, no deja por ello de ser un usufructo y, en consecuencia, prohibido por la legislación farmacéutica.

Ahora bien, si creo que no cabe duda de la existencia de un derecho expectante sobre la oficina de farmacia, y teniendo en cuenta que la viudedad es una institución unitaria, aun cuando se desarrolle en dos fases, ¿cómo articular la fase del usufructo?

A lo que creo, tenemos que diferencia dos supuestos, para ver como actúa el usufructo viudal aragonés cuando el mismo ha de recaer sobre la oficina de farmacia.

²⁹ En relación con esta materia, *vid.* BAYOD LÓPEZ, María del Carmen *El derecho expectante de viudedad y el régimen de separación de bienes. La extinción del expectante a petición del propietario de los bienes y el abuso de derecho.* (A propósito de la S.TSJA de 30 de octubre de 1996), en RDCA-III-1997, nº 2º, pp. 121-137.

1. En el supuesto de que fallecido el farmacéutico, su cónyuge, descendientes o herederos no sean farmacéuticos, o siéndolo no quiera continuar con la titularidad de la oficina, se procederá a la enajenación de la misma. Dicha venta la tendrán que realizar los herederos titular de la farmacia y también su cónyuge, en función precisamente del derecho expectante que recae sobre la misma.

En este caso, el usufructo del viudo recaerá sobre el valor pecuniario que se haya obtenido con la enajenación de la misma, correspondiendo el nudo-dominio sobre el capital a los herederos del cónyuge premuerto.

Durante el período de pendencia en el que la farmacia esta en administración y es regentada por un farmacéutico, el viudo hará suyos los frutos y rendimientos que la misma produzca.

Parece que en este caso, no encontramos ningún problema en afirmar y conciliar el usufructo viudal con la oficina de farmacia, y creo que no hay duda, aun cuando el negocio de farmacia fuera privativo del premuerto de la necesidad del consentimiento del cónyuge viudo, salvo que previamente hubiera renunciado al expectante.

2. En el caso de que alguno de los descendientes del farmacéutico decida continuar al frente de la oficina de farmacia, por ostentar la legitimación que exige el Derecho farmacéutico, surge el problema de conciliar los derechos del viudo con la prohibición de la legislación farmacéutica.

Pues bien, evidentemente hay aquí un enfrentamiento entre ambas legislaciones, civil y administrativa, que, a mi juicio, se ha de resolver a través de una suerte de transacción.

En efecto, sobre la farmacia no es posible el usufructo del viudo correspondiendo el nudo-dominio de la misma al heredero del farmacéutico, al estar dicha situación expresamente prohibida en la legislación administrativa.

Ahora bien, la oficina de farmacia es un bien afecto al derecho expectante (art. 76 Comp.) puesto que los derechos que sobre dicho negocio ostentara el farmacéutico, no son inherentes a su persona ni se extinguen por su muerte³⁰. En consecuencia, el negocio farmacéutico es susceptible también de usufructo viudal.

³⁰ En Derecho histórico aragonés, si bien referido al Derecho de ventajas, señaló la doctrina regnicola (MOLINO, PORTOLÉS, ANTICH DE BAGÉS) que sobre las notas y protocolos de los notarios la mujer no consigue parte alguna, ni aún a título de propiedad. La razón de ello, no fue otra que el considerar dichos bienes como un derivado de la personalidad del notario. (Cfr. LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Bienes comunes y privativos en el régimen matrimonial aragonés*, en «Estudios de Derecho privado común y foral», T. III, Familia y otros temas, ed. Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España. Centro de estudios registrales, y José María Bosch editor, Zaragoza, 1993, pp. 501 y ss.). Posiblemente, en la actualidad y respecto de las notarías, en atención a su indisponibilidad, llegaríamos en la actualidad a la misma conclusión, pero obsérvese entonces, y por comparación, que no cabe predicar las mismas notas y caracteres de una oficina de farmacia que de una notaría.

¿Cómo conciliar ambas legislaciones?

A lo que creo, la respuesta se encuentra en la regulación que la Compilación establece en sede de viudedad.

En efecto, el art. 87 Comp. establece que:

«En el caso del artículo 85, si el viudo usufructuario no pudiera o no se aviniera a cumplir el acuerdo de la Junta de Parientes o la decisión judicial, podrán pedir los nudo-propietarios la entrega de los bienes y la sustitución de usufructo por una renta a su cargo no inferior al rendimiento medio obtenido en los últimos cinco años y revisable cuando varíen las circunstancias objetivas».

Por su parte, el art. 85 Comp. dispone:

«Desatendidas por el usufructuario las indicaciones que le hicieran los nudo-propietarios sobre la administración y explotación de los bienes, podrán aquéllos acudir a la junta de parientes o al Juez de primera instancia, ante el cual también serán apelables los acuerdos de dicha junta».

Evidentemente, los arts. 85 y 87 no están pensado en la oficina de farmacia, pero la inclusión de la misma en el supuesto de hecho y consecuencia jurídica de estos preceptos no me parece tan descabellada.

El cónyuge viudo no farmacéutico no puede estar al frente de la oficina de farmacia porque lo prohíbe la ley. Dicha prohibición de administración y explotación de los bienes, podría dar lugar a la consecuencia prevista en el art. 87, de manera, que se conserve la viudedad del cónyuge, transformando su derecho de usufructo en una renta vitalicia, que sigue conservando la naturaleza y caracteres de esta segunda fase de la viudedad.

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) JORNADAS DE DERECHO ARAGONÉS (ZARAGOZA, 1961)

COMISIÓN ORGANIZADORA

Presidente: Excmo. señor Presidente de la Audiencia Territorial, don Ginés Parra Jiménez.

Excmo. señor fiscal del Territorio, don Joaquín Ruiz de Luna y Díez.

Presidente del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, Ilmo. señor don Miguel Sancho Izquierdo.

Ilmo. señor Decano de la Facultad de Derecho, don Carlos Sánchez del Río y Peguero.

Ilmo. señor Decano del Colegio Notarial del Territorio, don Manuel García Atance.

Ilmo. Delegado Regional del Colegiado Nacional de Registradores de la Propiedad, don Manuel Batalla González.

Ilmo. señor Decano del Colegio de Abogados de Zaragoza, don Rafael Pastor Botija.

Ilmo. señor Decano del Colegio de Abogados de Teruel, don Jesús Marina Martín.

Ilmo. señor Abogado del Estado Jefe, don Agustín Vicente Gella.

Catedráticos de Derecho civil:

Doctor don Luis Martín Ballester.

Doctor don José Luis Lacruz Berdejo.

Secretario: El del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, don Jesús Bergua Camón.

Para el desarrollo de los coloquios la Comisión ha dispuesto:

1.º Podrán asistir a las Jornadas todos los juristas residentes en el Territorio y los que, residiendo en la actualidad fuera de Aragón, sean aragoneses o hayan ejercido en esta región una profesión jurídica. Para ello habrán de anunciarlo (si no lo han hecho ya) escribiendo a la sede de las Jornadas (don Jaime I, 18, Zaragoza).

Materiales

2.º Podrán tomar parte activa en los coloquios los jornalistas que lo deseen, comunicándolo a la Mesa antes de dar comienzo las Jornadas, indicando las cuestiones que han de tratar con referencia a los números de los Temas de la Ponencia. También podrán hacerlo, solicitando el uso de la palabra los asistentes, en cada una de las Sesiones, sobre el tema objeto de debate, si bien en uno y otro caso la Mesa de las Jornadas, con plena autoridad, dispondrá lo necesario acerca del orden de las intervenciones, su duración, etc., y podrá nombrar para cada una de las cuestiones un Ponente o Director del Coloquio.

3.º No se formularán conclusiones. Las opiniones más interesantes quedarán recogidas en las actas de los Coloquios.

4.º Las Sesiones de trabajo se celebrarán en el Salón de actos de la Sociedad Económica de Amigos del País (Don Jaime I, 18, Zaragoza) cada uno de los días 12 a 15 de junio de 1961, dando comienzo a las seis de la tarde.

TEMAS DE LA PONENCIA

Comisión de ponencia:

Presidente: don Manuel Batalla González

Don Francisco Palá Mediano

Don José Lorente Sanz

Don Luis Martín Ballesteros

Don José Luis Lacruz Berdejo

Don Francisco Sancho Rebullida

Don Ramón Sáinz de Varanda

Don Mariano Alonso Lambán

Secretario: don Juan Antonio Aragüés Naudín.

CUESTIONES GENERALES

TEMA 1. LA ORIENTACIÓN UNIFICADORA, EL CONGRESO NACIONAL DE DERECHO CIVIL DE 1946 Y LOS PROPÓSITOS GUBERNAMENTALES

Ponente: don Francisco PALÁ MEDIANO

1. La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 dispuso en su artículo 5.º que las provincias y territorios en que subsistía el Derecho foral lo conservarían *de momento* en toda su integridad; y en el artículo 6.º ordenó al Gobierno que, oyendo a la Comisión de Códigos, presentara a las Cortes, en uno o varios proyectos de Ley, los Apéndices al Código civil en los que se contuvieran las insti-

tuciones forales que convenía *conservar* en cada una de las provincias o territorios donde aquéllas existiesen.

El sistema establecido por la Ley de Bases para resolver el problema de la coexistencia en España de varias legislaciones civiles, ofrecía las siguientes características:

a) Se denominaba Derecho foral al constituido por las normas civiles vigentes en determinados territorios del solar español dando al adjetivo *foral* uno de los significados correspondientes al sustantivo *Fuero*; el de privilegio o concesión especial dentro de un sistema general. Y por ello se dice que ese Derecho se conservará *de momento*.

Para el Derecho civil de Aragón, como quizá para ningún otro, ese sentido es equivocado. Para nosotros el Fuero es la Ley aprobada en Cortes, el adjetivo foral equivale a legal y la frase Derecho foral significa Derecho positivo; y así hablamos de viudedad foral, de consorcio foral, del beneficio del Fuero, etc.

b) De momento, pues, los territorios y provincias en que subsistía el llamado Derecho foral, lo *conservarían* en toda su integridad llevando sus instituciones a sendos Apéndices al Código civil que constituyó más tarde el llamado Derecho común por ser de aplicación directa en Aragón y Baleares y subsidiario, en grado ulterior a otros Derechos, en los demás territorios forales.

La revisión decenal ordenada para el Código civil en su tercera disposición adicional, no parecía extenderse a sus Apéndices.

Con todo ello, parecía que en el futuro los Derechos territoriales, conservados en Apéndices, sin acomodación a las realidades económicas y sociales de los nuevos tiempos y sin posibilidad de revisión periódica, sometidos a la autoridad de Parlamentos generales, estaban llamados a desaparecer sin que sus instituciones, muchas de ellas de profunda raigambre hispánica, pudieran incorporarse a un Derecho nacional puesto que eran consideradas y condenadas de antemano como privilegios o concesiones.

2. Promulgado por R. D. de 7 de diciembre de 1925 el «Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón», sus meritísimos autores hicieron todo lo posible para salvar nuestro Derecho de aquellos peligros a que conducían los criterios o principios de la Ley de Bases; y trataron de actualizar algunas normas que no habían recibido alteración desde que se promulgaron hacía siglos.

Pero aquellos criterios pesaron sobre los autores del Apéndice y el Derecho civil de Aragón quedó mutilado, principalmente en cuanto a sus fuentes, al relegar la costumbre, que tanto volumen tenía nosotros, a rango posterior al Código civil.

Pero el Apéndice aragonés ha regido nuestra vida durante más de 25 años y es ya una realidad jurídica que no puede ser desconocida.

3. Era preciso revisar el sistema de la Ley de Bases, y el Consejo de Estudios de Derecho aragonés convocó para ello el Congreso Nacional de Derecho civil,

que se celebró en Zaragoza, entre los días 3 al 9 de octubre de 1946, después de una larga y minuciosa preparación.

De las conclusiones del Congreso, aprobadas por unanimidad, extractamos las siguientes:

a) Se aconseja la elaboración de un Código civil que recoja las instituciones de Derecho común, de los derechos territoriales o forales y las peculiares de algunas regiones, teniendo en cuenta su espíritu y forma tradicional, su arraigo en la conciencia popular y las exigencias de la evolución jurídica y social.

b) La elaboración del Código civil general supone un proceso cuya primera parte ha de ser la compilación de las instituciones forales o territoriales, teniendo en cuenta no sólo su actual vigencia, sino el restablecimiento de las no decaídas por el desuso y las necesidades del momento presente. Tales compilaciones podrían hacerse a base de los actuales proyectos de Apéndices convenientemente revisados.

4. El Decreto de 23 de marzo de 1947 reconoce que las disposiciones contenidas en los artículos 6.º y 7.º de la Ley de Bases del Código civil han quedado incumplidas y que por ello han quedado *petrificados* antiguos derechos netamente hispánicos que, por otra parte, no responden del todo a los actuales supuestos de la vida civil. Por ello, recogiendo el Gobierno las conclusiones del Congreso de Zaragoza en lo que tiene de esencial, inicia la preparación del Código civil general, mediante un proceso de elaboración cuya primera etapa ha de ser la compilación de las instituciones forales.

A estos fines encomienda a Comisiones de juristas especializados de cada territorio foral la labor de investigar, recoger y elevar al Ministerio de Justicia los *principios e instituciones* jurídicas de actual observancia y que son propios de cada territorio.

Y en el artículo 3.º se dispone que los anteproyectos de compilaciones de las instituciones forales o territoriales que elaboren las Comisiones, *podrán* hacerse tomando por base los actuales proyectos de Apéndices para llegar a una *sistematización* adecuada de las instituciones históricas, teniendo en cuenta su vigencia y aplicabilidad en relación con las *necesidades y exigencias del momento presente*.

Inmediatamente se observa que el sistema de la Ley de Bases del Código civil ha sido superado para pasar al que pudiéramos llamar de sistematización y modernización —en realidad codificación— de los Derechos territoriales, único camino para llegar en una última etapa a la elaboración de un Código civil general netamente hispánico.

Estos propósitos de Gobierno se reiteran en las Exposiciones de Motivos de las Leyes promulgando las Compilaciones del Derecho civil especial de Cataluña, Álava y Baleares, singularmente en la primera de ellas.

Con estos antecedentes, parece ser que la Compilación del Derecho civil de Aragón debe redactarse con los siguientes criterios fundamentales:

- a) Investigar la vigencia y aplicabilidad actual de las instituciones propias.
- b) Acomodar las normas escritas y consuetudinarias vigentes a las necesidades y exigencias del momento presente.
- c) Inducir de la ordenación histórica y actual, principios generales de los que pueden deducirse normas para llenar las lagunas que dificultan la vida de instituciones arraigadas en la conciencia de las gentes.
- d) Sistematizar nuestro Derecho, según tales principios, en un cuerpo legal que, sin ser completo, pues hay que reconocer la aplicación en nuestro territorio de una gran parte del Código civil vigente, sea coherente y responda a nuestra tradición jurídica.

TEMA 2. EL PERFECCIONAMIENTO TÉCNICO FORMAL DE LOS TEXTOS (ESTRUCTURA, ORDENACIÓN, TERMINOLOGÍA, ETC.) DE LA COMPILACIÓN Y SU CORRELACIÓN CON EL CÓDIGO CIVIL.

Ponente: don Francisco PALÁ MEDIANO

1. Se refiere esta parte de la ponencia a la realización formal del Derecho aragonés según resulta de sus vivencias que aparecen no solamente en los textos vigentes y principalmente en su aplicación, sino también en los usos consuetudinarios y convencionales.

Es materia propia de la llamada técnica legislativa que para ser perfecta exige los siguientes resultados:

- a) La plenitud de determinación, consistente en que las reglas o normas alcancen a todos los postulados de la vida jurídica, incluso a las circunstancias futuras e imprevistas.
- b) La perfección de adaptación, por la que las normas se acomoden a las cosas y a los hechos.
- c) Y la necesidad de realización por la que todo hecho jurídico ponga en movimiento el mecanismo legal para que tenga virtualidad y protección.

2. El Derecho aragonés antiguo, en su formulación escrita, era fragmentario a falta de codificación. El cuerpo legal de Fueros y Observancias es una Compilación de Leyes (Fueros) y Observancias (costumbres escritas).

La costumbre, fuente legal de primer grado, y los usos convencionales completaban el cuadro del Derecho positivo.

3. Carecía el Derecho aragonés de una técnica jurídica propia. Los juristas (legisladores, intérpretes, tratadistas) se servían de la técnica romanística, única cultura jurídica que ha pervivido durante siglos, que ha llegado a nuestros días y ha sido utilizada en las codificaciones del pasado siglo XIX.

De la lucha entre juristas cultos (que llaman *Derecho* al romano justiniano y leyes territoriales o provinciales al derecho propio) y los legisladores (más en

contacto con el pueblo y sus necesidades), aparecen en los Fueros y Observancias manifestaciones que no deben interpretarse más que en el sentido de rechazar la influencia de aquel *Derecho* y de su técnica; así las frases de que en Aragón no tenemos patria potestad o de que no existen bienes parafernales.

Pero, a pesar de tales reacciones contra la influencia de un Derecho extraño, la técnica romana (el gran legado de Roma) se utiliza a falta de otra propia que hubiera podido ser creada si hubiera habido en Aragón escuelas de juristas. Así, por ejemplo, la sucesión contractual, singularmente los pactos sucesorios *de instituendo*, en sus brevísimas formulaciones, se vaciaban en el molde romano de las *donaciones mortis causa* si bien dándoles el carácter de irrevocabilidad. Y cuando el legislador (las Cortes) creaba una institución nueva, los intérpretes, formados en Escuelas romanizadas, las deformaban; y así ocurrió con la insinuación aragonesa, institución original creada para remediar necesidades de su época (evitar fraudes y proteger el tráfico jurídico) y aplicada por los juristas como si se tratara de la institución romana del mismo nombre (establecida como forma solemne para proteger las declaraciones de voluntad en las disposiciones a título gratuito).

4. Basado en el sistema impuesto por la Ley de Bases del Código civil, el Apéndice aragonés, con todos sus méritos, se limitó a compilar las normas de derecho civil contenidas en el Cuerpo legal de Fueros y Observancias, eliminando las que habían caído en desuso y recogimiento (sic) la jurisprudencia de los últimos años. La utilidad de este nuevo Cuerpo legal desde el punto de vista de la técnica legislativa, se redujo a la traducción de los textos latinos y romanceados, a su reducción a los vigentes y necesarios, dada la aplicación del Código civil, y a su ordenación por materias para aproximarse a la estructura y sistema formal de dicho Código.

En su aspecto técnico, las reformas contenidas en el Apéndice no fueron afortunadas; de ello es ejemplo la reforma del testamento mancomunado en cuanto a su revocabilidad.

Con todo ello, el Apéndice aragonés resulta un Cuerpo legal fragmentario, no sólo en su aspecto sustantivo o de contenido (faltan en él la regulación de instituciones consuetudinarias y las normas supletorias de la declaración de voluntad para los usos convencionales más típicos), sino también en su aspecto técnico. Las normas generales que en todo Cuerpo legal establecen los fundamentos y la gruesa estructura de un sistema de Derecho positivo, o faltan en el Apéndice o están como escondidas en su articulado. Ejemplo de ello podemos verlo en el artículo 34, donde, en un inciso, se dan validez a los pactos sucesorios, materia abundante en nuestra vida jurídica, sin que merezca regulación, acaso por no haberla en el Cuerpo legal de Fueros y Observancias. Otro ejemplo aparece en el artículo 60, verdadero cajón de sastre, donde se acumulan las simples referencias a instituciones sin siquiera definirlas, dando por supuesto (cosa errónea) que todas nacen del pacto y que todas son formas especiales de sociedad conyugal paccionada.

5. Dos consideraciones principales han de tenerse presentes para una nueva ordenación técnica del Derecho aragonés; que, aunque haya de ser

fuentes legales de primer rango, tendrá aplicación el Código en cuanto no exista norma especial de la Compilación que lo impida; y que la movilidad de la población en la época actual, hace necesario que todos los juristas españoles puedan conocer el Derecho aragonés en un texto claro, completo y ordenado, pues muchas veces habrá de ser aplicado e interpretado fuera de la Región. Por ello, la Compilación aragonesa ha de reunir excelentes condiciones técnicas.

6. En una nueva ordenación del derecho aragonés puede prescindirse de materias muy extensas en las que se aplica el Código civil. Pero basado nuestro Derecho en el principio de libertad jurídica para la contratación que expresa el apotegma «*Standum est chartae*», apenas si se contienen en el Cuerpo legal antiguo normas prohibitivas; y en cambio son muchas las que aparecen en el Código general, procedentes, en su mayor parte, del Derecho justinianeo.

Ello impone una labor previa discriminatoria que producirá normas generales por las que se rechacen ciertas prohibiciones del Derecho común sin necesidad en muchos casos de establecer una ordenación nueva o especial.

Otras veces, al regular instituciones peculiares de nuestra tierra, no serán suficientes las normas específicas de cada institución sobre sus formas y efectos sino que se requerirán otras generales declaratorias de principios cuando éstos sean contrarios a los que informa el Código.

7. Siendo así que la Compilación ha de completar, unida al Código común, el ordenamiento jurídico que ha de regir en Aragón, su estructura formal no puede ser la de un Código único.

Pero, con todo, será necesario agrupar las instituciones por su propia naturaleza a fin de una mejor interpretación de las que componen cada grupo y establecer para todas ellas normas generales que en muchos casos habrán de ser nuevas. La agrupación ha de resultar del estudio y consideración del contenido de dichas instituciones; así, por ejemplo, la colocación de las normas referentes a la viudedad dependerá de las conclusiones que hayan recaído sobre su naturaleza, si es un derecho sucesorio o matrimonial.

8. Debe cuidarse el lenguaje del texto. Las normas han de ser claras y sencillas, evitando los incisos largos y aun todos ellos, pues la inclusión de unas normas dentro de otras dificulta su cita e interpretación.

La terminología debe corresponder a la usual y conocida en la ciencia jurídica moderna. Los términos arcaicos, cuando sean expresivos y correspondan a instituciones peculiares, deben conservarse, si bien procurando dar su significado o traducción en la terminología actual.

Las instituciones típicas deben definirse; así por ejemplo, la dote, la firma de dote y el axovar, de las que el artículo 61 del Apéndice presenta conceptos confusos.

9. La relación entre la nueva Compilación aragonesa y el Código civil ha de expresarse claramente puesto que las normas de éste han de aplicarse siempre

que no contradigan las de aquélla y los principios que inspiran sus disposiciones, discriminación no siempre fácil en el Apéndice vigente.

El sistema de expresar qué artículos del Código son aplicables en Aragón y cuáles no, sería fatigoso y daría a la Compilación unas dimensiones desmesuradas.

En el Apéndice vigente se logró el propósito de no hacer referencia alguna al articulado del Código civil. Esto mismo sería aconsejable para la nueva ordenación de nuestro Derecho, pues las referencias quedarían sin valor ante la reforma del Código, ya indicada por la Comisión general de Codificación. Pero la referencia al Cuerpo legal común será muchas veces inevitable para precisar las normas de éste, aplicables como complementarias de la ordenación de una institución que en nuestro Derecho presenta solamente ciertas peculiaridades.

TEMA 3. LA ACOMODACIÓN DEL DERECHO ARAGONÉS ANTIGUO Y VIGENTE A LA ACTUALIDAD SOCIAL Y ECONÓMICA

Ponente: don Ramón SÁINZ DE VARANDA

La legislación foral aragonesa tiene su origen en leyes y costumbres de antiquísimo origen; indiscutiblemente, muchos de los preceptos históricos fueron creados por una sociedad totalmente distinta a la actual. Sin embargo, ¿quiere esto decir que sus principios inspiradores están en desacuerdo con la situación actual de nuestra sociedad?

Los principios que consagran la libertad civil que pusiera Costa de relieve, ¿se consideran acordes con las actuales tendencias democráticas?

Indudablemente, la sociedad moderna se encamina hacia la llamada democracia social, «Estado-Providencia» o formas similares, ¿se considera que en nuestro derecho existen normas que consagran de antiguo la socialización de la propiedad, al menos en ciertos aspectos?

Nuestros sistemas de contratación, familiar y sucesorio, ¿tienen validez en la sociedad industrial creada por el capitalismo?

Gran parte de nuestros preceptos legales nacieron en una realidad social en la que las actividades económicas principales —casi únicas— eran la agrícola y la comercial. ¿Pueden aplicarse a las nuevas formas de propiedad mobiliaria, a las formas de colectivización o cooperación agrícolas, a los pueblos llamados de «los nuevos regadíos»?

Sería muy interesante comparar la observancia de nuestro Derecho en las diferentes zonas geográficas y en los distintos medios sociales aragoneses. ¿En cuáles se estima que tiene una mayor vigencia?

¿Podría hablarse de varios derechos aragoneses según las formas económicas dominantes en las diversas zonas de nuestra región?

¿Qué se estima más en consonancia con los actuales problemas sociales y económicos, nuestro derecho o el común?

¿Se considera que existe una realidad social propia en Aragón con instituciones, modelos sociales, símbolos, actitudes, etc., diferentes de otras regiones? En caso afirmativo ¿las instituciones privadas forman parte de esa realidad social y determinan, en parte, ciertas particularidades?

TEMA 4. EL PRINCIPIO *STANDUM EST CHARTAE*

Ponente: don Luis MARTÍN-BALLESTERO

¿Es conveniente su inclusión literal y preferente en la nueva Compilación de Derecho civil aragonés, como principio informante del mismo?

¿Se considera posible que el viejo y tradicional apotegma se consigne como una de las fuentes de nuestro Derecho foral, anterior y superior a la costumbre y a la ley?

Como expresión de la más amplia libertad de contratación, ¿qué límite ha de fijarse respecto al derecho necesario?

¿Podrán a su amparo suplirse deficiencias o silencios legales; concretamente el valor de cláusulas de estabilización?

¿Qué facultad de moderación ha de otorgarse al Juez para determinar lo que es opuesto al Derecho natural y lo que debe considerarse como imposible o inmoral?

¿Ha de hacerse expresa referencia al artículo 1.255 del Código civil para determinar la mayor amplitud del principio aragonés, como expresión válida de una costumbre contra la ley o de un pacto contrario a una norma no expresamente considerada como de Derecho imperativo?

Como regla de hemenéutica legal ¿conviene la aclaración de que no sólo debe estarse a la letra del documento, sino también a su espíritu cuando éste se deduzca del mismo y de las circunstancias que concurrieron y le han dado valor en el tráfico?

TEMA 5. LA COSTUMBRE

Ponente: don Luis MARTÍN-BALLESTERO

Independiente del rango legal que la futura Compilación pueda tener en su equiparación y aun en su derogación de normas del Código civil, ¿es defendible la tesis de poder regular la futura compilación sus propias normas jurídicas o fuentes del Derecho y su jerarquía y valor en razón de que según el artículo 12 del Código civil, mantiene íntegro el régimen jurídico foral escrito o consuetudinario y no rige en consecuencia para toda la nación todo el título preliminar del Código?

¿Es imprescindible incluir la costumbre entre las fuentes de originación del Derecho aragonés? Refiérase a la clase de costumbre y a su diferencia con el uso o la práctica, el estilo y la simple tolerancia.

Concretamente ¿la costumbre contra Ley debe admitirse?

En caso afirmativo, ¿con qué límites?

Si se considera como norma jurídica actual la costumbre, ¿qué rango debe otorgársele en relación no solamente a la ley, sino al pacto y a otras posibles fuentes?

Independientemente de su consideración como norma jurídica principal ¿debe la costumbre mencionarse en las instituciones aragonesas más típicas, remitiéndose a ella para soslayar una regulación uniforme y como para no encapsularlas?

¿Qué requisitos o condiciones deben exigirse a cada clase de costumbre?

¿Cómo y por quién debe probarse la costumbre en Aragón?

¿Qué poderes de apreciación han de otorgarse al Juez?

La frase «actual régimen foral jurídico o consuetudinario» ¿debe postergar el Código civil a Derecho supletorio después de la costumbre aragonesa, incluso en el supuesto de que tal costumbre no tuviera el rango de norma principal y fuera simplemente secundaria o supletoria?

CUESTIONES ESPECIALES

TEMA 6. EL DERECHO DE FAMILIA PURO

Ponente: don Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA

El derecho de familia puro en Aragón representó, en la Edad Media, un avance formidable sobre las normas del Derecho romano, e incluso sobre los Derechos germánicos, producto de la cristianización de uno y otros. Es el exponente de un alto grado de espiritualidad. La evolución ulterior de los demás Derechos ha venido a coincidir con las viejas formulaciones aragonesas. Ante esta aproximación cabe preguntarse si es preciso conservar todavía nuestro propio Derecho o basta ya remitirse al Código Civil. En particular, podemos formular las siguientes cuestiones:

a) En materia de patria potestad

¿Debe enunciarse un principio aragonés excluyendo la patria potestad romana? Supuesto que, al no existir hoy la patria potestad romana, no sea esto preciso, ¿debe hacerse una formulación de los caracteres y deberes de la patria potestad, procurando reproducir en ella el sentido espiritualista del Derecho aragonés?

¿Debe confiarse el gobierno y representación de los hijos a ambos padres conjuntamente o sólo a uno de ellos? En este segundo caso ¿cuál es la situación del cónyuge que no ostenta la autoridad familiar?

¿Debe confiarse alguna parte de la autoridad familiar en casos excepcionales, a los abuelos?

b) En materia de tutela

En este punto, chocan, dentro de Aragón, las normas, bastante exiguas, de los Fueros y Observancias, con la abundante flora consuetudinaria que culmina en el Consejo de Parientes. Ante esto, el problema fundamental es el siguiente:

¿Debe tratar de entroncarse la institución consuetudinaria del Consejo de parientes con los organismos tutelares del Derecho tradicional aragonés, para constituir un Derecho tutelar propio de Aragón pero en la misma línea que el C. C.? Caso negativo, ¿es conveniente, al menos regular el Consejo de familia en Aragón, a efectos de la tutela con normas divergentes del C. C. inspirándose en la regulación consuetudinaria del Consejo de parientes?

En materia de tutela, la pugna ha de establecerse entre la aplicación de la totalidad de los artículos del Código civil o bien la conservación de las particularidades aragonesas. Y en este sentido,

¿Debe existir en Aragón, el protutor?

¿Debe conservarse en Aragón la pluralidad de tutelas, según la provincia de los bienes?

Finalmente, si se aceptase la conveniencia de admitir en el Derecho escrito, adaptándolo del consuetudinario, el Consejo de familia se nos plantean ulteriormente estas cuestiones:

¿Debe limitarse la función del Consejo de parientes a sustituir al Consejo de familia en materia de tutela?

¿Debe regularse el modo de funcionar convocatorias, deliberación, acuerdo, recusación de vocales, recursos contra sus acuerdos el Consejo de parientes? (sic)

¿Qué función convienen atribuir al Consejo de parientes en el Derecho escrito aragonés?

TEMA 7. RELACIONES DE VECINDAD

Ponente: don Germán ALBALATE GIMÉNEZ y don Mariano ALONSO LAMBÁN

¿Conviene, sobre inmisión de ramas de árboles frutales, volver al Derecho aragonés anterior a 1926 —concediendo facultad al propietario del fundo invadido para hacer suyos la mitad de los frutos de las ramas invasoras— o dejar la regulación a las normas del Código civil?

¿Conviene aclarar definitivamente —y en sentido positivo— la duda sobre si el propietario de pared propia puede en ella abrir huecos para luces y vistas sobre fundo ajeno sin sujeción a dimensiones determinadas, o deben aceptarse las disposiciones del Código civil?

Servidumbres

¿Deberá atenderse al requisito de la continuidad para la usucapción de servidumbres o convendrá prescindir de él?

Conviene regular la usucapción ordinaria y extraordinaria de servidumbres o sólo la última?

¿Deberá rechazarse de modo absoluto la usucapibilidad de las servidumbres negativas (y no aparentes) o dejar abierta la posibilidad para algún caso especial?

¿Es aconsejable limitar la prescripción inmemorial sólo a las servidumbres discontinuas o por el contrario debe considerarse aplicable a toda clase de servidumbres?

TEMA 8. LA COMUNIDAD CONYUGAL LEGAL

Ponente: don José Luis LACRUZ BERDEJO

Esta comunidad presenta sobre todo, en Aragón, problemas de adaptación a circunstancias económicas y sociales muy diversas de aquéllas bajo las cuales se reguló originariamente. Subsidiariamente, nace el problema de adaptar la técnica antigua a las concepciones modernas. Y los dos órdenes de problemas se plantean en cada una de las facetas que ofrece el régimen de comunidad legal. Simplificando mucho, la discusión puede ceñirse a los siguientes puntos:

Activo de la comunidad

En el siglo XIII, eran comunes los muebles que consistían en cosas corporales, las más veces de valor relativamente reducido. Hoy los títulos de crédito, y en general los títulos que representan un valor, han venido a ampliar extraordinariamente el elenco de la fortuna mobiliaria, aparte la estupenda multiplicación de bienes muebles corporales de gran precio, producto de una técnica avanzada. Ante ello nos podemos plantear, como primer interrogante, el siguiente:

1.º ¿Es justo el sistema que convierte en bienes comunes todos los muebles de los cónyuges?

Caso de considerar que tal sistema no es justo, hemos de ver si, en una futura regulación, conviene atenerse simplemente al sistema de comunidad de bienes gananciales (lo cual no significa suscribir íntegramente la comunidad de gananciales del Código), o acaso es preferible eliminar los muebles más importantes del elenco de bienes de la comunidad, considerándolos como inmuebles.

2.º En el aspecto técnico, ha cambiado también la concepción de la comunidad. Entonces, ¿debe reflejarse en la futura compilación aragonesa la consideración del consorcio conyugal como una comunidad universal general sin cuotas concretas sobre bienes determinados (lo que la doctrina moderna llama comunidad en mano común) o es preferible continuar apegados a la vieja concepción de la existencia de cuotas de cada uno de los cónyuges (la mitad) sobre cada uno de los bienes, al menos inmuebles?

3.º Finalmente, cabe reproducir aquí, entre otras muchas cuestiones, una que ya se planteó en el Congreso Jurisconsultos aragoneses de 1880, a saber: ¿Debe subrogarse en los bienes privativos de los cónyuges vendidos o permutados, los que los sustituyan? ¿En qué condiciones? Cuando la subrogación no sea posible, ¿debe reembolsarse al cónyuge titular del bien privativo vendido, la cantidad que ingresó en el patrimonio común?

Pasivo de la comunidad

En nuestra materia, frente a la evolución de los tiempos, los Fueros y Observancias, y luego el Apéndice, otorgan al marido poderes amplísimos para obligar a la comunidad; se nota, además, el defecto técnico de no distinguir entre las deudas que, aun gravando los bienes de la comunidad a efectos de la responsabilidad ante terceros, deben ser en definitiva pagadas por uno de los cónyuges, y las que en todo caso quedan a cargo del patrimonio común. No quiere decir esto que el ideal se halle en el extremo opuesto, de despojar al marido de todo poder para comprometer con sus deudas los bienes de la comunidad, cosa perturbadora para el tráfico y el crédito. A este propósito, cabe plantear los siguientes interrogantes:

4.º ¿Sería oportuno distinguir entre aquellas deudas que aparentemente (es decir, ante quienes contratan con el marido) se contraen sin desviación de poder por el cónyuge gestor y aquellas otras que, *prima facie* demuestran dicha desviación.

5.º Sería oportuno establecer que, en la relación interna entre los cónyuges, sólo las deudas que realmente benefician a la comunidad, o han sido contraídas con intención de beneficiarla, son a cargo de ésta?

6.º En otro aspecto, la regulación actual sujeta con exceso los bienes comunes a la responsabilidad por deudas anteriores al matrimonio. En la futura compilación, ¿se debe excluir de responsabilidad, por deudas antimatrimoniales de un cónyuge, a cuantos bienes, dentro del patrimonio común, han sido aportados por el otro?

Gestión de la comunidad

La reforma del Código civil plantea la cuestión de si, en Aragón, debe seguir ilimitado (salvo el derecho expectante de viudedad) el poder de disposición del marido sobre los bienes comunes y caso negativo, qué límites hayan de ponerse. Es decir,

7.º ¿Exigen las circunstancias sociales actuales una limitación sustancial del poder de gestión del marido?

8.º ¿Conviene volver al sistema primitivo, de inalienabilidad de los bienes inmuebles sin el consentimiento de ambos cónyuges? ¿O es acaso mejor limitar los poderes del marido impidiéndole las enajenaciones cuando no las verifique en el desempeño de sus funciones administrador o el ejercicio de su profesión habitual?

Finalmente hay que resolver una cuestión que se ha planteado vivamente con motivo de la reforma del Código civil, a saber:

9.º ¿Deben las obligaciones contraídas por el marido seguir el mismo régimen que las enajenaciones, y, así, no afectar a los bienes comunes, si no han sido contraídas en uso de los poderes normales de administración de la comunidad, o de la actividad corriente del marido?

Liquidación de la comunidad

Las disposiciones de los Fueros y Observancias eran complicadas y nada prácticas: por su parte el Apéndice al simplificar, está lleno de lagunas. Para la nueva Compilación hay que decidir si:

10. ¿Debe la ley señalar un procedimiento unitario de liquidación del caudal conyugal?

11. ¿Debe subsistir el derecho de ventajas? ¿Debe enumerarlas la Ley?

12. ¿Conviene señalar un procedimiento riguroso y detallado de liquidación de las comunidades que no se han disuelto tras las primeras nupcias y han de dividirse después de segundas o terceras, o es preferible dar al juez facultades amplias, señalando algún principio que le pueda servir de guía en esa división?

Por último, puede ser conveniente que el cónyuge supérstite o incluso los herederos del premuerto conserven en su parte respectiva aquellos bienes que, aun hechos comunes, constituyeron antes del matrimonio o durante él su medio de vida, o el patrimonio de una familia. Así pues,

13. ¿Se debe permitir que cada cónyuge incluya en su cuota indemnizando el exceso, caso de haberlo, los bienes de uso profesional o la explotación industrial, comercial o agrícola que regía? ¿Deben poder hacer lo mismo los herederos del cónyuge premuerto?

TEMA 9. LA SOCIEDAD CONYUGAL. CONTINUADA

Ponente: don José LORENTE SANZ

1.º Se ofrece como primera cuestión la de si debe subsistir esta institución, o si debe suprimirse en el Ordenamiento jurídico-aragonés. Pueden formularse las siguientes sub-cuestiones:

- a) Si procede que subsista la *continuación presuntiva* de la sociedad conyugal.
- b) Si procede la *continuación obligatoria* en algún caso.

c) Si procede mantener una regulación específica de la sociedad conyugal continuada para el caso de admitir su subsistencia por modo voluntario (presuntiva o expresa).

2.º Necesidad, en su caso, de remodelar la institución.

3.º Si conviene señalar supuestos de continuación normal: por ejemplo, que se haya pactado en capítulos o se haya dispuesto en testamento mancomunado o unilateral del supérstite; que el matrimonio tenga descendencia.

4.º Si conviene reconocer a los partícipes el derecho de pedir la *cesación* de la continuación y en qué condiciones: por ejemplo, en tiempo oportuno y con buena fe; a petición de la mayoría de herederos.

5.º Si conviene reconocer a un partícipe el derecho de *separación parcial*.

6.º Si conviene mantener la obligatoriedad en algún caso concreto: cuando algún descendiente del matrimonio sea menor de edad y no haya descendientes de otro matrimonio de los cónyuges (Relevancia de la coexistencia de descendientes de dos matrimonios).

7.º La *prestación de actividades personales* a la comunidad continuada:

a) Como condición para la continuación. El inciso «trabajando en familia» del artículo 53 del Apéndice.

b) El deber de cooperar a la gestión adecuadamente a las circunstancias de edad, sexo, capacidad e índole del patrimonio.

8.º Compatibilidad o incompatibilidad de la Comunidad continuada con la *viudedad universal*.

9.º Delimitación del contenido de la comunidad: ingresos; exclusión de beneficios y ganancias obtenidas con independencia de los bienes y negocios de la masa común; frutos de bienes propios de los herederos, rendimientos de actividades profesionales del supérstite y de los herederos.

10. Deudas de la comunidad continuada. «Atenciones» y «Deudas de gestión».

11. Actos de disposición y actos que obliguen al patrimonio común.

12. Fallecimiento de un partícipe. Consideración especial del que muere sin descendencia. Conveniencia o no de restablecer, para sólo este caso, el derecho de acrecer del suprimido consorcio foral.

13. Remisión a normas que rigen la Sociedad conyugal viviendo ambos esposos.

TEMA 10. LA VIUEDAD

Ponente: don Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA

La regulación de la viudedad en el apéndice es muy extensa y con ciertas innovaciones y complementos al Derecho de los Fueros y Observancias. La ins-

titución ha venido manteniéndose en auge y es de las que más probabilidades tienen de pasar al Código civil que va aproximándose a ella, siquiera por la vía, un tanto distinta del Derecho de sucesiones. En esta tesitura es indudable la doble necesidad de cuidar, de una parte la eficacia práctica de la institución que debe seguir asegurando la continuación de la unidad de la familia y el patrimonio familiar pero también ofreciendo la garantía suficiente a los nudos propietarios, y de otra el rigor técnico distinguiendo la diversa naturaleza del derecho del cónyuge en los dos estadios de la viudedad.

Por tanto:

¿Conviene separar en la futura compilación el régimen del derecho expectante del régimen del usufructo viudal?

El derecho expectante, recíproco, tiene características propias: le falta en particular la certeza y el rigor del usufructo ya nacido.

El ámbito actual de la viudedad, es formalmente el mismo que en las Observancias, pero no económicamente. Para que lo sea, ¿debe extenderse el derecho de viudedad a los bienes muebles? Al menos ¿debe extenderse a algunos de ellos de especial importancia? ¿Interesa abarcar a todos los bienes no comunes, de modo que en cualquiera que el cónyuge no tenga su parte como comunero, la consiga en su caso como usufructuario? Y, en el aspecto de la redacción del futuro Cuaderno foral, ¿debe buscarse una fórmula que permita prescindir de las largas enumeraciones de bienes sujetos a la viudedad y exentos de ella, en que se entretiene el actual Apéndice?

Recuérdese que, contra la viudedad, se esgrime el hecho de que priva por tiempo indefinido de la herencia a los sucesores. En favor de su ampliación se alega que, si se ha de repristinar la tradición jurídica aragonesa, hay que considerar como inmuebles, a los efectos de la viudedad, a los bienes que pueden constituir hoy, no obstante su naturaleza mobiliaria, el núcleo de la fortuna de una familia.

¿Pueda reducirse o suprimirse la viudedad cuando el cónyuge sobreviviente sea de edad muy inferior a la del premuerto? ¿O por lo menos, cuando persona en edad proecta case con otra mujer joven? ¿O bien en los casos de segundas nupcias con supervivencia de hijos del primer matrimonio?

¿Deben quedar gravados con el derecho de viudedad todos los bienes inmuebles que pasan por el patrimonio de los cónyuges?

Piénsese en el caso de un cónyuge dedicado al tráfico de bienes inmuebles; cuando el otro no quiere renunciar al derecho expectante de viudedad.

¿Debe bastar la publicidad legal para que los inmuebles se entiendan gravados por el derecho expectante de viudedad, respecto de cualquier adquirente?

Ciertamente hay casos en que al tercer adquirente le resulta imposible conocer la condición de los bienes afectos al derecho expectante. Sin embargo, la orientación hipotecarista de considerar en todo caso el usufructo viudal no inscrito como un gravamen no publicado, lleva las cosas al extremo contrario.

¿Cuándo debe prestar fianza el viudo usufructuario?

¿Qué medidas de precaución son aconsejables, y podrían ser instadas por los herederos del cónyuge difunto, en tanto el sobreviviente otorga inventario y presta la fianza? ¿Conviene distinguir entre los herederos que sean descendientes de éste y los demás?

¿Qué intervención se debe dar a los herederos nudopropietarios en la gestión de los bienes usufructuados? ¿Conviene atribuir a éstos un recurso cuando la gestión del cónyuge usufructuario haga desmerecer tales bienes?

¿Deberían poder los herederos nudopropietarios instar la conversión del usufructo del viudo en una renta a su cargo, cuando la administración de éste no sea satisfactoria? ¿También en algún otro caso?

¿Es más justo que, cuando el viudo no otorga inventario en el plazo legal, los disfrutes de la viudedad sean incorporados de derecho al caudal de la misma, o bien que tales disfrutes pasen inmediatamente a los nudos propietarios como si los usufructuarios fueran ellos?

TEMA 11. SUCESIÓN TESTADA

Ponente: don Mariano ALONSO LAMBÁN

I. *Testamento ante Capellán*

1.º ¿Conviene mantenerse la institución?

2.º ¿Se debe restringir esta forma sólo al testamento ante párroco o ampliar la facultad de recibir el testamento al sacerdote con cura de almas?

3.º ¿Es aconsejable establecer normas acerca de la custodia del documento donde conste la última voluntad?

4.º ¿Interesa introducir un plazo de caducidad para la presentación y para la adveración de este testamento?

5.º ¿Debe conservarse el procedimiento histórico de adveración? ¿Prescindir de él acudiendo a las normas del Derecho Común? ¿Dejar al Juez la elección entre uno u otro según las circunstancias del caso?

6.º El fallecimiento del sacerdote o testigos antes de la adveración, ¿tendrá como consecuencia ineludible la ineficacia del testamento o debería arbitrase algún medio para evitar la invalidez del mismo?

7.º ¿Deberá aplicarse a este testamento el estatuto personal o el formal? ¿Deberá limitarse sólo a la forma abierta?

II. *Testamento mancomunado*

1.º ¿Es aconsejable establecer una presunción de correspectividad (condicionalidad recíproca) a los efectos de la revocación o bien entender que sólo se dará aquélla cuando así es declarado por ambos testadores?

2.º Si hay disposiciones correspectivas —y vivos ambos cónyuges— ¿conviene considerar irrevocable el testamento unilateralmente? ¿revocable con requisito de preaviso? ¿revocable produciendo su revocación, la ineficacia de las disposiciones correspectivas del otro testador?

3.º Habiendo tales disposiciones correspectivas y muerto uno de los testadores, ¿deberá establecerse la irrevocabilidad absoluta del testamento o su revocabilidad limitada a las disposiciones no correspectivas?

4.º La subsistencia y normalidad del vínculo matrimonial ¿deberá vincular la validez íntegra del testamento o afectar únicamente a las disposiciones correspectivas y a las liberalidades que los cónyuges se hubieran concedido en el testamento mancomunado?

III. *De la fiducia sucesoria*

1.º ¿Es conveniente regular la institución o remitirse a la autonomía de la voluntad y a la costumbre? Si se regula, ¿deberá dominar el sentido imperativo o permisivo?

2.º ¿Debe limitarse la facultad de nombrar comisario sólo a los casados o puedo extenderse también a solteros y viudos?

3.º Habiendo cónyuge, ¿podrá excluirse de la fiducia?

4.º ¿Conviene señalar plazo a la actuación del comisario-fiduciario?

5.º ¿Deberá regularse la situación de la herencia pendiente de asignación?

TEMA 12. LAS LEGÍTIMAS

Ponente: don José LORENTE SANZ

1.º El problema fundamental, en la revisión del texto foral vigente, con respecto a legítimas, es éste: si debe mantenerse el actual sistema de libertad de distribución de la legítima del Código Civil (2/3 de la herencia) entre los descendientes, llegando incluso a legítimas individuales simbólicas o poco menos. Habrán de ponderarse las razones en pro y contra para mantener el actual sistema, o para sustituirlo por otro que se estimase más justo.

2.º En el supuesto de que se estimase injusta la distribución discrecional y desigual de los dos tercios (o de otra legítima colectiva mayor o menor), habría de examinarse si procedía:

a) mantener el sistema de heredero único, con obligación de pagar dotes y legítimas en aquellas comarcas en que así se observa por costumbre,

b) ordenar, en las demás comarcas, las legítimas individuales de los descendientes, con señalamiento de una cuota igual o parecida a la legítima corta de los descendientes en el Código civil,

c) o bien, señalar una pensión vitalicia de un tanto por ciento sobre una cuota de la herencia.

3.º En el caso de mantenerse el actual sistema de distribución, habría de examinarse si procede conservar el correctivo actual para atender al legítimo en caso de indigencias, es decir, pensión alimenticia a cargo de heredero; y si conviene coordinar esta regla con las relativas a pensiones alimenticias entre parientes en el Código civil.

4.º Habrá que considerar si cabe introducir alguna modificación en las normas vigentes sobre preterición o desheredación sin causa.

5.º Y acerca de gravámenes sobre la legítima. En particular, convendría revisar hasta qué punto puede favorecerse a los nietos a costa de la legítima del hijo, viviendo éste.

6.º Sobre el pago de la legítima se plantean dos cuestiones principales:

a) si la pérdida de valor adquisitivo de la moneda, producida después de la época en que se señaló legítima en dinero, podrá o no atribuir una acción de corrección en el momento del pago;

b) si cabe imputar al pago de legítimas de metálico, los gastos de carrera y colocación o lo donado sin aplicación expresa a la legítima.

TEMA 13. LA TRONCALIDAD Y EL RETRACTO GENTILICIO

Ponente: don Ramón SÁINZ DE VARANDA

La troncalidad, condensada en el principio *paterna paternis - materna maternis*, inspira en gran parte nuestro derecho sucesorio tanto en la sucesión voluntaria como en la intestada ¿se considera que tiene vigencia popular en la actualidad?

En especial en la sucesión intestada plantea graves problemas la interpretación de las normas que la rigen y se inspiran en la troncalidad, ¿debería admitirse lisa y llanamente el sistema del Código civil? ¿debería limitarse la troncalidad?

En el Apéndice actualmente vigente la troncalidad ha dado lugar a muchos problemas, en especial por la interpretación jurisprudencial. ¿Se estima más claro el texto del actual proyecto? ¿Se han logrado eliminar los semilleros de discordia que eran las «adivanzas» del texto actualmente vigente?

¿Se estima que tiene vigencia en la sucesión testada y en la contractual?

El retracto gentilicio tiene su origen en los lazos familiares y en la «expectativas» hereditaria ¿es una institución con vigencia en Aragón?

Problemas que plantea más frecuentemente el retracto gentilicio. ¿Está clara la prelación de retractos en nuestro Derecho? ¿Debe mantenerse la primacía del gentilicio?

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha desvirtuado la naturaleza del retracto gentilicio. ¿Creemos conveniente que siga esta institución cercenada como ha quedado tras los fallos referidos o sería conveniente su interpretación histórica y sistemática tal como ha sido entendida tradicionalmente?

Habida cuenta de la frecuencia con que se simulan ventas o donaciones entre parientes, ¿debería mantenerse el retracto gentilicio, cualquiera que sea el título por el que se ha transmitido entre personas ligadas por lazos de parentesco?

TEMA 14. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL

Ponente: don José Luis LACRUZ BERDEJO

El Derecho aragonés admite tradicionalmente la sucesión por contrato, en particular, con arreglo a la costumbre, los heredamientos en capítulos matrimoniales. El Apéndice no ha regulado estas materias y se limita a permitir implícitamente, la sucesión contractual (art. 34) y de modo expreso los heredamientos (art. 60). Ante una futura compilación, se nos plantean fundamentalmente, los siguientes interrogantes:

1.º ¿Se debe regular la sucesión contractual en la futura compilación?

Nótese que el contrato sucesorio plantea problemas que no puedan resolverse con la simple aplicación de la costumbre o los principios generales del Derecho.

2.º ¿Debe regularse solamente el heredamiento, o, en abstracto el pacto sucesorio?

Lo primero, significaría recoger en el Apéndice las costumbres alto aragonesas. Lo segundo, obliga a construir de nueva planta una regulación. En apoyo de esta segunda solución cabe alegar que, desaparecidos los prejuicios que se oponían a la admisión de la sucesión por contrato, es lógico que ésta tenga lugar en el futuro en el Código civil, y para entonces la Compilación aragonesa debe ofrecer un modelo que, sin dejar de servir de marco a una especialidad consuetudinaria importantísima, pueda abarcar asimismo los otros supuestos en que se otorga un contrato sucesorio.

Esto nos lleva a preguntarnos si

3. ¿Deben establecerse los capítulos matrimoniales como única forma para el pacto sucesorio o han de permitirse otras?

Si se admite ampliamente el pacto sucesorio, y por tanto no sólo con ocasión de matrimonio o pacto matrimonial celebrado después de la boda no es posible exigir como forma exclusivamente los capítulos. Ahora bien, la naturaleza de este pacto aconseja la escritura pública.

4. ¿Qué capacidad debe tenerse para el contrato sucesorio? ¿La mayoría de edad?

5. ¿Qué eficacia debe tener el pacto sucesorio? ¿Hasta dónde queda vinculado el causante en la disposición sobre sus bienes? ¿Cuándo puede modificarlo o revocarlo?

TEMA 15. OTRAS CUESTIONES

Reservado para estudiar otras instituciones no comprendidas en las anteriores ponencias, por ejemplo: el desaparecido Consorcio aragonés; y dar ocasión para exponer intervenciones, que no tengan lugar adecuado entre los temas enumerados.

B) NUEVOS MATERIALES SOBRE LA CASACIÓN FORAL EN ARAGÓN

SUMARIO: I. Auto del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1999.- II. Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 5 de julio de 1999.- III. Auto del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de septiembre de 2000.

La Revista de Derecho Civil aragonés viene dando cuenta a sus lectores de las diversas vicisitudes producidas en torno a la casación foral tras la supresión del contenido del antiguo artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón como consecuencia de la nueva redacción aprobada por Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de reforma del Estatuto.

Debe destacarse de modo especial el importante Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de septiembre de 2000 en el que la Sala, por unanimidad asume su competencia para conocer del recurso de casación interpuesto, variando su anterior posición.

1. Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1999.

Este Auto reitera la posición del Alto Tribunal sobre el órgano jurisdiccional competente para la resolución de los recursos en materia de casación foral aragonesa.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Por Auto de esta sala de 27 de octubre pasado se acordó inadmitir el segundo motivo de casación articulado por la parte recurrente y fundado en infracción del art. 24 de la Constitución en relación con el art. 120.3 del mismo texto legal, y en consecuencia, dado que el recurso se fundaba además en la inaplicación del art. 3 de la Compilación de Derecho Civil de

Aragón, conjuntamente con la inaplicación de preceptos de Derecho Común, se dispuso asimismo a oír a la parte recurrida acerca de si la competencia para conocer del resto del recurso podía corresponder a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, cuestión sobre la que ya se habían pronunciado el Ministerio Fiscal, en favor de esta última, y la parte recurrente, manteniendo la competencia del Tribunal Supremo por no ser espe-

cial del Derecho Aragonés el principio general invocado en el motivo primero.

Segundo: La parte recurrida evacuó dicho trámite manifestándose en favor de la competencia de la Sala de lo civil de dicho Tribunal de Superior de Justicia.

Ha sido ponente el Magistrado Excmo. D. Alfonso Villagómez Rodil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Resuelta en su día con carácter firme la inadmisibilidad del motivo fundado en infracción de precepto constitucional, nuevamente se plantea ante esta Sala, con ocasión del trámite previsto en el art. 1731 LEC, si la competencia para conocer del resto del presente recurso de casación, fundado en infracción de normas de Derecho civil foral aragonés, concretamente el artículo 3 de la Compilación (motivo primero), e interpuesto contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, corresponde a esta Sala o, por el contrario, a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Segundo: Por autos de esta Sala de 10 y 24 de febrero de 1998 (recursos n.º 1909/97 y 3534/96 respectivamente), 10 y 24 de marzo de 1998 (recursos n.º 960/97 y 3621/97 respectivamente), 5 y 12 de mayo de 1998 (recursos n.º 964/97 y 2587/97 respectivamente), 23 de junio de 1998 (recurso n.º 3932/96) y 8 de septiembre de 1998 (recurso 2199/97), esta Sala se ha pronunciado ya al respecto con base en la siguiente fundamentación jurídica: «2.— En el estado de cosas anterior a la reforma del

Estatuto de Autonomía de Aragón por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, la cuestión no suscitaba dudas sobre la competencia, en tal caso, de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, ya que el art. 29.1 a) de dicho Estatuto de Autonomía, desde su redacción originaria según la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, extendía las competencias de los órganos jurisdiccionales en Aragón, en el orden civil, «a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión, en las materias de Derecho civil foral aragonés», mientras que por su parte el art. 54.1 a) de la Ley de Demarcación y de Planta Judicial de 1988, y más tarde el art. 1730 LEC en su redacción según la Ley 10/92, resolvieron el problema de los recursos fundados conjuntamente en infracción de normas de Derecho común y foral atribuyendo la competencia a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia.

Tercero: Sin embargo, el problema surge porque la indicada Ley Orgánica de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón ha eliminado de su texto el contenido del antiguo artículo 29, pasando a ocupar este número de articulado el contenido del antiguo artículo 28, de la misma forma que ha sucedido con los artículos 27, 26 y 25, que pasan a recoger los contenidos de los antiguos artículos 26, 25 y 24 según dispone el artículo 2 de dicha Ley Orgánica de reforma. La consecuencia de todo ello es que el texto actualmente vigente del Estatuto de Autonomía de Aragón no contiene una expresa atribución competencial, en materia de recurso de casa-

ción civil por infracción de normas de derecho foral, a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, limitándose su artículo 29, reproducción del antiguo artículo 28, a establecer que «El Tribunal Superior de Justicia de Aragón es el órgano jurisdiccional en que culmina 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». Y como quiera que el art. 73.1 LOPJ atribuye a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil, la competencia para conocer del recurso de casación «siempre que el recurso se funde en infracción de normas de Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución», y a su vez, el art. 1686 LEC atribuye a estas mismas Salas la competencia para «conocer de los recursos de casación en los supuestos de infracción de las normas del derecho civil, foral o especial propio de las Comunidades Autónomas en cuyo Estatuto de Autonomía se haya previsto esta atribución», se suscitan serias dudas en torno a la competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para seguir conociendo de los recursos de casación por infracción de normas de Derecho civil foral aragonés.

Cuarto: En una primera aproximación interpretativa, estrictamente literal, cabría afirmar que efectivamente la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de

Aragón carece en la actualidad de dicha competencia. Ni el artículo 152.1, párrafo segundo, de la Constitución, que en principio contemplaba los Tribunales Superiores de Justicia sólo para las Comunidades Autónomas que se constituyeran por la vía del artículo 151 (SSTC 72/98 y 38/82), limitándose a declarar que culminarían la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, «sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo», ni el art. 35.1-4.ª del Estatuto de Autonomía de Aragón, que atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, pueden tomarse como atributivos de una competencia judicial que la propia Constitución, en su art. 122.1 reserva a la LOPJ (SSTC 56/90, 62/90 y 254/94, está última declaratoria de la inconstitucionalidad del art. 733 LEC), pareciendo bastante claro que dicho art. 35.1-4.ª se refiere a la competencia legislativa, en concordancia con el art. 149.1-8.ª de la Constitución, y no a la judicial. Y tampoco parece convincente que la coma del art. 73.1 a) LOPJ antes transcrito («..., y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía...») pueda interpretarse como significativa de dos requisitos alternativos y no conjuntos, pues no encajaría en el sistema de la LOPJ ni de la propia Constitución, especialmente si se recuerda su configuración del Poder Judicial como poder exclusivamente estatal (arts. 122, 123, 149.1-5.ª y 152 y SSTC 25/81, 38/82, 56/90 y 62/90), que un Estatuto de Autonomía atribuye-

ra al Tribunal Superior de Justicia la competencia para conocer del recurso de casación civil en todo caso, es decir al margen de la naturaleza común o foral de la norma supuestamente infringida e incluso aunque la Comunidad Autónoma de que se trate careciera de Derecho civil propio.

Quinto: No obstante, la tarea interpretativa de las normas no puede detenerse en lo puramente literal o gramatical. Muy al contrario, el art. 3.1 del Código Civil añade a este elemento de interpretación el sintáctico-sistemático («contexto»), el histórico («antecedentes históricos y legislativos») y el sociológico («realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas»), imponiendo a su vez sobre todos ellos («fundamentalmente») el del espíritu y finalidad de la norma (elemento teleológico), sin que, a su vez, la falta de mención expresa del elemento lógico pueda tomarse, según opinión unánime de la doctrina, como equivalente a su exclusión. La cuestión, por tanto, consiste en determinar si, combinando todos estos elementos de interpretación, debe igualmente llegarse a la conclusión de que la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón de 1996 ha privado al Tribunal de Superior de Justicia de la competencia para conocer del recurso de casación por infracción de normas de derecho civil foral.

Para resolver tal cuestión debe tenerse en cuenta, ante todo, que Aragón ha sido uno de los territorios españoles con indiscutible Derecho Civil propio. De Aragón fue el único Apéndice de los previstos en el art. 6 de la Ley de Bases de

1888 que llegó efectivamente a ser ley en 1925; de 1967 data la Compilación de Derecho Civil de Aragón que sustituyó al Apéndice; en Zaragoza se celebró, en 1946, el Congreso Nacional de Derecho Civil en el que se afirmó la realidad y legítimidad del Derecho foral; y Aragón no ha considerado su derecho civil propio como algo estático, sino que después de la Constitución ha modificado su Compilación por Ley 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos, y por Ley 4/1995, de 29 de marzo, sobre sucesión intestada.

Igualmente ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el Estatuto de Autonomía de Aragón, en su redacción originaria de 1982, sí atribuía expresamente a los órganos jurisdiccionales de Aragón competencia para conocer del recurso de casación en materias de Derecho civil foral aragonés, así como que la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha venido ejerciendo pacíficamente esa competencia hasta la reforma del Estatuto de 1996.

Pues bien, todos estos datos, unidos a la consideración de que las reformas del Estatuto de Autonomía de 1994 y 1996 tuvieron como finalidad indiscutible la ampliación de competencias de la Comunidad Autónoma, y no su reducción («La reforma del actual Estatuto redescubre nuestra identidad histórica», dice la Exposición de Motivos de la L.O. 5/96, que igualmente habla de «trabajar por la recuperación de su constante histórica» o de que «Aragón encuentre la plenitud que se pretende como deseable ecuación de libertad para decidir y responsabilidad por lo

decidido, dentro del concepto de España»), unidos a la subsistencia del conocimiento del Derecho propio de Aragón como mérito preferente para el cargo de Presidente y Magistrados de TSJ (arts. 30 y 31 EA) y unidos, en fin, a la ausencia de cualquier trabajo o material parlamentario que ni siquiera apuntara a una eliminación de aquella competencia, conducen a afirmar que la desaparición del contenido del antiguo art. 29.1a) del Estatuto sólo puede tomarse como un defecto de técnica legislativa tan patente como, sin embargo, subsanable por vía interpretativa entendiendo que, en el caso concreto de Aragón como Comunidad con Derecho civil foral claramente caracterizado y cuyo Tribunal Superior venía ejerciendo la referida competencia, el vacío creado por la técnicamente desacertada reforma de su Estatuto queda cubierto por la previsión de su actual artículo 29 de que ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón se agoten las sucesivas instancias procesales en los términos del artículo 152 de la Constitución, disposición que, siempre en el caso concreto de Aragón, permite entender cumplido el requisito establecido en los arts. 73.1a) LOPJ y 1686 LEC por más que, evidentemente, el recurso de casación no sea una «instancia más». 3. — En consecuencia, siendo íntegramente aplicable el criterio anterior al resto del recurso aquí examinado, procede resolver en consonancia y declarar que la competencia para conocer del motivo primero corresponde, conforme a lo dispuesto por el art. 1730 de la LEC en relación con dicho criterio, a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de

Justicia de Aragón, ya que fue la propia parte recurrente que se opone a dicha competencia quien, libremente, optó por fundar su recurso en inaplicación de un artículo de la compilación de Derecho Civil de Aragón, insistiendo, en su exposición argumental, en destacar que el principio «estandum est chartae» es «considerado como principio informador del ordenamiento jurídico aragonés, lo que lo eleva a la categoría de fuente de nuestro derecho peculiar, de acuerdo con el art. 1º de la Compilación», por lo que, de acuerdo con lo previsto en el art. 1731 de la misma Ley Procesal, procede remitir a dicho Tribunal las actuaciones y el rollo de apelación previo emplazamiento de las partes para que comparezcan ante el mismo.

Por lo expuesto la sala acuerda:

DECLARAR QUE LA COMPETENCIA para conocer del resto del recurso de casación interpuesto por la Procuradora D.^a Africa Martín Rico, en nombre y representación de D. Enrique, contra la sentencia dictada con fecha 1 de diciembre de 1997 por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 4.^a), corresponde a la SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN, 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.

Así lo acuerdan, mandan y firman. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.- Alfonso Villagómez Rodil.- Pedro González Poveda.

2.- Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 5 de julio de 1999.

Este Auto declara la falta de competencia funcional de la Sala para el conocimiento del recurso de casación interpuesto. Formulan voto particular favorable a la asunción de la competencia dos de los cinco Magistrados, entre ellos su Presidente.

AUTO

Excmo. Sr. Presidente Don Benjamín Blasco Segura.

Ilmos. sres. magistrados:

Don Vicente García-Rodeja y Fernández.

Don Fernando Zubiri de Salinas.

Don Manuel Serrano Bonafonte.

Doña Rosa M.^a Bandrés y Sánchez-Cruzat.

Zaragoza a cinco de julio de mil novecientos noventa y nueve.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: En fecha 7 de mayo pasado, se recibieron en esta Sala procedentes de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Segunda, autos de menor cuantía núm. 7 de 1997 dimanantes del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 1 de esta capital, en virtud de recurso de casación anunciado por la representación legal de don Manuel y don Antonio Saz Guerrero frente a la sentencia dictada en fecha 23 de febrero de 1999 por dicha Audiencia Provincial, habiendo sido emplazadas las partes ante este Tribunal.

Segundo: En fecha 10 de junio y habiendo comparecido en tiempo y forma los procuradores señora Alfaro Montañés en nombre y repre-

sentación del recurrido don Jesús Martínez Sánchez y el señor Angulo Sáinz de Varanda en nombre y representación de los recurrentes, se tuvo por formalizado el recurso y se acordó oír a las partes y al Ministerio Fiscal por término de diez días sobre la competencia funcional, y en su caso traslado a este último conforme establece el artículo 1.709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Tercero: El Ministerio Fiscal y el procurador señor Angulo, en nombre de los recurrentes, consideran que esta Sala es competente para conocer del recurso de casación preparado, mientras que la procuradora señora Alfaro, en nombre del recurrido, entiende que la competencia del asunto debe de corresponder a la Sala de lo Civil de Tribunal Supremo.

El procedimiento fue tramitado como cuantía indeterminada, y las sentencias dictadas en instancia y apelación, no son conformes.

Es ponente el magistrado Ilmo. señor don Manuel Serrano Bonafonte.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Remite la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta capital los presentes autos de juicio declarativo ordinario de

menor cuantía, sobre reclamación de cantidad con base en incumplimiento de obligaciones contractuales, en virtud del recurso de casación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada en tales actuaciones. La parte recurrente fundamenta su recurso alegando, entre otras, violación por inaplicación del principio «*standum est chartae*» recogido en el artículo 3 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Podría pensarse que al versar el pleito sobre una cuestión de naturaleza mercantil, la competencia para el conocimiento del recurso vendría reservada al Tribunal Supremo, pero no sería exacta tal apreciación. No es la fundamentación de la demanda ni el carácter de las cuestiones controvertidas en el pleito lo que determina la competencia para conocer del recurso de casación, sino la fundamentación del propio recurso. Así, dispone el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia conocerá, como Sala de lo Civil del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, *siempre que el recurso se funde en infracción de norma del Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad...*». Como quiera que el recurso se funda en infracción de precepto de Derecho Foral propio de esta Comunidad, la conclusión no puede ser otra, en principio, que la de afirmar la competencia de esta Sala para el conocimiento del mismo.

Ocurre sin embargo, que el citado artículo de la L.O.P.J. exige para que las Salas de lo Civil y Penal de los TT.SS.JJ. puedan conocer del recurso de casación, que *además* de tratarse de infracción de normas de la Comunidad Autónoma, *el Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución* (...«y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución», reza el precepto.)

El Estatuto de Autonomía de Aragón que fue aprobado por L.O. 8/1982 de 10 de agosto no planteaba problema alguno con respecto a la competencia de esta Sala para el conocimiento de los recursos de casación y revisión, por cuanto que en su artículo 29 declaraba que las competencias de los órganos jurisdiccionales en Aragón se extendían 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. La L.O. 5/1996 de 30 de diciembre, reformó aquel Estatuto, suprimiendo *expresamente* (véase artículo 2 de la Ley) el artículo 29 anterior, que en la actualidad se limita a proclamar que el TSJ de Aragón es el órgano jurisdiccional en el 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 Estatuto.

Segundo: Como consecuencia de dicha modificación, esta Sala ha venido entendiendo que ha perdido las competencias en materia casacional y de revisión que el Estatuto anterior le atribuía, y ha explicado esta postura en diversas resoluciones, siendo una de ellas el auto de fecha 25 de mayo de 1998

cuya fundamentación jurídica era del siguiente tenor literal:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Ante el Juzgado de Primera Instancia número 6 de los de esta capital se siguió juicio declarativo ordinario de mayor cuantía número 275/96 instado por el ahora recurrente contra doña M.^a Josefa Pérez Calvo, sobre liquidación de régimen económico matrimonial. La sentencia dictada por dicho Juzgado fue apelada ante la Audiencia Provincial, correspondiendo el conocimiento del recurso a la Sección Cuarta que con fecha dos de febrero del año actual dictó la resolución que ahora es objeto de recurso de casación, recurso oportunamente anunciado, compareciendo ante esta Sala el recurrente formalizando el recurso en virtud del emplazamiento que ante la misma efectuara la antes dicha Sección.

En el trámite del artículo 1709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil el Ministerio Fiscal ha devuelto las actuaciones con la fórmula de «visto», por lo que debe entenderse que considera admisible el recurso.

Ocurre, sin embargo, que antes de pronunciarse sobre su admisibilidad, la Sala debe de examinar su propia competencia entendida como derecho y a la vez como deber de conocer de este asunto concreto, con el fin de evitar, en su caso, la nulidad de estas actuaciones si careciendo de competencia funcional entrara a conocer del recurso. A ello se refiere el artículo 238.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Tanto el Ministerio Fiscal como las partes personadas al evacuar el traslado que a este efecto se les confirió, entienden que esta Sala es competente para el conocimiento del recurso.

Segundo: El Estatuto de Autonomía de Aragón, que fue aprobado por la L.O. 8/1982, de 10 de agosto, disponía en su artículo 29.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 aragonés.»

En virtud de tal atribución de competencias esta Sala vino conociendo de los recursos de casación y revisión hasta la entrada en vigor de la L.O. 5/1996, de 30 de diciembre, del texto reformado de aquel Estatuto de Autonomía. En este texto reformado el artículo 29 dice lo siguiente: «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».

Ninguna otra referencia se contiene en el nuevo texto estatutario sobre las competencias de esta Sala.

Tercero: A la vista de la modificación introducida, entendiendo esta Sala que se había producido una pérdida de las competencias que tenía reconocidas en el Estatuto anterior, con fecha 16 de

enero de 1997 tomó el acuerdo de dirigirse al Excmo. señor Presidente de las Cortes de Aragón mediante escrito del siguiente tenor literal:

«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 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Conforme al apartado 1.º de dicho precepto, conocerá, como Sala de lo Civil:

a) Del recurso de casación que establezca la Ley contra resoluciones de Órganos Jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas de Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución.

b) Del recurso extraordinario de revisión que establezca la Ley contra sentencias dictadas por Órganos Jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, en materia de Derecho Civil, Foral o Especial, propio de la Comunidad Autónoma, si el correspondiente Estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución.

Tales son las principales competencias que esta Sala tiene en el ámbito de la Jurisdicción Civil, ya que el artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, determina las competencias de los Órganos Jurisdiccionales en Aragón, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, que 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 Aragonés.

Sin embargo, la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, del Estatuto de Autonomía de Aragón, en su artículo 2.º ha suprimido, entre otros, el citado artículo 29. En consecuencia, una vez transcurra el periodo de "vacatio legis" y entre en vigor la indicada Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, la supresión del referido artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón traerá como consecuencia jurídica que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón no pueda conocer en lo sucesivo, de los recursos de casación y revisión contra resoluciones de Órganos Jurisdiccionales del orden Civil con sede en la Comunidad Autónoma, fundados en infracción de normas del Derecho Civil propio de esta Comunidad. A partir de dicho momento la competencia para el conocimiento de dichos recursos corresponderá a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Tal modificación legislativa, de consumarse, significará la pérdida de gran parte de las competencias en materia civil que esta Sala tiene atribuidas, e incluso de la propia razón de ser de la misma, como unificadora de la aplicación del Derecho propio de la Comunidad y como culminación jurisdiccional de dicho ordenamiento jurídico, en el propio territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón.

De la lectura de la exposición de motivos de la indicada Ley Orgánica 5/1996 y del propio debate del legislativo se infiere que la supresión del artículo 29 ha de tratarse de un error de redacción en el artículo 2.º del texto legal, cuando no parece existir la voluntad legislativa de dejar sin efecto las indicadas competencias, en el ámbito jurisdiccional civil, de esta Sala.

Dada la gravedad que puede significar dicha reforma legislativa, me permito poner en conocimiento de V.E. las consecuencias que de la misma pueden derivar para que, en el ámbito de sus competencias y atribuciones adopte las medidas que estime pertinentes; y dada la urgencia y la proximidad de entrada en vigor de dicha Ley, podría prorrogarse el período de “vacatio legis” en lo referente a la supresión del citado artículo 29, para posibilitar una meditada y definitivamente correcta redacción del texto legal.»

El mismo escrito se dirigió a los Excmos. señores Presidentes del Congreso de Diputados y del Senado. No se obtuvo respuesta del presidente de las Cortes de Aragón ni del presidente del Senado; sí respondió el presidente del Congreso de Diputados manifestado que la supresión del artículo 29 del Estatuto anterior fue debida a que así aparecía en el texto remitido por las Cortes de Aragón.

No se produjo la pretendida prórroga de la «vacatio legis» en lo referente a la supresión del repetido artículo 29 del Estatuto.

Cuarto: Después de la reforma del Estatuto de Autonomía y como consecuencia de la repetida supresión de su artículo 29.1, en concreto de su apartado e), que atribuía al Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y de esta Sala, competencias específicas en materia de expedientes relativos al Registro de la Propiedad, el Presidente Territorial de los Registradores de la Propiedad de Aragón elevó al excmo. señor Presidente de las Cortes Autonómicas un informe del siguiente tenor literal:

«Informe del Presidente Territorial de los Registradores de Aragón sobre la situación creada por la L.O. 5/96, de 30 de diciembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, en relación con la competencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para resolver recursos contra las notas de calificación de los registradores de la Propiedad.

SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA.— *La Constitución Española determina en su artículo 152, al referirse a la organización institucional autonómica, que un Tribunal Superior de Justicia culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma y que las sucesivas instancias procesales se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia.*

A su amparo, el Estatuto de Autonomía de Aragón (L.O. 8/82, de 10 de agosto) concreta en su artículo 28 que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón es el órgano 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 ciento cincuenta y dos de la Constitución. En su artículo 29, con referencia a la entonces todavía en proyecto Ley Orgánica del Poder Judicial, determina las competencias de los órganos jurisdiccionales en Aragón.

En el apartado e) del artículo 29. Uno se hace extensiva la competencia de los órganos jurisdiccionales en Aragón “a los recursos gubernativos sobre calificación de documentos referentes al Derecho civil aragonés que deban

tener acceso a los Registros de la Propiedad”.

Más adelante, la Ley Orgánica del Poder Judicial (L.O. 6/85, de 1 de julio) regula la estructura y competencias de los Tribunales Superiores de Justicia, fijando en determinados casos como presupuesto de las mismas que “el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esa atribución” (artículo 73 LOPJ).

Asimismo, en relación con los recursos gubernativos contra notas de calificación de los registradores de la Propiedad, establece en su disposición adicional séptima que “cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma el conocimiento de los recursos contra la calificación de títulos sujetos a inscripción en un Registro de la Propiedad de la Comunidad, corresponderá al presidente del Tribunal Superior de Justicia la resolución del recurso. El presidente resolverá definitivamente en vía gubernativa cuando el recurso se funde en el Derecho Civil, Foral o especial privativo de la Comunidad Autónoma. En otro caso, su decisión será apelable conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria”.

Así pues, la competencia para resolver los recursos contra las calificaciones de los registradores de la Propiedad quedaba 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 Autonomía encomendara esa misma competencia genéricamente a los órganos jurisdiccionales radicados en la misma Comunidad. Tal presupuesto se cumplía con respecto a Aragón merced a lo dispuesto en el artículo 29.Uno.e) de su Estatuto de Autonomía.

SITUACIÓN CREADA POR LA LEY DE REFORMA.— La L.O. 5/96, de 30 de diciembre, se limita a suprimir el artículo 29 (artículo segundo), ocupando esta numeración el artículo 28 de la redacción originaria (artículo tercero).

De acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, habida cuenta de que la atribución de competencia a los órganos jurisdiccionales de la Comunidad en el Estatuto de Autonomía era el presupuesto necesario para la concreción de la competencia del presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón en la resolución de recursos gubernativos contra calificaciones de los registradores de la Propiedad, suprimida aquella atribución, ha quedado suprimida, consecuentemente, la competencia del Presidente.

A nuestro juicio, no se produce sólo, en esta materia, una supresión de la competencia del Presidente del Tribunal Superior en relación con los recursos fundados en Derecho Civil especial o foral, sino la supresión de su competencia para conocer de todo recurso gubernativo.

Creemos que es así porque, aunque la Ley Orgánica del Poder Judicial (disposición transitoria segunda, 1.) establecía que, una vez en funcionamiento los Tribunales Superiores de Justicia, desaparecerían las antiguas Audiencias Territoriales (a las que correspondía resolver los recursos gubernativos conforme a lo dispuesto en el artículo 118 del vigente Reglamento Hipotecario), no se contiene en su texto ninguna norma por la que se atribuyan globalmente a los Tribunales Superiores de Justicia las competencias anteriormente ejercidas por las Audiencias Territoriales. Antes al contrario, se hace una detallada atribución de competencias, contemplando en

concreto la relativa a los recursos contra la calificación de los registradores de la Propiedad en la referida disposición adicional séptima. Por tal motivo, creemos que, en este momento, los artículos 112 y siguientes del Reglamento Hipotecario han quedado sin posible aplicación en Aragón al carecer el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de la competencia que en tales preceptos se atribuye al Presidente de la Audiencia Territorial.

Si esta situación podría considerarse menos grave en relación con materias ajenas al Derecho propio de Aragón, en las que, en definitiva, resolvía en último término la Dirección General de los Registros y del Notariado por interesar cierta uniformidad de doctrina, es realmente preocupante en relación con recursos fundados en normas del Derecho propio de Aragón, respecto de las cuales nos exponemos a soluciones dictadas por un órgano que no vive a diario la peculiar experiencia jurídica aragonesa.

SOLUCIÓN DE LA SITUACIÓN PLANTEADA.— Teniendo en cuenta que la Ley Orgánica del Poder Judicial parte siempre del presupuesto de la asunción de competencias en el propio Estatuto de Autonomía, parece que la mejor solución ha de ser la “reformar la Ley de reforma, dejando sin efecto la supresión del artículo 29 del Estatuto, en su redacción anterior a la reforma. Debe tenerse en cuenta que se trataría no de una Ley de reforma del Estatuto, sino de una corrección de la propia Ley de reforma, para subsanar un “lapsus” del legislador.

Otra vía podría ser la de una ley de carácter procesal, dictada al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.6 de la Constitución, limitada, por tanto, a las especialidades procesales que vinieran

determinadas por las particularidades del Derecho sustantivo. Sobre ser un procedimiento más largo, no aseguraría la efectiva solución problema, al dejar en el aire si con tal disposición se cumplía el presupuesto exigido en la Ley Orgánica para la atribución de competencia al Presidente del Tribunal Superior, al menos en lo que se refiere a los recursos contra las notas de calificación de los registradores de la Propiedad.

En cualquier caso, es un tema que escapa a nuestra capacidad y competencia. Lo que sí parece urgir es encontrar una respuesta, pronta y eficaz, al problema planteado.»

El presidente del Tribunal Superior de Justicia en expediente gubernativo 4/1997 sobre fiducia sucesoria aragonesa, dictó resolución de 19 de noviembre del mismo año que en lo que interesa a los fines de este auto, dice así:

Noveno.— Por último, en relación con el recurso que se resuelve, se considera conveniente analizar, siquiera brevemente, la incidencia que en el sistema de los recursos gubernativos ha supuesto la supresión del artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón, operada por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de Reforma de la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, del Estatuto de Autonomía de Aragón, modificada por la Ley Orgánica 6/1994, de 24 de marzo, de Reforma de dicho Estatuto.

Establece la disposición adicional séptima de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que “Cuando los Estatutos de Autonomía atribuyan a los Órganos jurisdiccionales radicados en la C.A. el conocimiento de los recursos contra la calificación de títulos sujetos a inscripción en un Registro

de la Propiedad de la Comunidad, corresponderá al presidente del Tribunal Superior de Justicia la resolución del recurso", quien lo resolverá definitivamente en vía gubernativa, cuando el recurso se funde en el Derecho Civil, Foral o especial privativo de la C.A.

En otro caso, su decisión será apelable, conforme a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria.

Esa competencia se recogía en el artículo 29.º Uno e) del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, que disponía:

"Uno. De acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, las competencias de los órganos jurisdiccionales en Aragón se extienden:

e) A los recursos gubernativos sobre calificación de documentos referentes al Derecho civil aragonés, que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad."

La supresión dispuesta en el artículo segundo de la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, del artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón, ha planteado la duda sobre la subsistencia de la competencia que el derogado artículo 29 atribuía al presidente del Tribunal Superior de Justicia para la resolución definitiva de los recursos gubernativos en los términos establecidos en el apartado c) del artículo 29, ahora "suprimido".

Duda que sólo cabe resolver desde una triple perspectiva: constitucional (arts. 117.3, 149.8 y 152 de la Constitución); estatutaria (artículo segundo de la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre) y orgánica (disposición adicional 74 de la LOPJ), en el sentido de que suprimida del vigente Estatuto de

Autonomía esa competencia, que se hallaba en concordancia con lo establecido en la disposición adicional séptima de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, ha de entenderse derogada, puesto que las leyes posteriores derogan las anteriores (artículo 2.2 del Código Civil), salvo reserva que no existe.

La supresión (que supone un "plus" sobre la derogación) de esa competencia recogida en el "suprimido" artículo 29 del E. de A. de Aragón, devuelve esta clase de medios de impugnación al sistema ordinario de recursos establecido en los artículos 66 de la L.H. y 121 del R.H. a juicio de esta Presidencia (disposición adicional séptima de la LOPJ), vigente con independencia de la desfavorable valoración que nos merece la pervivencia de ese denominado recurso gubernativo, trámite intermedio que como la experiencia pone de relieve, no evita la interposición del recurso ante la DGRN.»

Quinto: El Justicia de Aragón, consciente del problema planteado por la supresión de constante referencia, dirigió a las Cortes de Aragón una resolución fechada el día 18 de marzo de 1997, instando la reforma del Estatuto de Autonomía, en la que argumentaba:

«RESOLUCIÓN DEL JUSTICIA DE ARAGÓN DIRIGIDA A LAS CORTES DE ARAGÓN EL DÍA 18 DE MARZO DE 1997, INSTANDO LA REFORMA DEL ESTATUTO DE AUTONOMÍA.— "La entrada en vigor del nuevo Estatuto de Autonomía producida el pasado día 20 de enero ha puesto de relieve un problema de singular magnitud al suprimirse en el nuevo texto toda referencia al contenido del

antiguo artículo 29 del Estatuto de Autonomía.

En el artículo 29 se regulaban las competencias de los órganos jurisdiccionales en Aragón, incluyendo la relativa a los recursos de casación y revisión en las materias de Derecho civil aragonés y la relativa a los recursos gubernativos sobre calificación de documentos referentes al Derecho Civil aragonés, que deban tener acceso al Registro de la Propiedad. La eliminación de este concreto contenido en el nuevo Estatuto implica la desaparición práctica de la casación foral.

Para verificar esta aseveración basta con acudir a la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo artículo 73.1.a) condiciona la atribución a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón del recurso de casación foral a la existencia de una previsión expresa en el Estatuto de Autonomía, previsión que ha desaparecido en el nuevo texto.

Por otra parte, el artículo 73.1.b) de la misma Ley Orgánica condiciona también la atribución a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón del recurso extraordinario de revisión que establezca la ley contra sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma de Aragón a la existencia de una expresa previsión estatutaria, previsión que ya no existe.

Igual sucede, en último término, con los recursos gubernativos sobre calificación de documentos referentes al Derecho Civil aragonés, que deban tener acceso al Registro de la Propiedad. Para que el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón pueda resolver definitivamente en vía gubernativa los mismos es preciso que así lo prevea expresamente el Estatuto de Autonomía, según proclama la disposición adicional sépti-

ma de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Esta previsión también ha desaparecido en el nuevo Estatuto.

Esta interpretación ha sido ratificada por todos los órganos judiciales con sede en la Comunidad Autónoma de Aragón que hasta la fecha han conocido de este asunto. En primer lugar el propio Tribunal Superior de Justicia de Aragón que se pronunció públicamente en el mes de enero reclamando una reforma que reintrodujera el contenido de este artículo suprimido. En segundo lugar, la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Y en fechas recientes, el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Zaragoza. Estos dos últimos órganos jurisdiccionales han remitido las actuaciones al Tribunal Supremo.

Llegados a este punto caben plantearse dos posibilidades: acometer ya la reforma del Estatuto o esperar a que el Tribunal Supremo se pronuncie (pues cabría que se declarara incompetente y devolviera las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón).

En favor de la actuación inmediata de reforma podemos aducir dos argumentos de gran consistencia:

— Parece unánime la opinión judicial en favor de la necesidad de reformar el Estatuto. Esta unanimidad de criterio nos hace suponer que existen muy grandes posibilidades de que el Tribunal Supremo comparta la tesis de los Juzgados y Tribunales aragoneses y se declare competente para conocer de los recursos interpuestos.

— Además, esperar al pronunciamiento del Tribunal Supremo supone dilatar la solución del problema más de un año. Valga como ejemplo el último

Auto que conocemos del Tribunal Supremo dictado para resolver un problema de competencia funcional. El Auto es de 21 de marzo de 1995 y resuelve declarando su propia competencia sobre un asunto en el que se había interpuesto recurso de casación en marzo de 1994, es decir, un año antes.

Las consecuencias de la desaparición de la casación foral para nuestro Derecho Civil son muy graves. La casación foral, si bien muy reducida en el número de asuntos, es esencial para fijar nuestra doctrina. Desde esta institución se viene sosteniendo desde hace años, en sintonía con amplios sectores jurídicos, la necesidad de reducir la cuantía que da acceso al recurso de casación foral para facilitar el objetivo de lograr un mayor cuerpo de jurisprudencia. Una interpretación judicial extensa y homogénea ha de redundar en una indudable mejora de la observancia y aplicación del Derecho Civil aragonés.

Es por ello preciso en nuestra opinión reaccionar con rapidez y no dilatar la cuestión hasta el año 1998, como sucedería en el supuesto de esperar al pronunciamiento del Tribunal Supremo. Por ello y en ejercicio de la función que el propio Estatuto me atribuye para la tutela del ordenamiento jurídico aragonés, del que es parte esencial el Derecho Civil, insto a las Cortes para que articulen el procedimiento parlamentario adecuado a fin de proceder a la aprobación con carácter de urgencia y del modo más consensuado posible de una propuesta de Reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón en la que se incluya el contenido del antiguo artículo 29 del Estatuto, para su tramitación ante las Cortes Generales.»

Sexto: En esta situación, con fecha 21 de marzo de 1997 tuvo

entrada en el Juzgado de Guardia de esta Ciudad, para ante esta Sala, demanda de Juicio de Revisión contra Sentencia dictada por el Juzgado de 1.^a Instancia n.º 2 de Teruel, con base en el número primero del artículo 1796 de la L.E.C., dándose traslado al Ministerio fiscal para el informe, fue evacuado el trámite en la forma siguiente:

«Que, al haberse suprimido el anterior artículo 29 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Aragonesa y no figurar en el vigente reconocimiento expreso de competencia del T.S.J. de Aragón en los recursos extraordinarios de casación y revisión, y por otra parte, al no ser la materia litigiosa propia de Derecho Civil Foral Aragonés, resulta obvio que la competencia para el conocimiento del presente recurso corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, conforme al artículo 1801 de la L.E.C. en relación con los artículos 56.1 y 73.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.»

En este asunto fue dictado auto por esta Sala con fecha 14 de abril de 1997, cuya fundamentación jurídica decía:

«Primero.— La procuradora señora Borobia Lorente, en representación de don Antonio Valiente Gimeno, interpone ante esta Sala demanda de revisión contra la sentencia dictada con fecha 26 de abril de 1994, por la Ilma. señora Magistrada titular del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Teruel, en autos de juicio de cognición seguidos bajo el n.º 196/93. Ante la interposición de esta demanda se hace preciso examinar la jurisdicción de esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal superior de Justicia de Aragón para el conocimiento de la misma, dado que el derecho de acceso a la jurisdicción y a la tutela judicial

efectiva, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución española, implica que el juez o Tribunal ante el que se plantea un asunto tenga atribuida jurisdicción para conocer del mismo, lo cual, a su vez, se integra en el derecho del particular al Juez predeterminado por la Ley —sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 30/1997, de 24 de febrero de 1997, fundamento jurídico sexto—. A tal efecto, el artículo 117.3 de la Constitución española previene que «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencias y procedimiento que las mismas establezcan». Y, por su parte, el artículo 9.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial previene que «los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por ésta u otra Ley», fijando en el apartado sexto el criterio general de improrrogabilidad de la jurisdicción, correspondiendo a los órganos judiciales apreciar de oficio la falta de la misma.

Segundo.— El recurso de revisión, regulado procesalmente en los artículos 1796 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, está previsto en la Ley para obtener la modificación de una sentencia firme, de modo que su propia tramitación y prosperabilidad constituye una excepción a los principios de seguridad jurídica, de intangibilidad de las sentencias firmes dictadas por los tribunales y de la autoridad de la cosa juzgada, tanto formal como material. Si el legislador ha previsto una posibilidad de revisión de sentencias firmes lo ha hecho en defensa de la justicia de fondo o material que, eventualmente, puede verse vulnerada por una decisión judicial ganada injustamente, en alguno de los

supuestos contemplados en el citado artículo 1796 de la ley procesal.

De ahí la naturaleza excepcional del recurso de revisión, considerado por la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo como un remedio extraordinario —sentencia de 24 de marzo de 1995—, o como un recurso de naturaleza extraordinaria —sentencia de 23 de marzo del mismo año— que nunca constituye una instancia más en el curso del proceso —sentencia de 4 de abril de 1995—. Hasta el punto de que doctrinalmente se viene a estimar más adecuada la denominación contenida en el artículo 1251 del Código Civil, segundo párrafo, cuando afirma que “contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad, sólo será eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión”, al entender un sector de la opinión jurídica que en la demanda de revisión se insta un auténtico nuevo juicio respecto a la sentencia judicial ya firme.

En este sentido, la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 1992 es categórica al afirmar: “es doctrina consolidada de la Sala que el recurso de revisión por su naturaleza de extraordinario y por cuanto vulnera el principio riguroso y casi absoluto de la irrevocabilidad de los fallos que hayan ganado firmeza, requiere que la interpretación de los supuestos que lo integran haya de realizarse con criterio restrictivo, pues lo contrario llevaría a la inseguridad de situaciones reconocidas o derechos declarados en la sentencia, con quebrantamiento del principio de autoridad de la cosa juzgada, sin que sea posible, a través de la revisión, examinar o enjuiciar la actuación procesal del juzgador que dio lugar a la sentencia impugnada, ni pretender una nueva instancia con un nuevo análisis de la cuestión debatida y resuelta”; declaración que se formula con

cita y apoyo de las Sentencias de la misma Sala de 3 mayo, 6 de junio y 25 de septiembre de 1968, 30 de mayo de 1980, 2 de diciembre de 1983, 14 de julio de 1986, 7 de abril y 19 de mayo de 1987, 14 de julio, 3 de noviembre y 21 de diciembre de 1988, 16 de marzo, 5 de abril y 12 de julio de 1989, 24 de diciembre de 1990 y 7 de mayo de 1991.

La revisión, pues, no es una instancia.

Tercero.— Consecuencia de esa naturaleza extraordinaria del procedimiento de revisión de una sentencia firme es la atribución competencial que fija el legislador para su conocimiento. Con arreglo al artículo 1801 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, «el recurso de revisión se interpondrá ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. No obstante, cuando la sentencia firme impugnada hubiese sido dictada por un Juzgado o Audiencia con sede en una Comunidad Autónoma cuyo Estatuto de Autonomía así lo ya previsto, del recurso de revisión conocerá la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, de acuerdo con lo previsto en este Título».

Y en concordancia con dicha norma, el artículo 73.1.b) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al fijar las atribuciones competenciales de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, previene que las mismas conocerán, como Salas de lo Civil: «Del recurso extraordinario de revisión que establezca la ley contra sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, en materia de Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad Autónoma, si el correspondiente Estatuto de Autonomía ha previsto esta atribución».

Es, por tanto, meridianamente claro que ambas normas, procesal y orgánica,

hacen posible que esta Sala conozca de los recursos de revisión contra sentencias firmes dictadas por órganos jurisdiccionales con sede en la Comunidad Autónoma, pero también lo es que ambas remiten a la previsión que al efecto haga el Estatuto de Autonomía. Dichos preceptos son los que llevan a cabo el desarrollo normativo de la norma constitucional establecida en el artículo 117.3 de la Constitución, antes citada.

Cuarto.— El artículo 29.1 del Estatuto de Autonomía de Aragón, en su redacción originaria, aprobada por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, afirmaba que: «De acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, las competencias de los órganos jurisdiccionales en Aragón se extienden: a) En el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión en las materias de Derecho Civil foral aragonés». Promulgada la Ley Orgánica del Poder Judicial y definida en ella la competencia de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, correspondía a esta Sala el conocimiento de los recursos de revisión contra sentencias firmes dictada por Juzgados y Tribunales con sede en la Comunidad aragonesa, siempre que el proceso hubiera versado sobre materias de Derecho Civil propio de esta Comunidad, de donde se infería que, en base a dicha regulación, la cuestión a dilucidar en el caso en que se interpusiera una demanda de revisión era la relativa a la materia de que se tratase, siendo competencia de esta Sala cuando aquella era de derecho propio de Aragón.

Quinto.— Esta regulación ha sido modificada por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, que da nueva redacción a diversos preceptos del Estatuto de Autonomía de Aragón. En

dicha Ley, en su artículo segundo, se deroga el contenido normativo del anterior 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón, a que se ha hecho puntual referencia en el apartado anterior; éste ha sido el único precepto expresamente suprimido dentro del Capítulo IV del Título I del Estatuto, capítulo referido a la Administración de Justicia. En el artículo tercero se da nueva redacción al artículo 29, en los siguientes términos: "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"; redacción que correspondía al anterior artículo 28.

La nueva regulación priva a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de la jurisdicción para resolver recursos de revisión, al haber desaparecido la norma expresa de atribución contenida en el anterior artículo 29.1 a) antes citado. A esta conclusión se llega por las siguientes razones:

A) La expresión del legislador que determina que este Tribunal Superior de Justicia es el órgano jurisdiccional en que culmina la organización judicial en su ámbito territorial, es decir, en el territorio aragonés, es únicamente una declaración de índole general relativa a la existencia y ámbito competencial territorial del Tribunal, concordante con la previsión normativa del artículo 70 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero no atribuye ninguna competencia al propio Tribunal;

B) El mandato de que ante el mismo se agotarán las sucesivas instancias procesales ha de ponerse 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 expresamente previsto en el artículo 152 de la Constitución que, tras afirmar que «un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma», y permitir que en los Estatutos de Autonomía se establezcan los supuestos y formas de participación de las Comunidades Autónomas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio, establece que «todo ello de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y dentro de la unidad e independencia de éste» —artículo 152.1, párrafo segundo—;

C) Dicha referencia a las sucesivas instancias procesales no tiene ninguna relevancia respecto a la atribución competencial para la decisión de un recurso de revisión que, por su propia naturaleza y excepcionalidad, no constituye una instancia procesal, según se ha expuesto en los precedentes fundamentos jurídicos, siguiendo reiteradísima doctrina emanada de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, a la que igualmente se ha hecho mención;

D) La última parte del precepto contenido en el hoy vigente artículo 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 igualmente podría predicarse respecto del recurso de casación.

Sexto.— Por todas las razones expuestas procederá la inadmisión a trámite de la demanda formulada por la representación procesal de don Antonio Valiente Gimeno, de recurso de revisión, al carecer esta Sala de jurisdicción para su conocimiento, entendiendo que corresponde conocer de la misma a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, conforme a lo establecido en el ya citado artículo 1.801 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación al artículo 56.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; debiendo archivarse sin más trámite las actuaciones.»

Séptimo: El Boletín Oficial de las Cortes de Aragón n.º 115, de 19 de diciembre de 1997, publicaba 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 ley orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, de reforma de dicho Estatuto», propuesta dirigida a la mesa de las Cortes de Aragón, del siguiente tenor literal.

«A LA MESA DE LAS CORTES DE ARAGÓN:

Los diputados abajo firmantes, pertenecientes a los Grupos Parlamentarios que se indican por cada uno de aquéllos, al amparo de lo establecido en el artículo 61 del Estatuto de Autonomía de Aragón, presentan la siguiente propuesta de reforma del mismo, a los meros efectos de subsanar un error material padecido en la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, que omitió, sin que constara voluntad alguna de quererlo hacer, el artículo 29 del texto que era objeto de la

reforma introducida por la citada Ley Orgánica.

Las Cortes de Aragón promovieron en la pasada legislatura, por iniciativa conjunta de todos los Grupos Parlamentarios, la reforma del Estatuto de Autonomía que aprobara la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, y a tal efecto, se constituyó una Comisión especial que, bajo la presidencia del que ostentaba entonces la de la Cámara, elaboró un proyecto que comprendía la modificación total o parcial de diversos artículos del Estatuto originario, mientras que otros muchos se respetaron en su integridad por entenderse que no requerían alteración alguna, coincidiendo los miembros de la Comisión en la conveniencia de mantenerlos como figuraban redactados. Fue esto lo que se deseaba hacer con el artículo 29 del Estatuto de 1982, que determina las competencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, materia de relevancia indiscutible atendiendo a la que tiene el Derecho foral aragonés en el ámbito personal, real y formal del propio ordenamiento.

Sin embargo, al reordenar la enumeración de los artículos del Estatuto, para ajustarlos a las modificaciones introducidas, se padeció un error material consistente en la omisión del citado artículo 29 del Estatuto, absolutamente inintencionada porque ningún Grupo tenía, ni desde luego manifestó entonces, voluntad alguna de suprimirlo ni se verificó votación en la que se decidiera eliminar el artículo omitido, sin duda por fallar, se insiste, voluntad política alguna de hacerlo.

Por lamentable que resulte, el error padecido por estas Cortes en aquella ocasión tampoco se advirtió en el Congreso y Senado, aunque tampoco en ninguna de estas Cámaras manifestaron los Grupos

propósito de explicar la omisión en el sentido de que fuera consecuencia de una voluntad política deliberada y opuesta a la subsistencia del artículo referido.

No parecía de razón que la Cámara que padeció el error de origen se excusara de procurar su remedio siguiendo el procedimiento previsto para toda reforma estatutaria, a falta de un procedimiento destinado especialmente para corregir errores materiales, pero teniendo que limitar obviamente, el alcance de la modificación, a reparar el error sufrido. Los firmantes consideran que es deber de la Cámara actuar en el sentido que se desprende de esta iniciativa y ello aunque se sostuviera que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón mantiene la totalidad de las competencias que venía ejerciendo con anterioridad a la Ley Orgánica 5/1996. Respetando otras interpretaciones, se considera que no basta, desde luego, lo que la LOPJ dispone, para asegurar el mantenimiento de aquellas competencias, criterio que, por cierto, ha sostenido el propio Tribunal Superior de Justicia al declararse incompetente en ocasión reciente. Entienden los firmantes que la mención expresa en el Estatuto de las competencias que se atribuyen al Tribunal Superior de Justicia de Aragón por el artículo 29 del Estatuto de 1982, es el único medio que despejará cualesquiera dudas interpretativas que de procederse como se propone, pueden resolverse sencillamente sin perjuicio de ningún interés ni derecho, de modo que la subsanación que se promueve carece de contraindicaciones y permite alcanzar la seguridad jurídica exigible.

Además, lo que se propone debe entenderse requerido por el artículo 73 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en todo caso, por la vocación de suficiencia

que es consustancial al contenido y a la naturaleza de un Estatuto. Efectivamente, al hablar dicho precepto de la LOPJ de las competencias que corresponderán, en su caso, a los Tribunales Superiores de Justicia en las materias concernidas, menciona como necesaria la concurrencia de dos requisitos: uno, que el recurso se funde en infracción de normas de Derecho Civil, Foral o Esencial propio de la comunidad y, otro, que, además, el Estatuto de Autonomía haya previsto esa atribución, lo que no sucederá de conservarse la redacción resultante del yerro padecido.

Como se trata, en suma, de un error material ajeno a cualquier criterio volitivo y así desean hacerlo constar los firmantes, entienden que procede incorporara al Estatuto vigente, como artículo 28 bis, el texto literal del artículo 29 del Estatuto de 10 de agosto de 1982, que seguidamente se transcribe:

«1. De acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, las competencias de los órganos jurisdiccionales en Aragón se extienden:

a) En el orden civil, a todas las instancias y grados, incluidos los recursos de casación y de revisión, en las materias de Derecho civil foral aragonés.

b) En el orden penal y social, a todas las instancias y grados, con excepción de los recursos de casación y revisión.

c) En el orden contencioso-administrativo, a todas las instancias y grados, cuando se trate de actos o reglamentos emanados de la Diputación General y de la Administración de la Comunidad Autónoma, en materia cuya legislación corresponda en exclusiva a las Cortes aragonesas.

d) A las cuestiones de competencia entre órganos judiciales en Aragón.

e) *A los recursos gubernativos sobre calificación de documentos referentes al Derecho civil aragonés, que deban tener acceso a los Registros de la Propiedad.*

2. En las restantes materias se podrá interponer, cuando proceda ante el Tribunal Supremo, el recurso de casación o el que corresponda, según las leyes del Estado y, en su caso, el de revisión. El Tribunal Supremo resolverá también los conflictos de competencia y jurisdicción entre los Tribunales de Aragón y los demás de España.»

Esta propuesta de reforma aparecía suscrita por catorce diputados del Grupo Parlamentario del Partido Aragonés, tres diputados del Grupo Parlamentario de Izquierda Unida de Aragón y dos diputados del Grupo Parlamentario Mixto. En sesión de las Cortes de 16 de abril actual fue rechazada por la mayoría parlamentaria.

Octavo: Ya vigente la nueva redacción del Estatuto de Autonomía de Aragón se produjeron —al menos según el conocimiento de esta Sala— tres anuncios de propósito de interposición de recurso de casación, sobre cuestiones de Derecho Foral Aragonés.

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó auto de fecha 28 de febrero de 1997 al haberse presentado escrito anunciando el propósito de interponer recurso de casación basado en infracción de preceptos de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, en cuya fundamentación jurídica se sostenía que siendo imperativas las normas reguladoras de la competencia funcional, a la vista de lo dispuesto en el artículo 238.1º de la L.O.P.J., debía de acor-

darse el emplazamiento de las partes ante Tribunal Supremo para el conocimiento del recurso porque el Estatuto de Autonomía de Aragón, reformado, no recogía la competencia funcional a favor de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Zaragoza, en auto de fecha 4 de marzo de 1997 dictado en actuaciones en las que se anunció el propósito de interponer recurso de casación «per saltum», acordó en su parte dispositiva tener por preparado el recurso de casación, ordenando la remisión de los autos a la Sala de Civil del Tribunal Supremo, emplazando a las partes para que comparecieran ante la misma.

La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza dictó auto con fecha 20 de mayo de 1997 acordando la remisión de los autos al Tribunal Supremo al entender que era el Alto Tribunal quien debía de conocer del recurso de casación anunciado. Eran los autos 298/95 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Calatayud.

Noveno: Estos últimos autos de la Sección Segunda de esta Audiencia Provincial fueron registrados en la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo con el n.º 1909/97, dándole traslado al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia, trámite que fue evacuado en la siguiente forma:

«El fiscal, en el recurso de casación n.º 1909/97, interpuesto por la representación de doña Manuela Fernández Carrión y Flumater S.L., contra sentencia número 241, de fecha 12 de abril de 1997, dictada por la Sección Segunda

de la Audiencia Provincial de Zaragoza, en recurso de Apelación n.º 790/96, procedente de los autos de menor cuantía sobre tercería de dominio 298/95 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Calatayud, **informa** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que éste recurso plantea **numerosos problemas**, pues el motivo primero se funda en la interpretación errónea del artículo 37 del párrafo 3, de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, con lo que según el artículo 1730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, correspondería al conocimiento del recurso al Tribunal Superior de Justicia de Aragón, pero el problema se complica pues artículo 73 de la LOPJ en su número 1 apartado a), atribuye esta competencia **cuando** el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución, lo que no exige el artículo 1730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil redactado por la Ley 10/92, de 30 de abril, y además **se complica más** porque el artículo 29 número 1, apartado a), del Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, sí atribuía esta competencia, pero el Estatuto de Aragón ha sido modificado por Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, y en su artículo 2 ha derogado, **no sabemos el motivo**, el artículo 29, quedando sólo el anterior artículo 28, que pasa a ser ahora 29, con lo que el Estatuto de Autonomía de Aragón dice ahora que: **"El Tribunal Superior de Justicia de Aragón es el órgano jurisdiccional en que culmina la organización judicial en su ámbito territorial y ante el que se agotarán las sucesivas instancias procesales en los términos del artículo 152 de la Constitución, y de acuerdo con el presente Estatuto"** y como el artículo 152 de la Constitución dice **"sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 123 las sucesi-**

vas instancias procesales, en su caso, se agotarán ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma en que esté el órgano competente en primera instancia". No exigiendo la Constitución para conocer del recurso de casación en materia foral, que esté prevista esta atribución en el Estatuto, y como el artículo 35 número 4 del Estatuto de Aragón dice que es competencia de la Comunidad Autónoma de Aragón la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil aragonés, parece que la derogación del artículo 29 del Estatuto no implica que el Tribunal Superior de Justicia de Aragón haya perdido competencia en materia de Derecho Civil Foral, y la cláusula general del antiguo artículo 28 del Estatuto, hoy 29, en relación con el artículo 152 de la Constitución y 1730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, nos lleva a la conclusión, y así **informamos** de acuerdo con el artículo 1731 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que es competente para conocer del presente recurso la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.»

Llama poderosamente la atención, habida cuenta del contenido del artículo 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en cuanto al principio de unidad de actuación, que en el dictamen emitido en los autos a que se refiere el fundamento sexto de esta resolución, se sostuviera por el Ministerio Público que al haberse suprimido el artículo 29 del Estatuto anterior la competencia correspondía a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y, sin embargo, se sostuviera por el fiscal en el dictamen que se acaba de transcribir que la competencia correspondía a esta Sala, postura también defendida por la Fiscalía de este

Tribunal, en contra de la que en principio mantuvo.

Tras el dictamen del fiscal y oídas las partes, la **Sala de lo Civil del Tribunal Supremo** dictó con fecha 10 de febrero del año actual el auto cuya fundamentación jurídica y parte dispositiva son del siguiente tenor literal:

«FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Se plantea ante esta Sala, con ocasión del trámite previsto en el artículo 1731 LEC, si la competencia para conocer del presente recurso de casación, fundado conjuntamente en infracción de normas de Derecho civil común y de Derecho civil foral aragonés, concretamente el artículo 37 —párrafo tercero— de la *Compilación de Derecho Civil de Aragón* (motivo primero), e interpuesto contra una sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, corresponde a esta Sala o, por el contrario, a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, de dicha Comunidad Autónoma.

2. En el estado de cosas anterior a la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón por la Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre, la cuestión no suscitaba dudas sobre la competencia, en tal caso, de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, ya que el artículo 29.1.a) de dicho Estatuto de Autonomía, desde su redacción originaria según la Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, extendía las competencias de los órganos jurisdiccionales en Aragón, en el orden civil, “a todas las instancias y grados incluidos los recursos de casación y de revisión, en las materias de Derecho civil foral aragonés”, mientras que por su parte el artículo 54.1.a) de la Ley de Demarcación y

de Planta Judicial de 1988, y más tarde el artículo 1730 LEC en su redacción según la Ley 10/92, resolvieron el problema de los recursos fundados conjuntamente en infracción de normas de Derecho común y foral atribuyendo la competencia a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia.

3. Sin embargo, el problema surge porque la indicada Ley de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón ha eliminado del texto el contenido del antiguo artículo 29, pasando a ocupar este número de articulado el contenido del antiguo artículo 28, de la misma forma que ha sucedido con los artículos 27, 26 y 25, que pasan a recoger los contenidos de los antiguos artículos 26, 25 y 24 según dispone el artículo 2 de dicha Ley Orgánica de reforma. La consecuencia de todo ello es que el texto actualmente vigente del Estatuto de Autonomía de Aragón no contiene una expresa atribución competencial, en materia de recurso de casación civil por infracción de normas de derecho foral, a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, limitándose su artículo 29, reproducción del antiguo artículo 28, a establecer que “El Tribunal Superior de Justicia de Aragón es el órgano jurisdiccional en que culmina 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”. Y como quiera que el artículo 73.1 LOPJ atribuye a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil, la competencia para conocer del recurso de casación “siempre que el recurso se funde en infracción de normas de Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad, y cuando el correspon-

diente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución", y a su vez el artículo 1686 LEC atribuye a estas mismas Salas la competencia para "conocer de los recursos de casación en los supuestos de infracción de las normas de Derecho civil, foral o especial propio de las Comunidades Autónomas en cuyo Estatuto de Autonomía se haya previsto esta atribución", se suscitan serias dudas en torno a la competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para seguir conociendo de los recursos por infracción de normas de Derecho civil foral aragonés.

4. En una primera aproximación interpretativa, estrictamente literal, cabría afirmar que efectivamente la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón carece en la actualidad de dicha competencia. Ni el artículo 152.1, párrafo segundo, de la Constitución, que en principio contemplaba los Tribunales Superiores de Justicia sólo para las Comunidades Autónomas que se constituyeran por la vía del artículo 151 (SSTC 72/89 y 38/82), limitándose a declarar que culminarían la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, "sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo", ni el artículo 35.1.4.º del Estatuto de Autonomía de Aragón, que atribuye a la Comunidad Autónoma competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil aragonés, pueden tomarse como atributivos de una competencia judicial que la propia Constitución, en su artículo 122.1, reserva a la LOPJ (SSTC 56/90, 62/90 y 254/94, esta última declaratoria de la inconstitucionalidad del artículo 733 LEC), pareciendo bastante claro que dicho artículo

35.1.4.º se refiere a la competencia legislativa, en concordancia con el artículo 149.1.8.º de la Constitución, y no a la judicial. Y tampoco parece convincente que la coma del artículo 73.1.a) LOPJ antes transcrito ("... y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía...) pueda interpretarse como significativa de dos requisitos alternativos y no conjuntos, pues no encajaría en el sistema de la LOPJ ni de la propia Constitución especialmente si se recuerda su configuración del Poder Judicial como poder exclusivamente estatal (arts. 122, 123, 149.1.5.º y 152 y SSTC 25/81, 38/82, 56/90 y 62/90), que un Estatuto de Autonomía atribuyera al Tribunal Superior de Justicia la competencia para conocer del recurso de casación civil en todo caso, es decir al margen de la naturaleza común o foral de la norma supuestamente infringida e incluso aunque la Comunidad Autónoma de que se trate careciera de Derecho civil propio.

5. No obstante, la tarea interpretativa de las normas no puede detenerse en lo puramente literal o gramatical. Muy al contrario, el artículo 3.1 del Código Civil añade a este elemento de interpretación el sintáctico-sistemático ("contexto"), el histórico ("antecedentes históricos y legislativos") y el sociológico ("realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas"), imponiendo a su vez sobre todos ellos ("fundamentalmente") el del espíritu y finalidad de la norma (elemento teleológico), sin que, a su vez, la falta de mención expresa del elemento lógico pueda tomarse, según opinión unánime de la doctrina, como equivalente a su exclusión.

La cuestión, por tanto, consiste en determinar si, combinando todos estos elementos de interpretación, debe igualmente llegarse a la conclusión de que la

reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón de 1996 ha privado al Tribunal Superior de Justicia de Aragón de competencia para conocer del recurso de casación por infracción de normas de Derecho civil foral.

Para resolver tal cuestión debe tenerse en cuenta, ante todo, que Aragón ha sido uno de los territorios españoles con indiscutible Derecho civil propio. De Aragón fue el único Apéndice de los previstos en el artículo 6 de la Ley de Bases de 1838 que llegó a ser ley en 1925; de 1967 data la Compilación de Derecho Civil de Aragón que sustituyó al Apéndice; en Zaragoza se celebró, en 1946, el Congreso Nacional de Derecho Civil en el que se afirmó la realidad y legitimidad del Derecho foral; y Aragón no ha considerado su Derecho civil propio como algo estático, sino que después de la Constitución ha modificado su Compilación por Ley 3/1998, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos, y por Ley 4/1995, de 29 de marzo, sobre sucesión intestada.

Igualmente ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el Estatuto de Autonomía de Aragón, en su redacción originaria de 1982, sí atribuía expresamente a los órganos jurisdiccionales de Aragón competencia para conocer del recurso de casación en materias de Derecho civil foral aragonés, así como que la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha venido ejerciendo pacíficamente esa competencia hasta la reforma del Estatuto de 1996.

Pues bien, todos estos datos, unidos a la consideración de que las reformas del Estatuto de Autonomía de 1994 y 1996 tuvieron como finalidad indiscutible la ampliación de competencias de la Comunidad Autónoma, y no su reduc-

ción ("La reforma del actual Estatuto redescubre nuestra identidad histórica", dice la exposición de motivos de la L.O. 5/96, que igualmente habla de "trabajar por la recuperación de su constante histórica" o de que "Aragón encuentre la plenitud que se pretende como deseable ecuación de libertad para decidir y responsabilidad por lo decidido, dentro del concepto de España"), unidos a la subsistencia del conocimiento del Derecho propio de Aragón como mérito preferente para el cargo de presidente y magistrados del TSJ (arts. 30 y 31 EA) y unidos, en fin, a la ausencia de cualquier trabajo o material parlamentario que ni siquiera apuntara a una eliminación de aquella competencia, conducen a afirmar, y así se ha entendido por mayoría en la Junta General de los Magistrados de esta Sala celebrada el 28 de enero último, que la desaparición del contenido del artículo 29.1.a) del Estatuto sólo puede tomarse como un defecto de técnica legislativa tan patente como, sin embargo, subsanable por vía interpretativa entendiendo que, en el caso concreto de Aragón como Comunidad con Derecho civil foral claramente caracterizado y cuyo Tribunal Superior venía ejerciendo la referida competencia, el vacío creado por la técnicamente desacertada reforma de su Estatuto queda cubierto por la previsión de su actual artículo 29 de que ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón se agoten las sucesivas instancias procesales en los términos del artículo 152 de la Constitución, disposición que, siempre en el caso concreto de Aragón, permite entender cumplido el requisito establecido en los artículos 73.1.a) LOPJ y 1686 LEC por más que, evidentemente, el recurso de casación no sea una "instancia" más.

En virtud de lo expuesto, la Sala acuerda:

Declarar que la competencia para conocer 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 y el rollo de apelación, con testimonio de este auto y del escrito de interposición del recurso, previo emplazamiento de las partes para que comparezcan ante dicha Sala en el plazo de diez días.»

Décimo: Como cuestión previa, al tratar de determinar si a la vista de la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón, esta Sala tiene o no competencia funcional para conocer de los recursos de casación cuando exista denuncia de infracción de normas de Derecho foral, ha de decirse que no se debe confundir esta cuestión con lo que la Ley Orgánica del Poder Judicial denomina "cuestiones de competencia" y regula en los artículos 51 y 52 en relación con los artículos 56 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, en concreto en los artículos 1686 y 1729 de esta Ley. Estas cuestiones sólo pueden plantearse entre órganos judiciales que, además de pertenecer a un mismo orden jurisdiccional, tengan atribuidas competencias funcionales equiparables y este es el sentido del artículo 81 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al vedar las cuestiones de competencia de un Juez o Tribunal con "su inmediato superior jerárquico". Todo ello viene vinculado al principio constitucional de que todos los ciudadanos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, según reza el artículo 24.1 de la Constitución española.

Undécimo: La inclusión en los fundamentos de este auto de las

resoluciones que han quedado transcritas, tiene como finalidad aportar distintos puntos de vista en orden al alcance y consecuencias de la reforma estatutaria, todos ellos provenientes de estamentos de relevancia en la vida jurídica; más si se tiene en cuenta que esta va a ser la primera ocasión en que esta Sala tiene la oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión de su debatida competencia para conocer de los recursos de casación. Ya se pronunció en materia de recurso de revisión y aunque los argumentos expuestos para rechazar su conocimiento son de plena aplicación al recurso de casación, es lo cierto que de forma directa no ha tenido hasta este momento oportunidad de manifestarse.

Frente a los anteriores criterios que mantienen que esta Sala ha perdido su competencia para conocer de los recursos de casación y revisión por mor de la reforma introducida en el Estatuto de Autonomía de Aragón, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha resuelto en el auto dictado con fecha 10 de febrero del año actual, que esta Sala conserva la competencia que le atribuyera el Estatuto de 1982.

No obstante, sin perjuicio del respeto y, en su caso, del acatamiento que en su día haya de hacerse respecto de la decisión última del Tribunal Supremo por consecuencia de la estructura jerárquica de los órganos de la jurisdicción establecida en el artículo 123 de la Constitución, esta Sala considera un deber exponer su convicción acerca de la cuestión, tras una profunda reflexión, en aplicación estricta de

la legalidad y como descargo de conciencia ética profesional.

Duodécimo: Conviene recordar que el Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo responde al criterio de la mayoría de los componentes de la Sala reunidos en Junta General; es decir, no hubo unanimidad y debe también recordarse que quedó a salvo la independencia de cada Sección para el enjuiciamiento y resolución de cada proceso en la forma que dispone el artículo 264.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por ello, esta Sala cuando recibió los autos en los que tal resolución fue dictada, tuvo por interpuesto el recurso de casación **para aquel asunto** por haberlo así acordado el Tribunal Supremo y habida cuenta, además, del contenido del artículo 123 de la Constitución española. Pero afirmó que carecía de competencia para conocer de los recursos de casación, advirtiendo a las partes de la posible nulidad de su resolución.

Los fundamentos segundo, tercero y cuarto del Auto del Tribunal Supremo centran exactamente el problema y hacen pensar que la conclusión que de ellos se va a obtener no va a ser otra que la de la declaración de la pérdida de competencia de esta Sala para conocer de los recursos de casación. Pero es el caso que en el fundamento quinto se produce un quiebro dialéctico que conduce a la solución contraria que en principio se intuía: se declara la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso.

Decimotercero: La cuestión a decidir en este trámite consiste en definir si, a la vista de la reforma del

Estatuto de Autonomía de Aragón, esta Sala tiene competencia funcional para el conocimiento de un recurso de casación. Sólo en el supuesto en que dicha cuestión sea resuelta en sentido afirmativo, podrá entrarse a determinar si, por razón de la materia, la competencia es de esta Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, en un recurso en que se denuncia la infracción de normas de Derecho civil común y del Derecho civil especial de Aragón. Ello es así porque la existencia de competencia funcional para la resolución de recursos de casación constituye un "prius" respecto a la aplicación del artículo 1731 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sólo tiene sentido y eficacia normativa respecto de las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia dotadas de competencia para la resolución de recursos de casación, que no son todas las orgánicamente constituidas.

Por consiguiente, no podemos comenzar la argumentación por el trámite procesal establecido en dicha norma, sino por la exégesis de los preceptos constitucionales y orgánicos configuradores de la jurisdicción y competencia de los Tribunales.

Decimocuarto: La interpretación de las normas jurídicas ha de hacerse atendiendo al sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas. Así viene establecido en el artículo 3.1 del Código Civil, inte-

grante del Título preliminar, que por ello tiene vocación de generalidad, pero es más que dudoso que cuando se trata de normas de Derecho procesal, por tanto, de orden público procesal, pueda acudir a él para atribuir competencias que no están expresamente reconocidas en la Ley.

De esta regla hermenéutica se desprende que la finalidad del intérprete ha de ser la búsqueda del espíritu de la norma, la "voluntas legis", para seguidamente proceder a su aplicación al caso; pero esa voluntad se extrae, primeramente, del sentido propio de las palabras del legislador, máxime cuando se trata de una modificación de una ley preexistente, que considera los términos en que se venía expresando la norma jurídica y que ha pretendido establecer una diferente regulación.

En el tema que estamos analizando los términos de la ley son claros, y no pueden conducir, a criterio de esta Sala, a otra conclusión que la ya indicada: la pérdida de la competencia funcional de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, para el conocimiento de recursos de casación. Así se desprende de los argumentos que esta Sala expuso en el Auto de 14 de abril de 1997, que se han reproducido en el presente, en los que ya se afirmaba que, aunque en el caso sometido a debate se trataba de decidir la competencia para conocer de un recurso de revisión, toda la argumentación sobre dicha materia era trasladable a los recursos de casación.

Y los restantes elementos interpretativos a que alude el artículo 3.1 del Código Civil no parece que puedan conducirnos a otra solución, porque:

A) El contexto y los antecedentes históricos y legislativos, para ser esclarecedores de la voluntad expresada en la norma jurídica, han de ser referidos a la cuestión concreta que es objeto de discusión, a saber, la existencia de un Tribunal de Casación en la Comunidad Autónoma de Aragón; no al arraigo que en la conciencia popular aragonesa tienen las instituciones de Derecho sustantivo. Pues bien, dicho Tribunal no fue previsto en norma alguna orgánica a partir del establecimiento en España del Supremo Tribunal de Justicia, en la Constitución de 1812, ni en el Reglamento Provisional para la Administración de Justicia de 26 de septiembre de 1835, ni al establecerse el recurso de casación, por Real Decreto de 20 de junio de 1852, ni en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855, ni tampoco en las Leyes Provisional Orgánica del Poder Judicial de 1870, y Adicional a aquélla. Al redactar el Apéndice foral para Aragón, de 1925, no se hizo referencia procesal alguna, de modo que el legislador aceptó, como cuestión no debatida, que los recursos de casación que pudieran interponerse contra las decisiones de la entonces Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Zaragoza fueran conocidos por la Sala Primera del Tribunal Supremo. Sólo en el proyecto de Constitución Federal del Estado aragonés, de 1883, en los anteproyectos de los Estatutos de Caspe y de los Cinco

Notables, ambos de 1936, se regulaba la existencia de un Tribunal del Estado, de Casación, o Corte de Justicia, respectivamente competentes para el conocimiento de esta clase de recursos; pero dichos proyectos nunca llegaron a ser norma jurídica;

B) El *iter* legislativo de redacción del Estatuto de Autonomía de Aragón no ha sido, por otra parte, pacífico, pues existían criterios exegéticos respecto de la Constitución de 1978 que excluían la posibilidad de que una Comunidad que accedía al autogobierno por la vía del artículo 143 de la norma suprema pudiera albergar un Tribunal Superior de Justicia con competencia casacional;

C) La expresión de la voluntad del legislador, como elemento válido de interpretación en cuanto cristaliza y se objetiva en la norma jurídica, tampoco lleva a otra interpretación. Es cierto que la reforma estatutaria de 1996 está concebida para ampliar las competencias de la Comunidad Autónoma, pero en la Exposición de Motivos nada se dice en relación al tema que nos ocupa; y expresamente el legislador decidió la supresión del anterior artículo 29 que era, según hemos visto, el que fundaba la competencia de este Tribunal para el conocimiento de recursos de casación. Las dudas que al respecto pudieran sustentarse han quedado aclaradas tras el rechazo mayoritario de las Cortes de Aragón de la proposición de Ley tendente a reintroducir el contenido de dicho artículo 29 en el Estatuto: parece que, lo que en 1996 pudo ser calificado como un defecto de técnica legislativa, en ati-

nada expresión del Tribunal Supremo, hoy debería serlo como una consciente dejación de competencias.

D) La realidad social del tiempo en que la norma ha de ser aplicada, último elemento hermenéutico establecido en el artículo 3.º del Código Civil, es en rigor un instrumento para la interpretación y aplicación actuales de las normas dictadas en tiempos pretéritos, y sirve para conseguir que dichas disposiciones puedan ser aplicadas correctamente, conforme a su espíritu, a situaciones sociales que el legislador no pudo contemplar. Mas en todo caso, y aun entendiendo valioso este elemento de interpretación para normas jurídicas recientemente dictadas, y que son, además, modificación de otras anteriores, dicha realidad social aragonesa sólo puede llevarnos a concluir en el deseo de conservar la casación en un Tribunal que culmine la organización judicial en su ámbito territorial, pero no en que tal finalidad se alcance contra lo dispuesto en las Leyes, pues Aragón ha sido históricamente, y lo es, una tierra caracterizada por el respeto y la confianza en el Derecho.

A título de colofón, recordaremos que la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1995, al tratar de la interpretación de las leyes, afirmó que la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas no supone la justificación del arbitrio judicial, ni una interpretación laxa de las normas y, desde luego, excluye que se orille la aplicación de la norma vigente al caso concreto. Contiene sólo una llamada a la

profundización en el conocimiento de la realidad social para descubrir mejor el espíritu y finalidad de aquélla, en relación a los demás elementos hermenéuticos.

Tampoco se ha creado vacío legal de clase alguna con la supresión del artículo 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 dan las específicas situaciones de atribución a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las correspondientes autonomías, de acuerdo con los artículos 56.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 1686 y 1729 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Decimoquinto: Las sentencias del Tribunal Constitucional de 23 de julio de 1981 y 4 de mayo de 1982 enseñan que todo el ordenamiento jurídico ha de ser interpretado de forma acorde con la Constitución y ésta en su artículo 152.1 dice: "Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma... Todo ello *de conformidad con lo previsto en la Ley Orgánica del Poder Judicial* y dentro de la unidad e independencia de éste".

Hay que acudir por tanto a la LOPJ, por mandato expreso de la Constitución, para ver en que forma se regula tal culminación, y así nos encontramos con el artículo 73.1.a) que dice: "La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, conocerá como Sala de lo

Civil del recurso de casación que establezca la ley contra resoluciones de órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde en infracción de normas de Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad, *y cuando el Estatuto de Autonomía hay previsto esta atribución*".

La claridad de la norma es tan patente que impide acudir a cualquier criterio interpretativo: si se trata de una infracción de Derecho Foral o especial propio de la Comunidad y así se haya previsto en el Estatuto, del recurso de casación conocerá la Sala de lo Civil del TSJ. Son pues dos los requisitos: que se infrinja el Derecho propio y que exista atribución estatutaria de la competencia. No es suficiente la concurrencia alternativa de uno cualquiera de ellos.

Si el Estatuto de Autonomía es una norma institucional básica de una Comunidad Autónoma que regula sus competencias en relación con las del Estado, al disponer la Ley Orgánica 5/96, de 30 de diciembre, en su artículo segundo, **la supresión** del artículo 29 del Estatuto de Autonomía de 1982, que era el que atribuía a esta Sala la competencia, la consecuencia no puede ser otra que la pérdida de dicha competencia funcional para el conocimiento de los recursos de casación y revisión, aunque tal supresión haya sido debida a un error; y ello porque el artículo 117 de la Constitución en sus apartados 3 y 4 impide que los Juzgados y Tribunales ejerzan funciones que no estén **expresamente** atribuidas

por Ley y tal atribución expresa ha desaparecido en el nuevo Estatuto.

De ahí que la previsión 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, no sea bastante para amparar la competencia de esta Sala, porque ya vimos que este precepto remite a la LOPJ, que exige de forma expresa la atribución estatutaria.

Piénsese cómo en los Estatutos de Autonomía de Andalucía (art. 48), de Asturias (art. 36), de Cantabria (art. 41), de Castilla-La Mancha (art. 23), de Canarias (art. 25), de Castilla-León (art. 22) y de Madrid (art. 46) se dice que ante sus respectivos Tribunales Superiores de Justicia se agotarán las sucesivas instancias procesales — que es lo mismo que ahora dice el artículo 29 del Estatuto aragonés— y sin embargo las Salas de lo Civil de los TT.SS.JJ. de dichas Comunidades Autónomas no conocen del recurso de casación. Por el contrario, los Estatutos del País Vasco (art. 34), Cataluña (art. 19), Galicia (art. 21), Murcia (art. 34), Valencia (art. 21), Navarra (art. 59), Extremadura (art. 43) y Baleares (art. 48), que también agotan ante sus Tribunales Superiores las sucesivas instancias procesales, atribuyen de forma expresa —como sucedía con anterioridad en el Estatuto de Aragón— a sus respectivas Salas de lo Civil el conocimiento de los recursos de casación y revisión.

Decimosexto: Esta Sala deplora que el defecto de técnica legislativa a que se refiere el Tribunal Supremo en su Auto (fundamento

quinto), le haya privado del conocimiento de los recursos de casación de los que ha venido conociendo de forma pacífica desde la constitución del Tribunal Superior en el mes de mayo de 1989. Pero tal supuesta deficiencia técnica pudo haber sido corregida, si la Cámara aragonesa hubiere acogido favorablemente la propuesta de reforma del Estatuto que presentaron ante ella diputados de diversos Grupos Parlamentarios y que ha sido transcrita en el fundamento séptimo de esta resolución. Pero es el caso que la mayoría parlamentaria, en sesión celebrada el día 16 de abril de 1998, rechazó la proposición, quedando en consecuencia definitivamente suprimido aquel artículo 29 del Estatuto de 1982.

La situación creada, como ya se dijo en nuestro auto de 20 de abril último, ha producido en los Magistrados que integran esta Sala una lógica frustración tanto porque pierden una competencia que tenían atribuida, como porque la pérdida se produce en un momento en que estaban intentando que se ampliaran las posibilidades de conocer de recursos de casación en materia de Derecho foral, suprimiendo el requisito de la cuantía tal como hiciera la Comunidad Autónoma de Galicia. Lejos de ello se ha suprimido el artículo 29 y a la vista del resultado de la votación de la propuesta de reforma del Estatuto, en la que se aseguraba que la supresión de dicho artículo 29 era “un error material ajeno a cualquier criterio volitivo”, todo indica que no se trataba de un error, ni siquiera de deficiente técnica legislativa, sino pura y simplemente de la renuncia a un derecho que estaba reconoci-

do en el Estatuto anterior. Habida cuenta de que de conformidad con el artículo 12 del nuevo Estatuto "Las Cortes de Aragón representan al pueblo aragonés y ejercen la potestad legislativa", esta Sala acata la decisión tomada por la mayoría parlamentaria, como todas las que emanan del pueblo soberano, pero en el terreno jurisdiccional debe obtener las consecuencias que se derivan.

Decimoséptimo: La Sala no quiere terminar sus razonamientos sin dejar constancia expresa de su convencimiento de que "el quiebro dialéctico" del fundamento quinto del Auto del Tribunal Supremo es un reconocimiento expreso a la importancia que concede al Derecho Foral de Aragón, pero tal reconocimiento y aún lo de nuestro Derecho, no puede atribuir competencias a los órganos jurisdiccionales de esta Comunidad que no estén expresamente reconocidas en el Estatuto. Estuvieron reconocidas pero ahora no lo están.

También debe decirse que la Sala lamenta las molestias que puedan crearse a las partes, pero al examinar su competencia a la luz de los preceptos que han sido citados, debe llegar a la conclusión, ya anticipada, de que la reforma llevada a cabo en el Estatuto de Autonomía de Aragón que suprimió el artículo 29 del anterior de 1982, la ha privado de la posibilidad de admitir a trámite el presente recurso por falta manifiesta de competencia funcional.

Todo ello teniendo en cuenta, además, que el Tribunal Constitucional en Sentencia 101/84 afirmó que "la predeterminación legal del

juez significa que la ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cual es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso. 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 establezcan".

Por todo lo expuesto:

La Sala por unanimidad acuerda:
Declarar su falta de competencia funcional para el conocimiento del recurso de casación interpuesto por la procuradora de los Tribunales señora Omella Gil, en nombre y representación de don Julián González Pascual, contra la sentencia de fecha 2 de febrero de 1998 dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de esta capital a la que se remitirán las actuaciones, por entender que su conocimiento corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Sin hacer especial pronunciamiento sobre costas."

Tercero: Es cierto que la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en auto de 10 de febrero de 1998, al que siguieron los de 24 de febrero, 10 y 24 de marzo, 5 y 12 de mayo, 23 de junio, 8 de septiembre de 1998 y 2 de marzo de 1999, ha venido declarando que la competencia para conocer de cada uno de los recursos que se prepararon ante el Alto

Tribunal correspondía a esta Sala a la que se remitieron en su momento las actuaciones. Preciso es aclarar que los autos de 10 de marzo y 23 de junio de 1998 fueron dictados en asuntos en los que la preparación del recurso era anterior a la entrada en vigor del nuevo Estatuto de Autonomía, por lo que la competencia de esta Sala para conocer de los mismos era incuestionable.

Cierto es igualmente que esta Sala entró a conocer de cada uno de aquellos asuntos que fueron remitidos por el Tribunal Supremo —bien es verdad que con el voto discrepante de uno de los magistrados que la integran— porque entendió que de no aceptar la competencia en cada caso concreto (véanse a título ilustrativo autos de esta Sala de fechas 14 de julio de 1998 —fund. 3.º— y auto de 17 de mayo de 1999 —fund. 2.º—) provocaría la privación a las personas sometidas a su ámbito jurisdiccional, de su fundamental derecho a obtener la tutela judicial efectiva aún en cauce de recurso extraordinario. Igualmente se tuvieron en cuenta, en amplia interpretación, los artículos 123 de la Constitución y 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que atribuyen al Tribunal Supremo la condición de “órgano superior en todos los órdenes”, pero se dijo en el auto de esta Sala de 19 de mayo de 1999 que el acatamiento al mandato del Alto Tribunal lo era *“sin perjuicio de las acciones que cualquier parte procesal implicada en los pronunciamientos efectuados pueda ejercitar en el ámbito de la jurisdicción constitucional”*.

Cuarto: Las actuaciones a que se refiere el auto transcrito en el fun-

damento segundo de esta resolución fueron finalmente remitidas por la Audiencia Provincial al Tribunal Supremo, sin que hasta el momento presente se tenga noticia de que este órgano jurisdiccional haya emitido pronunciamiento alguno, una vez conocidos y analizados los fundamentos y razonamientos, que esta Sala exponía por primera vez, y por los que consideraba que la reforma del Estatuto de Autonomía le había privado de la posibilidad de conocer de lo recursos de casación y de revisión.

En consecuencia, se sigue entendiendo que al haber desaparecido del Estatuto de Autonomía la previsión de tal atribución, no puede conocerse del mismo, por cuanto que el artículo 117.1 de la Constitución española somete a los jueces y magistrados “únicamente al imperio de la ley” y en el punto tres determina que “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales *determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*”, y en el apartado cuarto de forma imperativa se sanciona que “Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean *atribuidas por ley* en garantía de cualquier derecho”.

Añádase que el Tribunal Constitucional en sentencia 101/84, ya citada en el auto de mayo de 1998, afirmó que “la predeterminación legal del juez significa que la ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios

de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso. 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 prede-terminado por las leyes*, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

Quinto: En todas las resoluciones emanadas del Tribunal Supremo que versan sobre esta cuestión se ha calificado la reforma del Estatuto de Autonomía de esta Comunidad Autónoma como “técnicamente desacertada”, desacierto que comporta al ciudadano aragonés una insoportable inseguridad jurídica y unos trastornos que corresponde remediar a la Cámara Legislativa aragonesa y no a los Tribunales de Justicia.

Frustrada la esperanza que en la Sala produjo la propuesta de Reforma de la L.O. 8/1982 de 10 de agosto, de Estatuto de Autonomía de Aragón, modificada por la L.O. 6/1994 de 24 de marzo, y por la L.O. 5/1996 de 30 de diciembre, de reforma de dicho Estatuto, aparecida en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón n.º 115, de 19 de diciembre de 1997, que fue rechazada en sesión de Cortes de Aragón de 16 de abril de 1998, cabe esperar que el nuevo Parlamento de Aragón surgido de las recientes elecciones autonómicas, como legítimo representante del pueblo aragonés, comprenda el problema suscitado y promueva la solución.

Por todo lo expuesto,

La Sala acuerda: Declarar su falta de competencia funcional para el conocimiento del recurso de casación interpuesto por el procurador de los Tribunales señor Angulo Sáinz de Varanda, en nombre y representación de don Manuel y don Antonio Saz Guerrero, contra la sentencia de fecha 23 de febrero de 1999 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de esta capital, a la que se devolverán las actuaciones por entender que su conocimiento corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

No ha lugar a efectuar pronunciamiento especial sobre costas.

Lo acuerdan, mandan y firman el Excmo. señor Presidente y los Ilmos. señores Magistrados que integran la Sala, anunciando voto particular discrepante el Excmo. señor Presidente don Benjamín Blasco Segura y el Ilmo. señor Magistrado don Fernando Zubiri de Salinas.

VOTO PARTICULAR

Que formula don Benjamín Blasco Segura, Presidente de la Sala, al auto de 5-VII-1999 en el Rollo de casación n.º 5/99, al que se adhiere el Ilmo. señor don Fernando Zubiri de Salinas.

Coincido con la resolución dictada por esta Sala en los tres antecedentes de hecho y con los fundamentos de derecho 1.º y 3.º. Pero discrepo del criterio mayoritario concretado en “declarar su falta de competencia funcional para el conocimiento del recurso de casación... contra la sentencia de 23-II-

1999 dictada por la Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de esta capital, a la que se devolverán las actuaciones por entender que su conocimiento corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo". Por las razones que expondré no me resulta posible compartir la opinión de la mayoría, por lo que, conforme al artículo 260, n° 1 de la L.O.P.J. considero que los fundamentos de derecho de este voto particular, conducentes a la decisión que según mi criterio debieron adoptarse, son los siguientes:

Primero: Forzoso es partir de que el tema o cuestión que se somete hoy a debate no es de carácter sustantivo, sino adjetivo, instrumental o procedimental. Consiste, en esencia, en la elección de una de las dos siguientes opciones: o bien se sigue aquella que ha determinado la Sala: cuando para interponer el subsiguiente recurso de casación, emplazadas las partes por el órgano "a quo" ante esta Sala de lo Civil, no debe atenderse dicha actuación o vía a seguir por cuanto, en tales casos, va a declararse la falta de competencia funcional por corresponder al conocimiento de la censura a la Sala de lo civil del Tribunal Supremo; o bien aceptar dicha competencia funcional por causa de los reiterados precedentes sentados por este órgano de la Jurisdicción desde nuestro auto de 14-VII-98 y, por ende, deben seguirse los correspondientes trámites procesales hasta la resolución del recurso de casación. Bien es verdad que todas nuestras resoluciones de las que luego haremos mención se dictaron en pleitos en los que el Tribunal Supremo resolvió declarar que "la competencia para conocer del presente recur-

so ('en este caso' decía el fallo otras veces) de casación corresponde a la Sala de lo Civil del T.S.J. de Aragón a la que se remitirán las actuaciones... previo emplazamiento de las partes para que comparezcan ante dicha Sala en el plazo de diez días" y que en este supuesto es la primera vez que tiene que pronunciarse, no por decisión del Alto Tribunal, sino a resultados del emplazamiento que a las partes se les ha efectuado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza. Sin embargo, un mínimo de coherencia, como posteriormente se expondrá, el reiterado respeto al precedente, obliga a elegir ésta segunda opción, pues resulta cuando menos sorprendente que según sea la designación del Tribunal "ad quem" se tendrá o no competencia funcional para resolver el recurso, condicionamiento no previsto, ni deseado ni realista y altamente dilatorio, ante las circunstancias que ahora se van a constatar, siendo como es, por demás, indivisible la competencia.

Segundo: El tribunal Supremo, en muy reiteradas ocasiones en las que ha resuelto la competencia funcional (Autos de 10-2-98; 24-2-98; 10-3-98; 24-3-98; 12-5-98; 19-5-98; 8-9-98; y 2-3-99) ha declarado literalmente en todos los casos que «La cuestión, consiste en determinar si, combinando todos los elementos de la interpretación normativa, debe llegarse a la conclusión de que la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón de 1996 ha privado al Tribunal Superior de Justicia de la competencia para conocer del recurso de casación por infracción de normas de Derecho civil foral.

Para resolver tal cuestión debe tenerse en cuenta, ante todo, que Aragón ha sido uno de los territorios españoles con indiscutible Derecho civil propio. De Aragón fue el único Apéndice de los previstos en el art. 6 de la Ley de Bases de 1888 que llegó efectivamente a ser ley en 1925; de 1967 data la Compilación de Derecho Civil de Aragón que sustituyó al Apéndice; en Zaragoza se celebró, en 1946, el Congreso Nacional de Derecho civil en el que se afirmó la realidad y legitimidad del Derecho foral; y Aragón no ha considerado su Derecho civil propio como algo estático, sino que después de la Constitución ha modificado su Compilación por Ley 3/1998, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos, y por Ley 4/1995, de 29 de marzo, sobre sucesión intestada.

Igualmente ha de tenerse en cuenta, como ya se ha dicho, que el Estatuto de Autonomía de Aragón, en su redacción originaria de 1982, sí atribuía expresamente a los órganos jurisdiccionales de Aragón competencia para conocer del recurso de casación en materias de Derecho civil foral aragonés, así como que la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha venido ejerciendo pacíficamente esa competencia hasta la reforma del Estatuto de 1996.

Pues bien, todos estos datos, unidos a la consideración de que las reformas del Estatuto de Autonomía de 1994 y 1996 tuvieron como finalidad indiscutible la ampliación de competencias de la Comunidad Autónoma, y no su reducción («La reforma del actual Estatuto redescu-

bre nuestra identidad histórica», dice la Exposición de Motivos de la L.O. 5/96, que igualmente habla de «trabajar por la recuperación de su constante histórica» o de que «Aragón encuentre la plenitud que se pretende como deseable ecuación de libertad para decidir y responsabilidad por lo decidido, dentro del concepto de España»), unidos a la subsistencia del conocimiento del Derecho propio de Aragón como mérito preferente para el cargo de Presidente y Magistrados de TSJ (arts. 30 y 31 EA) y unidos, en fin, a la ausencia de cualquier trabajo o material parlamentario que ni siquiera apunten a una eliminación de aquella competencia, conducen a afirmar, y así se ha entendido por mayoría en la Junta General de los Magistrados de esta Sala celebrada el 28 de enero último, que la desaparición del contenido del antiguo art. 29.1 a) del Estatuto sólo puede tomarse como un defecto de técnica legislativa tan patente como, sin embargo, subsanable por vía interpretativa entendiendo que, en el caso concreto de Aragón como Comunidad con Derecho civil foral claramente caracterizado y cuyo Tribunal Superior venía ejerciendo la referida competencia, el vacío creado por la técnicamente desacertada reforma de su Estatuto queda cubierto por la previsión de su actual artículo 29 de que ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón se agoten las sucesivas instancias procesales en los términos del artículo 152 de la constitución, disposición que, siempre en el caso concreto de Aragón, permite entender cumplido el requisito establecido en los arts. 73.1 a) Ley

Orgánica del Poder Judicial y 1686 Ley de Enjuiciamiento Civil por más que, evidentemente, el recurso de casación no sea una «instancia» más.

Tercero: Ante tan repetida doctrina jurisprudencial, esta Sala, por autos de 14-7-98 —y en similar sentido los de 3-3-99 y 2-6-99— ha venido señalando —literalmente el primero de los indicados— que el Tribunal Supremo, no en una sola vez, sino ya en muy reiteradas ocasiones en autos de idéntico contenido conceptual (resoluciones no interlocutorias, definitivas y firmes) que la competencia para conocer de cada uno de los recursos de casación que accedieron a dicho Alto Tribunal, de naturaleza similar al presente, corresponde a esta Sala de lo Civil a la que se han remitido —y se están enviando— las correspondientes actuaciones. Concorre, pues, una fundamental circunstancia que determina la sanción de la competencia funcional por este órgano jurisdiccional, cual es la reiteración, continuada en el tiempo, de idéntica decisión de aquel Alto Tribunal, en resolución de conflictos de Derecho privado —en cuyos recursos de casación se denuncia infracción de normas de Derecho foral aragonés— señalando como competente para ello a esta Sala, la cual, de mantener el inicial criterio, provocaría la privación a las personas sometidas a su ámbito jurisdiccional de su fundamental derecho a obtener la tutela judicial efectiva, aun en cauce de recurso extraordinario.

Y seguíamos diciendo: sin olvidar la general afirmación de que la interpretación de las normas jurídicas es actividad creadora, el juzga-

dor es conformador y formulador del derecho al que ha de dar realidad en un proceso sin fin, en base a la Ley, con la Ley y más allá de la Ley, es lo cierto que, en la adecuación al caso presente, el criterio que ha sentado nuestro Tribunal Supremo en los autos a los que se ha hecho mención goza del carácter de doctrina jurisprudencial en los términos del art. 1.6.º del Código Civil: «...doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la Ley...», tanto desde el punto de vista formal como material. Formalmente porque, según dispone el art. 245 de la L.O.P.J. n.º 1 letra b), las resoluciones de los Tribunales que tengan carácter jurisdiccional se denominarán autos cuando decidan... **presupuestos procesales** y de esta naturaleza o carácter goza la fijación de la competencia funcional de los Juzgados y Tribunales, por lo que es correcta la decisión de dicho presupuesto por auto e inexigible, por tanto, a través de sentencia para que la jurisprudencia quede conformada y materialmente porque se cumple la prescripción del art. 1, n.º 6 del Código Civil, antes transcrito.

Siendo, por ende, requisitos de la aplicación de la jurisprudencia que existan **varias** Resoluciones contestes, más de una, así como sustancial analogía entre los hechos de los precedentes y los del supuesto enjuiciado y que la «ratio decidendi» sea la misma, sin consideración a los argumentos circunstanciales o «dictum», como ya señaló la STS de 15-2-82, es claro que la operatividad de dicha fuente complementaria de Derecho es indiscutible.

Añádase a ello la constatación de la realidad viva de que tanto el art. 123 de la Constitución Española como el art. 53 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señalan al Tribunal Supremo como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes con jurisdicción en toda España, por ello y por el obligado acatamiento al mandato emanado de sus pronunciamientos y sin perjuicio, naturalmente, de las acciones que cualquier parte procesal implicada en los pronunciamientos efectuados pueda ejercitar en el ámbito de la jurisdicción constitucional, es por lo que la Sala en el presente recurso, acepta la competencia funcional.

En resumen: la repetida doctrina del Tribunal Supremo nos obliga a aceptar la discutida competencia funcional en el presente recurso, competencia, por otra parte, interesada en el caso tanto por el Ministerio Fiscal en su preceptivo informe como por la parte recurrente. Como refiere la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 54 de 1997, de 17 de marzo «en el plano de la legalidad la última palabra corresponde al Tribunal Supremo a quien le está atribuida la función de perfilar la doctrina legal con valor complementario del ordenamiento jurídico (art. 1, 6.º del Código Civil) y por tanto, con significado **normativo**».

Cuarto: Sentado cuanto antecede, que esta Sala no ostente competencia funcional cuando el recurso de casación proceda directamente de un órgano jurisdiccional «a quo» y sin embargo la tenga cuando provenga del Tribunal Supremo, por expresa y necesaria declaración de

éste, es algo que resulta incoherente e incomprensible. Es razonable presumir que aquel Alto Tribunal, tras ocho Resoluciones idénticas (hasta la fecha), efectuará igual declaración cuando el presente expediente se le remita, para, a la postre, tener que resolverlo esta Sala, lo que obliga a entender que se va a producir una dilación innecesaria y, en la medida de lo fundamentado (*ex art. 24 Constitución*) indebida, pues, como se refirió al principio, no se proscribe el poder de resolución del recurso, diríamos el fondo, sino la vía, el cauce, el camino a seguir hasta la resolución final del conflicto, lo que, en verdad, obliga a aceptar la 2.ª opción de las dos diseñadas en el primer fundamento jurídico. Acorde todo ello con la más pura lógica interpretativa y con la coherencia y congruencia de nuestras propias decisiones.

Quinto: Por consiguiente, corresponde declarar la competencia funcional de esta Sala para el conocimiento y decisión del presente recurso de casación, a aceptar dicha competencia e interpuesto y formalizado como ha sido el recurso de casación por la parte recurrente, 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 todo ello la parte dispositiva del Auto debía de responder a lo que queda expresado en este último fundamento.

Siendo este el voto particular que formulan y afirman al referido auto en su propia fecha.

3. Auto de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de septiembre de 2000.

En este Auto, la Sala asume por unanimidad su competencia funcional para el conocimiento del recurso de casación interpuesto, variando su posición anterior.

AUTO

Excmo. Sr. Presidente, D. Benjamín Blasco Segura. Ilmos. Sres. Magistrados:

D. Luis Fernández Álvarez

D. Fernando Zubiri de Salinas

D. Manuel Serrano Bonafonte

D.^a Rosa M.^a Bandrés Sánchez-Cruzat

Zaragoza a veintidós de septiembre de dos mil.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: Ante el Juzgado de Primera Instancia de Calamocha fue seguido juicio de Menor Cuantía n.º 52/99 a instancia de D. Francisco Julián y D. Manuel Peribáñez Franco contra D. Joaquín Peribáñez Rubio y otra, dictándose sentencia que fue apelada ante la Audiencia Provincial de Teruel.

Dictada sentencia con fecha 7 de junio de 2000 por dicha Audiencia, D. Manuel Peribáñez Franco anunció su propósito de interponer recurso de casación contra la misma y con fecha 25 de julio del año actual la procuradora Sra. Domínguez Arranz compareció como recurrente formalizando el recurso, teniéndola por comparecida y parte en nombre y representación del referido Sr. Peribáñez Franco.

Segundo: En cumplimiento de lo prevenido en el artículo 1709 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pasaron las actuaciones al Ministerio fiscal, que las devolvió con la fórmula de «Visto».

Tercero: Con fecha 28 de julio de 2000, la Procuradora Sra. Cabeza Irigoyen compareció como recurrida en nombre de D. Domingo Villarroya Sánchez que a su vez actúa como tutor de su Sra. madre D.^a Carmen Sánchez Peribáñez.

Cuarto: El procedimiento al que el presente recurso se contrae fue tramitado como de cuantía indeterminada.

Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Manuel Serrano Bonafonte.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: Para pronunciarse sobre la competencia de esta Sala para conocer del presente recurso, conviene recordar que como consecuencia de la entrada en vigor de la L.O. 5/1996 de 30 de diciembre que reformaba la L.O. 8/1982 de 10 de agosto que aprobó el Estatuto de Autonomía de Aragón, diversas, Secciones de la Audiencia Provincial de esta Capital, la Audiencia Provincial de Huesca, algún Juzgado de Primera Instancia de los de esta Ciudad, el Presidente Territorial de los Registradores de la Propiedad

de Aragón y el Justicia de Aragón, entendieron que la supresión expresa del artículo 29 del Estatuto anterior que atribuía a esta Sala la competencia para el conocimiento de los recursos de casación en materia foral, suponía su pérdida y en consecuencia los órganos jurisdiccionales antes dichos remitieron a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo los recursos de casación anunciados por las partes contra Sentencias por ellos dictadas.

Esta Sala también entendió que la supresión del artículo 29 le había privado de la competencia para conocer del recurso de casación y así lo argumentó en autos de fecha 14 de abril de 1997 (dictado en recurso de revisión), 25 de mayo de 1998 y 5 de julio de 1999.

Diversos grupos parlamentarios, entendieron en la pasada legislatura que se había producido un error material en la L.O. 5/1996 al omitir el texto del artículo 29 del Estatuto reformado y presentaron una propuesta de reforma dirigida a la Mesa de las Cortes de Aragón que fue publicada en el B.O.C.A. núm. 115 de 19 de diciembre de 1997, que pretendía «incorporar al Estatuto vigente, como artículo 28 bis el texto literal del artículo 29 del Estatuto de 10 de agosto de 1982». En sesión de las Cortes de Aragón de 16 de abril de 1998, fue rechazada esta proposición por la mayoría parlamentaria.

Desde la fecha de entrada en vigor de la L.O. 5/96 hasta dicha sesión de las Cortes de Aragón, el Tribunal Supremo dictó autos de fechas 10 de febrero, 24 de febrero,

10 de marzo y 24 de marzo de 1998 en los que atribuía a esta Sala la competencia para el conocimiento del recurso de casación, al entender que la supresión del artículo 29 del Estatuto anterior en nada afectaba a la competencia. A estos autos siguieron los de 12 de mayo, 19 de mayo y 8 de septiembre de 1998 y 2 de marzo de 1999, todos ellos en el mismo sentido literal que el primero de los dictados al ser la fundamentación jurídica de todos ellos copia exacta de la argumentación del primero.

Ante este estado de cosas esta Sala ha dicho en alguna de sus resoluciones (por todas auto de 25 de mayo de 1998) que «la técnicamente desacertada reforma del Estatuto de Autonomía —en expresión del Tribunal Supremo— comporta al ciudadano aragonés una insoportable inseguridad jurídica y unos trastornos que corresponde remediar a la Cámara Legislativa Aragonesa y no a los Tribunales de Justicia».

Con el evidente deseo de remediar esta situación de inseguridad, iniciada la V Legislatura del Parlamento Aragonés se volvió a plantear en Sesión Plenaria de 16 de marzo de 2000 una nueva propuesta de reforma con la misma finalidad que la anterior, es decir, para incorporar un nuevo artículo 28 bis que recogiera literalmente el texto del suprimido artículo 29 del Estatuto anterior, argumentando los proponentes que se había padecido un error en la redacción de la Reforma. La propuesta no alcanzó el voto de los dos tercios de la Cámara y no fue aprobada, pero es significativo que no hubo votos en

contra, a diferencia del primer intento.

Es de tener en cuenta, por tanto, que la supresión del artículo 29 del Estatuto anterior fue un error que la mayoría de los representantes del pueblo aragonés es partidaria de corregir incorporando un artículo 28 bis, y que la mayoría minoritaria de la Cámara no se opone expresamente, se abstiene.

Así las cosas, ante la reiteración de los Autos del Tribunal Supremo que vienen insistiendo en que la reforma del Estatuto no ha significado la pérdida de la competencia de esta Sala para el conocimiento de los recursos de casación, y con el fin de remediar la inseguridad jurídica del ciudadano aragonés a la hora de interponer un recurso de casación, debe de concluirse que esta Sala es competente para el conocimiento del presente recurso, dejando a salvo el derecho que a la parte que se considere perjudicada le asiste para acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional, si estimare que esta Sala carece de competencia por no ser el tribunal determinado en la ley.

Segundo: Establecida la competencia de esta Sala para el conocimiento del presente recurso debe de resolverse, de conformidad con lo prevenido en el artículo 1710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre la admisión o inadmisión del mismo.

El recurrente en los fundamentos jurídicos de carácter procesal n.º II y IV de su escrito de formalización afirma que procede el recurso puesto que se interpone contra

Sentencia dictada por la Audiencia Provincial en Juicio de Menor Cuantía, siendo ésta inestimable y al ser conformes las sentencias de primera instancia y la de apelación constituyó el depósito que previene el artículo 1703 de la Ley Procesal, acompañando resguardo.

Ocorre, sin embargo, que el artículo 1687 de la Norma Adjetiva Procesal, tras afirmar que son susceptibles del recurso de casación las sentencias definitivas pronunciadas por las Audiencias Provinciales en los juicios declarativos ordinarios de mayor cuantía y en los de menor cuantía que concreta, dispone en la letra b) del n.º primero que se exceptúan de tal recurso «los supuestos en que las sentencias de apelación y de primera instancia sean conformes de toda conformidad, teniendo este carácter aunque difieran en lo relativo a la imposición se costas».

La claridad de la norma no deja lugar a dudas en cuanto a que este recurso no puede ser admitido a trámite al ser conformes de toda conformidad las sentencias dictadas por el Juzgado de Primera Instancia de Calamocha y por la Audiencia Provincial de Teruel en un proceso de Menor Cuantía que fue seguido como de cuantía indeterminada.

Tercero: Es procedente la devolución al recurrente del depósito efectuado.

En méritos de lo anterior,

LA SALA ACUERDA: No admitir a trámite el recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D.ª Adela Domínguez

Arranz en nombre de D. Manuel Peribáñez Franco contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel de fecha 7 de junio del año actual en Juicio de Menor Cuantía n.º 52/99 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia de Calamocha. Devuélvase al recurrente el depósito constituido y firme

que sea esta resolución, remítase a la Audiencia de procedencia todo lo enviado, con certificación de este Auto.

Lo acuerdan, mandan y firman el Excmo. Sr. Presidente y los Ilmos. Sres. Magistrados que componen esta Sala.

C) COMPILAZIÓN DE O DREITO ZEBIL D'ARAGÓN

TRADUCCIÓN DE MIGUEL MARTÍNEZ TOMEY*

TETULO PRELIMINAR

AS NORMAS EN O DREITO ZEBIL D'ARAGÓN

Artículo 1.—*Fuens churidicas*

1. As fuens de o Dreito zebil d'Aragón son a lai, o costumbre y os prenzípios chenerals en os que trazionalmén s'ispira o suyo establi-miento churidico.

2. O Dreito zebil chenereal de l'Estató s'aplicará como supletorio sólo que en defeuto de normas aragonesas y d'aluerdo con os prenzípios que las informan.

Artículo 2.—*De o costumbre*

1. O costumbre tendrá fuerza d'artar cuan no seiga contrario á ra Costituzión u á ras normas imperatibas de o Dreito aragonés.

2. Os Trebunals apreciarán a esistenza de o costumbre á bertú de as suyas propias rechiras y de as contrimuestras aportatas por os pleitiadors.

Artículo 3.—*Standum est chartae*

Conforme á o prenzípio *standum est chartae*, se será en chudizio y difue-

ra d'er, á ra boluntá de os atorgans, espresata en pautos u desposizioni, siempre que no resulte d'imposible cumplimiento u seiga contraria á ra Costituzión u a ras normas imperatibas de o Dreito aragonés.

LIBRO PRIMERO

DREITO DE A PRESONA Y DE A FAMILIA

TETULO PRIMERO

DE A CAPAZIDÁ Y ESTATO DE AS PRESONAS

CAPETULO PRIMERO

DE A CAPAZIDÁ DE AS PRESONAS POR RAZÓN DE A EDÁ

Artículo 4.—*Mayoría d'edá*

Tendrán a considerazió de mayors d'edá os menors dende l'inte de o suyo casamiento.

Artículo 5.—*De o mayor de catorze años*

1. O menor d'edá, cumplitos os catorze años, anque no seiga emancipato, puede zelebrar por er toda mena d'autos y achustes, con asistenza, en o suyo causo, d'uno cual-

* Intérprete jurado de francés e inglés; miembro del «Consello de l'Aragonés».

siquiera de os suyos pais, de o tutor u de a Chunta de Pariens. Os autos u achustes zelebratos sin a debita asistencia serán anulables.

2. Cuan bi aiga oposición d'in-
tresses por parti de sólo que uno de
os pais, l'asistencia será prestata por
l'otri. Si bi ha oposición d'intresses
por parti d'amos prochenitors u
con o tutor, l'asistencia será suplita
por a Chunta de Pariens.

3. O mayor de catorze años que,
con beneplazito de os suyos pais u
meyando chusta causa, biba inde-
pendién d'ers, tendrá a libre alme-
nistración de toz os suyos biens.

Artículo 6.—*Adempribio de cuentas de l'almenistración*

Qui no aiga feito dezigüeito
años amenista, ta adempribiar as
cuentas d'almenistración de os
suyos biens y defenezer as responsa-
bilidaz deribatas de a mesma, l'asis-
tencia y adempribio de a Chunta de
Pariens u autorización chudizial.

CAPETULO II

DE L'AUSENZIA

Artículo 7.—*Ausenzia de conyugue*

1. A sola declaración chudizial
d'ausenzia produze l'acotolamiento
de o dreito espeután de biduedá de
o conyugue desaparexito.

2. Si amanexese o desasentato,
íste recobrá o dreito espeután u
alquirirá o de biduedá sobre os
biens de o suyo conyugue, sin per-
chudio de os autos de desposición
ya feitos.

3. L'almenistración y desposi-
ción de o patrimonio conyugal per-
tocará á ro conyugue de o declarato

ausén. Abrá menester, manimenos,
d'autorización chudizial ta ros autos
de desposición sobre inmuebles y
establimientos mercantils.

Artículo 8.—*Representación de l'ausén*

Fueras d'un motibo grieu apre-
ziato por o Chuez, pertoca a repre-
sentación de o declarato ausén, l'al-
menistración de os suyos biens y o
cumplimiento de as suyas obliga-
zions:

1^{ero}) Á o conyugue presén no
deseparato legalmén u de feito.

2^{ndo}) Á l'eredero por achuste de
o desasentato.

3^{ero}) Á o presunto eredero abin-
testato, parién dica o cuatreno grau,
que discrezionalmén desine o
Chuez, atenditas a cuantía de a suya
porción ereditaria y a prosimidá de
o parentesco.

4^{eno}) Y en defeuto de os bi espre-
satos, á ra presona mayor d'edá, sol-
bén y de buenos antezedens que
discrezionalmén desine o Chuez,
atendiendo as relazions de a mesma
con o ausén.

TETULO II

DE AS RELAZIONS ENTRE ASZENDIENS Y DESZENDIENS

CAPETULO PRIMERO

DE AS RELAZIONS PRESONALS

Artículo 9.—*Deber de crianza y autoridá familiar en os pais*

1. O deber de crianza y educa-
ción de os fillos menors, asinas
como l'adecuada autoridá familiar
ta cumplir-lo, pertoca á ros pais, de
conchunta u estallatamén, seguntes

os usos sozials u familiars u o lizitamen pautato á o respetube.

2. En causo de dixerxenia entre os pais en o exerzizio de l'autoridá familiar, estraliará a Chunta de Pariens u o Chuez de Primer Istanzia de o domicilio familiar, á eslizió d'aquers. Á manca d'aluerdo entre os pais ta desinar l'organo estraliador, dezidirá perén o Chuez.

3. Cuan o fillo de sólo que uno de os conyugues combiba en a casa, o conyugue de o prochenitor partezipará en o exerzizio de l'autoridá familiar, si asinas le'n demanda. Manimenos, o fillo podrá demandar á ra Chunta de Pariens u á ro Chuez de Primer Istanzia que li se desime de l'autoridá de o conyugue de o suyo prochenitor, en concorendo chusta causa.

Artículo 10.—*Autoridá familiar d'atras presonas*

1. Espiritatos os pais u cuan ístos fuesen pribatos chudizialmén de l'autoridá familiar u de o suyo exerzizio, dita autoridá y con os mesmos dreitos y obligazions que pertocaban á ros pais, podrá estar exerzita por os payes, os chirmans mayors de o menor u por o conyugue no prochenitor de o combolato premuerto, fueras de prebisión en contrario de os mesmos pais u de beluno d'ers.

2. En o causo d'espirtar os prochenitors, a desinazió de as presonas que baigan á exerzer l'autoridá familiar y a traza en que ista debe prestar-se, fueras d'espresa prebisión de os pais, pertocará á ra Chunta de Pariens u, en o suyo defeuto, á ro Chuez de Primer Istanzia.

3. En o supuesto de pribazió chudizial de l'autoridá familiar u de

o suyo exerzizio, dita desinazió pertocará esclusbamén á o Chuez.

4. En amos supuestos, o Chuez, ta efeutuar a desinazió, oyirá á ros bi intresatos y atenderá de traza preferén á ro millor cudiato y ficazio de o menor.

CAPETULO II

DE OS BIENS DE OS MENORS

Artículo 11.—*Propiedá y usufruto*

O menor d'edá tendrá a plena propiedá y, en consecuenzia, o espleitamiento de cuantos biens alquiera, asinas como ros frutos y produtos de cualesquier bien que os suyos pais l'esen confitado.

2. Os gastos de crianza y educazió podrán, manimenos, estar atenditos con os frutos de tals biens.

Artículo 12.—*Almenistrazió*

1. Os pais, en os terminos prebistos en o artículo 9.^{eno} alpartato 1, abrán l'almenistrazió de os biens de o menor, eszeuto a d'aquers ta os quals aiga ordenato atra cosa qui li ne trasmitió por tetulo lucratibo.

2. Os pais sólo bienen artatos á prestar capleta y a rendir cuentas en zesando a suya autoridá familiar cuan bi aiga alazetatos motibos ta ixo.

3. O atrazato en os lumers de debán será igualmén d'aplicazió, en o suyo causo, á ras presonas clamatas á l'exerzizio de l'autoridá familiar en o artículo 10 d'ista Compilazió.

Artículo 13.—*Desposizió*

1. Ta ra desposizió de os biens de o menor de catorze años se será

á l'ordenato por a presona de qui promanen por tetulo lucratibo.

2. En o suyo defeuto, o poder de desposición pertoca á l'almenistrador, qui, manimenos, abrá d'otener autorización de a Chunta de Pariens u de o Chuez de Primer Istanzia cuan se trate de biens radizes, negocios mercantils u industrials, baluras mobiliarias u oxetos preziosos.

CAPETULO III

DE A REPRESENTAZIÓN LEGAL DE OS MENORS DE CATORZE AÑOS

Artículo 14.—*Representación legal*

1. A representación legal de o fillo menor de catorze años, pertoca á ros pais, malas que ostenten l'autoridá familiar y fueras de l'atrazato en os articlos de debán.

2. O representán legal de o menor amenista autorización chudizial ta refusar cualesquier atrebuición de baldes en favor d'íste.

TETULO II

DE AS RELAZIONS PARENTALS Y TUTELARS

CAPETULO PRIMERO

DE O TUTORÍO

Artículo 15.—*Delación*

Se bale ra tutela deferita por estrumento publico, seiga u no desposición.

Artículo 16.—*Pluralidá de desinazions*

1. Cuan s'aigan desinato barios tutors por distintas presonas, a Chunta de Pariens u, en o suyo defeuto, o Chuez de Primer Istanzia, eslexirá entre ers o más idonio ta ro cargo.

2. Á ros desinatos por qui disposó á tetulo lucratibo de biens en favor de o popiello y no eslexitos por o Chuez, pertoca l'almenistración de tals biens, asinas como a desposición de os mesmos conforme á ista Compilación y con iguais limitazions y formalidaz imposatas á o tutor.

Artículo 17.—*Contrebuición á ras cargas*

Cuan coesistan barias almenistrations, a Chunta de Pariens u, en o suyo defeuto, o Chuez acordará á proporzió en a que, seguntes a importancia de os biens han de contrebuyir os distintos almenistradors, encluyito o tutor, á ras cargas de guarda, alimentación y educazió de o menor u incapazitato.

Artículo 18.—*Protutor. Sustitución de o tutor*

1. Sólo esiste o cargo de protutor cuan fuese estatuecito en testamento u en atro documento publico.

2. Entre que no fuese desinato ro tutor u cuan o desinato no pueda cumplir as suyas funzions, ferá as bezes suyas o protutor, si bi'n ese.

CAPETULO II

DE OS AFILLATOS

Artículo 19.

1. Os fillos afillatos tendrán en Aragón os mesmos dreitos y obligaciones que os fillos por naturaleza.

2. Siempre que a lexislazió zebil aragonesa utilize esprisions como «fillos y deszendiens» u similares, en eras se replecarán abastatos os afillatos y lurs deszendiens.

CAPETULO III

DE A CHUNTA DE PARIENS

Artículo 20.—*Clamada y composición*

Si á bertú de as desposizions d'ista Compilación, de o costumbre u d'auto churidico, fuesen clamatos bels pariens ta entrebenir en afers familiars u suzesorios no soxetos á normas imperatibas, autuarán aquérs regunitos en Chunta.

2. O Chuez de Primer Istanzia de o puesto do radigue a casa u siede familiar ordenará, á demanda de parti intresata, a constitución de a Chunta.

3. Cuan a composición de a Chunta no fuese determinata, o Chuez de Primer Istanzia la formará con dos pariens idonios, uno por cada retalinia u colla familiar, con a güega de o cuatreno grau, parando cuenta de traza preferén en o mayor contauto con a casa y a proximidad de o parentesco.

4. De a mesma traza, o Chuez podrá cubrir as bacans que se produzcan por fenezimiento, renunzia, perduga d'idoneidá u incumplimiento de os debers propios, prebia remozión de o cargo en os dos zaguers supuestos.

5. Sin nezesidá de prebia constitución formal podrá regunir-se y acordar baleramén a Chunta de Pariens cuan, trobando-sen chuntos os suyos miembros, dezidan por unanimidá baxo fe notarial ta afer u afers determinatos. No estando determinata a suya composición, dita Chunta la formarán os dos más prosimos pariens idonios, uno por cada retalinia u colla familiar, prefe-

rindo en igualdá de grau, a o de más edá.

Artículo 21.—*Costitución y funziona-* *miento*

1. Una bez constituyita, funcionará a Chunta en a traza que ros bocals dezidan, prenendo os suyos alcuerdos por mayoría asoluta de os que l'entegran. De os alcuerdos, presos conforme á o leyal saper y replecar de os asistens, se debantará autá, que siñarán ístos.

2. En causo d'empaze, en as localidaz do ro costumbre no atrebuiga a dezisión á ro Retor u á atra presona determinata, estraliará o Chuez de Paz, an no bi n'aiga de Primer Istanzia, u ra presona de a familia en qui delegue.

3. O Chuez de Primer Istanzia dezidirá en toz os demás causos en os que no s'aconsiga un alcuerdo, podendo estar oyitos os bocals de a Chunta.

4. En os causos en os que por prezeuto espreso d'ista Compilación bel afer aiga de sosmeter-se indistintamén á ra Chunta de Pariens u á l'autoridá chudizial, trascorrito un mes, en o primer supuesto, dende que estió urxita a constitución de a Chunta sin que s'aiga aconsiguito u sin aber otenito d'alcuerdo, será posible acudir á ra dezisión chudizial.

Artículo 22.—*A Chunta de Pariens en* *funzions de fiduzia suzesoria*

A Chunta de Pariens en funzions de fiduzia suzesoria se rexirá por as normas de o tetulo IV de o libro II d'ista Compilación.

TETULO IV

DE O REXIMEN ECONOMICO CONYUGAL

CAPETULO PRIMERO

DESPOSIZIONS CHENERALS

Artículo 23.—*Reximen paulato y reximen legal*

1. O reximen economico de o matrimonio s'ordenará por os achustes que s'atorguen y os pautos que se zelebren respetuibe á os biens asinas presens como futuros, sin atras limitacions que as que resulten prezeutuas en ista Compilación.

2. En defeuto de tals achustes y pautos u ta completar-los, en tanto lo premita a suya naturaleza, se será á l'atrazato en o capetulo III d'iste tetulo.

Artículo 24.—*Achuste entre conyugues*

Os conyugues pueden fer-sen donacions y zelebrar entre ers toda mena d'achustes.

CAPETULO II

DE O REXIMEN MATRIMONIAL PAUTATO

Artículo 25.—*Achustes, conteniú y traza*

1. Os achustes matrimoniales podrán contener cualesquier estipulación relativa á ro reximen familiar y suzesorio de os contrayens y de os que con ers concorran á l'atorgamiento, siempre que no seigan contrarias á ras fins propias de o matrimonio.

2. Os achustes y pautos abrán de constar en escritura publica.

Artículo 26.—*Tiempo*

Os achustes matrimoniales pueden atorgar-sen y modificar-sen antis

de o matrimonio y mientras dure iste. En iste zaguer causo, podrá darse á ras estipulacions caráuter retroautibo, sin perchudizio de os dreitos alquiritos por terzers.

Artículo 27.—*Capazidá*

Tienen capacidá ta atorgar achustes antis de contrayer matrimonio os que baleramén puedan zelebrar-ne. Os menors d'edá abrán menester de l'asistencia de cualsiquiera de os suyos pais y, en o suyo defeuto, de o tutor, Chunta de Pariens u Chuez de Primer Istanzia.

Artículo 28.—*Nobazón d'achustes matrimoniales*

Zelebrato ro matrimonio, a nobazón d'achustes requerirá a concorrenzia de os aszendiens que seigan asistitos á l'atorgamiento d'aquérns ta dotar, fer donacions u legar u desinar ereders á ros contrayens u á ros suyos fillos, en cuanto a nobazón afeute á ros biens y dreitos rezibitos.

Artículo 29.—*Muebles por sedibles u bizebersa*

Serán balers aquers pautos y declaraciones consinatos en escritura publica, mesmo difuera d'achustes, por os cuals, á efeutos d'enamplar u restrinxir a comunidá, amos conyugues atrebuigan á biens muebles a condición de sedibles, u á ístos a de muebles.

Artículo 30.—*Excrex*

Cada conyugue puede atorgar dote u excrex á l'otri, reconoxéndo-le-ne si ye indotato u aumentando a que rezibe.

Artículo 31.—*Allenación, renunzia, y destín de o dote u excrex*

1. O dote asinato por os aszendiens no podrá estar allenato en tanto ro matrimonio no tienga deszendenzia, sin l'asentimiento de os pais de l'adotato u de qui d'ers bibise u, en o suyo defeuto, de a Chunta de Pariens, y siempre con obligazón d'imbertir o pre en atos biens determinatos, que espleitarán d'igual condizión churidica.

2. A renunzia á ro dote u á l'excrex, u á ras guarenzias de os mesmos, asinas como á l'allenación de tals aportazions, nezesitarán, en tot causo, l'asentimiento de as presonas ementatas en o parrafo de debán.

3. En abendo deszendiens comuns, istos eredarán, con independencia de a lexitima, os biens rezibitos por un conyugue como dote u excrex asinatos por l'otri. O adotato podrá disposar d'istos biens á ro suyo arbitrio entre aquérs.

Artículo 32.—*Perduga de o dote u excrex*

Pierde un conyugue o dote u excrex constituyitos por l'otri en analogos causos á aquérs en que se pierde o dreito espeután de biduedá.

Artículo 33.—*Istituzions familiars consuetudinarias*

Cuan as estipulazions faigan referencia á istituzions familiars consuetudinarias, tals como «chirmandá plana», «achirmanamiento» u «casamiento á o más bibién», «casamiento en casa», «casamiento á sobre biens», «consorzio unibersal u achuntar dos casas», «acullimiento» y «dazión pre-sonal», se será á ro pautato, y s'entrepitarán aquéras d'aluerdo con o costumbre y os usos locals.

Artículo 34.—*Atras situazions de comunidá*

En disolbendo-se un consorzio entre matrimonios u atra situazón permanén de comunidá familiar, como as deribatas d'eredamiento u acullimiento, os esdebenimientos otenitos con o trebello común se troxarán entre os bi asoziatos en proporzión equitatiba, conforme á o costumbre y atenditas as dibersas aportazions en biens u trebello, os esdebenimientos ya rezibitos, as causas de a disoluzión y as demás zercustanzias.

Artículo 35.—*Casamiento en casa*

L'usofruto que promana de o casamiento en casa s'acotola cuan os conyugues albandonan ísta u l'esplotazón familiar.

CAPETULO III

DE O REXIMEN MATRIMONIAL ILEGAL

Cabo 1.^{ro} Disposición cheneral

Artículo 36.—*Fuens*

O reximen economico de o matrimonio en defeuto de pauto se regla por as desposizions d'iste capetulo.

Cabo 2.^{ndo} De os biens comuns y esclusibos

Artículo 37.—*Biens comuns*

Constituyen o patrimonio común:

1.^{ero} Os biens sedibles u radizes alquiritos á tetulo oneroso, en durando lo matrimonio, por cualsiquiera de os conyugues á tamas de o cabal común.

2.^{ndo} Os biens que os conyugues otienen de o suyo trebello u autibidá.

3.^{ero} Os frutos, dende que aparexen u se debengan, de os biens, tanto comuns como esclusibos.

4.^{eno} En cheneral, os biens muebles, fueras de o prebisto en os artigos siguiens.

Artículo 38.—*Biens esclusibos*

Son biens esclusibos de cada conyugue:

1.^{ero} Os sedibles u radizes aportados á ro matrimonio, asinas como ros alquiritos á ro largo d'íste á tetulo lucratibo.

2.^{ndo} Os biens y dreitos patrimoniais inmanens de a presona y os intrasmisibles *inter vivos*, entremistando conserben istos caráuters.

3.^{ero} Os biens escluyitos de a comunidá por o donador u o causán.

4.^{eno} Os biens que bienen á remplazar á otros propios, y ixo encara que s'alquieran con fondos comuns, si meya boluntá espresa d'amos conyugues en dito sentito.

5.^{mo} Aquérs que bienen á compensar por a pribazón d'otros propios, u por os mals inferitos á os mesmos u á ra presona d'un conyugue.

6.^{eno} Os recobratos en bertú de carta de grazia, asinas como os alquiritos por exercizío de o dreito de saca, eszeuto os ligatos á o loguero de bibiendas.

7.^{mo} As azesions u incrementos de biens propios.

Artículo 39.—*Presunción de muebles por sedibles*

Á ros efeutos de l'artículo de debán se considerarán aportados á ro

matrimonio u alquiritos como sedibles, fueras de pauto en contrario:

1.^{ero} As esplotazions agrícolas, ganaderas, mercantils y industrials, con cuantos elementos i seigan afeutos á unos y otros.

2.^{ndo} Os beíelos y maquinas, a tetularidá de as cuals deben februar en documentazón entrebenita por ofizina publica.

3.^{ero} As baluras mobilarias, as partezipazions en soziedá y cuentas d'asoziazión, os cabals mesos en afers y os credits consinatos en documento publico.

4.^{eno} Os dreitos de propiedá intelectual y industrial.

5.^{mo} Os archibos de familia, asinas como as alfayas, obras artisticas y demás oxetos preziosos.

6.^{mo} Os diners aportados u alquiritos, a esistencia de os cuals fePURE por documento publico, bancario u d'istitución de credito u estalbio.

Artículo 40.—*Presunción de comunidá*

1. Se presumen comuns toz aquers biens o caráuter esclusibo de os cuals, d'aluerdo con os artigos de debán, no pueda chustificar-se.

2. L'alquisición de biens de cualsquier mena á tetulo oneroso, en durando lo matrimonio, se considerará feita á tamas de o cabal común.

Cabo 3.^{ro} Pasibo de a comunidá

Artículo 41.—*Cargas y deudas comuns*

Son cargas de a comunidá:

1.^{ero} As atenzions lexitimas de a familia y as particulars de cada conyugue, encluso a crianza y educa-

zión de os fillos de sólo que uno d'ers que seigan menors d'edá u, estando mayors, combiban con o matrimonio.

2.^{no} Os reutos y intreses normals debengatos en durando ro matrimonio por as obligazions de cada conyugue.

3.^{no} As atenzions de os biens esclusibos propias d'un delixén uso-fruitorio.

4.^{no} Os alimentos legals debitos por cualesquiera de os conyugues. Manimenos, os alimentos amanitos á ros fillos mayors d'edá de sólo que uno de os conyugues, abitots con presona distinta en durando ro matrimonio y que no combiban en a casa carriarán rentegro en o inte de o perpagu.

5.^{no} As trampas de o marito u de a muller, en cuanto recutan ta ro benefizio común u seigan estatas contrayitas en o exerzizio d'una autibidá útil ta ra comunidá.

Artículo 42.—Responsabilidad por deudas de chestiún

Cada conyugue, en o exerzizio de as suyas facultaz legals d'almenistrazión, asinas como en a esplotazión regular de os suyos afers u en a practica de a suya profesión, arta perén, fren á terzers de buena fe, á ros biens comuns.

Artículo 43.—Responsabilidad presonal por deudas comuns

1. Os conyugues, en defeuto de biens comuns, responden solidariamen por as deudas enunziatas en o alpartato 1.^{no} de l'artículo 41, si bien en a relación interna bi contrebuiará cadaguno por metá.

2. En igual supuesto responde cada conyugue por as demás deudas comuns que contrayó; pero podrá repetir de l'otri a metá de o bosato, si contrimuestra que a trampa recutió, efeutibamén, en utilidá común.

Artículo 44.—Deudas por razón de suze-sions y donazions

As deudas y cargas de as suze-sions y donazions se fan comuns, dica do abaste a balgua de os biens eredatos u donatos que recutan ta ra comunidá.

Artículo 45.—Deudas d'antis de o matrimonio

As trampas de cada conyugue d'antis de o suyo matrimonio sólo graban os biens comuns dica do aduba ra balura de os aportatos por er á ra comunidá.

Artículo 46.—Deudas posteriors esclusibas

1. As deudas posteriors esclusibas graban os biens de o conyugue deudor y, estando ístos insufiziens, á ro patrimonio común, á salbo perén a balura que en er pertoca á l'atro conyugue, asinas como os preferens dreitos de os crededors por deudas comuns.

2. O bosato á tamas de os biens comuns s'acumulará en a partezipazión de o conyugue deudor, dica que los rempoche, y s'abrà en considerazión ta ulteriors reclamazions de crededors esclusibos.

Artículo 47.—Relazions entre patrimonios

1. Os patrimonios de os conyugues y o común deben rentegrarsen entre ers as baluras que cada-gún ese lucrato sin causa á tamas de os atos.

2. O perpago de as obligazions esistens entre ro patrimonio consorzial y os esclusibos, encara que ye balero en cualesquier inte por alcuerdo de os conyugues, sólo puede desixir-se antis de a lequidación de a comunidá cuan asinas s'ese pautato u meyato chusta causa. Ye siempre chusta causa a desposición abusiba de o cabal común en beneficio propio.

Cabo 4.^{mo} Chestión de a comunidá

Artículo 48.—Almenistrazión y desposición

1. L'almenistrazión y desposición de os biens comuns y as deizions sobre a economía familiar pertocan á os dos conyugues de mancomún u a uno cualquiera d'ers con l'adempribio de l'otri.

2. Fren á terzers será lexitimato cada conyugue:

1.^{ero} Ta reyalizar autos d'almenistrazión ordinaria de o patrimonio consorzial, asinas como os d'almenistrazión y desposición encluyitos en o nabego cutiano de a suya profesión, arte u ofizio.

2.^{ndo} En cuanto á ros biens que feguren á ro suyo nombre esclusibamen u indistinta, u se troben en o suyo poder, ta reyalizar cualesquier atro auto d'almenistrazión u conserbación, exerzitar os dreitos de credito y disponer de os diners u tetulos baluras.

Artículo 49.—Desalcuerdo en a chestión

1. En causo de desalcuerdo entre os conyugues sobre l'almenistrazión u desposición de os biens comuns, dezidirá a Chunta de Pariens u ro Chuez de Primer Istanzia de o domi-

zilio familiar, á esliziún de os conyugues, sin d'ulterior retorno. Á manca d'alcuerdo en a esliziún, dezidirá siempre ro Chuez.

2. En os supuestos de grieus y continos desalcuerdos sobre l'almenistrazión u desposición de os biens comuns, cualquiera de os conyugues podrá demandar de o Chuez a disoluzión y estallamiento de a comunidá, rexindo en o suyo causo, y ta cutio, a deseparación de biens.

Artículo 50.—Adempribio supletorio

Cuan uno de os conyugues se trobase pribato de dar o suyo adempribio sobre uno u barios autos d'almenistrazión u desposición de os biens comuns, estraliará o Chuez.

Artículo 51.—Chestión de os biens esclusibos

Pertoca á cada conyugue l'almenistrazión y desposición de os suyos propios biens. Pero abrá d'amenister de l'adempribio de l'otri u, en o suyo defeuto, autorización chudizial, ta disponer de os dreitos sobre a bibienda abitual u o mobiliario ordinario de a mesma, u ta bistrayer-los á l'uso común.

Cabo 5.^{mo} Disoluzión de a comunidá

Artículo 52.—Causas

Sin perchudizio de as causas prebistas en ista Compilación, a comunidá legal se disolberá:

1.^{ero} Por boluntá d'amos conyugues espresata en estrumento público.

2.^{ndo} En os supuestos de os artículos 1.392 y 1.393 de o Codigo Zebil, fueras de que, disuelto ro

matrimonio por muerte d'uno de os conyugues, prozedá a continación de o consorzio d'aluerdo con o Tetulo Zinqueno de o Libro Primero d'ista Compilación.

Artículo 53.—Disolución por muerte

1. Disuelta a comunidá y dica que no s'achudique ro suyo patrimonio, o conyugue biduo l'almenistrará; podrá deduzir d'er alimentos ta er y ta ras presonas que con o matrimonio combiban, y atenderá l'apocamiento de as deudas desixibles, asinas como á ro normal esbelluze de os afers comuns y á ra conserbación de os biens.

2. O biduo, á espensas de os biens comuns, y mesmo de os que estioron esclusibos de o conyugue espiritato, entre que no s'aigan feito partis d'unos y d'atros, puede, con a enchaquia de casar-se un fillo u filla d'amos, fer-li donación analoga á ra que marido y muller aigan atorgato en favor de fillo u filla casatos en bida de os dos.

3. O conyugue responderá de a suya chestión como almenistrador y dará cuenta d'era á ros partezipes en ixo que lis afeute. Á demanda de cualquiera d'ers s'oserbarán, en lurs causos respetibos, as cautelas prebistas en ista Compilación ta l'uso-fruito bidual.

4. Abendo-bi sólo que fillos comuns, os biens gastables que no aparexcan á o tiempo de o estallamiento se presumen aprobeitados en beneficio de o consorzio.

Artículo 54.—Disolución por atras causas

Acotolata ra comunidá por causa distinta de ra muerte, l'alme-

nistración probisional se reglará por aluerdo de os conyugues y, en o suyo defeuto, resolberá o Chuez de Primer Istanzia, podendo adotar as medidas nezesarias dica que se'n faiga a lequidación.

Cabo 6.^{mo} Lequidación y estallamiento

Artículo 55.—Imbentario

1. Cualquiera de os partezipes en una comunidá disuelta podrá demandar debán de o Chuez de Primer Istanzia que se faiga imbentario de ro patrimonio consorzial.

2. S'encluyirán en o imbentario toz aquers biens que se troben en poder de o conyugue perbibien á o tiempo de formalizar-lo y que, reyalmén u presuntiba, seigan comuns, asinas como aquers d'igual naturaleza que se prebe esistiban en zesando a comunidá matrimonial, tot ixo fueras de l'atrazato en os artículos 53, lumero 4, y 59.

3. O imbentario se praucará con grita de toz os intresatos y en a traza que os concorrens combiengan u, en o suyo defeuto, en a prebista por a Lai d'Enchuizamiento Zebil ta ro chudizio de testamentaría.

Artículo 56.—Lequidación ordinaria

Formalizato ro imbentario, a lequidación seguirá iste orden:

1.^{ero} Rentegro de o debito por a masa común á ros patrimonios esclusibos y rempoche de o que istos, por cualquier conzeuto, deban á aquéra, la uno y l'atro feitos por bía de compensación dica l'importe de a respetiba partezipación en o consorzio.

2.^{ndo} Perpago de as deudas benzi-
tas y refincaimiento de as pendiens.

3.^{cro} Perpago de l'excrex y dona-
cions entre os esposos u conyugues.
Si ta ista operazi3n u as prezedens
calese bender u dar en pago biens
consorzials, se respetarán en tanto
seiga posible, os ementatos en os
dos articlos siguiens.

4.^{cno} Detrazi3n d'abentaxas.

Articulo 57.—*Abentaxas*

1. O conyugue perbibien detra-
yerá de os biens comuns, como
abentaxas, as suyas ropas d'uso y
lebar, os suyos estrumentos de tre-
ballo d'una balsa no esproporzio-
nata á ro patrimonio consorzial, y
axobar de casa en consonanzia con
a traza de vida de o matrimonio,
animás de cualesquier otros biens
que, como tals abentaxas, li conze-
da o costumbre local.

2. O dreito á l'abentaxa ye pre-
sonalismo y no se trasmite á os ere-
ders.

Articulo 58.—*Estallamiento y achudica- zi3n*

1. Lequidato ro patrimonio, o
cabal remanen se troxará y achudi-
cará por metá u en a traza pautata.

2. O conyugue perbibien podrá
fer encluyir en o suyo lote os biens
de o suyo uso presonal u profesio-
nal que no constituigan abentaxas, u
esplotazi3n industrial, comercial u
agrica que enfilase, asinas como
ros biens que ese aportato á o con-
sorzio. Tot ixo sin de perchudizio
de as compensazi3ns que pecto-
quen.

Articulo 59.—*Lequidazi3n de barias comunidades*

Cuan, ausidita ra comunidad,
contraye uno de os antis conyugues
ulteriors nunzias sin d'estallamien-
to prebio, se ferá deseparatamen
lequidazi3n de cada comunidad,
mesmo de ra continuata, si bi'n ese.
Entre eras se berificarán os rente-
gros y rempoches que prozedan. Os
biens y trampas a condizi3n de os
cuals no podese estar esautamen
determinata se destrubuyirán equita-
tibamen, atendendo animás á ro
tiempo y durada de cada comunidad
y á ros biens y ingresos de os res-
peutibos conyugues.

TETULO V

DE A COMUNIDAD CONYUGAL CONTINATA

CAPETULO PRIMERO

NORMAS CHENERALS

Articulo 60.—*Cuán se produze*

1. Continará entre o perbibien y
os ereders de o premuerto a comu-
nidá esisten á ro fenezimient
d'uno de os conyugues, siempre
que os prenzipals ingresos de a
soziedá conyugal promanen d'es-
plotazi3ns agricolas, ganaderas,
industrials u mercantils:

1.^{cro} Artatibamen, si asinas s'ese
pautato en achustes matrimoniales u
atrazato en testamento mancomu-
nato por amos conyugues.

2.^{ndo} Potestatibamen si, mesmo
sin de pauto u desposizi3n, ese que-
dato deszendenzia de o matrimo-
nio.

2. A comunidá continata ye compatible con a biduedá unibersal.

Artículo 61.—*Continación con os deszendiens*

1. En causo de no aber-se-ne pautato en achustes matrimoniales u atrazato en testamento mancomunato, ta ra continación de a comunidá con os deszendiens cal a boluntá concorde de toz os intresatos. S'acatará que bi ha alcuerto tazito de continuar-la si dimpuesas d'una añada, á contar dende ro fenezimiento de o conyugue premorién, denguno de os intresatos notifica á os otris de traza que faiga fe a suya boluntá en contrario.

2. No'n surtirá d'efeuto a boluntá en contrario si entre os deszendiens que suzedan en tot u parti de a esplotación bi ese bel menor d'edá y no quedasen deszendiens d'uno solo de os conyugues.

CAPETULO II

CONTENITO Y CHESTIÓN

Artículo 62.—*Patrimonio inicial*

A comunidá continata asume o autibo y pasibo consorzial de o disuelto matrimonio.

Artículo 63.—*Biens comuns*

1. Mientres dure a comunidá continata, ingresarán en o patrimonio común:

1.^{ero}. Os frutos y rendimientos d'esplotación de os biens de a comunidá y os que yeran esclusibos de cada conyugue, asinas como as esdebenimientos de cualesquier mena otenitas con ers.

2.^{ndo}. Os biens y cabals promanans de sustitución u allenación de biens de a comunidá.

3.^{ero}. Os incrementos y azesions de os biens comuns, sin perchudizio de os rempoches que bi prozedan.

2. No serán comuns os esdebenimientos y esquimen otenitos por os partezipes con independenzia de os biens y negozios de a masa común.

3. Fren á terzers, os biens alquiritos por uno de os partezipes á o suyo nombre y sin de referenzia beluna á ra comunidá, se considerarán esclusibos de l'alquirén.

Artículo 64.—*Cargas y deudas comuns*

Antiparti de as deudas y as responsabilidaz de a comunidá conyugal ausidita, serán cargas de a continata:

1.^{ero}. As atenzions lexitimas de a economía de a casa, as presonals de o conyugue superstite, de os fillos y deszendiens d'amos y os de cualesquiera d'ers, en tanto unos y otris continen bibindo en a casa, asinas como as d'aquers suzesors que colaboren en a chestión y almenistración en a traza aprebenita en o artículo siguién.

2.^{ndo}. Os alimentos legals debitos por as presonas elumeratas en o alpartato de debán.

3.^{ero}. Os reutos u intreses normals que se debenguen mientres dure a continación por cargas de a comunidá, quedando-bi escluyitas as deribatas de l'exerzizio profesional u atras autibidaz estritamén presonals.

Artículo 65.—*Chestión de a comunidá*

O conyugue superstite ye o ches-tor almenistrador de a comunidá

continata. En l'abandita funzióu deberá prestar a suya autibidá de traza adecuada á ras suyas zercustanzias presonals y á o caráuter de o patrimonio. A os partezipes que rezi-ban alimentos u seigan atenditos con cargo á ra comunidá, lis se podrá desixir una colaborazióu similar.

Artículo 66.—Deudas de chestión

1. As mesmas normas que rixen as deudas de chestión en a comunidá conyugal serán aplicables en a continata.

2. En defeuto de biens comuns, responderá de as trampas o chestor que las contrayó, qui podrá artar á os demás partezipes á contrebuyir á o bosamiento en proporzióu á ras suyas cotas.

Artículo 67.—Autos de desposizióu

1. Os autos de desposizióu, á tetulo oneroso, de os biens comuns, requieren l'alcuerdo de a totalidá de os partezipes. L'adempribio de os suzesors partezipes i podrá suplir-se por o Chuez de Primer Istanzia.

2. Sin nezesidá de tal alcuerdo u d'aprebazióu chudizial, o conyugue superstite podrá fer as donazions á ras que se refiere o lumero 2 de l'artículo 53.

CAPETULO III

DISOLUCIÓN Y ESTALLAMIENTO

Artículo 68.—Causas

A comunidá conyugal continata se disuelbe:

1.^{er} Por muerte, incapazidá u ausenzia de o conyugue superstite.

2.^{er} Por demanda de o superstite u de partezipes que representen intreses mayoritarios en o erenzio, feita en tiempo oportuno, fueras perén de l'atrazato en os artículos 60 y 61. En nombre de os menors, podrá formular a demanda qui legalmén los represiente y, en o suyo causo, o Menisterio Fiscal.

3.^{er} Por perduga de o dreito de biduedá.

4.^{er} Por renunzia de o conyugue superstite á ra suya partezipazióu.

5.^{er} Por chestión y almenistración dolosa u pigre con grieu nozimiento ta ros intreses familiars.

Artículo 69.—Deseperazióu d'un partezipi

Fueras de l'aprebenito en os artículos 60 y 61, cualesquiera d'os ereders partezipes podrá demandar a suya deseperazióu de a comunidá, siempre que s'exerzite ixe dreito de buena fe y en tiempo oportuno. Os demás ereders partezipes podrán eslexir entre alquirit a partezipazióu de o que se desepera u bosar-la con cargo á o cabal común reachustando-sen as cotas d'os comuners d'alcuerdo con o que s'en aiga dezidito.

Artículo 70.—Fenezimientu de partezipi deszendién

Si á ro fenezimientu d'un partezipi deszendién a suya cota en a comunidá continata recutise ta eredero no deszendién, os partezipes ereders esbarrers, y en o suyo defeuto ro conyugue partezipi, podrán fer uso de a ozióu á que se refiere l'artículo de debán en o cabo d'una añada.

Artículo 71.—Lequidación y estallamiento

Ta ra lequidación y estallamiento de a comunidá continata serán aplicables, en o pertinen, as desposicions de o cabo 6.^{mo}, capetulo III, tetulo IV de o libro I.

TETULO VI

De a biduedá

CAPETULO PRIMERO

DESPOSIZIONS CHENERALS

Artículo 72.—Orixen y amplaria

1. A zelebrazión de matrimonio atrebuye á cada conyugue l'usofrui-to de biduedá sobre toz os biens de o que primero espirite, á salbo ro pautato en estrumento publico u l'atrazato de mancomún por amos conyugues.

2. Por boluntá d'uno de os conyugues espresata en testamento u estrumento publico podrá reducir-se o dreito de biduedá de l'otri á os sedibles por naturaleza y á ros radizes abastatos en o lumero 1.^{ero} de l'artículo 39. Si a balura d'unos y otros no representa ra metá de o cabal ereditario, s'estendillará la biduedá á otros biens dica completar a debandita metá.

Artículo 73.—Limitazions

1. En o supuesto de matrimonio de presona que ese deszendenzia conoxita d'antis, o dreito de biduedá á favor de l'atro conyugue no podrá ixamplar-se á bien, porzión u cota d'ers, a balgua de os cuas no debe brincar de a metá de o cabal ereditario. Ista limitación quedará

sin d'efeuto si á o suyo fenezimien-to no li sobrevive tal deszendenzia.

2. Se presumirá que dita deszendenzia ye conoxita si lo fuese d'un matrimonio d'antis u si, no estándolo-ne, ese combibito abitualmén con o suyo aszendién u fuese estata determinata legalmén a suya fillazión antis de o matrimonio.

Artículo 74.—Renunzia y ebiziión

1. Fuera de l'atrazato en o artículo 87, o dreito de biduedá ye inalienable; pero podrá estar oxeto de renunzia total u parzial, que deberá fegurar en documento publico.

2. Os aszendiens no pueden bieldar u empachar que o conyugue de o suyo deszendién tienga biduedá en os biens que trasmitan á iste por donación u suzesión.

Artículo 75.—Fuens y entrepitazión

1. O dreito de biduedá se rixe, en orden de prelación, por o pauto, o costumbre, as desposicions d'iste tetulo y as de o Codigo Zebil.

2. L'articulata d'achustes y de testamentos relatiba á ra biduedá se replecará perén en sentito favorable á ra mesma.

3. A biduedá ye compatible con o pauto de chirmandá plana.

CAPETULO II

DE O DREITO ESPEUTÁN DE BIDUEDÁ

Artículo 76.—Reximen

1. Os sedibles por naturaleza y os muebles como radizes de o lumero 1.^{ero} de l'artículo 39 quedan afeutos á o dreito espeután de biduedá en o

inte d'ingresar en o patrimonio común u en os esclusibos.

2. Iste dreito no s'auside u achi-que por a ulterior allenazón de cualesquiera de os biens ementatos en o lumero de debán, á menos que se i arrenunzie espresamén. Salbo reserba espresa, l'allenazón, u l'a-zeutazón d'ísta, de os biens comuns á os que se refiere o lumero de debán, equibaldrán á ra renunzia á o dreito espeután de biduedá de qui allena u azeuta. Queda á salbo ro estatuecito sobre responsabilidad por deudas de chestión de cara ta terzero de buena fe.

En os mesmos causos d'allenazón, tamién s'acotolará o dreito espeután de biduedá cuan asinas l'alcuerte o Chuez de Primer Istanzia, á demanda espresa de o propietario de os biens, si o conyugue tetular de l'espeután se troba incapazitato u se niega á ra renunzia con abuso de o suyo dreito.

3. Será balera a renunzia á o dreito espeután de biduedá feita de traza chenerica sobre toz os biens presens u futuros, asinas como a espezifica berificata sobre determinatos biens autuals.

4. Tratando-se de os demás biens muebles, o dreito de biduedá afeuta esclusibamén á os que bi n'aiga en espiritando u seigan estatos allenatos en frau de tal dreito.

Artículo 77.—*Biens eschuyitos*

O dreito espeután de biduedá no abasta os biens que os conyugues reziban á tetulo gratuito con bieda de biduedá u o soxeto á sustitución fideicomisaria, fueras de l'atrazato en l'artículo 74.

Artículo 78.—*Acotolamiento*

O dreito espeután s'acotola por as causas prebistas en ista Compilazón y, malas que le seigan aplicables, por as establitas ta l'uso-fruito en o Codigo Zebil, por as de endinidá ta suzeder, por a declaración de nulidá de o matrimonio, por o esburzio y por a deseparazón chudizial, fueras en iste zaguer causo, de pauto en contrario. En os tres zaguers supuestos, o Chuez, en pre-ziando as zercustanzias ta fixar a pensión u indemnización debitas, parará ficazio, antimás, en l'acotolamiento de o dreito espeután de biduedá.

CAPETULO III

DE L'USOFRUITO BIDUAL

Artículo 79.—*Escomienzo de l'usufruito*

O fenezimientu d'un conyugue atrebuye á o superbibién con dreito espeután o d'usufruito sobre os biens bi afeutos y, dende ixte, a suya posesión.

Artículo 80.—*Imbentario y capleta*

1. O conyugue biduo sólo ye artato á formular imbentario de os biens usofruitatos y á prestar capleta que:

1.^{era} Cuan s'esen establito por o causán tals obligazions en testamento u atro estrumento publico.

2.^{da} Cuan lo desixan os ereders nudo-propietarios, fueras de desposición contraria de o causán.

3.^{era} Cuan, mesmo meyando ixa desposición, lo demande o Menisterio Fiscal ta salbaguardar a lexitima.

2. O imbentario deberá formalizar-se en o plazo de zinquenta diyas,

contatos dende o fenezimiento en o causo de o lumero 1.^{ero} y dende que se faiga l'oportuno requerimiento en os otros dos.

3. Ta ra suya prautica deberán estar clamatos os ereders nudo-propietarios que fuesen bezins de o lugar y, en tot causo, qui ese demando l'imbentario. Sin dembargo, podrán asistir-ie, por ers u por meyo de representán, toz os ereders nudo-propietarios. Por os que no bi asistan, cualquiera que seiga o suyo lumero, deberán concurrer dos testigos capaces, también bezins y de buena fama.

Articulo 81.—*Atras midas cautelars*

Cuan prozeda o imbentario y dica que iste se formalize y, en o suyo causo, se constituya a capleta, os ereders podrán demandar de o Chuzgato de Primer Istanzia de o puesto en do se troben os biens l'adoción, respetube á ers, de midas de refinamiento.

Articulo 82.—*Piñora de a manca d'imbentario*

O biduo artato á formalizar imbentario que no lo conluiga dreto de o plazo perderá, entremistando, os espleitamientos de biduedá, que pertocarán á os ereders dende o diya de o requerimiento dica ra rematanza de l'imbentario.

Articulo 83.—*Disponibilidad de o dreito y de os biens*

1. O dreito de biduedá ye inalienable. Manimenos, cuan no bi aiga deszendenzia de o conyugue fenezito, o biduo u bidua pueden pautar con os ereders d'aqué o que s'esti-

me oportuno, respetando as cargas estatuezitas por o mesmo.

2. Ne b'aiga u no de deszendenzia, puede allendar-se a plena propiedad de biens determinatos, concurriendo o biduo usufrutario con o nudo-propietario, pero fueras de pauto en contrario, quedarán surrogatos o pre u a cosa alquirita en puesto de l'allenato.

Articulo 84.—*Dreitos y obligacions*

Serán aplicables á l'usufruto bidual as normas siguiens:

1.^{ero} Á ra constitución u acotolamiento de l'usufruto, a leiquidación de os frutos naturales y industrials otenitos en l'añada agricola u a correspondiénd puenda produtiba se ferá en proporción á ra durada en er de o respetubo dreito. O mesmo regle rexirá en cuanto á os gastos de producción.

2.^{ndo} O per pago de mesión y amilloramientos feitos por o biduo usufrutario se gobernará por o atrazato en o Codigo Zebil en relación con o poseidor de buena fe.

3.^{ero} Cuan os nudo-propietarios fuesen deszendiens de o biduo usufrutario estarán á cargo d'iste as reparacions, tanto ordinarias como estraordinarias.

4.^{eno} A obligación d'alimentos, con as condicions y l'alcanze con que las regla o Codigo Zebil, s'estendilla ta o biduo usufrutario á os deszendiens no comuns de o conyugue premuerto.

Articulo 85.—*Entrebención de os nudo-propietarios*

Desatenditas por l'usufrutario as endicacions u albertenzias que li

fesen os nudo-propietarios sobre l'almenistración u explotación de os biens, podrán aquérs acudir á ra Chunta de Pariens u á o Chuez de Primer Istanzia, debán de o cual tamién serán apelables os alcuerdos de l'abandita Chunta.

Artículo 86.—*Acotolamiento de l'usufruito bidual*

S'acotola l'usufruito de biduedá:

1.^{er} Por renunzia esplizita que fegure en documento publico.

2.nd Por nuebo matrimonio, fueras de pauto en contrario, u por lebar o conyugue biduo bida marital estable.

3.^{er} (*Suprimito por a Lai 3/1985, de 21 de mayo*)

4.^{er} Por corromper u albandonar á os fillos.

5.^{er} Por incumplir como usufruario, con neglixenzia grieu u malizia, as obligazions ligatas á l'espleitamiento de a biduedá, fueras de l'atrazato sobre neglixenzia en a formalización d'imventario.

6.^{er} Por no reclamar o suyo dreito en as bente añadas siguiens á ra defunzión de l'atro conyugue.

2. En o no prebisto en iste articlo u en o 78 s'aplicarán os articlos 513 y siguiens de o Codigo Zebil. Istos prezeutos rexirán l'acotolamiento de l'usufruito sobre biens determinatos.

Artículo 87.—*Trasformación de l'usufruito*

En o causo de l'artículo 85, si o biduo usufruario no podese u no s'abenise á cumplir o alcuerdo de a

Chunta de Pariens u a dezisión chudizial, podrán demandar os nudo-propietarios a entrega de os biens y a sustitución de l'usufruito por una renda á o suyo cargo no inferior á os esdebenimientos meyo otenitos en as zinco añadas zagueras y rebisable cuan bareen as zercustanzias oxetibas.

Artículo 88.—*Posesión de os propietarios*

Ausidita ra biduedá, os propietarios podrán dentrar en posesión de os biens usufruitatos por entredito d'alquirit.

LIBRO SEGUNDO

DREITO DE SUZESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

(*Zirconduzito por a Lai 1/1999, de 24 de febrero, de Suzesions por causa de muerte*)

LIBRO TERZERO

DREITO DE BIENS

TETULO PRIMERO

DE AS RELAZIONS DE BEZINDÁ

Artículo 143.—*Inmisión de radizes y brancas*

1. Si bel árbol frutal estendilla ras suyas brancas sobre a finca bezina, o propietario d'ísta ha dreito á ra metá de os frutos que tals brancas faigan, fueras de costumbre en contrario.

2. Ixo s'acata sin perchudizio de poder usar, si bi'n ha chusta causa, de as facultaz que á dito propietario

conzede l'artículo 592 de o Codigo Zebil.

Artículo 144.—*Reximen normal de luzes y bistas*

1. Tanto en paret propia, y á cualquier longaria de predio alleno como en paret medial pueden ubrir-sen güecos ta luzes y bistas sin soxezión á grandarias determinatas.

2. Drento de as longarias señalatas por l'artículo 582 de o Codigo Zebil, os güecos mancarán de balcon u otros abanzas y deberán estar probeyitos de rella de fierro retranscata en a paret y rete d'arambre, u protezión parellana u equibalén.

3. A facultá conzedita en iste artículo no limita o dreito de o propietario de o fundo bezín á edificar u costruyir en er sin soxezión á denguna longaria.

TETULO II

DE AS SERBIDUMBRES

Artículo 145.—*Luzes y bistas*

Os abanzas, en paret propia u medial, que caigan sobre fundo alleno son sinais aparens de serbidumbres de luzes y bistas. No lo son a manca de protezión señalata en o artículo de debán ni tampó ros abanzas sobre fundo propio. Queda á salbo l'atrazato en l'artículo 541 de o Codigo Zebil.

Artículo 146.—*Alera foral y ademprubios*

L'alera foral y as mancomunidaz de pastos, leñas y ademprubios, cuan a suya esistenza seiga fundata en tetulo escrito u en a posesión inme-

morial, se rexirán por o estatuecito en aquér u o que resulte d'ista.

Artículo 147.—*Usucapión de as serbidumbres aparens*

Todas as serbidumbres aparens pueden estar alquiritas por usucapión de diez añadas entre presens y bente entre ausens, sin aber d'amenister de chusto tetulo ni buena fe.

Artículo 148.—*Usucapión de as no aparens*

As serbidumbres no aparens, suszeutibles de posesión, pueden alquirir-sen por usucapión de diez añadas entre presens y bente entre desasentatos, con buena fe y chusto tetulo. En tot causo, a posesión inmemorial, pazifica y no enterrumpita produze, sin d'atro requisito, os efeutos de a zircondución alquisitiba.

LIBRO CUATRENO

DREITO D'OBLIGAZIONS

TETULO PRIMERO

DE O DREITO D'ABOLORIO U DE A SACA

Artículo 149.—*Elementos constitutibos*

1. En toda benda u dazió en pago á un estranio u parién dillá de o cuatreno grau de o dominio pleno, útil u direuto de sedibles que han remanito en a familia as dos chenerazions inmeyatamén antis de a de o disposador, os pariens colaterals dica ro cuatreno grau por a retalinia de prozedenzia de os biens espleitan de o dreito d'abolorio u de a saca de preferén alquisizió y, á

manca d'ofreximiento en benda, de saca de retreito.

2. Os Trebunals, concorrendo as condizions siñalatas, podrán amoderar equitatibamén o exerzizio d'iste dreito.

3. Si concorren dos u mas pariens, a preferenzia se determinará por l'orden establito en los lumers 1.^{er} y 3.^{er} de l'artículo 132, y en igualdá de dreito la tendrá o primero en exerzitar-lo.

Artículo 150.—*Traza y plazo*

1. O dreito d'abolorio s'exerzitará en entregando u en consinando o pre en o termino de trenta diyas á contar dende a notificación que faiga fe, bien de o proposito d'allenar y d'ofreximiento en benta, bien de l'allenación feita sin prebio ofreximiento á os pariens, con esprisión, en tot causo, de o pre y demás condizions esenzials de l'achuste.

2. Á manca de dita notificación que faiga fe, o termino será de nobanta diyas á partir de a calendata de a iscrición de o titulo en o Rechistro de a Propiedá u, en o suyo defeuto, de o diya en que o retrayén conoxió l'allenación y as suyas condizions esenzials.

3. En tot causo, ro dreito d'abolorio zirconduze á ras dos añadas de l'allenación.

Artículo 151.—*Limitación de a facultá dispositive*

O sedible alquiritio por dreito d'abolorio ye inallenable por auto *inter vivos* mesmo á favor de pariens

por zinco añadas, á no estar que l'alquirén bienga á pior fortuna.

Artículo 152.—*Concurso de dreitos d'alquisición*

O dreito d'abolorio tien prioridá sobre cualesquier atro dreito legal d'alquisición preferén.

TETULO II

DE OS ACHUSTES SOBRE GANADERÍA

Artículo 153.—*Normas supletorias*

Ta suplir as omisions de cualesquier achuste relatibo á ra ganadería rexirán os usos oserbatos en o puesto de o cumplimiento y, en o suyo defeuto, a lexislación común.

DESPOSIZIÓN ZIRCONDUZIDE- RA DE A LAI 15/1967

Queda zirconduzito ro «Apendiz á o Codigo Zebil correspondién á o Dreito Foral d'Aragón» de siete d'ambiente de mil nuezientos bentizinco.

DESPOSIZIONS TRANSITORIAS DE A LAI 15/1967

Primera. As normas sobre biens comuns y esclusibos de o reximen patrimonial legal (artículos 37, 38 y 39) sólo s'aplicarán que en os matrimonios que se contraigan á partir de a dentrata en bigor de a Compilación.

Segunda. Os prezeutos sobre almenistración de biens de a muller casata, pribación de l'almenistración y facultaz dispositive de l'almenistrador (artículos 48, 49, 50 y 51) serán aplicables cualesquiera

que fuese a calendata de zelebra-
ción de o matrimonio.

Terzera. A comunidá conyugal
continata (artículos 60 á 71) se regla-
rá conforme á ras normas bixens en
o inte de o fenezimiento de ro con-
yugue causán.

Cuatrena. Á os matrimonios ya
contrayitos y subsistens á ro tiempo
de dentrar en bigor ista
Compilación lis serán aplicables os
suyos prezeutos sobre enampla-
miento de o dreito de biduedá (arti-
clos 72 y 76), pero no se rexirán por
as suyas normas os usofruitos
biduals causatos d'antis.

Zinquena. En o supuesto de
matrimonio ya contrayito de biduo
u bidua que tenese deszendenzia de
nunzias d'antis (artículo 73), no
serán aplicables as normas de a
Compilación sobre enamplamiento
de o dreito d'usofruito.

Seisena. As normas sobre esbie-
llamiento u modificación unilateral
de o testamento mancomunato
(artículo 97) sólo estarán aplicables
que á ros que s'atorguen baxo ra
suya bixenzia.

Sieten. Mantendrán a suya bal-
gua as fiduzias suzesorias ya conze-
ditas u pautatas conforme á l'artículo
29 de l'Apendiz que se zirconduze,
mesmo cuan a suzesión seiga pen-
dién d'obredura, sin que lo s'empa-
che o establito en l'artículo 110 d'ista
Compilación.

Güeiten. As normas sobre fidu-
zia suzesoria coleutiba (artículos 114
a 118) rexirán encluso en os causos
en que aquéra se trobe pendién de
cumplimiento, sin perchudizio de
os dreitos alquiritos.

Nuena. As desposizions relatibas
á obredura de güecos en paret pro-
pia u medial (artículo 144) serán
tamién aplicables á ras ya construyi-
tas á ro tiempo de dentrar en bigor
a Compilación.

Dezena. En l'aplicación de as
modificazions ficatas en o reximen
d'usucapión de serbidumbres (arti-
clos 147 y 149) o termino se contará
á partir de o diya de a suya dentrata
en bigor.

Onzena. O plazo de dos añadas
de zircondución de o dreito de
retrauto d'abolorio (artículo 150-3)
escomenzipiará á contar-se en den-
trar en bigor ista Compilación ta ras
allenazions d'antis.

Dozena. As demás custions de
caráuter entretemporal que puedan
suszitar-sen se resolberán aplicando
ro criterio que informa as desposi-
zions transitorias de o Codigo Zebil.

DESPOSIZIÓN ZAGUERA DE A COMPILAZIÓN

Os reclamos que a Compilación
de o Dreito Zebil d'Aragón faiga á
l'articulata de ro Codigo Zebil, s'a-
catarán perén en a suya redazón
autual.

DESPOSIZIONS TRANSITORIAS DE A LAI 3/1985

Primera. As tutelas constituyitas
antis de a dentrata en bigor d'ista
Lai s'achustarán á l'atrazato en era.

Segunda. I serán aplicables os pre-
zeutos de a presén Lai sobre respon-
sabilidá, chestión y desposición de os
biens consorzials y os esclusibos y
sobre disolución de a comunidá legal,
cualsiquiera que fuese a calendata de
zelebración de o matrimonio.

Terzera. En o supuesto de matrimonio ya contrayito por presona que tenese deszendenzia conoxita d'antis, no i serán aplicables as normas d'ista Lai sobre enamplamiento de o dreito d'usofruto.

Cuatrena. As demás custions de caráuter entretemporal que puedan suszitar-sen en l'aplicación de a presén Lai se resolberán aplicando ros

criterios que informan as desposicions transitorias de a Compilación de o Dreito Zebil d'Aragón de 8 d'abril de 1967.

**DESPOSICIÓN ZIRCONDUZIDE-
RA DE A LAI 3/1985**

Queda zirconduzita a desposición adizional de a Lai 15/1967, de 8 d'abril.

D) CONCLUSIONES DE LA 1ª PONENCIA DEL CONGRESO DE LA ABOGACÍA ARAGONESA (TERUEL - 2000)

Los congresistas adscritos a la ponencia dedicada al estudio de las Normas Procesales Aragonesas, habiendo estudiado y debatido el documento redactado por los ponentes respecto de dicha materia y habiendo estudiado así mismo la comunicación entregada conjuntamente por las secciones de Derecho Procesal y Derecho Civil Aragonés del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, elevan al Plenario del 3^{er} Congreso de la Abogacía Aragonesa, las siguientes conclusiones proponiendo su aprobación.

Primera: La Comunidad Autónoma de Aragón tiene competencia para legislar en materia procesal cuando la peculiaridad del derecho sustantivo propio exija la creación de los instrumentos necesarios o la determinación de cauces procesales para la tutela de las pretensiones amparadas en nuestro ordenamiento civil.

Segunda: Será necesaria la norma procesal aragonesa cuando no exista norma estatal o cuando esta no sea satisfactoria para la tutela efectiva de los derechos subjetivos regulados por norma sustantiva ara-

gonesa, o cuando la peculiaridad de ese derecho sustantivo o de la institución jurídica así lo requiera, o cuando la seguridad jurídica exija la determinación de un concreto procedimiento de entre los varios posibles según la ley procesal estatal.

Tercera: No parece oportuna, en este momento, la elaboración de una ley procesal aragonesa completa, siendo preferible la inserción de normas procesales específicas junto a las normas sustantivas que así lo requieran.

Cuarta: La inserción de normas procesales podría llevarse a cabo de diversas formas: o directamente en el propio precepto sustantivo de que se trate o mediante la técnica de incorporación de disposiciones adicionales cuando así lo reclame el tratamiento unitario de una institución.

Quinta: Para fomentar el desarrollo del Derecho civil aragonés debería facilitarse que pueda acceder a la cosación aragonesa el mayor número de asuntos en que se resuelvan pretensiones fundadas en nuestro Derecho civil propio. Esta aspiración puede verse satisfecha por la regulación del recurso de

casación en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que introduce el concepto de interés casacional como cauce habilitante para el acceso a la casación. Por ello, no parece en este momento necesaria la elaboración de una ley aragonesa sobre recurso de casación.

Sexta: Los abogados aragoneses, hondamente preocupados por la deplorable situación a que al mundo del Derecho aragonés ha conducido la última reforma del Estatuto de Autonomía con la desa-

parición del antiguo artículo 29, agravada por la nueva regulación de la casación en la Ley 1/2000 de 7 de enero, requieren a los poderes públicos, apelando a su conciencia y responsabilidad política, para que inmediatamente promuevan la iniciativa legislativa encaminada a devolver al Estatuto de Autonomía de Aragón el precepto que atribuya la competencia para conocer de los recursos de casación y revisión civiles a la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

**E) LEY 1/2000, DE 17 DE MARZO, DE AUTORIZACIÓN DE
VENTA DE VALORES MOBILIARIOS DE LA COMUNIDAD
AUTÓNOMA DE ARAGÓN PROCEDENTES DE LA HERENCIA
DE DON ELÍAS ALFREDO MARTÍNEZ SANTIAGO**

(BOA núm. 36, de 27 marzo 2000)

En nombre del Rey y como Presidente de la Comunidad Autónoma de Aragón, promulgo la presente Ley, aprobada por las Cortes de Aragón, y ordeno se publique en el «Boletín Oficial de Aragón» y en el «Boletín Oficial del Estado», todo ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20.1 del Estatuto de Autonomía.

PREÁMBULO

La Compilación del Derecho Civil de Aragón, así como las Leyes de Patrimonio y de Sucesiones de Aragón, disponen que la Comunidad Autónoma de Aragón, heredará a aquellas personas que fallezcan intestadas bajo vecindad civil aragonesa, debiendo destinarse los bienes heredados o el producto de su enajenación a establecimientos de asistencia social de la Comunidad.

En cumplimiento de la referida normativa, se ha declarado judicialmente a la Comunidad Autónoma de Aragón única y universal heredera de don Elías Alfredo Martínez

Santiago. Según el inventario judicial del abintestato, el caudal hereditario está integrado, fundamentalmente, por dinero en metálico y diversos valores mobiliarios depositados en instituciones financieras de España y de la República de Chile.

Sin perjuicio del procedimiento judicial en tramitación en la República de Chile, el Juzgado de Primera Instancia número diez de Zaragoza ha hecho entrega formal a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón de los bienes que pertenecieron a don Elías Alfredo Martínez Santiago, que han pasado a formar parte del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 51 de su Ley Reguladora.

Con el fin de poner a disposición de establecimientos de asistencia social de la Comunidad el importe líquido de esta herencia, se ha de proceder a la enajenación de los valores mobiliarios que la integran, lo cual requiere de previa autorización, en los términos previs-

tos por el artículo 59 de la Ley de las Cortes de Aragón 5/1987, de 2 de abril.

En previsión de que los valores mobiliarios a disponer de una misma entidad superen los doscientos cincuenta millones de pesetas, debe constar la autorización de las Cortes de Aragón.

Artículo 1. Se autoriza la enajenación de los valores mobiliarios que integran el Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón, por título de abintestato de don Elías Alfredo Martínez Santiago.

Artículo 2. La enajenación se realizará atendiendo a las expectativas propias de la evolución del mercado financiero, en Bolsa y a su

precio de cotización oficial, en los términos previstos por el artículo 59 de la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Aragón.

DISPOSICIÓN FINAL

Única. Entrada en vigor.

La presente Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el «Boletín Oficial de Aragón».

Así lo dispongo a los efectos del artículo 9.1 de la Constitución y los correspondientes del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Zaragoza, 17 de marzo de 2000.

**El Presidente del Gobierno de
Aragón,**

MARCELINO IGLESIAS RICOU

**F) DECRETO 203/1999, DE 2 DE NOVIEMBRE,
DEL GOBIERNO DE ARAGÓN, POR EL QUE SE REGULA
LA CREACIÓN Y EL RÉGIMEN DE FUNCIONAMIENTO
DEL REGISTRO ADMINISTRATIVO DE PAREJAS ESTABLES
NO CASADAS**

(BOA núm. 146, de 15 noviembre 1999)

El artículo 2 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo relativa a parejas estables no casadas dispone que dichas parejas deberán ser inscritas en un Registro de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón para que les sean aplicables las medidas administrativas reguladas en dicha Ley.

Asimismo, su Disposición Adicional Segunda establece un plazo de seis meses desde la publicación de la Ley, para que el Gobierno de Aragón regule por Decreto la creación y el régimen de funcionamiento del Registro administrativo de parejas estables no casadas.

En cumplimiento de dichos mandatos, el presente Decreto reglamenta el Registro Administrativo de Parejas Estables no Casadas, al que se refiere el citado artículo 2, haciendo uso de la potestad normativa en materia de procedimiento administrativo derivada de las especialidades de su organización propia de la Comunidad Autónoma, prevista en el artículo 35.1.5a del Estatuto de Autonomía.

Se estructura en dos capítulos, el primero dedicado a la creación del Registro y a las disposiciones de carácter general, y el segundo dirigido a regular el régimen de funcionamiento del mismo.

En su virtud, a propuesta del Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales, de acuerdo con el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora y previa la deliberación del Gobierno de Aragón en su reunión del día 2 de noviembre de 1999,

DISPONGO

CAPÍTULO I

**DEL REGISTRO DE PAREJAS
ESTABLES. NO CASADAS**

Artículo 1.— Carácter y finalidad.

1. Se crea el Registro de parejas estables no casadas, que tendrá exclusivamente carácter administrativo y se regirá por el presente Decreto y demás disposiciones que puedan dictarse en su desarrollo.

2. La inscripción en dicho Registro dará derecho a la aplicación de las medidas administrativas reguladas en el artículo 18 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a Parejas Estables no Casadas.

Artículo 2.— *Ámbito de aplicación.*

Tendrán acceso a este Registro las uniones que formen una pareja no casadas, que conviva en relación de afectividad análoga a la conyugal, siempre que sus miembros tengan la vecindad administrativa en Aragón, al estar empadronados en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma, cualquiera que sea su vecindad civil.

Artículo 3.— *Requisitos de inscripción.*

Para efectuar la inscripción de la pareja estable no casada deberán concurrir los siguientes requisitos:

- Voluntad de constitución de la pareja estable no casada manifestada mediante escritura pública, o convivencia marital durante un periodo ininterrumpido de dos años acreditado por acta de notoriedad, documento judicial, o mediante cualquiera de los medios de prueba admitidos en Derecho.
- Ser mayores de edad.
- No tener una relación de parentesco en línea recta por consanguinidad o adopción, ni colateral por consanguinidad o adopción hasta el segundo grado.
- No estar ligados con vínculo matrimonial.
- No formar pareja estable no casada con otra persona.
- Tener vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Aragón.

Artículo 4.— *Objeto de inscripción.*

1. Serán objeto de inscripción la constitución y extinción de la pareja estable no casada.

2. Las inscripciones en este Registro tendrán, en todo caso, el carácter de voluntarias, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 5 de este Decreto.

Artículo 5.— *Efectos.*

La inscripción constituirá requisito necesario para la aplicación a los miembros de la pareja estable no casada de los derechos y obligaciones reconocidos a los cónyuges por la normativa de Derecho Público Aragonés.

Artículo 6.— *Publicidad.*

1. El contenido del Registro se acreditará mediante la oportuna certificación administrativa.

2. Únicamente se podrán expedir certificaciones de los asientos registrales a instancia de cualquiera de los miembros de la pareja interesada, y de sus causahabientes, o a requerimiento de los órganos judiciales en el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales.

CAPÍTULO II
DEL RÉGIMEN
DE ORGANIZACIÓN
Y FUNCIONAMIENTO
DEL REGISTRO DE PAREJAS
ESTABLES NO CASADAS

Artículo 7.— *Clases de asientos.*

1. En el Registro se podrán practicar las siguientes clases de asientos: inscripciones, notas marginales y cancelaciones; que se efectuarán siempre a instancia de los interesados.

2. Las inscripciones tienen por objeto hacer constar la existencia de la pareja estable no casada y recogerán los datos personales suficientes para la correcta identificación de sus miembros, el domicilio y la fecha de la resolución por la que se acuerde su inscripción.

3. Las notas marginales tienen por objeto hacer constar las modificaciones y variaciones que se produzcan en las inscripciones.

4. Las cancelaciones tienen por objeto la cesación de efectos de la inscripción correspondiente.

Artículo 8.— Libros.

1. El de parejas estables no casadas se llevará mediante un Libro General, en el que se practicarán las inscripciones y asientos regulados por el presente Decreto. Dicho libro estará formado por hojas móviles, foliadas y selladas, y se encabezará y terminará con las correspondientes diligencias de apertura y cierre que deberá firmar el Director General de Interior.

2. Podrá existir un Fichero Auxiliar, en el que figurarán, ordenados alfabéticamente por sus apellidos, los inscritos en el Libro General. La inscripción en el Fichero Auxiliar hará referencia a las páginas del Libro General en las que se hayan practicado inscripciones o asientos que le afecten.

3. Los libros y ficheros, en su caso, se podrán llevar en soporte informático, en cuyo caso, el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal respetará estrictamente lo dispuesto en la legislación que regula el tratamiento automatizado de este tipo de datos.

Artículo 9.— Solicitud de práctica de asientos.

1. La inscripción se solicitará por escrito, conjuntamente por ambos miembros de la pareja, mediante instancia dirigida al Director General de Interior conforme al modelo que figura como Anexo del presente Decreto, a la que se acompañará la documentación siguiente:

a) Copia de los documentos identificativos de los solicitantes.

b) Certificación o fe de estado civil de los mismos.

c) Certificación del Padrón Municipal que acredite la vecindad administrativa de los solicitantes en cualquier municipio de la Comunidad Autónoma de Aragón.

d) Declaración de no ser miembro de otra pareja estable no casada.

e) Declaración de no tener una relación de parentesco por consanguinidad o adopción, en línea recta o línea colateral en segundo grado.

f) Escritura pública relativa a la constitución de la pareja estable no casada, acta de notoriedad, documento judicial o cualquier otro medio de prueba acreditativo de la convivencia.

2. Las notas marginales se practicarán a solicitud conjunta de ambos miembros de la pareja, que irá acompañada de la documentación que acredite los hechos que se pretenden hacer constar en el Registro.

3. Las solicitudes de cancelación de una inscripción de pareja de hecho se podrán formular conjuntamente por ambos miembros o unilateralmente por uno solo.

4. Las solicitudes se dirigirán al Registro de Parejas Estables No Casadas, presentándose directamente en el mismo o ante cualquiera de los órganos y por los medios previstos en la legislación de procedimiento administrativo común.

Artículo 10.— Órgano competente.

El Registro de Parejas Estables No Casadas se adscribe a la Dirección General de Interior, del Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales; a la que corresponde velar por su buen funcionamiento y dictar resolución en los expedientes de inscripción.

Artículo 11.— Tramitación y resolución del procedimiento.

1. Se abrirá un expediente administrativo por cada solicitud de inscripción que se presente, integrado por la solicitud y la justificación documental correspondiente. Las solicitudes de notas marginales y de cancelaciones se unirán al expediente principal.

2. Si la documentación presentada adoleciese de algún defecto, se requerirá a los interesados para que los subsanen en el plazo máximo de diez días, a partir de la notificación del requerimiento, quedando en suspenso, entre tanto, la tramitación del expediente. Si así no lo hicieren se les tendrá por desistidos en su petición, previa la oportuna resolución.

3. En el plazo máximo de tres meses a contar desde la entrada de la solicitud en el Registro de la Dirección General de Interior, sin perjuicio de la posible interrupción del plazo señalada en el artículo anterior, se dictará la correspondiente resolución administrativa, pudiendo

entenderse estimada, de no haberse dictado resolución en el citado plazo.

4. Contra las resoluciones que se dicten por la Dirección General de Interior, que no agotarán la vía administrativa, cabrá la interposición de recurso de alzada en el plazo de un mes, ante el Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales.

5. Una vez dictadas las correspondientes resoluciones favorables a la práctica de un asiento, se procederá a extender el mismo en los Libros del Registro.

DISPOSICIÓN ADICIONAL

Única.— Funcionamiento del Registro.

Se autoriza al Director General de Interior para que apruebe los modelos de las hojas del Libro General y del Fichero Auxiliar.

DISPOSICIONES FINALES

Primera.— Facultad de desarrollo.

Se faculta al Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales para que dicte las disposiciones que sean precisas para el desarrollo y ejecución del presente Decreto.

Segunda.— Entrada en vigor.

El presente Decreto entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial de Aragón».

Zaragoza, 2 de noviembre de 1999.

El Presidente
del Gobierno de Aragón,
MARCELINO IGLESIAS RICOU

El Consejero de Presidencia
y Relaciones Institucionales,

JOSÉ ÁNGEL BIEL RIVERA

ANEXO I

SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN DE PAREJA ESTABLE NO CASADA

D/D^a.....

DNI.....

D/D^a.....

DNI.....

Con domicilio a efectos de notificaciones en

.....

EXPONEN

1º Que constituyen una Pareja estable no casada en los términos establecidos en el artículo 3 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas.

2º Que aportan la documentación necesaria para acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos para su inscripción en el correspondiente Registro:

a) Copia de los documentos de identificación de los solicitantes.

b) Certificación o fe de estado civil.

c) Certificación del padrón municipal que acredite que los solicitantes tienen la condición de vecinos en cualquier municipio de la Comunidad Autónoma de Aragón.

d) Declaración de no ser miembro de otra pareja estable no casada.

e) Declaración de no tener una relación de parentesco por consanguinidad o adopción, en línea recta o línea colateral en segundo grado.

f) Acreditación de la existencia de la pareja mediante:

—Escritura pública.

—Acta de notoriedad.

—Documento judicial.

—Otros medios de prueba.

SOLICITAN

Se proceda a la inscripción de la pareja estable no casada en el Registro creado al efecto en la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En, a de de

Firmado: Firmado:

ILMO. SR. DIRECTOR GENERAL DE INTERIOR

**G) ORDEN DE 22 DE NOVIEMBRE DE 1999,
DEL DEPARTAMENTO DE PRESIDENCIA Y RELACIONES
INSTITUCIONALES, POR LA QUE SE REGULA
EL FICHERO AUTOMATIZADO RELATIVO
A PAREJAS ESTABLES NO CASADAS**

(BOA núm. 157, de 10 diciembre 1999)

La Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas, en su Disposición Adicional Segunda, establece que en el plazo de seis meses desde la publicación de esta Ley, la Diputación General de Aragón regulará por Decreto la creación y régimen de funcionamiento del Registro administrativo de parejas estables no casadas.

El Decreto 203/1999, de 2 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro administrativo de parejas estables no casadas, establece en su artículo 8.3 que los libros y ficheros, en su caso, se podrán llevar en soporte informático, en cuyo caso el tratamiento automatizado de los datos de carácter personal respetará estrictamente lo dispuesto en la legislación que regula el tratamiento automatizado de este tipo de datos.

En la Disposición Final Primera del Decreto 203/1999 se faculta al Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales para que dicte las disposiciones que sean precisas

para el desarrollo y ejecución del mencionado Decreto.

Por otro lado, el artículo 18 de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal, establece que «la creación, modificación o supresión de ficheros automatizados de las Administraciones Públicas sólo podrán hacerse por medio de Disposición General publicada en el Boletín Oficial del Estado o Diario Oficial correspondiente». Ello hace necesario que mediante la presente Orden se disponga la creación del citado fichero y se recojan las circunstancias a que se refiere el artículo 18.2 de la citada Ley.

Vista la propuesta de la Dirección General de Interior, he resuelto:

Primero.— *Fichero automatizado del Registro administrativo de parejas estables no casadas.*

Se crea el fichero automatizado del Registro administrativo de parejas estables no casadas.

Segundo.— *Finalidad del fichero y usos previstos.*

La finalidad genérica del fichero es el ejercicio de las potestades y funciones propias de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón en el ámbito de sus competencias.

La finalidad concreta y el uso previsto para el fichero es la recogida de los datos de aquellas personas que soliciten su inscripción como parejas estables no casadas, al amparo de lo establecido en la Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas y en el Decreto 203/1999, de 2 de noviembre, por el que se regula la creación y el régimen de funcionamiento del Registro administrativo de parejas estables no casadas.

Tercero.— *Estructura básica del fichero.*

Los datos de carácter identificativo que se recogerán en el fichero serán aquéllos que las personas que soliciten su inscripción en el Registro aporten en el Anexo I que se incluye en el Decreto 203/1999, de 2 de noviembre, los datos que por los interesados se hagan constar como modificaciones o variaciones que se produzcan en las inscripciones y las cancelaciones que tengan lugar.

Cuarto.— *Personas o colectivos sobre los que se recogen datos de carácter personal, procedimiento de recogida y cesiones previstas.*

Sólo se recogerán los datos identificativos de aquellas personas que voluntariamente se inscriban en el Registro, y no efectuará ninguna cesión de datos que no sea a instancia de los interesados.

Quinto.— *Responsable del fichero y órgano ante el que puede ejercitarse el derecho de acceso, rectificación y cancelación.*

El Órgano administrativo responsable del fichero es la Dirección General de Interior del Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales, a través del Servicio de Régimen Jurídico y Registros, ante la que podrán ejecutarse los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

A los efectos del derecho de indemnización por el daño o lesión causados a una persona afectada por el incumplimiento de la Ley Orgánica de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal previsto en su artículo 17, el responsable del fichero es la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Disposición final.

La presente Orden entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial de Aragón».

Zaragoza, 22 de noviembre de 1999.

H) PREGUNTA NÚM. 52/00, RELATIVA AL DESARROLLO DE NUESTRO DERECHO FORAL

(BOCA núm. 40 de 14 de marzo 2000)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

La Mesa de las Cortes, en sesión celebrada el día 9 de marzo de 2000, ha admitido a trámite la Pregunta núm. 52/00, formulada al Sr. Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales, para su respuesta oral en Pleno, por el Diputado del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista Sr. Bernal Bernal, relativa al desarrollo de nuestra Derecho Foral.

Se ordena su publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 189.4 del Reglamento de la Cámara.

Zaragoza, 9 de marzo de 2000.

El Presidente de las Cortes.
JOSÉ MARÍA MUR BERNAD

A LA MESA DE LAS CORTES DE ARAGÓN:

D. Chesús Bernal Bernal, Diputado del Grupo Parlamentario Chunta Aragonesista (CHA), de acuerdo con lo establecido en los artículos 191 y 192 del Reglamento de las Cortes de Aragón, formula al Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales, para su respuesta oral ante el Pleno, la siguiente

Pregunta relativa al desarrollo de nuestro Derecho Foral.

ANTECEDENTES

En la pasada legislatura, el Gobierno de Aragón remitió a esta Cámara el Proyecto de Ley de Sucesiones. Finalmente, el 11 de febrero de 1999 las Cortes de Aragón aprobaron en sesión plenaria la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte. Ese fue un momento histórico, ya que desde que Aragón había sido privado de su personalidad política en 1707, ésa fue la primera vez en que se abordó decididamente desde un órgano legislativo puramente aragonés la reforma, actualización y desarrollo de nuestra Derecho Foral.

PREGUNTA

¿Qué actuaciones piensa llevar a cabo el Gobierno de Aragón en relación con la reforma, actualización y desarrollo de nuestro Derecho Foral?

Zaragoza, 25 de febrero de 2000.

El Diputado
CHESÚS BERNAL BERNAL

PREGUNTA NÚM. 52/00, RELATIVA AL DESARROLLO DE NUESTRO DERECHO FORAL

(Diario de sesiones de las Cortes de Aragón, núm. 15)

El señor diputado BERNAL BERNAL, [desde el escaño]: Gracias, señor presidente.

Señor consejero, ¿qué actuaciones piensa llevar a cabo el Gobierno de Aragón en relación con la reforma, actualización y desarrollo de nuestro Derecho foral?

Muchas gracias.

El señor vicepresidente primero (ESTEBAN IZQUIERDO): Gracias, señor diputado.

Señor consejero.

El señor vicepresidente y consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales (BIEL RIVERA) [desde el escaño]: Gracias, señor presidente.

Agradezco especialmente la pregunta que se me formula, porque este Gobierno ya ha iniciado importantes actuaciones en la materia objeto de la pregunta. Y así, el pasado mes de noviembre, el Gobierno de Aragón, a través de este consejero de Presidencia, ya encomendó a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil la actualización y desarrollo de nuestro Derecho Civil mediante la elaboración de un proyecto de ley que regule el régimen económico-matrimonial y la viudedad, actualizando nuestra Compilación.

Las razones para abordar estas materias son: primero, su íntima relación con el régimen sucesorio, que, como sus señorías saben, se aprobó la legislatura pasada mediante la Ley 1/1999, de 24 de febrero; y

dos, su amplitud y actualidad, por lo que su nueva regulación, junto con las sucesiones anteriores, supondría que en esta legislatura habríamos actualizado el 80% de los artículos de la Compilación, consolidando la vigencia real del Derecho aragonés.

La Comisión Aragonesa de Derecho Civil tiene, pues, el encargo de elaborar el anteproyecto de ley que regule el régimen económico-matrimonial y la viudedad, encargo que estará terminado a finales del año 2001, al objeto de que a principios del año 2002 este parlamento tenga en sus manos el proyecto de ley correspondiente, con tiempo suficiente antes de terminar la legislatura para que se pudiera aprobar, como digo, el proyecto de ley que regula el régimen económico-matrimonial y la viudedad.

La Comisión Aragonesa de Derecho Civil, prácticamente, desde el mes de octubre o desde noviembre, que se hizo el encargo, se reúne cada quince días y están haciendo un trabajo muy serio, muy concienzudo, que consta en las actas, donde yo estoy absolutamente convencido, porque conozco a los miembros de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, que a finales del año 2001 el trabajo estará en poder del Gobierno de Aragón.

Pero aparte de eso, a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil se le solicitó y ha emitido ya informe en relación con el anteproyecto de

ley sobre infancia y adolescencia para asegurar su perfecta acomodación al Derecho aragonés. Además de eso, se ha continuado la amplia difusión de las ediciones de la Compilación de Derecho Civil. Y además de eso, la Diputación General de Aragón colabora con la Universidad de Zaragoza en la organización de un curso sobre Derecho aragonés.

Y para terminar —y algo que ya su señoría conoce, porque ya tuve la oportunidad de explicarlo en la comparencia ante la Comisión correspondiente con motivo del debate sobre los presupuestos—, se están realizando los estudios previos para la realización —creo que va a ser un importante hito en la historia del Derecho Civil de Aragón— de una biblioteca virtual del Derecho aragonés, en la que, a través de su tratamiento informático, se pudiera acceder a cualquier texto relacionado con el Derecho aragonés a lo largo de la historia. Este proyecto, en el que ya se han comprometido hasta cierto punto, aunque no se ha concretado su participación, las Cortes de Aragón, el Justicia de Aragón y el propio Gobierno de Aragón, contará también con importante participación de entidades e instituciones financieras. Y estamos en esta etapa, en la etapa —sirva la redundancia— de definición técnica de sus características dada su importancia.

En consecuencia, y resumiendo, está hecho el encargo a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, y sus señorías lo tendrán en su poder como muy tarde a principios del año 2002, y espero que en esta legislatura se le dé un importante empu-

jón a la puesta en marcha de esa biblioteca virtual del Derecho aragonés, en la que yo estoy absolutamente convencido que todos los publicistas y, sobre todo, todos los conocedores del Derecho aragonés, están absolutamente convencidos que es fundamental.

Nada más, y muchas gracias.

El señor vicepresidente primero (ESTEBAN IZQUIERDO): Muchas gracias.

Señor Bernal, tiene la palabra.

El señor diputado BERNAL BERNAL [desde el escaño]: Gracias, señor presidente.

Señor consejero, efectivamente, bueno, yo creo que todo lo que sea dejar trabajar a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil es bueno. Creo que tenemos una experiencia, que fue histórica, porque desde que Aragón fue privado de su personalidad política en 1707, en la legislatura anterior fue la primera vez, lo cual fue un hito histórico, en que un órgano legislativo puramente aragonés se ponía a legislar, a reformar, a actualizar y a desarrollar nuestro Derecho foral. Tenemos un primer botón de nuestra, que fue la Ley de Sucesiones. Yo creo que hay que seguir dejando trabajar a la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, hay que impulsar sus trabajos. Quizás, sería conveniente..., o bueno, podemos hacerlo desde la oposición a través de preguntas, pero quizás sería conveniente que en esta cámara conociéramos, se informase más sobre los trabajos que ellos están realizando, no con una intención fiscalizadora, sino con una intención de conocer un poco lo que ellos

están haciendo. Pero yo, de entrada, ya le digo que también los conozco y creo que la prueba del nueve que pasaron con la Ley de Sucesiones fue importante.

Efectivamente, hay que legislar sobre Derecho de familia, y me alegra que usted y el Gobierno hayan hecho que esa Comisión esté ya trabajando sobre las relaciones entre cónyuges, en el régimen económico-matrimonial, donde, efectivamente, es fundamental potenciar eso, puesto que aquí todavía hay muchísima gente en Aragón que no sabe que en Aragón no hay gananciales, que nuestro régimen no es el de gananciales, y me parece muy importante que se potencie eso. Y también el segundo aspecto al que usted se ha referido, el de la viudedad. Quedarían pendientes —y sé que hay que ir en este ámbito con prudencia y dando los pasos precisos— las relaciones entre padres e hijos, porque tampoco aquí tenemos patria potestad y habría que legislar también sobre la autoridad familiar.

Y también me alegra que se refiera a los derechos de la persona, en concreto, a la infancia y a la adolescencia, porque también tenemos una situación peculiar con la capacidad del aragonés mayor de catorce años.

Sin embargo, sí que echo en falta, señor consejero, algo que sí que nos corre prisa, y es que a partir de la aprobación de la Ley de Sucesiones, en la disposición adicional única se dice que «el Gobierno remitirá en el plazo de un año un proyecto de ley que regule —y yo pensaba que me iba a hablar de esto— las particularidades fiscales

de la sucesión *mortis causa* en Aragón, ya a través de la Ley de medidas tributarias, financieras y administrativas —esa vía, ustedes no la utilizaron—, ya mediante una ley específica atendiendo a nuestras peculiaridades de Derecho foral y actual realidad socioeconómica». Claro, esta ley entró en vigor el 23 de abril, si recuerdan, del año noventa y nueve; en consecuencia, antes del 23 de abril de 2000 —y por ahí iba un poco mi pregunta— deberíamos recibir un proyecto de ley sobre régimen fiscal en Aragón, en cumplimiento de esta disposición adicional única de la Ley de Sucesiones, porque, si no, con lo que nos podemos encontrar es con que legislemos sobre nuestro propio Derecho, pero luego resulte caro acogerse a nuestro propio Derecho y no podamos ejercer o nos resulte más caro ejercer esas previsiones de la Ley de Sucesiones y, en consecuencia, la gente, la ciudadanía opte por no ejercerlas, en cuyo caso nos quedaríamos a medio camino: legislaríamos sobre nuestro Derecho foral, pero no estaríamos favoreciendo totalmente el que la ciudadanía pueda hacer uso de ese Derecho.

Y luego, sí que querría hablar sobre otra cuestión, que es el Derecho procesal, pero prefiero dejarlo para otra iniciativa distinta, porque lo que me preocupaba en este caso era, sobre todo, además del Derecho de persona y de la familia, esta legislación sobre régimen fiscal.

¿Tienen algo pensado al respecto, antes del 23 de abril? Muchas gracias.

El señor vicepresidente segundo (PALAZÓN ESPAÑOL): Muchas gracias, señor Bernal.

Señor consejero, su turno de dúplica.

El señor vicepresidente y consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales (BIEL RIVERA) [desde el escaño]: Gracias, señor presidente.

Señoría, yo creo, a la vista de la pregunta —y en el texto está— que me ha formulado, que el Gobierno ha hecho sus deberes. Yo creo que los ha hecho en el sentido de que, al menos, en lo que se refiere a la pregunta, donde dice «reforma, actualización y desarrollo de nuestro Derecho foral». El asunto puntual que usted me plantea es desarrollo de una ley, pero lo que usted plantea es una ley hacendística, es un tema de hacienda. Es decir, que es un tema muy específico, para el cual le podríamos dar, con motivo de otra pregunta, o de otra forma, una..., yo diría una respuesta más concreta, aunque todavía estamos en plazo y, evidentemente, ésa es una competencia que el propio consejero de Hacienda lleva entre manos.

Yo he respondido a lo que se refiere al Derecho foral y le he

dicho algo que a mí me parece muy importante, y es que desde el mes de noviembre está ya la Comisión elaborando un trabajo fundamental.

Y quedémonos con algo importantísimo, y es que cuando acabe esta legislatura, prácticamente, estas Cortes habrán actualizado el 80% de los artículos de la Compilación. Y eso me parece muy importante.

Si además de eso, llegamos a tiempo —que no lo sé— para el desarrollo de la Ley de Sucesiones en sus aspectos hacendísticos o fiscales, pues ya veremos. Pero lo más importante —yo, al menos, así había interpretado la pregunta— era en la línea que iba.

La otra pregunta merece una respuesta más específica, que eso yo creo que corresponde más al consejero de Hacienda, pero con mucho gusto... No había adivinado en su pregunta que iban por allí los tiros. Creo que se refería, sobre todo, al Derecho foral, a la respuesta que yo le he dado.

Nada más, y muchas gracias.

El señor vicepresidente segundo (PALAZÓN ESPAÑOL): Muchas gracias, señor consejero.

I) RECOMENDACIÓN DEL JUSTICIA DE ARAGÓN AL PRESIDENTE DE LA D.G.A. EN RELACIÓN CON EL TRATAMIENTO FISCAL DE LAS INSTITUCIONES CIVILES ARAGONESAS

El día 15 de septiembre de 2000, el Justicia de Aragón en el ejercicio de su función de tutela del ordenamiento jurídico aragonés se dirigió al Excmo. Sr. Presidente de la Diputación General de Aragón formulándole la Recomendación que a continuación se transcribe.

«Como V.E. conoce, el Derecho constituye una parte esencial, quizás la más significativa, de la identidad histórica del pueblo aragonés. Desde su origen, el Reino de Aragón destacó por su Derecho y por sus juristas, configurando en el ámbito privado un conjunto normativo ejemplar y una elaboración doctrinal de extraordinaria calidad que se transmitió durante siglos de generación en generación. En el ámbito del Derecho Público, instituciones históricas aragonesas se consideran precedente y fundamento de instituciones del constitucionalismo moderno. Pero el Derecho aragonés no es sólo una seña de nuestra identidad histórica sino que es una realidad viva que la Constitución y el Estatuto de Autonomía han venido a potenciar y a proyectar hacia el futuro. Así, en el campo del Derecho civil aragonés, se

han superado las tendencias reduccionistas y unificadoras, atribuyendo a la Comunidad Autónoma competencias para conservar, modificar y desarrollar nuestro Derecho. Al amparo de este título competencial, el legislador aragonés ha iniciado ya con la vigente Ley de Sucesiones la tarea que habrá de plasmarse en un futuro Cuerpo legal del Derecho Civil de Aragón llamado a actualizar y completar la regulación de nuestra instituciones.

Sin embargo, de poco han de servir los esfuerzos del legislador perfilando las instituciones a las necesidades de nuestro tiempo y la labor de los juristas difundiendo el Derecho foral si la normativa fiscal provoca el desuso de las instituciones. Desde hace décadas los juristas aragoneses vienen señalando la extraordinaria importancia que el tratamiento fiscal de las instituciones forales aragonesas tiene para su desarrollo y aplicación práctica.

Un ejemplo de desafortunado tratamiento fiscal de una institución foral aragonesa lo constituye la regulación tributaria de la fiducia sucesoria. Esta institución que

hunde sus raíces en la supervivencia de la casa aragonesa y que hoy sirve a variados intereses como, por ejemplo, la protección del cónyuge viudo, ha de enfrentarse a una normativa fiscal abiertamente hostil. Así, el art. 54.8 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones y Donaciones dispone: *«En la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se gire a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girarán otras, con carácter provisional, a cargo de todos los herederos, con arreglo a sus condiciones de patrimonio y parentesco con el causante y sobre la base que resulte de dividir por partes iguales entre todos la masa hereditaria. Al formalizarse la institución por el comisario se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar, pero si por consecuencia de la institución formalizada las liquidaciones exigibles fueren de menor cuantía que las satisfechas provisionalmente, podrá solicitarse la devolución correspondiente»*.

Cuantos han abordado el estudio del precepto transcrito ponen de manifiesto que desconoce la naturaleza y la función de la institución aragonesa. Sin entrar en otras consideraciones, la norma reglamentaria obliga a realizar una liquidación provisional a quien no es en ese momento sujeto pasivo del impuesto y que puede que no lo sea nunca. Si como dispone el art. 1 de la Ley del Impuesto de Sucesiones, este impuesto *«grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por las personas físicas»*, mientras está pendiente la fiducia no hay hecho imponible pues no existe adquisición de bienes y derechos y en este sentido se ha de señalar que el art. 133.1 de la Ley de Sucesiones

dispone que *«a todos los efectos legales la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o su extinción»*.

A la vista de la normativa fiscal relativa a la fiducia sucesoria aragonesa en el impuesto de sucesiones, tributo cedido a la Comunidad Autónoma con el alcance y condiciones fijados en la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, parece conveniente recomendar al Gobierno de Aragón que en el ejercicio de sus competencias adopte cuantas iniciativas correspondan para que el tratamiento fiscal de la fiducia se ajuste a la naturaleza de la institución de acuerdo con las previsiones de la Ley aragonesa de Sucesiones y, en consecuencia, no se proceda a la liquidación del impuesto hasta que se produzca el hecho imponible: la ejecución de la fiducia o su extinción.

Sin perjuicio de lo expuesto en relación con la fiducia sucesoria, es preciso recordar al Gobierno de Aragón el deber que le impuso la Disposición Adicional de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, para que en el plazo de un año remitiese a las Cortes de Aragón un Proyecto de Ley que regulase *«las particularidades fiscales de la sucesión mortis causa en Aragón, ya a través de la Ley de medidas tributarias, financieras y administrativas, ya mediante una ley específica atendiendo a nuestras peculiaridades de Derecho foral y actual realidad socioeconómica»*.

Por todo lo anteriormente expuesto, en el ejercicio de mi función estatutaria de tutela del ordenamiento jurídico aragonés y en vir-

tud de las facultades que me confiere la Ley 4/1985, de 27 de junio, Reguladora del Justicia de Aragón, me permito formularle la siguiente

RECOMENDACIÓN

Que el Gobierno de Aragón en el ejercicio de sus competencias adopte cuantas iniciativas correspondan para que el tratamiento fiscal de la fiducia aragonesa se ajuste a la naturaleza y función de la institución de acuerdo con las previsiones de la Ley aragonesa de Sucesiones y, en consecuencia, no se proceda a la liquidación del

impuesto hasta que se produzca el hecho imponible: la ejecución de la fiducia o su extinción.

Que, en cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Adicional de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte se remita a las Cortes de Aragón, a la mayor brevedad, un Proyecto de Ley que regule las particularidades fiscales de la sucesión *mortis causa* en Aragón.

Trasládese esta Recomendación, junto con la motivación íntegra que antecede al Excmo. Sr. Presidente de la Diputación General de Aragón.»

J) ACUERDO DE 27 DE OCTUBRE DE 1999 DEL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (Valoración del conocimiento del Derecho Aragonés en los concursos de traslado de jueces y magistrados)

El Pleno del CGPJ en reunión celebrada en Zaragoza el 27 de octubre de 1999 acordó por unanimidad estimar el recurso interpuesto por un grupo de jueces y magistrados y valorar el «Diploma de especialización en Derecho Aragonés» como título suficiente para el reconocimiento del mérito en los concursos de traslados de Jueces y Magistrados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón. Transcribimos a continuación la fundamentación jurídica del Acuerdo del Pleno del CGPJ:

«Primero.— Es objeto de impugnación en este recurso el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, adoptado en fecha 10 de noviembre de 1998, en virtud del cual se desestimaba la solicitud formulada por los Magistrados recurrentes relativa al reconocimiento del conocimiento del Derecho Civil Especial o Foral propio de Aragón.

Segundo.— Los recurrentes solicitan la anulación del Acuerdo impugnado en base a las siguientes alegaciones:

1.— Incurrir dicho Acuerdo en vulneración de los criterios establecidos en el

Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 14 de octubre de 1998, relativo a los criterios que deben tenerse en cuenta a efectos del reconocimiento del mérito de conocimiento del Derecho Civil Especial de las distintas Comunidades Autónomas.

2.— Incurrir el Acuerdo impugnado en vulneración de la Ley Orgánica 8/1992, de 10 de agosto, por la que se aprobó el Estatuto de Autonomía de Aragón, y de los Decretos 65/1990, de 8 de mayo, 113/1991, de 21 de junio, ambos de la Diputación General de Aragón.

3.— Incurrir el Acuerdo recurrido en nulidad de pleno derecho por prescindir total y absolutamente del procedimiento establecido, por inexistencia de la propuesta de la Comisión de Calificación.

4.— Incurrir el Acuerdo cuestionado en nulidad de pleno derecho al aplicar el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 14 de octubre de 1998, que, a su vez, es nulo de pleno derecho en virtud de la incompetencia del citado Consejo para determinar que los cursos acreditativos del conocimiento del Derecho Civil Foral deban tener una duración mínima de 12 créditos o 120

horas lectivas, y ser esta duración ilógica, irracional y discriminatoria en el caso del Derecho Civil Foral de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Tercero.— El artículo 111 del Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial, dispone que los miembros de la Carrera judicial que deseen alegar como mérito preferente en los concursos de traslados el conocimiento del Derecho Civil Especial o Foral de una Comunidad Autónoma deberán solicitar del Consejo General del Poder Judicial su reconocimiento a esos solos efectos, aportando, junto con la solicitud, «un título oficial, expedido por la autoridad académica competente, que acredite dicho conocimiento», especificándose además que «mediante los correspondientes convenios con las Universidades y Comunidades Autónomas podrá procederse a la determinación de los títulos oficialmente reconocidos a estos fines y al establecimiento, en su caso, de las actividades de formación destinadas a la obtención de dichos títulos». Establece igualmente el citado artículo que «la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, valorando, a propuesta de la Comisión de Calificación, la autenticidad y suficiencia del título presentado, reconocerá o denegará el mérito, mediante resolución motivada, a efectos de concurso de traslado».

Como se infiere de la simple lectura del precepto mencionado, la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial está obligada a valorar la autenticidad y suficiencia del título presentado en justificación del conocimiento del Derecho Especial o Foral de la Comunidad Autónoma de que se trate en cada caso, debiendo partir, al efectuar dicha valoración, de la premisa de que para que el título aportado se considere suficiente y válido a los efectos pretendidos ha de reunir las características de ser un título oficial y,

además, haber sido expedido por la autoridad académica competente, pudiendo, en su caso, procederse a la determinación de cuáles sean tales títulos y qué actividades formativas sean necesarias para obtenerlos mediante los correspondientes convenios con las Universidades y Comunidades Autónomas.

A) Respecto del primero de los requisitos mencionados, el de la «autenticidad» del título, el Acuerdo adoptado en fecha 14 de octubre de 1998 por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial estableció, acogiendo el criterio de la Comisión de Estudios e Informes, que «por autoridad académica competente a que se refiere el artículo 111 del Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial debe entenderse la Universidad pública y la privada, así como la Institución Autonómica correspondiente autorizada para expedir los títulos», y aludió, además, expresamente, al Diploma de especialización en Derecho Aragonés expedido por el Departamento de Presidencia de la Diputación General de Aragón como título merecedor de una consideración especial.

B) Ahora bien, la expedición del título por autoridad competente determina que estemos en presencia de un «título auténtico» de los aludidos por el artículo 111 del Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial, pero esto sólo constituye condición necesaria, no suficiente, para poder entender acreditado el mérito en cuestión, pues para poder estimar acreditado el conocimiento del correspondiente Derecho civil especial o foral es preciso, además, según el citado precepto, que el título aportado sea «suficiente».

Respecto del requisito de la suficiencia este Consejo General del Poder Judicial tiene señalado que «la finalidad

del legislador al regular el mérito preferente en cuestión no es la de asegurar la existencia de beneficiarios del mérito preferente en cuestión en todo caso y aunque los conocimientos del Derecho civil foral de los Jueces y Magistrados sean escasos o insuficientes, sino, muy al contrario, la de potenciar un conocimiento profundo de las instituciones y características propias del correspondiente derecho civil foral que pueda redundar en una mejora cualitativa de la prestación del servicio público que es, en definitiva, la Administración de Justicia. Por esta razón, aunque por supuesto no sea un resultado deseable, no existe obstáculo legal alguno para que, en un momento determinado, sea admisible el hecho de que ningún Juez o Magistrado se beneficie de la aplicación del mérito preferente que estamos analizando por no cumplir los requisitos exigidos para ello».

Asimismo este Consejo ha afirmado su competencia para ponderar qué requisitos y características deben reunir los títulos expedidos por autoridad legítima (esto es, por la correspondiente autoridad académica) para poder considerar que su mera posesión por el interesado es representativa de la profundidad y suficiencia del conocimiento del Derecho Civil propio de cada Comunidad Autónoma, a los efectos del reconocimiento del mérito preferente en los concursos de traslados de Jueces y Magistrados.

De lo expuesto se desprende que nos encontramos ante un problema de concreción de un concepto jurídico indeterminado, que es el de la «suficiencia del título», así como que es a este Consejo General del Poder Judicial a quien corresponde efectuar dicha concreción.

Esta tarea fue llevada a cabo en el Acuerdo del Pleno de 14 de octubre de

1998, en el que se estableció, con carácter general, que el requisito de la suficiencia del título queda cumplido cuando la duración del proceso de adquisición de los conocimientos específicos del Derecho Civil propio de la Comunidad Autónoma haya tenido una duración de 12 créditos o de 120 horas lectivas. Esta previsión general no tenía, sin embargo, carácter absoluto, pues el propio Acuerdo contenía una mención específicamente referida al caso del Derecho Aragonés, al que aludía en los siguientes términos: «Cabrá efectuar una consideración especial del Diploma de especialización en Derecho Aragonés, regulado por los Decretos 65/90 y 113/91, del Departamento de Presidencia de la Diputación General de Aragón, dada su regulación y finalidad, así como la relativa amplitud del término «autoridad académica competente» del artículo 111 del Reglamento y la expresa mención a las Comunidades Autónomas como sujetos de firma de convenios que hace el propio precepto».

Cuarto.— En consecuencia, para resolver el presente recurso es preciso analizar si, a la luz de los criterios expresados, el Diploma presentado por los recurrentes reúne los requisitos de «autenticidad» y «suficiencia» exigidos reglamentariamente.

A) En cuanto a la «autenticidad» del Diploma presentado por los recurrentes, ninguna duda existe de que éste ha sido expedido por autoridad legítima, esto es, por la autoridad competente para ello, por cuanto que lo ha sido por la Universidad de Zaragoza, en virtud del Convenio suscrito por ésta con la Diputación General de Aragón y de conformidad con lo previsto en los Decretos 65/1990 y 113/91 del Departamento de Presidencia de la Diputación General de Aragón (Departamento al que se refería

el propio Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 14 de octubre de 1998).

B) En cuanto al segundo de los requisitos exigidos reglamentariamente, el de la «suficiencia» del título, han de hacerse las siguientes consideraciones:

1.- El curso cuya superación permite la obtención del Diploma ha sido refrendado por la Diputación General de Aragón, la cual dictó sendos Decretos (65/90 y 113/91) para impulsar y llenar de contenido el mandato del artículo 31. Uno del Estatuto de Autonomía, que al efecto señala: «El nombramiento de los Magistrados, Jueces y Secretarios se efectuará en la forma legalmente establecida, siendo mérito preferente el conocimiento del Derecho propio de Aragón, sin que pueda establecerse excepción alguna por razón de naturaleza o de vecindad».

En desarrollo de esta previsión estatutaria, el artículo 4.1 del Decreto 65/90 disponía que «la superación del citado curso y la obtención del correspondiente Diploma servirán para acreditar ante la Administración autónoma y a todos los efectos el conocimiento del Derecho Aragonés», añadiendo el artículo 5 del mismo Decreto que «la Diputación General de Aragón procurará que tanto por la Administración General del Estado por por el Consejo General del Poder Judicial se tenga en cuenta la posesión del Diploma del curso referido, para la apreciación del conocimiento del Derecho propio de Aragón a que se refiere el artículo 31 del Estatuto de Autonomía, en los nombramientos de Magistrados, Jueces, Secretarios, Notarios y Registradores, y en cualesquiera otras situaciones análogas».

Estos preceptos sirven para poner de manifiesto que el Diploma presentado cuenta con refrendo autonómico del

máximo nivel, así como que dentro del ámbito aragonés es considerado oficialmente como el título representativo del conocimiento de las especialidades jurídicas del Derecho Aragonés.

Siendo ello así, y teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo en su sentencia de 29 de abril de 1995 estableció que «El certificado acreditativo del conocimiento de la lengua o del Derecho Civil Foral es, pues, ajeno al Consejo, a quien tan sólo corresponde la valoración, a efectos de los concursos de traslado, de dicho mérito, pero no la estimación de los conocimientos o aptitudes que cada Juez o Magistrado tenga en relación con dichas cuestiones ya que, en otro caso, estaría invadiendo competencias que no le corresponden», parece lógico concluir afirmando que, en este supuesto, cuando menos, carecería de sentido jurídico e, incluso, que podría ir en contra de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, la declaración de insuficiencia del título presentado por los recurrentes fundada exclusivamente en la aplicación automática de la exigencia de 120 horas de duración mínima del curso de especialización en Derecho civil foral que el Consejo estableció con carácter general, pero no absoluto, cuando el Tribunal Supremo ha negado al Consejo General del Poder Judicial la competencia para determinar el nivel de conocimiento que poseen los Jueces y Magistrados acerca del correspondiente Derecho foral, y cuando, además, el Gobierno autonómico, a quien corresponde por Ley velar por la protección y respecto de su Derecho propio (como se deduce de los artículos 31 del Estatuto de Autonomía de Aragón y 16.3 y 16.31 de la Ley Territorial 1/1995, de 16 de febrero), ha manifestado expresamente la idoneidad del Diploma cuestionado para acreditar el conocimiento del Derecho Aragonés —habiendo quedado

plasmada dicha postura en los Decretos 65/1990 y 113/91, antes citados.

2. En segundo término, ha de tenerse presente que la concreción del concepto jurídico indeterminado de «suficiencia» del título, exige analizar la razonabilidad de la exigencia del requisito de las 120 horas de duración mínima del curso de especialización en el caso concreto del Derecho Aragonés.

Cierto es, a este respecto, que el Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 14 de octubre de 1998 no exceptuaba expresamente de la aplicación del citado requisito a Aragón, pero no menos cierto es que el mismo Acuerdo contenía una mención específica para dicha Comunidad, haciendo objeto de una especial consideración al Diploma cuestionado «dada su regulación y finalidad».

Esta referencia individualizada a la «regulación y finalidad» del Diploma ahora examinado ha de ser entendida, necesariamente, como un reconocimiento del especial valor de este título, habida cuenta de las circunstancias que lo adornan: contar con el máximo respaldo autonómico a nivel institucional y normativo, y ser el título oficialmente considerado como idóneo en el ámbito de Aragón para acreditar el conocimiento del Derecho Aragonés. Por ello, en aplicación de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1995, ya podría concluirse afirmando que estas consideraciones resultarían suficientes, por sí solas, para que —a los exclusivos efectos del supuesto contemplado en este recurso— este Consejo también apreciase la suficiencia del Diploma ahora examinado.

Ello no obstante, ningún inconveniente hay en señalar que aunque las

horas específicamente referidas al Derecho Civil no alcancen, dentro de la duración total del curso de especialización (que es de 250 horas), el límite de las 120 antes mencionado, ello no supone en este caso un obstáculo insalvable para reconocer el mérito preferente analizado, por las siguientes razones:

a) En primer lugar, porque si el máximo órgano autonómico que es el competente para ello, suscribe un Convenio con la Universidad de Zaragoza y asigna una determinada duración al Derecho Civil foral, ha de presumirse fundadamente que no estamos ante un límite fijado de forma caprichosa o arbitraria, sino que esa es la duración razonable, conforme a la lógica y a la experiencia universitaria, que cabe exigir para poder alcanzar un conocimiento profundo y suficiente del Derecho civil foral aragonés.

b) En segundo lugar, porque la finalidad de la norma que establece el reconocimiento del mérito preferente de conocimiento de las especialidades civiles forales queda en este caso cumplida si se produce la declaración de suficiencia del Diploma cuestionado.

En efecto, lo esencial a este respecto es que el Juez o Magistrado demuestre conocer en profundidad las especialidades del Derecho autonómico del territorio en el que se ubica la plaza a la que opta, en la medida en que dicho conocimiento redundará en una mejor prestación del servicio de la Administración de Justicia. Por ello, si el cumplimiento de esa exigencia ha sido acreditado en virtud de la expedición de un título auténtico, emitido por autoridad legítima, tras la superación del correspondiente curso de especialización, cuyo contenido fue fijado con arreglo a la lógica, a la experiencia universitaria y a la extensión de las especia-

lidades propias del territorio autonómico, puede afirmarse sin sombra de duda que la norma que pretendía que el reconocimiento del mérito preferente ahora examinado redundase en una mejora del servicio público de la Administración de Justicia en Aragón vería colmada su finalidad a través de la declaración de suficiencia del Diploma presentado.

c) En tercer lugar, también ha de observarse que no ha de valorarse como demérito, sino como mérito de los Magistrados concurrentes, el conocimiento que éstos tengas de todas las demás especialidades propias del Derecho Aragonés, además de las civiles, máxime cuando el referido conocimiento ha sido acreditado por aquéllos mediante la obtención y aportación de un título del máximo rango —a nivel institucional y académico— en el ámbito del territorio aragonés.

d) Finalmente, es preciso tener muy presente que la razonabilidad de la decisión que adopte el Consejo General del Poder Judicial en este recurso está directamente ligada a la adecuada valoración de la realidad del Derecho Civil foral de Aragón, pues no ha de olvidarse que el mérito indicado sólo opera en los concursos de traslados relativos a plazas ubicadas en el correspondiente territorio autonómico (artículo 341.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 112 del Reglamento 1/1995, de 7 de junio de la Carrera Judicial).

Precisamente por ello, no existe obstáculo para afirmar —si se pretende llevar a cabo una interpretación de esta previsión legal y reglamentaria que sea acorde con el espíritu de la normativa reguladora y del Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 14 de octubre de 1998—, que el reconocimiento del

mérito preferente ahora analizado no debe tener lugar siempre, imperativamente y en todo caso, con independencia de cuáles sean las circunstancias concurrentes, incluso cuando las especialidades del territorio sean de escasa entidad cualitativa y cuantitativa; antes al contrario, lo que pretenden las normas citadas y el Acuerdo de este Consejo de 14 de octubre de 1998 es asegurar que siempre que un territorio autonómico cuente con especialidades civiles propias que alcancen un nivel mínimo y razonable de relevancia jurídica pueda reconocerse el mérito preferente relativo al conocimiento de aquéllas mediante la aportación del correspondiente título expedido por la autoridad legítima.

Este nivel mínimo y razonable de relevancia jurídica ha de tener lógico reflejo —como antes se dijo— en la duración de los correspondientes cursos de especialización, y por ello el Acuerdo Plenario de 14 de octubre de 1998 estableció, con carácter general, que los citados cursos habrían de tener una duración mínima de 120 horas.

Sin embargo, no debe olvidarse que este Consejo General del Poder Judicial fue consciente entonces de las particulares circunstancias que confluían en el caso de la Comunidad Autónoma de Aragón en virtud de la «regulación y finalidad» del Diploma del Departamento de Presidencia de la Diputación General de Aragón cuya suficiencia ahora se examina, razón por la que hizo una mención individualizada y específica de éste en aquel Acuerdo.

Por tanto, en coherencia con lo entonces expresado y con base en todo lo expuesto hasta ahora, este Consejo General del Poder Judicial ha de declarar, con carácter excepcional y en atención a la valoración de la realidad del

Derecho Civil Foral de Aragón, la suficiencia del Diploma aportado a los exclusivos efectos del reconocimiento del mérito preferente pretendido en este concreto recurso.

Quinto.— *Deduciéndose de todo lo razonado en los anteriores Fundamentos que la documentación aportada por los Magistrados recurrentes cumple los requisitos establecidos reglamentariamente, ha de entenderse acreditado el conocimiento suficiente del Derecho Civil Aragonés, y, por tanto, procede estimar el presente recurso ordinario.*

El Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en su reunión del día 27 de octubre de 1999,

Acuerda: *Estimar el recurso ordinario interpuesto por ... , contra el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial de 10 de noviembre de 1998, por el que se desestimaba la solicitud de los recurrentes relativa al reconocimiento del conocimiento del Derecho Civil Especial o Foral de la Comunidad Autónoma de Aragón, anular el citado Acuerdo y declarar el derecho de los Magistrados recurrentes a que les sea reconocido el mérito preferente solicitado.»*

K) STC 63/2000, DE 13 DE MARZO DE 2000

(BOE nº 90, de 14 de abril de 2000)

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Carles Viver Pi-Sunyer, Presidente, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Tomás S. Vives Antón, don Vicente Conde Martín de Hijas y don Guillermo Jiménez Sánchez, Magistrados, ha pronunciado **EN NOMBRE DEL REY** la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 2885/96, promovido por don Rafael Peñarroya de las Heras, representado por el Procurador don Saturnino Estévez Rodríguez y asistido por el Letrado don Carlos del Campo Ardid, contra el Auto, de 24 de junio de 1996, de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que inadmitió el recurso de casación (rollo núm. 9/95) interpuesto por el recurrente contra la Sentencia, de 15 de diciembre de 1994, de la Audiencia Provincial de Huesca, recaída en el rollo de apelación núm. 11/93. Ha sido parte el Ministerio Fiscal y doña Carmen Campoy Gaspar, representada por la Procuradora doña Carmen Ortiz Cornago y asistida del Letrado don Luis Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga.

Ha sido Ponente el Magistrado don Vicente Conde Martín de Hijas, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el día 17 de julio de 1996, don Saturnino Estévez Rodríguez, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de don Rafael Peñarroya de las Heras, interpuso recurso de amparo contra el Auto del que se hace mención en el encabezamiento.

2. El recurso de amparo se fundamenta, en síntesis, en los siguientes hechos:

a) Promovida, tras la correspondiente Sentencia de divorcio, acción de liquidación y partición de la sociedad consorcial aragonesa por la ex esposa del hoy recurrente en amparo, éste presentó reconvencción de la demanda, solicitando una partición distinta de los bienes, por entender que algunos tenían el carácter de privativos. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jaca dictó Sentencia, que fue recurrida por ambas partes en apelación ante la Audiencia Provincial de Huesca.

b) Contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de fecha 15 de diciembre de 1994 prepararon igualmente ambas partes sendos recursos de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Dicha Sala, tras tener por preparados los recursos, emplazó a las partes para su comparecencia ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, formalizando el demandante de amparo su recurso con base en dos motivos de casación: un primer motivo, «al amparo del párrafo cuarto del artículo 1692 de la L.E.CIV. [sic] por infracción de los artículos 36 a 40 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón y 1462 del Código Civil aplicados indebidamente»; y, un segundo motivo, «al amparo del párrafo 4.º del art. 1692 de la L.E.CIV. [sic] por infracción de las normas del ordenamiento jurídico contenidas en los arts. 1.2 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, 1354 y 1357 del Código Civil, inaplicadas al presente caso». El recurso terminaba de la manera siguiente:

«Suplico a la Sala que teniendo por presentado en tiempo y forma este escrito, con los documentos y copias que acompaño, exigidos por los núms. 1 y 4 del art. 1706 de la LECIV., tenga por personada como parte recurrente a don Rafael Peñarroya de las Heras y en su nombre y representación al procurador que suscribe; por interpuesto recurso de casación contra la Sentencia núm. 350 dictada el 15 de diciembre de 1994 por la Audiencia Provincial de Huesca en el recurso de apelación núm. 13/90 del Juzgado de Instancia núm. 1 de Jaca; lo admita y, previos los trámi-

tes legales, dicte Sentencia casando y anulando la recurrida, y pronuncie otra más ajustada a Derecho, en los términos que esta parte tiene interesados».

c) El Tribunal Supremo, por Auto de 20 de septiembre de 1995, acordó declarar competente para el conocimiento de los recursos al Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en cuyo favor se inhibió. Como consecuencia de tal pronunciamiento, el demandante de amparo compareció ante éste, dando por reproducido el escrito de formalización del recurso de casación que en su día presentara ante el Tribunal Supremo. Finalmente, y una vez determinada la cuantía del procedimiento en 11.298.000 ptas., conforme a lo ordenado por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón mediante Auto de 28 de noviembre de 1995, dicha Sala dictó nuevo Auto de 24 de junio de 1996, acordando declarar la inadmisión de ambos recursos. Por lo que se refiere al recurrente en amparo, el fundamento de Derecho segundo de dicho Auto decía lo que a continuación se transcribe:

«Al estudiar el recurso de casación formulado por la Procuradora Dª María Pilar Vicario del Campo, en nombre y representación del demandado recurrente D. Rafael Peñarroya de las Heras, se observa la defectuosa formulación del suplico en el que se solicita se dicte sentencia 'casando y anulando la recurrida y pronuncie otra más ajustada a Derecho en los términos que esta parte tiene interesados'. Como se comprueba el 'petitum' se encuentra falto del rigor y la coherencia exigibles, puesto que no cabe dejar

al arbitrio del Tribunal el pronunciamiento de una sentencia 'más ajustada a derecho' con arreglo a 'los términos que esta parte tiene interesados'. Ignora el recurrente principios tan esenciales del proceso civil como son el de rogación y el dispositivo, definidores del principio de la congruencia, pues como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en Auto de fecha 24 de mayo de 1995, 'si las sentencias cualquiera que sea el órgano que las pronuncia, unipersonal o colegiado, y su rango o clase, han de ser claras, precisas y congruentes con la demanda y demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que éstas exijan, condenando o absolviendo (art. 359 de la L.E.C), este mandato resulta de imposible cumplimiento por la Sala desde el momento en que se ignora, por falta de expresión en el lugar adecuado, lo que la parte recurrente pretende en su escrito de interposición del recurso de casación'; y es así porque la congruencia requiere armonía entre los suplicos de los escritos de demanda y contestación y la parte dispositiva de la Sentencia, y entre los escritos fundamentales del proceso a efectos de recurso de casación se encuentra el escrito de interposición del referido recurso (Sentencias 30 de abril de 1990 y 4 de mayo de 1993 del Tribunal Supremo) y aún puede afirmarse que dentro de éste el Suplico».

Tras explicar en el fundamento de Derecho tercero las razones de la inadmisión del recurso de casación interpuesto por otra parte, el citado Auto añadía, en el fundamento de Derecho cuarto, lo siguiente:

«Aunque la casación haya experimentado una cierta flexibilización en la reforma introducida por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, su Exposición de Motivos señala que «sirve mejor a su función si se refuerza su carácter de protector de la norma alejándolo de cualquier semejanza con una tercera instancia», por lo que es indudable que sigue siendo un recurso extraordinario ya que en su preparación e interposición exige unos formalismos de indudable cumplimiento en aras de la seguridad jurídica y de la protección de los derechos de ambas partes. Como señala el Tribunal Constitucional (Sala Segunda, ATC 100/1996, de 24 de abril) la admisibilidad del recurso de casación «queda sometida no sólo a los requisitos meramente extrínsecos —tiempo y forma— y a los presupuestos comunes exigibles para el ordinario de apelación, sino a otros intrínsecos y sustantivos relacionados con el contenido y viabilidad de la pretensión, cuyo régimen es más severo por su propia naturaleza».

3. El demandante de amparo considera que el Auto recurrido vulnera su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE), ya que, conforme a los motivos de inadmisibilidad del recurso de casación establecidos en el art. 1710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), no constituye causa de inadmisibilidad «la inconcreción del suplico». En consecuencia, solicita de este Tribunal la anulación del mencionado Auto con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse el mismo, a fin de que se declare

admitido el recurso de casación interpuesto. Mediante otrosí se solicitó también la suspensión de la ejecución de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca recurrida en casación, por haber devenido firme y definitiva como consecuencia de la inadmisión de dicho recurso.

4. Por providencia de 7 de noviembre de 1996 la Sección Tercera acordó admitir a trámite la demanda de amparo, ordenando dirigir atenta comunicación a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y a la Audiencia Provincial de Huesca, a fin de que, en plazo no superior a diez días, remitiesen certificación o fotocopia averada de las actuaciones correspondientes al rollo de casación núm. 9/95 y al rollo de apelación núm. 11/93, respectivamente. Asimismo, la Sección ordenó que se dirigiera atenta comunicación al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jaca al objeto de que, dentro de idéntico plazo, remitiese certificación o fotocopia averada de las actuaciones correspondientes al juicio de menor cuantía núm. 13/90, debiendo previamente emplazarse a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto al recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer, si lo desearan, en el recurso de amparo y defender sus derechos. Igualmente, por providencia de la misma fecha la Sección acordó formar pieza separada para la tramitación del incidente en relación con la misma. Evacuado dicho trámite mediante sendos escritos de fecha 14 y 18 de noviembre de 1996, respectivamente, la Sala Segunda acordó acceder a la suspensión solicitada por Auto de 13 de enero de 1997.

5. El 9 de diciembre de 1996, procedente del Juzgado de guardia, se registró en la sede de este Tribunal escrito de doña María del Carmen Ortiz Cornago, Procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de doña Carmen Campoy Gaspar, que fue parte en el proceso a quo, solicitando que se la tuviera por personada y parte en el recurso de amparo. Mediante providencia de 27 de febrero de 1997 la Sección Tercera acordó tener por personada y parte a la citada Procuradora en la representación indicada, acordando entender con ella las sucesivas actuaciones. Asimismo acordó dar vista de las actuaciones recibidas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, por plazo común de veinte días, para que presentasen las alegaciones que estimaren pertinentes, conforme a lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC.

6. El 20 de febrero de 1997 formuló sus alegaciones el demandante de amparo, dando por reproducidos todos y cada uno de los argumentos de hecho y de derecho expuestos en su demanda de amparo. El escrito hace referencia también a la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías (art. 24.2 CE) que ha supuesto el peregrinaje del asunto de un órgano judicial a otro. Destaca finalmente que en la actualidad el Tribunal Superior de Justicia de Aragón no se reconoce competencia en materia civil y penal, tras la supresión del art. 29 del Estatuto de Autonomía de Aragón, por lo que rechaza los recursos de casación que le son interpuestos en materia foral aragonesa.

7. El 22 de febrero de 1997 presentó su escrito la representación

procesal de doña Carmen Aurora Campoy Gaspar, oponiéndose a la estimación del recurso de amparo. Según se indica en el escrito, si bien las causas específicas de inadmisibilidad del recurso de casación se recogen en el art. 1710 LEC, las mismas no constituyen los únicos motivos de inadmisión de dicho recurso, existiendo unos principios rectores del proceso civil, como son el dispositivo y el de rogación, que necesariamente determinan la congruencia de la resolución judicial de que se trate. Estos principios son ignorados en el recurso de casación en su día interpuesto por el recurrente en amparo, recurso de casación cuyo suplico se encuentra defectuosamente formulado. En consecuencia, y con reseña de la doctrina de este Tribunal al respecto, el escrito concluye afirmando que ninguna lesión del art. 24 CE cabe imputar al Auto recurrido; algo que sí habría sucedido de haber dictado el Tribunal Superior de Justicia de Aragón una resolución en abstracto, y por tanto incongruente, vulnerando de ese modo el derecho a la tutela judicial efectiva.

8. El 3 de marzo de 1997 tuvieron entrada en el registro de este Tribunal las alegaciones del Ministerio Fiscal. Aplicando al presente caso la doctrina formulada en nuestra STC 374/1993, observa el Fiscal, de acuerdo con lo expuesto por el recurrente, que ninguno de los supuestos de inadmisión previstos en el art. 1710 LEC tiene relación con una determinada redacción del suplico del escrito que formaliza el recurso de casación. Así, dicho precepto contempla diversos motivos de inadmisión del recurso, unos subsanables y otros no, pero en ninguno

de ellos cabe comprender, ni en su letra ni en su espíritu, la «defectuosa formulación del suplico» o la «falta de rigor o coherencia» de éste, a las que alude el fundamento de Derecho tercero, donde se justifica la decisión del órgano judicial. No se trata, según el Fiscal, de una interpretación formalista de los presupuestos procesales exigibles para interponer el recurso de casación, sino de la inexistencia de norma legal alguna sobre la que basar dicha inadmisión, lo que hace inaplicable aquí la doctrina establecida en la STC 37/1995 y sí, por el contrario, la doctrina general de que las decisiones judiciales de inadmisión son controlables y, por tanto, revisables en vía de amparo cuando están basadas en una causa de inadmisión inexistente. Además la petición formulada en el recurso de casación se adaptaba tanto a la fase casacional en que se producía como a las peticiones contenidas en la reconvencción, sin alterar el objeto del proceso establecido en la primera instancia ni introducir hechos nuevos que pudieran haber ocasionado indefensión a la contraparte. Por todo ello, el Fiscal considera que la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón debió entrar en el fondo de la pretensión deducida, por lo que procede la estimación del recurso de amparo. No obstante, comoquiera que el Auto ahora recurrido rechaza asimismo el recurso de casación de la contraparte, que sin embargo no ha acudido en amparo ante este Tribunal, puntualiza que únicamente ha de anularse la resolución judicial en lo concerniente al recurso de casación interpuesto por don Rafael Peñarroya, para que se dicte otra resolución conforme

con el derecho a la tutela judicial efectiva.

9. Por providencia de 9 de marzo de 2000, se señaló el día 13 siguiente para deliberación y votación de la presente Sentencia.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. El presente recurso de amparo se interpone contra el Auto de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 24 de junio de 1996, que inadmitió el recurso de casación interpuesto por el recurrente contra una Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca, recaída en un proceso de liquidación de la sociedad consorcial en su momento por aquél y su entonces esposa conforme a las reglas del Derecho civil aragonés. La demanda imputa al Auto impugnado la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), por haber inadmitido el recurso de casación en virtud de una defectuosa formulación del suplico, que no constituye causa de inadmisión alguna del recurso de acuerdo con el art. 1710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). La contraparte en el proceso a quo, que también recurrió la Sentencia de la Audiencia en casación con idéntico resultado, acoge básicamente los razonamientos del órgano judicial y solicita la desestimación del amparo, por entender que, dada la defectuosa formulación de aquel suplico, cualquier resolución sobre el fondo que hubiera pretendido dictar el Tribunal Superior de Justicia habría adolecido de incongruencia y vulnerado, esta vez sí, el derecho a la tutela judicial efectiva. El Ministerio

Fiscal, por su parte, interesa la estimación de la demanda, al considerar que el órgano judicial inadmitió el recurso de casación sin base en norma legal alguna.

Debe reseñarse también que en su escrito de alegaciones, tras la admisión a trámite del recurso de amparo, el recurrente incluye una referencia muy incidental a la vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías (art. 24.2 CE). Sin embargo, es claro que nada debemos decir en torno a esta queja, pues la misma no fue planteada en la demanda de amparo, sin que quepa ampliar en el trámite de alegaciones la pretensión inicialmente ejercitada a través de la demanda (SSTC 74/1985, de 18 de junio; 131/1968, de 29 de octubre; 291/1993, de 18 de octubre), razón por la cual resulta innecesario efectuar mayores consideraciones al respecto.

2. Delimitado el objeto de nuestro enjuiciamiento, parece conveniente, antes de proceder al análisis del concreto supuesto planteado, recordar los aspectos fundamentales de nuestra doctrina en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente del derecho a los recursos legalmente establecidos, que es la que, como vemos, se plantea en la demanda de amparo.

Así, hemos afirmado con carácter general que el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) consiste en obtener de los órganos judiciales competentes, a través de los procedimientos legalmente establecidos, una resolución fundada en Derecho sobre las pretensiones

formuladas ante ellos. Pero el derecho a recurrir, salvo en el orden penal, no forma parte necesariamente del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que el legislador puede configurar libremente el sistema de recursos, estableciendo los supuestos en que cada uno de ellos procede y los requisitos que han de cumplirse en su formalización (SSTC 58/1987, de 19 de mayo; 160/1993, de 17 de mayo, entre otras). Ahora bien, una vez configurados por el legislador, el art. 24.1 CE garantiza también la utilización de los recursos legalmente establecidos (SSTC 54/1984, de 4 de mayo; 13/1991, de 28 de enero; 66/1992, de 29 de abril; 169/1996, de 29 de octubre).

Esta doctrina resulta plenamente aplicable al recurso de casación, siendo el legislador «libre, por tanto, para determinar su configuración, los casos en que procede y los requisitos que, dada su naturaleza extraordinaria y principal finalidad a que responde de uniformidad en la aplicación de la ley, han de cumplirse en su formalización» (STC 109/1987, de 29 de junio, FJ 2.a). Del mismo modo, establecidos legislativamente los requisitos materiales y procesales para la admisión a trámite del recurso de casación, si la decisión judicial de inadmisión «no se encuentra debidamente motivada o no está justificada, se funda en una causa inexistente o en un rigor excesivo en la interpretación de los requisitos formales, puede el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo, restablecer el derecho vulnerado y hacer efectiva la tutela judicial que garantiza el art. 24.1 CE (SSTC 214/1988,

FJ 2; 63/1992, FJ 2)» (STC 190/1993, de 14 de junio, FJ; en el mismo sentido, STC 374/1993, de 13 de diciembre, FJ 2).

Ciertamente, en la STC 37/1995, de 7 de febrero, distinguimos expresamente entre el derecho de acceso a la justicia, dirigido a obtener una primera respuesta por parte de los Juzgados y Tribunales, que nace directamente de la Constitución y en el que actúa con toda su intensidad el principio *pro actione*, y el derecho de acceso a los recursos contra las resoluciones judiciales, donde la vigencia de dicho principio puede estar sujeta a mayores matices. Pero en esa misma Sentencia negábamos en todo caso la posibilidad de cerrar «*arbitrariamente o intuitu personae*» el acceso a los recursos (FJ 6), y con posterioridad hemos seguido manteniendo que el control en sede de amparo de las decisiones judiciales que declaran la inadmisibilidad de los recursos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que a los Juzgados y Tribunales confiere el art. 117.3 CE, ha de ceñirse a cánones como el error patente, la arbitrariedad o la manifiesta irrazonabilidad (entre las más recientes, SSTC 19/1998, de 27 de enero, FJ 10; 162/1998, de 14 de julio, FJ 3; 192/1998, de 29 de septiembre, FJ 2; 216/1998, de 16 de noviembre, FJ 2; 218/1998, de 16 de noviembre, FJ 2; 236/1998, de 14 de diciembre, FJ 2; 23/1999, de 28 de junio, FJ 2).

3. Como hemos relatado en los antecedentes, el recurrente fundó su recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca en dos motivos diferenciados, aunque ambos al amparo de lo

establecido en el párrafo 4 art. 1694 LEC, esto es, por «infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueran aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate». En concreto, el primer motivo se basaba en la aplicación indebida de los arts. 36 a 40 de la Compilación de Derecho civil de Aragón y del art. 1462 del Código Civil; y, el segundo, en la inaplicación al caso de los arts. 1.2 de la Compilación de Derecho civil de Aragón y de los arts. 1354 y 1357 del Código Civil. Cada uno de estos motivos era objeto de un desarrollo argumental individualizado en el escrito de formalización del recurso, el cual concluía suplicando a la Sala que dictara Sentencia «casando y anulando la recurrida y pronuncie otra más ajustada a Derecho en los términos que esta parte tiene interesados».

El fundamento de la decisión de inadmisión del recurso por parte de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha de buscarse principalmente en el de Derecho segundo del Auto ahora impugnado, que se refiere en exclusiva al recurso de casación interpuesto por el recurrente; pero también en el cuarto, que parece efectuar unas consideraciones complementarias que afectan por igual tanto a éste como al recurso interpuesto por la parte contraria, el cual fue objeto de examen específico en el tercero. Ambos fundamentos de Derecho, segundo y cuarto, ya fueron transcritos en su integridad en el antecedente 2 c) de esta Sentencia, y a su transcripción nos remitimos aquí.

Pues bien, desde la perspectiva constitucional que nos es propia, a

la vista de los razonamientos empleados por el órgano judicial para acordar la inadmisión del recurso de casación interpuesto por el demandante de amparo, procede analizar si tal decisión resulta razonada, razonable y no incurso en error patente, a cuyo efecto se ha de inquirir si existe el fundamento legal imprescindible para que podamos considerar la resolución impugnada conforme con las exigencias derivadas del derecho a la tutela judicial efectiva. Dicho análisis ha de comenzar, lógicamente, por el examen de las causas específicas de inadmisión del recurso de casación civil, que se encuentran contempladas en los cuatro primeros párrafos del art. 1710.1 LEC, precepto al que, como puede observarse, en ningún momento hace referencia expresa el Auto impugnado, que se limita a reproducir en su fundamento de Derecho cuarto, con un error de localización, una genérica cita de este Tribunal en relación con los requisitos «extrínsecos» e «intrínsecos» del recuso de casación. Y es que, ciertamente, basta examinar el tenor de aquéllos para concluir que ninguno proporciona base legal sobre la que poder fundar de modo razonable la inadmisión de dicho recurso por los motivos que se mencionan en el Auto. Así pues, y desde la perspectiva de las causas de inadmisión del recurso de casación establecidas en el art. 1710.1 LEC, hay que constatar por nuestra parte la ausencia de todo vínculo entre la resolución judicial y la legalidad que podría resultar de aplicación (STC 83/1994, de 14 de marzo, FJ 3).

4. En cualquier caso, el razonamiento del Auto impugnado se

funda en una determinada interpretación de las exigencias del art. 359 LEC, de la que el Tribunal a quo deriva la imposibilidad de dictar una resolución congruente.

Según el Auto recurrido, el mandato del art. 359 LEC «resulta de imposible cumplimiento por la Sala desde el momento en que se ignora, por falta de expresión en el lugar adecuado, lo que la parte recurrente pretende en su escrito de interposición del recurso de casación». Nótese, sin embargo, que la inadmisión del recurso por parte de la Sala no descansa verdaderamente en la imposibilidad de conocer cuál es la pretensión formulada en el recurso de casación, sino en la falta de expresión de la misma «en el lugar adecuado», es decir, en el «suplico» del recurso, donde el recurrente se limitaba a solicitar del órgano judicial la anulación de la Sentencia recurrida y el pronunciamiento de otra más ajustada a Derecho «en los términos que esta parte tiene interesados». Resulta evidente, sin embargo, que con el empleo de tal fórmula no se pretendía sino hacer referencia a las páginas anteriores del escrito de formalización del recurso de casación en las que, como hemos indicado ya, se exponían con la suficiente claridad y de manera individualizada los dos motivos del mismo, los preceptos que se consideraban infringidos y el desarrollo argumental de cada uno de ellos. Llegados, pues, a este extremo, no podemos sino apreciar la manifiesta irrazonabilidad de la decisión judicial por la que se inadmite el recurso de casación interpuesto, dada la evidente desproporción existente entre la causa de inadmisión apreciada y las conse-

cuencias que se han seguido para la efectividad de la tutela judicial.

En virtud de todo lo expuesto, ha de ser otorgado el amparo y anulado el Auto objeto del presente recurso, si bien, como hace notar el Ministerio Fiscal, exclusivamente en lo que afecta a quien recurrió ante nosotros solicitando dicho amparo. No obstante, nuestro fallo no puede disponer, como se pretende en el suplico de la demanda, que se declare admitido a trámite sin mayores matices el recurso de casación en su día interpuesto, ya que nuestro enjuiciamiento se ha limitado a constatar la radical incompatibilidad de la causa de inadmisión aplicada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón con el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente. Debemos, por tanto, de modo semejante a como hicimos en la STC 19/1998, declarar nula la inadmisión a trámite de dicho recurso de casación por la causa apreciada, sin que ello suponga pronunciamiento alguno por nuestra parte respecto a la resolución que en definitiva deba adoptarse.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA.

Ha decidido

Otorgar el amparo solicitado por don Rafael Peñarroya de las Heras y, en su virtud:

1º Declarar que se ha vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva.

2º Restablecerle en su derecho y a este fin, anular el Auto de 24 de junio de 1996 de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, recaído en el rollo de casación núm. 9/95, exclusivamente en lo que se refiere a la inadmisión del recurso de casación interpuesto por el recurrente contra la Sentencia de 15 de diciembre de 1994 de la Audiencia Provincial de Huesca, recaída en el recurso de apelación núm. 11/93, dimanante del juicio declarativo ordinario de menor cuantía núm. 13/90, seguido ante

el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jaca, retrotrayendo las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior a la adopción del citado Auto para que la Sala proceda a dictar una nueva resolución respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva, conforme a lo indicado en el fundamento jurídico 4 de esta Sentencia.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a trece de marzo de dos mil.

L) PROPOSICIÓN DE LEY DE RECONOCIMIENTO DE EFECTOS CIVILES DEL MATRIMONIO CELEBRADO CONFORME AL RITO GITANO

(BOCA núm. 60, de 14 junio 2000)

PRESIDENCIA DE LAS CORTES DE ARAGÓN

La Mesa de las Cortes, en sesión celebrada el día 9 de junio de 2000, ha calificado la Proposición de Ley de reconocimiento de efectos civiles del matrimonio celebrado conforme al rito gitano, presentada por el G.P. Socialista, y ha ordenado su publicación en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón y su remisión a la Diputación General a los efectos establecidos en el artículo 139.1 del Reglamento de la Cámara.

Zaragoza, 9 junio de 2000.

El Presidente de las Cortes
JOSÉ MARÍA MUR BERNAD

A LA MESA DE LAS CORTES DE ARAGÓN:

El Grupo Parlamentario Socialista, al amparo de lo establecido en el artículo 218 y siguientes del Reglamento de las Cortes de Aragón, tiene el honor de presentar la siguiente Proposición de Ley de reconocimiento de efectos civiles del matrimonio celebrado conforme al rito gitano, para su remisión a la Mesa del Congreso y de los Diputados tras su debate y votación en las Cortes de Aragón.

*Proposición de Ley de reconocimiento
de efectos civiles del matrimonio
celebrado conforme al rito gitano*

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El matrimonio según el rito gitano tiene su origen en la propia cultura del pueblo gitano, y su conservación y mantenimiento a lo largo de siglos evidencian el arraigo de sus tradiciones y es buena muestra del respeto que ese pueblo tiene hacia la institución matrimonial.

El rigor, la seriedad y la constancia en la práctica de esta singular forma matrimonial, rodeada de las necesarias garantías según sus propias creencias, han permitido al pueblo gitano mantener viva su tradición y la vigencia de este rito a pesar de todos los cambios culturales, sociales y políticos por los que ha pasado a lo largo de su historia en España, y aun de las crisis que de modo particular han afectado y afectan a la institución matrimonial y a la familia en la sociedad contemporánea.

La constante aspiración a la progresiva integración social del pue-

blo gitano puede experimentar un buen avance con el reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio celebrado según la forma o rito gitano, con todas las garantías que imponen las normas civiles españolas.

Con esta ley se viene a saldar una deuda histórica de nuestra sociedad con los miembros del pueblo gitano en España, y al mismo tiempo puede ayudar a futuras aproximaciones en su aconsejable y progresiva integración en la sociedad española contemporánea, que habrán de resultar beneficiosas para toda la sociedad en su conjunto.

El matrimonio, como la familia, es una institución natural a la que el Estado dota de unos efectos civiles determinados en búsqueda de la mayor estabilidad social. Parece, así, justo que el acreditado aprecio que por el matrimonio y la familia han expresado siempre los gitanos, tenga un merecido reconocimiento por parte del Estado español, admitiendo su plena validez y dotándolo de los efectos civiles que otras formas matrimoniales tiene en el ordenamiento jurídico español.

El reconocimiento de efectos civiles al matrimonio gitano no produce quiebra alguna en el sistema matrimonial español y, por el contrario, aporta elementos de seguridad jurídica, especialmente en el tráfico inmobiliario, al dotar de fuerza legal a un rito al que muchos miembros del pueblo gitano se mantiene fieles, con la creencia, incluso, por su parte, de que tal matrimonio es válido y eficaz a todos los efectos.

Obviamente, en esta forma de celebración habrá de salvaguardar-

se la normativa civil, sustantiva y registral, que regula el matrimonio en España como emanación de un ordenamiento al que el pueblo gitano está sujeto en igualdad con el resto de los españoles.

Tratando de respetar al máximo la libertad del pueblo gitano, técnicamente se ha acudido a un sistema de convalidación del matrimonio ya celebrado bajo rito gitano, que cumple perfectamente con el sistema de control judicial establecido en la legislación española.

Artículo 1.— Se reconocen los efectos civiles del matrimonio celebrado conforme al rito gitano, siempre que cumpla los requisitos establecidos en esta Ley y previa su inscripción en el Registro Civil correspondiente.

Art. 2.— 1. Los gitanos que hayan contraído matrimonio conforme a su propio rito, podrán solicitar su reconocimiento mediante la inscripción en el Registro Civil del lugar de su celebración, que habrán de promover en un plazo no superior a los tres meses siguientes a la misma.

2. Para ello, presentarán una declaración firmada por ambos contrayentes, la Adjuntadora y los dos testigos o padrinos ante quienes se haya prestado el consentimiento, en la que todos ellos, y bajo pena de falsedad en documento público, harán constar el hecho de haberse celebrado el matrimonio conforme al rito gitano, con expresión del lugar y fecha del mismo.

3. Con dicho escrito se acompañarán los documentos acreditativos de la capacidad matrimonial de los contrayentes o, en su caso, solicitud

de dispensa conforme a la vigente normativa civil en la materia.

Art. 3.— 1. Si el Juez Encargado del Registro Civil no advierte causa legal que limite la capacidad para contraer matrimonio de los solicitantes, en el plazo máximo de diez días dictará auto convalidando el matrimonio celebrado y procederá a su inmediata inscripción.

2. Si advierte la existencia de impedimento dispensable, en el mismo plazo de diez días practicará las pruebas que al respecto considere oportunas, y en otros diez días dictará auto motivado en el que confirme o deniegue la válida celebración del matrimonio. En el primer caso procederá a su inmediata inscripción en el Registro.

Disposición transitoria.— 1. Los gitanos que hayan celebrado su matrimonio exclusivamente bajo rito gitano con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, podrán solicitar su reconocimiento civil e inscripción en el Registro Civil correspondiente presentado los documentos determinados en el artículo 2 de la Ley, en un plazo no superior a los dos años siguientes a la publicación de la misma en el Boletín Oficial del Estado.

2. En caso de no poder recabar todas las firmas exigidas, las mismas podrán suplirse mediante acta notarial de notoriedad.

Zaragoza, 2 de junio de 2000.

El Portavoz
FRANCISCO PINA CUENCA

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) DÉCIMOS ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS

Los encuentros del Foro de Derecho Aragonés, que han alcanzado este año 2000 su décima edición, ha centrado su actividad en tres sesiones en las que se han abordado los siguientes temas:

— La sesión inaugural, celebrada en Huesca el día 7 de noviembre de 2000, que trató sobre «**La preterición**», siendo sus ponentes D. Francisco Rodríguez Boix (Notario de Huesca), D.^ª Elena Bellod Fernández de Palencia (Profesora Titular de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza) y D.^ª Ana Soria Moneva (abogada del I. Colegio de Abogados de Huesca). Presidió la sesión y actuó como moderador D. Antonio Coarasa Gasós, Decano de I. Colegio de Abogados de Huesca.

— El día 14 de noviembre de 2000 se celebró en Zaragoza, la segunda sesión sobre «La responsabilidad del heredero y legatario». Los ponentes fueron D. Ángel Dolado Pérez (Magistrado-Juez del Juzgado de Primera instancia n.º 2 de Zaragoza) y D. Rafael Bernabé Panos (Notario de Teruel).

— La sesión de clausura tuvo lugar en Zaragoza el día 21 de noviembre de 2000. La ponencia sobre «Conflictos interregionales en materia de derecho sucesorio aragonés» estuvo a cargo de D.^ª Elena Zabalo Escudero (Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Zaragoza), D.^ª Carmen Betegón Sanz (Registradora de la Propiedad de Zaragoza) y D. Adolfo Calatayud Sierra (Notario de Zaragoza).

B) BECAS DEL JUSTICIA DE ARAGÓN PARA EL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARAGONÉS 2000/2001

Como en años anteriores, el Justicia de Aragón convocó el pasado mes de septiembre dos becas para el estudio e investigación de nuestro Derecho (Resolución de 26 de septiembre de 1999 B.O.A. n.º 119).

Las becas, que se conceden siguiendo como único criterio de selección el expediente académico, pretenden ser un cauce de estímulo de los estudios sobre nuestro Derecho —público y privado— y, a la vez, prestar reconocimiento público a los más destacados alumnos de la Facultad de Derecho, al concluir su licenciatura.

C) INFORME ANUAL DEL JUSTICIA DE ARAGÓN —1999

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 1999 fue presentado por el Justicia a las Cortes de Aragón y publicado en el B.O.C.A. n.º 47, de 2 de mayo de 2000.

En total, se han tramitado a lo largo del año 1439 expedientes de queja (de los cuales, 1092 fueron incoados en 1999 y 347 procedían de anteriores años). Desglosadas las quejas por materias, podemos destacar los siguientes datos: Función Pública (148 expedientes), Hacienda (87 expedientes), Interior (85 expedientes), Urbanismo (72 expedientes) y Educación (63 expedientes). Las irregularidades detectadas en la actuación de las diversas Administraciones Públicas aragonesas han dado lugar a la formulación de 188 Recomendaciones, Sugerencias y Recordatorios de deberes legales, de las cuales se han aceptado expresamente 107, siendo rechazadas 16 y estando pendientes de respuesta las restantes.

Junto con el Informe ordinario el Justicia presenta anualmente dos informes extraordinarios, que ha sido publicados en el B.O.C.A. n.º 62, de 26 de junio de 2000:

— *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 568 Sentencias y 423 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 1999 y un listado de los libros y artículos sobre Derecho civil aragonés publicados a lo largo de 1999.

— *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).

En el informe correspondiente a 1999 se incluyen los datos proporcionados por el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo de la Diputación General en relación con los menores sobre los que se han adoptado medidas de protección y reforma en la Comunidad Autónoma.

Se refleja, asimismo, el resultado y la valoración de las visitas efectuadas a todos los centros de protección de menores dependientes de la Diputación General. El Informe dedica una especial atención a la situación de los menores discapacitados tutelados por la Diputación general de Aragón, reflejando los datos aportados por el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Trabajo, recogiendo el resultado de las visitas giradas a los centros donde se encuentran internados y valorando la actuación de la Administración en su atención y cuidado.

También se incluyen los expedientes que, en este ámbito, se han incoado de oficio o en virtud de queja presentada en la Institución y las Resoluciones formuladas por el Justicia, globalizando así toda la actividad desarrollada por el Justicia de Aragón en su cometido de legítimo Defensor de los menores aragoneses.

A lo largo del año 1999, se han formulado en esta materia 16 Resoluciones formales: 12 Recomendaciones y 4 Sugerencias. 10 Resoluciones han sido aceptadas por la Administración, estando pendientes de respuesta las 6 restantes realizadas en fechas recientes y que hacen referencia a problemas de violencia doméstica que padecen mujeres y niños.

Durante 1999 se han incoado trece expedientes de oficio, fundamentados en diversas causas: visitas giradas a los diferentes centros de nuestra Comunidad Autónoma donde residen niños y adolescentes, noticias aparecidas en los medios de comunicación o de las que la Institución tiene conocimientos a través de diversos cauces que no suponen la presentación formal de una queja, problemáticas generales detectadas en la sociedad, especial atención que precisan los menores discapacitados y sucesos acaecidos en relación con menores tutelados por la Diputación General de Aragón, entre otros. Alguno de ellos ha dado lugar a la elaboración del oportuno Informe Especial, como fue el que abordó la problemática del consumo abusivo de alcohol por parte de los menores aragoneses y que reflejamos en el apartado dedicado a este tipo de informes.

Las quejas formuladas por particulares sobre problemáticas relacionadas con la infancia se han centrado en esta anualidad, básicamente, en dos materias: la relativa a las adopciones y la que afecta a las decisiones de la Administración en materia de protección (guarda, desamparo, visitas...).

En cuanto a las adopciones de menores, han sido más numerosas y complejas las quejas relacionadas con la adopción internacional, especialmente en lo que se refiere a las actuaciones que desarrollan las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (ECAI), lo que ha motivado la formulación de varias decisiones supervisoras. En otras ocasiones, la queja afectaba al proceso de seguimiento que requiere este instrumento de protección y que desarrollan los técnicos de la D.G.A.

D) VALORACIÓN DEL CONOCIMIENTO DEL DERECHO ARAGONÉS EN LOS CONCURSOS DE TRASLADO DE JUECES Y MAGISTRADOS

Al amparo de lo dispuesto en la ley Orgánica del Poder Judicial y en el Reglamento de la Carrera Judicial, un grupo de jueces y magistrados solicitó del Consejo General del Poder Judicial el reconocimiento como mérito preferente en los concursos de traslado del conocimiento del Derecho Civil ara-

gonés para lo que aportaban como justificación la posesión del «Diploma de especialización en Derecho Aragonés» al que se refieren los Decretos 65/1990, de 8 de mayo y 113/1991, de 21 de junio. Esta petición fue desestimada por la comisión Permanente del CGPJ lo que motivó que los afectados interpusieran el pertinente recurso.

El Pleno del CGPJ en reunión celebrada en Zaragoza, el 27 de octubre de 1999, acordó por unanimidad estimar el recurso interpuesto por el grupo de jueces y magistrados y valorar el «*Diploma de especialización en Derecho Aragonés*» como título suficiente para el reconocimiento del mérito en los concursos de traslados de Jueces y Magistrados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón. A juicio del Pleno del Consejo General del Poder Judicial el Diploma reúne los requisitos de «*autenticidad*» y «*suficiencia*» exigidos reglamentariamente. En este sentido, y en relación con la «*suficiencia*» del título, el Pleno entiende que concurre el requisito aunque el curso no cuente con las ciento veinte horas lectivas de derecho civil que, con carácter general, fijó el propio Consejo. Invocando la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1995 el Consejo General del Poder Judicial afirma que «*carecería de sentido jurídico e, incluso, que podría ir en contra de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, la declaración de insuficiencia del título presentado por los recurrentes fundada exclusivamente en la aplicación automática de la exigencia de 120 horas de duración mínima del curso de especialización en Derecho civil foral que el Consejo estableció con carácter general, pero no absoluto, cuando el Tribunal Supremo ha negado al Consejo General del Poder Judicial la competencia para determinar el nivel de conocimiento que poseen los Jueces y Magistrados acerca del correspondiente Derecho foral, y cuando, además, el Gobierno autonómico, a quien corresponde por Ley velar por la protección y respeto de su Derecho propio (como se deduce de los artículos 31 del Estatuto de Autonomía de Aragón y 16.3 y 16.31 de la Ley Territorial 1/1995, de 16 de febrero), ha manifestado expresamente la idoneidad del Diploma cuestionado para acreditar el conocimiento del Derecho Aragonés*».

E) SEMINARIOS DE JURISPRUDENCIA

En el primer semestre del año 2000 la Cátedra «Miguel de Molino» de la Institución «Fernando el Católico», en el marco de los ya habituales Seminarios de Jurisprudencia civil aragonesa, se celebró una única sesión el día 13 de junio de 2000.

La sentencia objeto de comentario fue la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 2 de febrero del 2000, que versaba sobre oficina de farmacia en el régimen económico matrimonial aragonés.

fueron ponentes de la misma D. José Luis Soro (abogado) y la Dra. Dña. María del Carmen Bayod López (prof. Titular de Derecho civil). El moderador de la sesión fue Dr D. Jesús Delgado Echeverría (catedrático de Derecho civil).

F) EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS Y LA ESO

Como es habitual desde hace unos decenios el Instituto de Ciencias de la Educación (ICE) de la Universidad de Zaragoza celebró su XVI Curso sobre aspectos didácticos en la enseñanza secundaria.

Dentro de dicho curso una parte del programa, coordinado por Agustín Ubieto Arteta, se dedicaba a *Aspectos didácticos de ciencias sociales*, días 7, 8 y 9 de septiembre del 2000.

El día siete, en sus sesiones de mañana y tarde, se dedicaron sendas sesiones a la enseñanza del Derecho en la Educación Secundaria obligatoria.

La primera ponencia, *Conceptos jurídicos básicos*, estuvo a cargo del Dr. D. Jesús Morales Arribas, profesor Titular de Historia del Derecho de la Universidad de Zaragoza; de la segunda, *Un posible enfoque didáctico del Derecho aragonés en secundaria*, se encargó la Dra. Dña. María del Carmen Bayod López, profesora Titular de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza.

G) DECRETO DE 7 DE JUNIO DE 2000, DE LA PRESIDENCIA DEL GOBIERNO DE ARAGÓN, POR EL QUE SE ACEPTA LA RENUNCIA DE DON JOAQUÍN CERECEDA MARQUÍNEZ COMO VOCAL DE LA COMISIÓN ARAGONESA DE DERECHO CIVIL

(BOA núm. 70, de 16 de junio de 2000)

Por Decreto 10/1996, de 20 de febrero, se regula la composición y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. Como vocal de dicha Comisión, designado a propuesta del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, ha venido actuando durante más de cuatro años don Joaquín Cereceda Marquínez, quien ha presentado su renuncia al cargo.

En ejercicio de la competencia que me atribuye el citado Decreto y a propuesta del Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales.

Dispongo

Aceptar la renuncia de don Joaquín Cereceda Marquínez al cargo de vocal de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil, agradeciéndole los servicios prestados.

Zaragoza, 7 de junio de 2000.

El Presidente del gobierno de Aragón,
MARCELINO IGLESIAS RICO

El Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales,
JOSE ÁNGEL BIEL RIVERA

**H) DECRETO DE LA PRESIDENCIA DEL GOBIERNO DE ARAGÓN,
POR EL QUE SE NOMBRA VOCAL DE LA COMISIÓN ARAGONESA
DE DERECHO CIVIL A DON JUAN IGNACIO MEDRANO SÁNCHEZ**

(BOA núm. 96, de 11 de agosto de 2000)

Por Decreto 10/1996, de 20 de febrero, se regula la composición y funciones de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. Entre sus vocales se prevé la designación de uno de ellos a propuesta del Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Habiéndose producido la vacante de este puesto, por el Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón se ha formalizado la correspondiente propuesta a favor del Magistrado don Juan Ignacio Medrano Sánchez.

En su virtud, en ejercicio de la competencia que me atribuye el artículo 3 del citado Decreto, a propuesta del Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales,

Dispongo:

Nombrar Vocal de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil a don Juan Ignacio Medrano Sánchez, Magistrado.

Zaragoza, 19 de julio de 2000.

El Presidente del Gobierno de Aragón,
MARCELINO IGLESIAS RICOU

El Consejero de Presidencia y Relaciones Institucionales,
JOSÉ ÁNGEL BIEL RIVERA

BIBLIOGRAFÍA

REPERTORIO DE BIBLIOGRAFÍA

1. TEMAS COMUNES A TODOS LOS DERECHOS FORALES

1.1. LA CODIFICACIÓN Y LOS DERECHOS FORALES

PESET REIG, Mariano: «Derechos forales, del antiguo régimen al liberalismo», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, Volumen I, págs. 13-40.

Resumen apretado y profundo que tiene el siguiente sumario: I. Diversidad en la historia; II. La unificación borbónica o la nueva planta; III. Primeros intentos de codificación liberal; IV. Carlismo y fueros; V. Continúa la codificación; VI. Núcleos preservados por los Derechos forales; VII. Revolución y federalismo; VIII. Por fin, el Código civil.

1.2. LA CUESTIÓN FORAL HASTA LA CONSTITUCIÓN DE 1978

BALLARÍN HERNÁNDEZ, Rafael: «Las Compilaciones de Derecho civil especial hasta la transición política», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, Volumen I, págs. 41-93.

Trabajo que tiene por objeto dar cuenta del estado de la cuestión de la legislación sobre los Derechos civiles forales durante la dictadura del general Franco.

1.3. LOS DERECHOS FORALES EN LA CONSTITUCIÓN Y LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 149.1.8 de la Constitución», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen I, págs. 95-125.

Visión crítica de la jurisprudencia constitucional: ha originado el nacimiento de un nuevo Derecho civil, foral o especial, en Valencia (arrendamientos históricos); en Galicia habría resultado de mayor consistencia una argumentación tendente a admitir la competencia de esta Comunidad en materia de arrendamientos rústicos en base al desarrollo de su Derecho civil

foral; la doctrina del TC sobre la interpretación de la palabra «desarrollo» le parece básicamente correcta, pero cree que en su aplicación concreta, en las dos sentencias en cuestión (Aragón y Baleares), el TC se ha mostrado excesivamente tolerante con los respectivos legisladores autonómicos; tolerancia que puede llevar a potenciar esa legislación civil «paralela» a la estatal, contraria a una correcta interpretación de nuestra Constitución. La «conexión» entre la regulación anterior y la nueva del legislador autonómico ha de ser inmediata y, además, en relación con las materias e instituciones reguladas en el momento de la promulgación de la Constitución, y no con otras reguladas posteriormente, ya al amparo del art. 149.1.8 («desarrollo foralista» frente a «desarrollo autonomista»). Permitir la proliferación de leyes civiles en las Comunidades Autónomas con Derecho civil, foral o especial, que no respondan a ese desarrollo foralista, a esa «actualización» de esos Derechos civiles forales, supone desconocer la opción foralista de nuestra Constitución; supone, por consiguiente, un agravio comparativo para las demás Comunidades Autónomas. Critica también la interpretación restrictiva de la Competencia del Estado en materia de instrumentos públicos.

BUSTO LAGO, José Manuel: «Competencias legislativas de las Comunidades Autónomas sobre las «necesarias especialidades» procesales que se deriven de su Derecho sustantivo propio (Comentario a la STC 127/1999, de 1 de julio), *Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, 1999, págs. 81 a 116.

Tras una introducción sobre la competencia de Galicia para legislar en materia de montes vecinales en mano común el autor se centra en el análisis de la competencia exclusiva del Estado en materia de Administración de Justicia, para terminar refiriéndose a las competencias de las Comunidades Autónomas sobre las «necesarias especialidades» procesales que se deriven de su Derecho sustantivo donde alude también a las posibilidades de legislar sobre el recurso de casación por infracción de normas de Derecho civil propio o de jurisprudencia recaída sobre el mismo.

EIROA LÁZARO, Purificación: «La Ley 3/1988, de 25 de abril, de las Cortes de Aragón, de equiparación de hijos adoptivos», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen VI, págs. 3589-3617.

El trabajo da cuenta de la tramitación parlamentaria de la proposición de ley, del recurso de inconstitucionalidad interpuesto y del alcance doctrinal de la importante sentencia del Tribunal Constitucional a que da lugar.

SÁNCHEZ-ARJONA Y MACÍAS, Javier: «Por qué es necesario legislar el Fuero de Baylío», en *Actualidad Civil*, 2000-2, marginales 503-526 (XXII).

El autor, después de tratar sobre la posibilidad histórica de adaptación de la costumbre y la necesidad secular de la redacción por escrito de la observancia, se plantea, al amparo del Estatuto de Autonomía de Extremadura, si lo que conviene en la actualidad es compilar o legislar el Fuero de Baylío y llega a la conclusión de que la inseguridad jurídica existente en los territorios donde se aplica, la legitimidad histórica y la actual legitimidad estatutaria aconsejan una

regulación escrita de la materia que prefiere que sea completa y sistemática y no una mera compilación que sería fragmentaria.

TEJEDOR BIELSA, Julio C.: *La garantía constitucional de la unidad del ordenamiento en el estado autonómico: competencia, prevalencia y supletoriedad*. Civitas-Monografías, Madrid, 2000, 223 págs.

Interesante, completo y bien documentado estudio de cuestiones de tanta trascendencia para la correcta configuración del modelo de Estado en el que vivimos. Su autor mantiene una visión crítica de la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional y llega a la conclusión de que «la concepción absoluta del principio de competencia que impone la definición de ámbitos de acción extraordinariamente fragmentados, la anulación práctica del principio de prevalencia y la conversión de la supletoriedad en poco más que una regla de derecho transitorio imponen un replanteamiento normativo del modelo de Estado, exigen, en definitiva, una intervención más o menos amplia del constituyente».

VV.AA.: *Presente y futuro del Derecho foral. Jornadas conmemorativas del XXV aniversario del Fuero Nuevo* (coordinadores: R. Domingo y M. Galán). Eunsa, Pamplona, 1999, 314 págs.

El volumen recoge las seis ponencias principales de las Jornadas (J. B. Vallet de Goytisolo: Principios básicos del Derecho foral; Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón: «Los “derechos históricos” de Navarra como paradigma; Jaime Ignacio del Burgo Tajadura: El Fuero Nuevo a la luz del Derecho público foral; Carlos Martínez de Aguirre Aldaz: El Fuero Nuevo ante el siglo XXI: problemas y perspectivas; Luis Puig Ferriol: La complementación de los Derechos civiles forales por la Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia; Eugenio Simón Acosta: El Convenio Económico»), los discursos inaugural y de clausura, las palabras del Rector de la Universidad de Navarra y, a modo de apéndice bajo el título de «Reflexiones forales», algunas colaboraciones periodísticas.

1.4: LA CASACIÓN FORAL

HERNÁNDEZ PUÉRTOLAS, Francisco Javier: «El recurso de casación foral en la Comunidad Autónoma de Aragón: estado de la cuestión», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen VI, págs. 3291-3319.

Trabajo bien confeccionado descriptivo de la evolución legislativa y jurisprudencial del recurso de casación para determinar el estado de la cuestión en nuestra Comunidad Autónoma; trabajo que incluye también algunas valoraciones personales: la situación actual puede resultar atentatoria de los principios de seguridad jurídica, de derecho al proceso sin dilaciones indebidas y, en definitiva y como consecuencia, del derecho de tutela judicial efectiva. Con

independencia de ello, se trata de una situación frustrante, tanto para los Magistrados de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Aragón como para los juristas aragoneses, que ven cómo una aspiración sentida durante años, y aun siglos, consistente en la existencia de un Tribunal con sede en Aragón que fuese órgano de casación y crease jurisprudencia sobre Derecho aragonés, aspiración ya conseguida y en pleno funcionamiento en el marco de la Constitución y el Estatuto de Autonomía, puede verse truncada o por lo menos cuestionada. Y resulta especialmente doloroso e inexplicable que todo ello haya sido debido a una actuación u omisión de sus propias Cortes.

PUIG FERRIOL, Luis: «La complementación de los Derechos civiles forales por la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia», en *Presente y futuro del Derecho foral. Jornadas conmemorativas del XXV aniversario del Fuero Nuevo* (Coordinadores: R. Domingo y M. Galán), EUNSA, Pamplona, 1999, págs. 123-145.

Interesantes reflexiones sobre las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, la función de crear jurisprudencia y el alcance de la emanada de dichas Salas con respecto al Derecho civil propio de la Comunidad Autónoma, al Derecho supletorio y a las materias de competencia exclusiva del Estado, que terminan manifestando la preocupación del autor por el futuro de estas Salas de lo Civil ante el escaso número de recursos que resuelven.

1.5. LA VECINDAD CIVIL.

GINEBRA MOLINS, M. Esperanza: «La subjecció als diversos drets civils vigents a Espanya: especial consideració de l'estranger que adquireix la nacionalitat espanyola», en *La Notaría*, abril 2000, págs. 67-111.

Completo y bien documentado estudio que llega a la conclusión de que los arts. 7.2 EAC y 6.2 EAIB -que son normas vigentes y, por tanto, aplicables (al menos en su territorio)- conservan la importancia de poder ser interpretados en el sentido de configurar un criterio de sumisión al Derecho propio diferente de la vecindad civil. No obstante, después de que la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, haya derogado la norma contra la cual pretendían reaccionar (el art. 15.1 de 1974), estos preceptos estatutarios han perdido buena parte de su utilidad (para la cual estaban concebidos) y resultan difíciles de interpretar conjuntamente con la regulación del Cc.

GINEBRA MOLINS, M. Esperanza: «La no necessitat de reiterar les declaracions de voluntat referents al canvi de veïnatge civil per residència. Estudi a propòsit de la STSJC de 13 mayo 1999», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2000-2, págs. 433-453.

Estudio muy documentado que tiene por objeto analizar si puede operar el cambio automático de vecindad civil por diez años de residencia cuando se ha realizado alguna de las declaraciones expresas sobre vecindad civil que regula

el art. 15.5 Cc. El TSJC entiende que la vecindad civil navarra ganada por declaración expresa después de residir dos años en ese territorio no se pierde por la residencia continuada en otro territorio durante diez años sin declaración en contrario. Cree la autora que la solución en este sentido no debe fundamentarse tanto en una pretendida prevalencia de la voluntad expresa sobre la tácita —argumento que esgrime el TSJC—, como en la no necesidad de reiterar «ambas declaraciones» contenida en el art. 14.5 Cc. (art. 14.3 de 1974), y, sobre todo, en la no necesidad de prestar declaración de «conservación» de la vecindad civil, a que se refiere el art. 65.3 LRC, cuando previamente se ha manifestado querer adquirirla.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: «Comentario de los arts. 13 a 16», en *Comentario del Código Civil* (Coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), Tomo 1: arts. 1 al 89, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, págs. 522-534.

Resumida exposición de las cuestiones principales que plantean estos artículos del Código civil.

PEÑA OSORIO, Fernando: «La vecindad civil», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen IX, págs. 5357-5371.

Exposición del estado de la cuestión hecha por un letrado del BSCH.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Luis: «La Constitución y el régimen económico matrimonial de cónyuges con distinta vecindad civil», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen IX, págs. 5445-5460.

El autor llega a la conclusión de que tanto los matrimonios contraídos antes de la entrada en vigor de la Constitución como los celebrados entre ésta y la entrada en vigor de la Ley 11/1990, de 15 de octubre, cuyo régimen económico haya sido determinado, con carácter subsidiario, por aplicación de la norma de conflicto que se basaba en que la vecindad civil de la mujer era la de su marido, mantienen su eficacia sin que ni la Constitución, ni el art. 66 Cc. (redacción de 1981), ni tampoco los arts. 14 y 9 Cc. (redacción de 1990), hayan alterado o sustituido dicho régimen económico.

1.6. PROBLEMAS DE DERECHO INTERREGIONAL

ÁLVAREZ RUBIO, Juan José: «La ausencia de coordinación entre instancias legislativas en el ámbito del Derecho interregional. Aproximación a la problemática planteada en el País Vasco», en *Actualidad Civil*, 2000-1, marginales 247-267 (XII).

El autor, sin cuestionar en absoluto el acierto y la necesidad de la iniciativa legislativa orientada a abordar la ordenación sucesoria del caserío guipuzcoano (Proyecto de Proposición de Ley del Fuero de Guipúzcoa aprobado por las Juntas Generales de este Territorio el 19 de abril de 1999 y tomada en consi-

Bibliografía

deración por el Parlamento Vasco el 18 de junio de 1999), reflexiona sobre cómo articular la misma, en cuanto ley particular o especial, con la pretendida reforma global de la Ley 3/92 del Derecho civil foral del País Vasco, que pretende operar como ley «común» de los tres Territorios Históricos (Alava, Guipuzcoa y Vizcaya), respetando las particularidades de cada uno de ellos mediante su regulación en una serie de apéndices o libros específicos dentro de la misma.

FONT SEGURA, Albert: «La sucesión hereditaria en Derecho interregional», en *Anuario de Derecho Civil*, 2000-1, págs. 23 a 81.

Completo y comprometido estudio de las relaciones en el ámbito interregional entre los Derechos de sucesiones coexistentes en España. El autor llega a la conclusión de que el carácter cada vez más completo de los Derechos civiles españoles exige una nueva aproximación al sistema estatal conflictual tanto desde la función que desempeñan en el ámbito externo, cuanto en el interno. En el primer sector, debe asegurarse la proyección de los fines materiales perseguidos en cada uno de los Derechos civiles. Ello requiere normas de conflicto comprometidas con los Derechos españoles, frente al Derecho extranjero. En el segundo sector, debe determinarse el ámbito espacial de cada Derecho civil español en el marco de un sistema jurídico único, pero plurilegislativo, que respeta y garantiza los fundamentos de estos Derechos. Las normas de conflicto se deben únicamente a la Constitución Española, no a los Derechos civiles españoles, a los que deben servir, en aras a la igualdad, como meros instrumentos neutros de localización.

2: HISTORIA DEL DERECHO ARAGONÉS

2.1. FUENTES

El Fuero de Montalbán. Estudio y transcripción de Ana Isabel Lapeña Paúl, traducción y glosario de M^a Mar Agudo Romeo. Edición del Justicia de Aragón y el Ayuntamiento de Montalbán con la colaboración de IberCaja, Zaragoza, 2000, 80 págs.

El Fuero de Montalbán fue otorgado a esta villa por Pedro II el año 1208. El que reproduce esta publicación es la confirmación hecha por Jaime I el día 22 de febrero de 1225. La transcripción se acompaña de traducción, glosario y estudio introductorio.

GÓMEZ DE VALENZUELA, Manuel: *Estatutos y Actos Municipales de Jaca y sus montañas* (1417-1698). Fuentes Históricas Aragonesas n^o 33. Institución «Fernando el Católico», Zaragoza, 2000, 540 págs.

Colección documental de 186 documentos municipales de Jaca y sus montañas, de varia naturaleza: estatutos, pregones, resoluciones, contratos y actos de administración, promulgados por los Concejos y Concellos pirenaicos a lo largo de casi tres siglos. Los Estatutos y actos municipales constituyen una fuente de primer orden para el conocimiento de la vida y la organización de las ciu-

dades, villas y lugares del Pirineo y de todo Aragón en siglos pasados, que proporcionan una imagen exacta, pintoresca, a veces aterradora y a veces divertida, de la vida de nuestros antepasados en los riscos pirenaicos. En la introducción el autor trata de la génesis, estructura y temas regulados por los Estatutos municipales, entre ellos aspectos de la ganadería, buenas costumbres, vecindad, suministro de alimentos y protección al consumidor.

2.2. HISTORIA HASTA 1707

LAPEÑA PAÚL, Ana Isabel: «Estudio y transcripción del Fuero de Montalbán» en la edición de este Fuero realizada por el Justicia de Aragón y el Ayuntamiento de Montalbán con la colaboración de IberCaja, Zaragoza, 2000, págs. 17-66.

Dice el justicia de Aragón en la presentación que la autora «hace un estudio riguroso y al mismo tiempo ameno, de su contenido y de la situación histórica y sociológica de la época. Lo sitúa en su momento y lo relaciona con otros de la época, en especial con los de Teruel.»

3. TEMAS GENERALES

3.1. EXPOSICIONES DE CONJUNTO

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «El Derecho civil de Aragón. Introducción», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen VI, págs. 3263-3289.

Magistral exposición, en 25 páginas, de la historia y el presente del Derecho civil de Aragón: I. La Ley de sucesiones, San Jorge y los Fueros (reflexión sobre el Derecho civil como signo de identidad); II. Los «Fueros de Aragón»; III. El Derecho aragonés en la Codificación civil. El «Apéndice»; IV. El paréntesis republicano; V. La Compilación de 1967; VI. La Constitución y el Estatuto de Autonomía; VII. Impulso a una política legislativa en el Derecho civil aragonés; VIII. La Ley de sucesiones. Formación y sentido general. IX. La Compilación hoy vigente (con atención especial a la capacidad y estado de las personas, a las relaciones entre ascendientes y descendientes y a las relaciones parentales y tutelares); X. Interacción entre la Ley de sucesiones y la Compilación; XI. Reformulación de las fuentes del Derecho civil de Aragón.

FERNÁNDEZ DOMINGO, Jesús Ignacio: *Curso de Derecho civil foral*. Dykinson, Madrid, 2000, XXIV +273 págs. Prólogo de José María Castán Vázquez.

Libro que, como el precedente del mismo autor «Introducción al Derecho Civil Foral», es fruto de la impartición de una asignatura optativa sobre los Derechos forales en la Universidad San Pablo-CEU.

Bibliografía

VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, IX volúmenes.

En IX volúmenes, escritos por profesores universitarios y otros profesionales del Derecho, sobre todo abogados del Banco Santander Central Hispano, se pretende ofrecer una muestra significativa de la riqueza y complejidad del Derecho civil español propio de las distintas Comunidades Autónomas, tanto los llamados Derechos civiles forales o especiales como los Derechos civiles autonómicos nacidos del ejercicio de competencias legislativas sobre las más diversas materias concretas. Tanto en el tomo I como en el IX hay algunos estudios de corte general o común a todos los Derechos forales o autonómicos. Del Derecho civil de Aragón se ocupa el tomo VI.

VV.AA.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. T. XXXIII, volumen 1º: *Artículos 1 a 35 de la Compilación de Aragón y Ley de parejas estables no casadas*. Edersa, Madrid, 2000, XVI +766 págs.

La nueva edición del volumen 1º del tomo XXXIII de la colección de Comentarios de Edersa es sustancialmente distinta de la aparecida en 1986 que, como primera nota distintiva, abarcaba hasta el art. 47 de la Compilación y no solo hasta el 35; además incluye, como anexo, el comentario a la Ley de parejas estables no casadas (Merino Hernández); otra novedad esta constituida por la introducción de comentarios sobre cuestiones fiscales (Pozuelo Antoni). Sobre la Compilación los hermanos Bandrés (Rosa María y José Manuel) y Merino actualizan el comentario a los artículos. 1 a 3; Mata Rivas escribe sobre edad (arts. 4 a 6) y tutela (arts. 15 a 18), materias anteriormente escritas por Merino; Latorre y Martínez de Baroja se ocupa de los bienes de los menores (arts. 11 a 14, anteriormente comentados por Merino) y reitera sus comentarios sobre la novación de capitulaciones (art. 28) y la dote o firma de dote (arts. 30 a 32); el resto es obra de Merino Hernández: *a*) ya existente en la anterior edición: ausencia (arts. 7 y 8), relaciones personales entre ascendientes y descendientes (arts. 9 y 10), Junta de Parientes (arts. 20 a 22) e instituciones familiares consuetudinarias (arts. 33 a 35); *b*) de nueva factura: hijos adoptivos (art. 19, sin contenido al publicarse la anterior edición), disposiciones generales del régimen económico matrimonial (arts. 23 y 24, comentados antes por E. Latorre), régimen matrimonial paccionado (arts. 25 a 27 y 29, comentados antes por E. Latorre).

3.3. TEMAS VARIOS

BUSTOS MOLINERO, Margarita y MERINO FEIJOO, Óscar: «Las competencias autonómicas en materia de nombramiento de notarios y registradores», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen IX, págs. 5373-5386.

Exposición del vaciamiento competencial llevado a cabo por la interpretación del TC de las competencias autonómicas para el nombramiento de nota-

rios y registradores y para participar en la fijación de las demarcaciones notariales y registrales, realizada por dos letrados del BSCH.

POZUELO ANTONI, Francisco: «Cuestiones fiscales», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. T. XXXIII, vol. 1º: *Artículos 1 a 35 de la Compilación de Aragón y Ley de parejas estables no casadas* (Edersa, Madrid, 2000), págs. 30 a 37, 62 a 64, 324 a 327, 392 a 400, 417 a 419, 467 a 474, 526 a 548.

Nuevos e interesantes comentarios a las cuestiones fiscales suscitadas por las normas civiles aragonesas y que se encuentran al final del comentario civil a los arts 1, 3, 19, 23, 24, 26 y 29. El autor es Director General de Tributos del Gobierno de Aragón e Inspector de Hacienda del Estado.

SERRANO GIL DE ALBORNOZ, Francisco: «Aspectos jurídico-tributarios de la comunidad hereditaria», en *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Teruel-Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 1999), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, págs. 61-68.

Después de tratar de la comunidad hereditaria como sujeto tributario, se expone el tratamiento fiscal de diversos supuestos: venta de un bien desde la comunidad hereditaria por parte de todos los coherederos; venta de un bien concreto por uno de los coherederos antes de la partición; cesión de derechos hereditarios; retracto de coherederos; tratamiento fiscal del consorcio foral.

5. FUENTES

FRAGUAS MADURGA, Lourdes: «Joaquín Costa y el derecho consuetudinario aragonés», en *Anales de la Fundación Joaquín Costa*, núm. 16, Huesca, 1999, págs. 95 a 149.

Análisis de las obras jurídicas de Costa relativas al estudio de las costumbres altoaragonesas y transcripción de algunos textos inéditos encontrados por la autora en el Archivo Histórico Provincial de Huesca.

SOUVIRON DE LA MACORRA, Margarita y MOSTAZA CORRAL, Inmaculada: «El principio «standum est chartae», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen VI, págs. 3321- 3335.

Breve exposición, realizada por dos letradas del BSCH, que hace hincapié en la aplicación del principio en el conjunto normativo de la Compilación y en la jurisprudencia.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: «Principios básicos del Derecho foral», en *Presente y futuro del Derecho foral. Jornadas conmemorativas del XXV aniversario del Fuero Nuevo* (Coordinadores: R. Domingo y M. Galán), EUNSA, Pamplona, 1999, págs. 25-56.

Para el autor los principios tradicionales comunes a todos los Derechos forales y que son fundamentales —de los cuales pueden derivarse todos los demás— son los siguientes: 1º El de su espontaneidad y sentido práctico, guiado

por la prudencia; 2º El de un realismo basado en una percepción sensorial plena y equilibrada de la naturaleza existente y vivida en los propios territorios, estimada con sentido natural y buena razón; 3º El de la tradición, en el verdadero sentido de esta palabra; 4º El de la libertad civil, en todo cuanto no sea imposible y se halle en el ámbito del derecho voluntario; 5º el de la primacía de las costumbres que sean racionales; 6º el del carácter subsidiario de las leyes que no sean imperativas en materia de derecho necesario; 7º el de la atención primordial a los hechos, con el consecuente criterio de equidad dimanante de esa atención; 8º El del arraigo y continuidad de la familia en su habitáculo y en la explotación familiar de la que se sustenta.

6. PERSONA Y FAMILIA

6.1. PERSONA Y FAMILIA EN GENERAL

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: «Anexo: Ley de parejas estables no casadas (Ley 6/1999, de 26 marzo, de las Cortes de Aragón)», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. T. XXXIII, vol. 1º: *Artículos 1 a 35 de la Compilación de Aragón y Ley de parejas estables no casadas* (Edersa, Madrid, 2000), págs. 621 a 766.

Breve introducción sobre el fenómeno de las parejas estables no casadas y su regulación en Aragón seguida del comentario a cada uno de los artículos y disposiciones de la nueva Ley aragonesa.

MESA MARRERO, Carolina: *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*. Aranzadi Editorial (núm. 138 de su colección de Monografías), Elcano (Navarra), 1999, 338 págs.

Monografía que proviene de la tesis doctoral de la autora y está referida al Derecho general español, aunque sin desconocer la existencia de leyes autonómicas. Aborda con detalla los efectos patrimoniales constante la convivencia, los derivados de la crisis y ruptura de la unión de hecho y los derivados del fallecimiento de uno de los convivientes.

6.2. PERSONAS. EDAD

BAYERRI LOSADA, Basilio: «El menor de edad mayor de catorce años en el Derecho civil de Aragón. Su capacidad de obrar», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen VI, págs. 3337-3362.

Trabajo completo y bien confeccionado, realizado por un abogado, que refleja bien el estado de la cuestión en el ámbito doctrinal.

MATA RIVAS, Francisco: «Comentario a los arts. 4 a 6 de la Compilación», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. T. XXXIII, vol. 1º: *Artículos 1 a 35 de la Compilación de Aragón y Ley de parejas estables no casadas* (Edersa, Madrid, 2000), págs. 65 a 152.

Nuevo y extenso comentario realizado por persona que hizo la tesis doctoral sobre la edad en el Derecho civil aragonés; muy próximo a las tesis de Merino Hernández autor del comentario a estos artículos en la primera edición.

6.3. AUSENCIA

MOLINS GARCÍA-ATANCE, Emilio: «La ausencia como supuesto de hecho de la sustitución legal», en *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Teruel-Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 1999), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, págs. 120-127.

Interesante exposición que tras delimitar las fases de la ausencia trata de las obligaciones del sustituto que recibe la porción del ausente, de la cesación de la situación de ausencia legal, de la sustitución legal por declaración de ausencia en la legítima y en la fiducia sucesoria.

6.4. RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES

LATORRE Y MARTÍNEZ DE BAROJA, Emilio: «Comentario a los arts. 11 a 14 de la Compilación», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. T. XXXIII, vol. 1º: *Artículos 1 a 35 de la Compilación de Aragón y Ley de parejas estables no casadas* (Edersa, Madrid, 2000), págs. 213 a 259.

Nuevo e interesante comentario a los artículos de la Compilación sobre los bienes de los menores y la representación legal de los menores de catorce años, que en la primera edición fue obra de Merino Hernández.

SANMARTÍN TREJO, Elena: «El régimen de las atribuciones a título gratuito hechas a menores e incapacitados y la actividad de sus representantes legales», en *Revista de Derecho Privado*, 1999, págs. 596-637.

El trabajo hace referencia al régimen de tales atribuciones a título gratuito tanto en el sistema del Código civil anterior a la reforma operada por la L. O. 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor como en la regulación actual, distinguiendo las atribuciones ofrecidas a sujetos bajo patria potestad y las ofrecidas a sujetos bajo tutela, y, dentro de cada grupo, analiza por separado la herencia y la donación o legado. Expone también el régimen en los Derechos catalán, aragonés y navarro.

6.5. RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES

MAIRATA LAVIÑA, Jaime: «Influencia de los Derechos forales en los efectos personales de la declaración de quiebra», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen IX, págs. 5419- 5444.

Breve exposición de las características de una serie de instituciones forales que determinan la existencia de conjuntos patrimoniales especiales que pueden verse afectados por la declaración de quiebra —la dote, la Junta de

Parientes y la protutela—, así como la incidencia de la declaración de quiebra de uno de los cónyuges en la comunicación foral vizcaína y en la sociedad conyugal de conquistas navarra.

MATA RIVAS, Francisco: «Comentario a los arts. 15 a 18 de la Compilación», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. T. XXXIII, vol. 1º: *Artículos 1 a 35 de la Compilación de Aragón y Ley de parejas estables no casadas* (Edersa, Madrid, 2000), págs. 260 a 311.

Nuevo e interesante comentario a las normas que la Compilación dedica a la tutela; contiene también referencias a la tutela administrativa y a las normas aragonesas a ella referidas. En la primera edición el comentario a estos artículos fue obra de Merino Hernández.

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: «Comentario al art. 19 de la Compilación», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. T. XXXIII, vol. 1º: *Artículos 1 a 35 de la Compilación de Aragón y Ley de parejas estables no casadas* (Edersa, Madrid, 2000), págs. 312 a 324.

El autor explica todas las razones —«las conocidas, las que lo son menos, incluso las ignoradas», dice— que indujeron la introducción de este artículo en la Compilación y las importantes consecuencias de variada índole que acarreeó su aprobación.

SANTIDRIÁN ALEGRE, Begoña: «La junta de parientes», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen VI, págs. 3619-3636.

Exposición de conjunto realizada por una letrada del BSCH, que atiende también a la prueba y eficacia de los acuerdos y al régimen procesal de la junta de parientes. Adjunta algunos formularios.

VERDERA SERVER, Rafael: «Adopción y principio de igualdad (Comentario a la STC 46/1999, de 22 de marzo)», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 13, 1999, págs. 297 a 378.

Extenso y completo comentario, muy rico en cita de resoluciones tanto de los tribunales ordinarios como del Tribunal Constitucional, sobre la equiparación entre la filiación por naturaleza y la filiación por adopción poniendo de manifiesto el grado de libertad legislativa en la configuración de la adopción y su incidencia en el alcance del principio de igualdad. Se analizan con detalle los efectos de la adopción en la doctrina del Tribunal Constitucional.

6.6. RÉGIMEN ECONÓMICO CONYUGAL

6.6.1. Régimen económico conyugal en general

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: «Comentario a los arts. 23 y 24 de la Compilación», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. T. XXXIII, vol. 1º: *Artículos 1 a 35 de*

la Compilación de Aragón y Ley de parejas estables no casadas (Edersa, Madrid, 2000), págs. 363 a 417.

Nuevo e interesante comentario a las disposiciones generales sobre régimen paccionado y régimen legal (art. 23) y contratación entre cónyuges (art. 24) que en la edición anterior fueron comentadas por Latorre Martínez de Baroja. En ambos artículos se incluyen comentarios fiscales obra de Pozuelo Antoni. En el comentario al art. 23 se aborda también el ámbito de aplicación, la publicidad y la inmutabilidad del régimen económico conyugal aragonés; y en el del art. 24 se hace referencia, junto al contenido específico del artículo, a la estructura del régimen legal de comunidad.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «El régimen económico matrimonial aragonés», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen VI, págs. 3439-3488.

Exposición de conjunto del régimen económico conyugal (disposiciones generales, régimen matrimonial paccionado y legal) y breve referencia a la comunidad conyugal continuada.

6.6.2. Régimen matrimonial paccionado

MERINO HERNÁNDEZ, José Luis: «Comentario a los arts. 25 a 27 y 29 de la Compilación», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* dirigidos por M. Albaladejo y Silvia Díaz Alabart. T. XXXIII, vol. 1º: *Artículos 1 a 35 de la Compilación de Aragón y Ley de parejas estables no casadas* (Edersa, Madrid, 2000), págs. 420 a 494 y 503 a 526.

Nuevo e interesante comentario a estos artículos del régimen matrimonial paccionado que en la anterior edición fueron comentados por Emilio Latorre.

6.6.3. Régimen matrimonial legal

6.6.3.1. Activo

SERRANO GARCÍA, José Antonio: *Troncalidad y comunidad conyugal aragonesa*. (Relaciones del recobro de liberalidades, la sucesión troncal y el derecho de abolorio con la comunidad conyugal legal), Centro de Estudios Registrales de Aragón, Madrid, 2000, 112 págs. Premio «Manuel Batalla González» 1999.

Se dice en la presentación del libro, a cargo de Carmen Lerma Rodrigo (Directora del Centro de Estudios Registrales de Aragón), que el autor «afrenta y resuelve con gran maestría una problemática compleja, ardua y enrevesada, en la que confluyen y se entrecruzan diferentes normas e instituciones típicas aragonesas que pretenden amparar intereses legítimos, todos ellos dignos de protección, pero de muy difícil armonización, lo que hace que esta obra constituya una aportación doctrinal de suma importancia».

6.6.3.2. Pasivo

BENAVENTE MOREDA, Pilar: «La anotación de embargo sobre bienes gananciales. Estudio de algunos aspectos del artículo 144 del Reglamento hipotecario», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*, núm. 657, 2000, págs. 777-856.

Extenso y bien documentado estudio de la anotación de embargo sobre bienes gananciales en la regulación hipotecaria anterior y en la actual procedente de la reforma del Rh de 1988, que distingue tres momentos: a) embargo constante la sociedad de gananciales; b) embargo tras la disolución de dicha sociedad y c) embargo tras la liquidación de la sociedad.

VAQUER SALORT, Miguel: «El embargo de bienes gananciales a través de la jurisprudencia», en *RCDI*, 1999, núm. 652, págs. 979-1019.

Completa e interesante exposición de los problemas que el embargo de bienes gananciales plantea y las soluciones que la jurisprudencia aporta.

VAQUER SALORT, Miguel: «El embargo de bienes gananciales y la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado (II)», *RCDI*, 1999, núm. 653, págs. 1335-1417.

Extensa y detallada exposición de la doctrina de la DGRN sobre el embargo de bienes gananciales: antes de la disolución; tras la disolución pero antes de la liquidación; y en la sociedad disuelta y liquidada.

VAQUER SALORT, Miguel: «El embargo de bienes gananciales en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (conclusión)», *RCDI*, nº 658, págs. 1361-1427.

Detallada exposición de la jurisprudencia del TS sobre el embargo de bienes gananciales por deudas de un cónyuge, realizada por un Registrador de la Propiedad.

6.6.3.5. Liquidación y división

GARCÍA CANO, Tomás: «Liquidación de la comunidad conyugal. Su íntima relación con la gestión y ejecución de la fiducia», en *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Teruel-Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 1999), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, págs. 164-169.

Interesante exposición del problema con referencias concretas a los actos de ejecución parcial de la fiducia, a los actos de disposición y a la liquidación en sí del consorcio conyugal disuelto: a) en el supuesto de fiduciario no cónyuge, y b) en el supuesto de fiduciario cónyuge.

6.7. COMUNIDAD CONYUGAL CONTINUADA

ANDRÉS BERMEJO, Carlos (de) y HERNÁIZ GÓMEZ-DÉGANO, Luis M^º: «La comunidad conyugal continuada en Aragón», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen VI, págs. 3567-3588.

Breve exposición realizada por dos letrados del BSCH.

6.8. VIUEDAD

6.8.1. *El derecho de viudedad*

BAYOD LÓPEZ, María del Carmen: «La viudedad foral aragonesa», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen VI, págs. 3489-3524.

Exposición de conjunto del derecho de viudedad: caracteres generales y estructura; ámbito objetivo: limitaciones y exclusiones; renuncia; fuentes de interpretación; derecho expectante; usufructo viudal.

MARTÍNEZ DE BEDOYA BUXÉNS, Covadonga: *La situación del cónyuge viudo en el Derecho civil foral de Bizkaia*. Diputación Foral de Bizkaia-Universidad de Deusto (Vol. VII de la Colección de Textos Forales), Bilbao, 1998, 468 págs. Prólogo de Jesús Delgado Echeverría.

Tesis doctoral dirigida por el Prof. Delgado Echeverría que cuenta, junto al específico estudio de Derecho vizcaíno y alavés, con un capítulo dedicado al Derecho comparado de distintos países europeos; el siguiente que trata de otros Derechos forales (entre ellos el aragonés) y el tercero que estudia el tema en el Código civil. Estos tres capítulos son fundamentalmente descriptivos, con una finalidad muy concreta: servir de ayuda a la valoración de la situación del cónyuge viudo en la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco.

6.8.2. *El derecho expectante de viudedad*

GARCÍA ALVAREZ, Juan: «El derecho expectante de viudedad en la Compilación aragonesa», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen VI, págs. 3525-3537.

Breve exposición realizada por un letrado del BSCH.

6.8.3. *El usufructo viudal*

MINGUELL ELEIZALDE, Begoña y FERNÁNDEZ PARRAS, David: «El usufructo viudal aragonés», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen VI, págs. 3539-3566.

Exposición del régimen del usufructo de viudedad (características; elementos personales, reales y formales; contenido y ejercicio; extinción), realizada por dos letrados de Bancos.

7. DERECHO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE

7.1. EN GENERAL. MODOS DE DELACIÓN. NORMAS COMUNES.

7.1.1. *Derecho de sucesiones en general*

CARBALLO FIDALGO, Marta: Reseña a «VV.AA. (coord. J. Delgado Echeverría), *Ley de sucesiones. Comentarios breves*, Librería General, S.A., Zaragoza, 1999», en *Actualidad Civil*, 2000-1, marginal B 35-38.

Breve, pero bien hecha, reseña realizada por una Profesora Ayudante de la Universidad de Santiago de Compostela.

PARRA LUCÁN, M^a Angeles: «Derecho de sucesión por causa de muerte», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen VI, págs. 3647-3690.

Exposición de conjunto del contenido de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte.

VV.AA.: *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Teruel-Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 1999), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, 187 págs.

El volumen recoge las intervenciones de los ponentes, coponentes y el coloquio posterior sobre los tres temas siguientes: *a)* «la comunidad hereditaria» (ponente: Honorio Romero Herrero; coponentes: Carlos Carnicer Díez y Francisco Serrano Gil); *b)* «la sustitución legal» (ponente: José Antonio Serrano García; coponentes: Emilio Molins García-Atance y Antonio Molpeceres Oliete) y *c)* «la herencia pendiente de asignación en la fiducia sucesoria» (ponente: Luis Pastor Eixart; coponentes: Tomás García Cano y Manuel Pardo Tomás).

7.1.6. *Colación y partición*

ROMERO HERRERO, Honorio: «La comunidad hereditaria», en *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Teruel-Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 1999), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, págs. 10- 50.

Exposición que trata de la naturaleza jurídica, el contenido y el régimen (en especial la capacidad dispositiva de los menores e incapacitados en Aragón) de la comunidad hereditaria en el Código civil y en la Ley de sucesiones de Aragón, así como de algunos aspectos concretos de la comunidad hereditaria (el derecho de opción de compra; el aval; la ampliación de capital y el derecho de suscripción preferente; los derechos de tanteo y retracto; la elevación a públicos de documentos privados de compraventa; la quiebra del causante, la quiebra de la herencia y la quiebra del heredero; escritura de obra nueva construida la vivienda por el causante y su esposa y formalizada en escritura por la viuda y los hijos).

7.1.7. *Sustitución legal*

MOLINS GARCÍA-ATANCE, Emilio: «La ausencia como supuesto de hecho de la sustitución legal», en *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Teruel-Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 1999), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, págs. 120-127.

Interesante exposición que tras delimitar las fases de la ausencia trata de las obligaciones del sustituto que recibe la porción del ausente, de la cesación de la situación de ausencia legal, de la sustitución legal por declaración de ausencia en la legítima y en la fiducia sucesoria.

MOLPECERES OLITE, Antonio: «La sustitución legal en la sucesión contractual», en *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Teruel-Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 1999), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, págs. 128-133.

Después de exponer la esencia de la sucesión contractual y sus diferencias con las sucesiones testamentaria y legal se estudia la aplicación de la sustitución legal a la sucesión contractual contenida en el art. 72 de la Ley de sucesiones: naturaleza del derecho, supuestos a los que afecta, efectos, contenido y elementos formales.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: «La sustitución legal», en *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Teruel-Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 1999), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, págs. 88-119.

Completa, técnica y clara exposición de la regulación, concepto, naturaleza, fundamento, caracteres, requisitos y efectos de la sustitución legal en la Ley de sucesiones. Se afirma que la Ley de sucesiones, además de clarificar y simplificar la regulación, ha reducido el ámbito subjetivo (el sustituto ha de ser descendiente o hermano del causante, como en 1967) que se había desbordado con la reforma de 1985 y, respecto de la regulación de 1967, ha reducido los supuestos o causas objetivas en que puede operar al eliminar el caso de renuncia del llamado o legitimario.

7.1.8. *Consortio foral*

CARNICER DíEZ, Carlos: «El consorcio foral», en *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Teruel-Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 1999), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, págs. 51-60.

Breve exposición de los antecedentes (abolición y reintroducción del consorcio foral en la legislación civil), de las características del consorcio o fideicomiso foral en la regulación actual contenida en la Ley de sucesiones (arts. 58-61) y de la función jurídico-social que el consorcio puede cumplir al facilitar que el patrimonio inmobiliario familiar permanezca agrupado, como unidad de producción o destino. Cree que el autor que hoy son muchas las empresas, y no sólo las agrícolas, que pueden encontrar en el consorcio la forma de comunidad más adecuada a su destino.

7.2. SUCESIÓN TESTAMENTARIA

7.2.3. Testamento mancomunado

HUALDE MANSO, M^a Teresa: «Los legados ordenados en testamento de hermandad», en *Revista Jurídica de Navarra*, n^o 27, 1999, págs. 121-139.

Interesante estudio sobre los legados en favor de terceros ordenados en testamento mancomunado de institución recíproca entre otorgantes en el Fuero Nuevo de Navarra (ley 205) que hace referencia, como Derecho comparado, a la regulación histórica y actual del Derecho aragonés (art. 104.2 Ley de sucesiones), así como al Derecho alemán.

TOBAJAS GÁLVEZ, Octavio: «El testamento mancomunado en Aragón», en *Actualidad Civil*, 2000-2, marginales 693-711 (XXIX).

Breve pero completa y sistemática exposición de la nueva regulación del testamento mancomunado en la Ley de sucesiones realizada por un abogado.

7.3. SUCESIÓN PACCIONADA

COARASA LABORDA, María Teresa: «Pacto sucesorio en el Derecho aragonés. Un supuesto práctico», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen VI, págs. 3691-3706.

Descripción del procedimiento origen de las sentencias del Juzgado de Primera Instancia n^o 1 de Huesca de 29 de septiembre de 1994 y, en apelación, de la Audiencia Provincial de Huesca de 5 de marzo de 1996, sobre un pretendido pacto sucesorio otorgado en acto de conciliación.

MOLPECERES OLIETE, Antonio: «La sustitución legal en la sucesión contractual», en *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Teruel-Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 1999), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, págs. 128-133.

Después de exponer la esencia de la sucesión contractual y sus diferencias con las sucesiones testamentaria y legal se estudia la aplicación de la sustitución legal a la sucesión contractual contenida en el art. 72 de la Ley de sucesiones: naturaleza del derecho, supuestos a los que afecta, efectos, contenido y elementos formales.

7.4. FIDUCIA SUCESORIA

GARCÍA CANO, Tomás: «Liquidación de la comunidad conyugal. Su íntima relación con la gestión y ejecución de la fiducia», en *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Teruel-Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 1999), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, págs. 164-169.

Interesante exposición del problema con referencias concretas a los actos de ejecución parcial de la fiducia, a los actos de disposición y a la liquidación

en si del consorcio conyugal disuelto: a) en el supuesto de fiduciario no cónyuge, y b) en el supuesto de fiduciario cónyuge.

PARDO TOMÁS, Manuel: «Régimen tributario de los actos que afectan a la herencia pendiente de asignación», en *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Teruel-Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 1999), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, págs. 169-176.

Exposición de la injusta legislación tributaria aplicable a la fiducia con propuestas de *lege ferenda* para buscar solución a los problemas tributarios.

PASTOR EIXARCH, Luis: «La herencia pendiente de asignación en la fiducia sucesoria», en *Actas de los IX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (Teruel-Zaragoza, 9, 16 y 23 de noviembre de 1999), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2000, págs. 141-164.

Tras reflejar la situación previa a la Ley de sucesiones, la ponencia discurre sobre los llamados al cargo de administrador, expone la práctica del inventario, la gestión, representación y disposición del caudal hereditario, para finalizar con el análisis de la disposición de bienes del patrimonio hereditario. Considera que la amplia facultad de venta de bienes concedida al fiduciario por la Ley, puede alterar, en ciertos casos, la finalidad y objeto de la fiducia, susceptible de pasar de ser una institución encaminada a determinar quiénes sean herederos de una persona a ser un mecanismo para fijar el contenido real de la masa hereditaria.

7.6. Sucesión intestada

SERRANO ESPLUGA, Engracia: «La sucesión troncal en el Derecho civil de Aragón», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen VI, págs. 3707-3741.

Exposición de conjunto, realizada por una letrada del BSCH, que alude especialmente al caso resuelto por el apartado 2 del art. 213 de la Ley de sucesiones (al escribir la autora, en fase de anteproyecto).

SERRANO GARCÍA, José Antonio: *Troncalidad y comunidad conyugal aragonesa*. (Relaciones del recobro de liberalidades, la sucesión troncal y el derecho de abolorio con la comunidad conyugal legal), Centro de Estudios Registrales de Aragón, Madrid, 2000, 112 págs. Premio «Manuel Batalla González» 1999.

Se dice en la presentación del libro, a cargo de Carmen Lerma Rodrigo (Directora del Centro de Estudios Registrales de Aragón), que el autor «afrenta y resuelve con gran maestría una problemática compleja, ardua y enrevesada, en la que confluyen y se entrecruzan diferentes normas e instituciones típicas aragonesas que pretenden amparar intereses legítimos, todos ellos dignos de protección, pero de muy difícil armonización, lo que hace que esta obra constituya una aportación doctrinal de suma importancia.»

8. DERECHO DE BIENES

8.1. DERECHO DE BIENES EN GENERAL

ARGUDO PÉRIZ, José Luis: «Derecho de bienes», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen VI, págs. 3377-3415.

Completa y brillante exposición general de las relaciones de vecindad (inmisión de raíces y ramas; luces y vistas) y las servidumbres (de luces y vistas; alera foral, servidumbres y comunidades de ademprios; usucapión de las servidumbres) en el Derecho de Bienes de la Compilación aragonesa.

8.3. LUCES Y VISTAS

GÓMEZ PALMEIRO, Manuel: «Régimen de luces y vistas en la Compilación del Derecho civil aragonés», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen VI, págs. 3419-3438.

Breve exposición de la regulación de las luces y vistas en el Código civil y en el Derecho civil aragonés, con referencias a la legislación histórica de éste.

9. DERECHO DE OBLIGACIONES

9.2. DERECHO DE ABOLORIO O DE LA SACA

CORONEL DE PALMA Y MARTÍNEZ-AGULLÓ, Luis: «El derecho de abolorio o de la saca en Aragón», en VV.AA.: *Derechos civiles de España*. Directores: Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez-Simancas. Banco Santander Central Hispano, Madrid, 2000, volumen VI, págs. 3363-3376.

Exposición resumida pero bien hecha del estado de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia, realizada por un letrado del BSCH.

SERRANO GARCÍA, José Antonio: *Troncalidad y comunidad conyugal aragonesa*. (Relaciones del recobro de liberalidades, la sucesión troncal y el derecho de abolorio con la comunidad conyugal legal), Centro de Estudios Registrales de Aragón, Madrid, 2000, 112 págs. Premio «Manuel Batalla González» 1999.

Se dice en la presentación del libro, a cargo de Carmen Lerma Rodrigo (Directora del Centro de Estudios Registrales de Aragón), que el autor «afronta y resuelve con gran maestría una problemática compleja, ardua y enrevesada, en la que confluyen y se entrecruzan diferentes normas e instituciones típicas aragonesas que pretenden amparar intereses legítimos, todos ellos dignos de protección, pero de muy difícil armonización, lo que hace que esta obra constituya una aportación doctrinal de suma importancia.»

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 9-5-00

6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: ACTIVO: Bienes Privativos: Fondo de comercio: *El fondo de comercio de una farmacia se origina fundamentalmente por la preparación profesional del titular y de la persona o personas que en su función le asisten, es un elemento afecto a la explotación de la farmacia (art. 39.1 Comp.) y tiene, por ello, el mismo carácter privativo que tiene ésta (fué abierta antes del matrimonio)*

6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: PASIVO: DEUDAS COMUNES: Derivadas del ejercicio del comercio; Reintegros y Reembolsos; **6633: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: GESTIÓN:** Gestión de los bienes privativos: Reinversión en el negocio privativo: *El reinvertir en el negocio propio (farmacia) parte de los rendimientos del mismo para su mejora supone la improcedencia de pretender el reintegro de los mismos cuando no existe la menos prueba de que los gastos se hicieron sin causa (art. 47.1 Comp.) y por el contrario deben estimarse legalmente como cargas propias de la comunidad.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 37, 38, 39, 41, 47 Comp.

PONENTE: Ilma. Sra. D^a. Rosa María Bandrés y Sánchez-Cruzat

SENTENCIA

Excmo. señor presidente Don Benjamín Blasco Segura. — Ilustrísimos señores magistrados, don Vicente García-Rodeja y Fernández don Fernando Zubiri de Salinas don Manuel Serrano Bonafonte y doña Rosa M^a. Bandrés y Sánchez-Cruzat

Zaragoza a nueve de mayo de dos mil.

En nombre de S.M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el recurso de casación núm. 2 de 1998 interpuesto frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, recurso 333/97, en apelación de autos de juicio declarativo de mayor cuantía núm 275/96 del Juzgado de 1^a Instancia núm. Seis de esta capital, sobre liquidación del régimen económico matrimonial, recurso que fue interpuesto por don JULIAN GONZALEZ PASCUAL, representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Omella Gil y dirigidos por la Letrado Sra. Campos Morón, siendo parte recurrida y personada doña M.^a JOSEFA PÉREZ CALVO, representada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Correas Biel y dirigida por el Letrado Sr. Correas Biel.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero: La procuradora de los Tribunales D^a. M^a. Nieves Omella Gil, en

nombre y representación de D. Julián González Pascual interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia de Zaragoza demanda de juicio declarativo ordinario de Mayor Cuantía sobre liquidación de sociedad de gananciales y partición y adjudicación del caudal social, contra D^a M^a Josefa Pérez Calvo en cuya demanda, después de alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, suplicó al Juzgado dicte sentencia tras la tramitación legal y el recibimiento a prueba, por la que: 1^º. Se declare que los bienes que componían la Sociedad de gananciales correspondiente a D. Julián González Pascual y D^a M^a Josefa Pérez Calvo, son los que aparecen reseñados en el inventario que esta parte ha aportado bajo el núm. Diez de los documentos correspondiendo a los dos cónyuges por mitad, liquidando esta y adjudicándoselos a los esposos por mitad e iguales partes de su valor; 2^º. Que se atribuya a los esposos la titularidad dominical plena y el pleno dominio de los bienes que les sean adjudicados; y 3^º. Por lo que respecta a los bienes a que se hace referencia en los apartados B y C del inventario aportado bajo el núm. Diez de los documentos, dado que corresponden a la explotación del negocio cuya titular profesional es la esposa demandada, se nos adjudique el cincuenta por ciento de su valor cuantificado en efectivo a abonar por la demandada, cantidad a determinar en fase probatoria o bien en ejecución de Sentencia, y con expresa condena en costas a la demandada, ya que todo ello, es procedente en justicia que respetuosamente insto".

Segundo: Por la Procuradora de los Tribunales D^a Sra Correas Biel en nombre y representación de D^a Josefa Pérez Calvo se presentó escrito contestando y oponiéndose a la demanda con apoyo en los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos para terminar reconviniendo y suplicando al Juzgado dicte Sentencia por la que se declarase: 1^a. El carácter consorcial de los siguientes bienes: A) Muebles: a) los muebles que se relacionan en el escrito de demanda. b) vehículo marca Renault 21. B)

Inmuebles: a) casa n^º 31 del P^º Ruiseñores 53-55, b) local sito en P^º Teruel, 14. C) pza. de garaje, sita en P^º Teruel, 14, d) local sito en Avda. de Valencia 36, e) plaza de garaje n^º 30 en P^º de Sagasta n^º 41. 2^º. Que la masa consorcial adeuda a D^a M^a José Pérez Calvo, la cantidad de 54.231 pts, correspondientes a los tres primeros meses del Impuesto de Actividades Económicas de la farmacia y 388.237 pesetas correspondientes al segundo plazo de la declaración del I.R.P.F. del año 1992. 3^º. Que don Julián González Pascual, adeuda a mi mandante la cantidad de 7.734.266 pesetas fruto de la errónea liquidación del dinero efectuada en el año 1993, al tenerse en cuenta indebidamente, los acreedores, proveedores, caja y cuenta bancaria afecta al negocio privativo de farmacia. 4^º. El carácter privativo del negocio de farmacia del que es propietaria y titular mi mandante D^a M^a Josefa Pérez Calvo, con todos sus elementos afectos y se absuelva a mi representada de todas las peticiones realizadas de contrario. 5^º. Que se atribuya a mi mandante el 50% de la masa consorcial exceptuando la propiedad de la vivienda sita en P^º Ruiseñores que de conformidad con el hecho quinto de la demanda deberá ser adjudicada por mitad y proindiviso a ambos cónyuges, sin perjuicio del uso adjudicado sobre la misma a mi mandante por sentencia de 14 de febrero de 1995. Y todo ello con expresa imposición de costas al demandante.

Tercero: Por la Procuradora de los Tribunales D^a M^a Nieves Omella Gil en nombre y representación de D. Julián González Pascual se presentó escrito ante el juzgado de Primera Instancia n^º 6 de Zaragoza formulando la correspondiente réplica fundamentada en los hechos y fundamentos de derecho que tuvo a bien, suplicando del juzgado que se dicte sentencia conforme en todo con lo solicitado en el súplico del escrito de demanda con imposición de costas a la demandada.

Cuarto: Por la Procuradora de los Tribunales D^a Sar Correas Gil se evacuó el trámite de dúplica a tenor de los hechos

y fundamentos de derecho que estimó oportunos. Suplicando al Juzgado dicte sentencia de conformidad con la constestación a la demanda y co expresa imposición de costas al demandante.

Quinto: Practicada la prueba que propuesta por las partes fue declarada pertinente y seguido el juicio por sus trámites, la Magistrado-Juez de Primera Instancia nº 6 de Zaragoza en fecha 11 de abril de 1997, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "Que estimando parcialmente la demanda formulada por Procuradora Sra. Omella Gil, en nombre y representación de D. Julián González Pascual, y la demanda reconventional formulada por la Procuradora Sra. Correas Biel, en nombre y representación de D^a M^a Josefa Pérez Calvo, debo declarar y declaro, que, una vez liquidado el pasivo de la sociedad, se distribuya el 50% de la misma entre los cónyuges, respetando el derecho de uso del domicilio conyugal indicado anteriormente, así como la esposa abonará al esposo el importe que se acredite en ejecución de sentencia respecto al valor del fondo de comercio; estableciéndose como bienes integrantes de la sociedad de gananciales los siguientes: *Bienes muebles*.— Vehículo Renault 21; todos los muebles y enseres existentes en el domicilio que era el conyugal, sito en P^o Ruiseñores, 53-55, y cuya relación se adjunta.- *Bienes inmuebles*.— Vivienda unifamiliar sita en P^o Ruiseñores, 53-55- Local sito en P^o Teruel 14.- Pza. de Garaje del mismo inmueble - Local sito en Avda. Valencia nº 36 - Pza. de Garaje en P^o Sagasta 41, señalada con el nº 30.- La sociedad de gananciales ostenta un crédito frente a la esposa por importe de 4.500.000 pts. y 14.050.880 pesetas; así como por el importe invertido en la adquisición de acciones o dinero invertido y/o necesario para el suministro de productos de las entidades ARAGOFAR y SAFA, con posterioridad a la celebración del matrimonio, y antes de otorgarse las correspondientes capitulaciones matrimoniales, y a determinar en ejecución de sentencia.- la esposa indemnizará al demandante en la cuantía de una cuarta parte en que se valore el fondo de comercio, en

ejecución de sentencia, con arreglo a las bases indicadas anteriormente.- en cuanto al pasivo de la sociedad; esta es deudora con la esposa respecto a la cantidad abonada del impuesto sobre la renta, segundo plazo, del ejercicio del 1992; así como Impuesto sobre Actividades Económicas; y lo mismo respecto del esposo, del importe abonado por el Impuesto sobre la renta de la personas físicas, ejercicio 1992.- no procede hacer un especial pronunciamiento en cuanto a las costas ocasionadas en esta instancia.

Sexto: Interpuesto recurso de apelación contra la Sentencia de Primera Instancia por la representación de ambas partes y tramitado el recurso con arreglo a derecho la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza en fecha 2 de febrero de 1998, dictó sentencia con la siguiente parte dispositiva: Que estimando en parte los recursos formulados por ambos esposos contra la sentencia de 11 de abril de 1997, dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº6 en los autos nº 275/96, debemos revocar y revocamos la misma en el sentido de: (1^a) establecer el crédito que la sociedad tiene respecto de D^a M^a José por la adquisición de la farmacia a la suma de 16.606.235 pts. (2^a) dejar sin efecto la indemnización señalada a favor del marido por su participación en el fondo de comercio, manteniendo el resto de los pronunciamientos que contiene. No se hace expreso pronunciamiento de las costas de la alzada.

Séptimo: La representación del actor anunció su propósito de interponer recurso de casación contra la sentencia anterior y la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza lo tuvo por preparado ordenando la remisión a esta Sala de lo Civil y Penal emplazando a las partes para su comparecencia en el plazo de treinta días.

La Procuradora de los Tribunales D^a M^a Pilar García Gutiérrez en representación de D. Julián González Pascual formalizó el recurso de casación con apoyo en los siguientes motivos: 1.- Al amparo del nº 3 del artículo 1692 de la Ley de Enjui-

ciamiento Civil al existir quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que en este último caso se haya producido indefensión de la parte. 2.- Al amparo del nº 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al incurrir la sentencia recurrida en infracción del artículo 37 de la Compilación Foral Aragonesa. 3.- Al amparo del nº 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al incidir la sentencia recurrida en infracción del artículo 39.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón en relación con el artículo 38.1. 4º.- Al amparo del nº 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al incidir la sentencia recurrida en infracción del artículo 47 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. 5º.- Al amparo del nº 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al incidir la sentencia recurrida en infracción del artículo 56.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. 6º.- Al amparo del nº 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al incurrir la sentencia recurrida en infracción del artículo 1358 del CC. 7º.- Al amparo del nº 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al incidir la sentencia recurrida en infracción del artículo 24.1 de la Constitución Española.

Octavo: Esta Sala dictó auto en 25 de mayo de 1998 por la que acordó por UNANIMIDAD declarar su falta de competencia funcional para el conocimiento del recurso de casación interpuesto acordando su devolución de los autos a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial por entender que la competencia para el conocimiento del recurso puede corresponder a la Sala Primera del Tribunal Supremo. Dicha Audiencia acordó la remisión de los autos al Alto Tribunal previo emplazamiento de las partes.

Noveno: La Sala de lo Civil de Tribunal Supremo dictó auto de 21 de septiembre de 1999 que inadmitió el motivo séptimo del recurso fundado en infracción de precepto constitucional y acordó oír a las partes acerca de si la competen-

cia para conocer del recurso de casación podía corresponder a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón manifestando ambas que efectivamente correspondía al citado TSJ.

Dicha Sala dictó auto de fecha 21 de diciembre de 1999 donde declara la competencia de esta Sala del Tribunal Superior de Justicia de Aragón para conocer del recurso de casación y emplazó a las partes para comparecer ante la misma, lo que dentro de plazo han efectuado ambas, sin hacer referencia al auto de 25 de mayo de 1998 dictado por esta Sala Civil y Penal.

Décimo: Comparecidas las partes ante esta Sala, y acreditada la fecha de emplazamiento se les tuvo por personadas y partes; la Sala dictó auto de 23 de febrero de 2000 en el cual se formuló voto particular por el Magistrado Ponente Ilmo. Sr. D. Manuel Serrano Bonafonte al que se adhirió el Ilmo. Sr. D. Vicente García-Rodeja y Fernández, al entender que el auto de la Sala de 25 de mayo de 1998 que declaró su incompetencia para el conocimiento del asunto era firme, en consecuencia había producido efectos de cosa juzgada lo que impedía conocer del recurso, ello dio lugar a que la ponencia pasara al Magistrado que por turno correspondió. En el referido auto se acordó inadmitir el motivo primero del recurso de casación por no dar cumplimiento en el desarrollo del mismo a lo preceptuado en el artículo 1.707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acordando por mayoría admitir el recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. M^a. Nieves Omella Gil en nombre y representación de D. Julián González Pascual contra la sentencia de 2 de febrero de 1998 dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, excepción del motivo primero.

Undécimo: No considerando la Sala necesario celebración de Vista pública se señaló para deliberación votación y fallo el día tres de mayo de 2000 a las once horas, lo que tuvo lugar.

Es Ponente la Ilma. Sra. D^a. Rosa María Bandrés y Sánchez-Cruzat.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Inadmitidos el primero y el séptimo motivos queda limitado el recurso de casación al análisis de los restantes motivos.

Segundo: El motivo segundo del recurso se formula al amparo del artículo 1.692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 37 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Analizando el recurso resulta que el recurrente consideró en apoyo de su pretensión que «la base que el negocio cuyo reparto de beneficios se pretende ahora, que los esposos se han separado, y a incluir por consiguiente en la liquidación que se solicita de la sociedad de ganancias, es el de farmacia. De dichos beneficios esta parte nunca ha querido que se repartieran aquellos necesarios o útiles para la buena marcha del mismo, sino tan solo aquellos beneficios que se han quedado «dentro» del negocio, no repartidos para su reinversión en el mismo o los llamados beneficios materiales, así como el beneficio «inmaterial» que constituye el fondo de comercio», con apoyo así mismo en el artículo 47 de la Compilación y en diversos argumentos basados en prueba pericial o en doctrina científica. Concluye diciendo «que el fondo de comercio es un elemento ganancial y a repartir porque: a) se trata de un beneficio extraordinario generado mientras duró el matrimonio en régimen de ganancias y b) porque fue originado por los incrementos del beneficio y estos son bienes gananciales».

Tercero: En relación con lo alegado por el recurrente recoge la Compilación del Derecho Civil de Aragón en su Sección 2ª del Capítulo III bajo el epígrafe «Del régimen matrimonial legal» del Título IV del Libro I, el artículo 37.2 que dice constituir el patrimonio común, «los bienes que los cónyuges obtiene de su trabajo o actividad», y por su parte el artículo 47 recoge las relaciones entre patrimonios, no señalando el recurrente cuál de sus dos apartados resulta infringido, si bien la Sala supone se refiere al primero.

El núcleo del recurso de casación planteado ante esta Sala sobre liquidación de la sociedad matrimonial legal aragonesa se ha centrado en el reparto de beneficios materiales e inmateriales, en la consideración de que el fondo de comercio de la farmacia alcance el carácter de bien común de los esposos, y en consecuencia sea dividido en dos partes iguales, durante el periodo de tiempo que va desde la celebración del matrimonio bajo régimen matrimonial legal aragonés que tuvo lugar en diciembre de 1979 hasta el otorgamiento de capitulación matrimonial el 5 de abril de 1993 en que se adoptó el régimen matrimonial paccionado de separación de bienes. Para dar cumplida respuesta a las pretensiones del recurrente hay que distinguir:

Este motivo adolece de imprecisión e incongruencia con lo solicitado en el número tres del súplico de la demanda original que remite a los puntos D y C del inventario aportado en que se hace referencia a gastos o inversiones concretas y no a una petición como la que ahora se formula, lo que nos conduce a que se trata de una cuestión nueva de imposible examen en el recurso de casación que no puede convertirse en una tercera instancia. En todo caso a los beneficios que se refiere el recurrente en este motivo pudo y ha de entenderse que este tema quedó resuelto en la capitulación matrimonial firmada por los cónyuges en 1993 en la cual no se acreditó atribución o reserva alguna de dichos rendimientos a favor del esposo, lo cual no puede interpretarse como una omisión involuntaria sino como la lógica aplicación de los principios de la norma aragonesa del artículo 41.1.

Para resolver la cuestión del fondo de Comercio es necesario señalar que: el fondo de comercio es el inmaterial por antonomasia, por cuanto es el exceso del valor de una empresa considerada como un ente vivo sobre el valor patrimonial de sus activos netos —activos menos pasivos, es decir, patrimonio— Este llamado fondo de comercio fundamentalmente se origina por el factor humano de la orga-

nización, aunque puede ser la suma de múltiples causas, como una buena localización del negocio, una buena instalación etc. Las oficinas de farmacia ofrecen servicios muy similares, y su diferenciación es determinada no solo por dichos elementos materiales sino principalmente por la preparación profesional del titular de la farmacia y de la persona o personas que en su función le asisten. Por ello en el caso del inmaterial fondo de comercio esta razón es si cabe mas patente que en ningún otro activo.

Por todo lo anterior el fondo se integra en los bienes privativos de acuerdo con lo regulado en el art. 39.1 de la Compilación del Derecho Civil, que considera como bien sitio, entre otras las explotaciones mercantiles o industriales con cuantos elementos estén afectados a una u otra y en estos elementos, en el caso de la farmacia ha de incluirse lo que ha venido nominándose fondo de comercio.

Si bien en el fondo de comercio surge la necesidad de su valoración cuando hay algún negocio jurídico de disposición, es totalmente irrelevante el hecho de la separación de la farmacéutica de su cónyuge.

El fondo referido continua con el carácter privativo dicho, de todo lo cual es titular la esposa y mas aún no perdería este carácter aunque se hubiere producido la venta de la farmacia, constante matrimonio, y aunque no se hubiera realizado la capitulación matrimonial cambiando el régimen económico por el de separación de bienes.

Por las consideraciones hechas el motivo es desestimado.

El tercer motivo del recurso se formula al amparo del número 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 39.1 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón en relación con el artículo 38.1 de la misma.

Apoya la infracción el recurrente en considerar que «tiene derecho a que se le reintegren los beneficios obtenidos en la misma (negocio de farmacia y que no ha salido de este)», lo cual supone introducir

una cuestión nueva vedada en un recurso extraordinario como es el de la casación, lo que es suficiente para su desestimación.

Sin perjuicio de señalar que en el año 1.993 firmó una escritura de capitulación matrimonial en que adoptaron el régimen de separación de bienes como ya se ha dicho en otro lugar de esta sentencia, lo que evidentemente comporta que a partir de esta fecha no tiene derecho a percibir ningún beneficio procedente de la farmacia, no ya desde la separación conyugal como postula el recurrente, sino la de 1993. En todo caso el reinvertir en el negocio propio parte de los rendimientos del mismo para su mejora supone la improcedencia de pretender el reintegro de los mismos cuando no existe la menor prueba de que los gastos se hicieron sin causa —artículo 47.1 de la Compilación del Derecho Civil— y por el contrario deben estimarse legalmente como cargas propias de la Comunidad —artículo 41.5 de la Compilación—.

El motivo es desestimado por cuantos argumentos se han expuesto hasta ahora.

Quinto: El motivo cuarto denuncia al amparo del número 4º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del artículo 47 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón. Señala el recurrente que tiene derecho a retraer de la masa consorcial lo que se pagó constante matrimonio para la compra del local de la farmacia y negocio de farmacia así como amortizar los préstamos que se solicitaron para la compra de todo ello (Sr. Basilio Muñoz y Sr. Pérez Roda) y al reintegro de los beneficios materiales que se han quedado en poder de la esposa (de la farmacia) después de la separación conyugal, beneficios que no son estrictamente útiles para el normal desarrollo de este negocio. Solicitando que se le reintegre la mitad de las inversiones efectuadas en la farmacia y que se han quedado en poder de esta: Reforma de farmacia de 1.983. Reforma de fachada de la farmacia. Fondo de financiación SAFA y ARAGOFAR. Capital ARAGOFAR y SAFA. Ordenador IBM. Báscula Talavi

S.M.L. Procesador. Registradora. Incremento de existencias.

Las sentencias de instancia y de apelación fijaron el importe de las cantidades que el recurrente reclama por los conceptos que cita al haber resultado inadmitido el primer motivo por las razones que se expusieron en su momento, no puede esta Sala entrar en el análisis de los valores y fijación de los hechos ya firmes por ser hechos fijados en las instancias e inatacables en casación, reiterando nuevamente lo ya expresado.

Con base en el art. 47 que se supone se alega en cuanto a su párrafo 1º no existe en todas las actuaciones nada que haya llevado a probar que el cónyuge recurrido se hubiese lucrado sin causa a costa del patrimonio común y menos del que pudo tener el recurrente y no consta en autos.

Dada la consideración del fin o fines que debe cumplir una oficina de farmacia, esta se compone necesariamente de un conjunto de bienes de distinta naturaleza, coordinados para realizar el servicio público que le es propio y a la vez pretende un resultado o beneficio económico. De tal forma que para lograr su objetivo están adscritos a la oficina de farmacia cuantos elementos deben llevar al cumplimiento legal de sus fines, con carácter de indivisibles, como ya se pronunció el Juzgado y confirmó la Audiencia, al señalar que su separación rompe la unidad de conjunto y es contraria a los fines de la producción misma y así lo entiende la compilación del Derecho Civil en su artículo 39.1 que puntualiza el carácter privativo de cuantos elementos estén afectos a la explotación.

No ha lugar a acoger el precepto invocado como infringido, el motivo es desestimado.

Sexto: Los motivos quinto y sexto se examinan conjuntamente para proceder a su desestimación, por estar resueltos ambos en la Sentencia de segunda instancia en cuanto que se fija el importe que le corresponde y se actualiza según informe del perito a la fecha de la emisión de la demanda, aunque no se diga expresa-

mente en el fallo no es objeto de estudio en este recurso.

Séptimo: La desestimación de todos y cada uno de los motivos conlleva la del recurso de casación, debiendo imponerse a la parte recurrente las costas del mismo ante esta Sala, por imperativo del artículo 1715 en su párrafo 3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña María Nieves Omella Gil, contra la sentencia dictada con fecha 2 de febrero de 1998, por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, la que se confirma en todos sus pronunciamientos, condenando a dicha parte recurrente al pago de las costas causadas en este recurso ante esta Sala.

Librese a la mencionada Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, la certificación correspondiente, con remisión de los autos y rollo de apelación recibido.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

Que formulan conjuntamente los Magistrados Ilmos. Sres. D. Vicente García-Rodeja y Fernández y D. Manuel Serrano Bonafonte a la Sentencia mayoritaria de la Sala dictada en las presentes actuaciones.

Se aceptan el encabezamiento y los antecedentes de hecho discrepando con el mayor respeto del criterio mayoritario, por lo que, de conformidad con el artículo 260.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial consideramos que la resolución debió de haber sentado los siguientes:

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Unico: En cuanto a la fundamentación jurídica de la Sentencia mayoritaria los firmantes no tienen que oponer reparo algu-

no, si bien entienden, en coherencia con su postura formulada en el voto particular al auto de 23 de febrero del año actual en que se admitió a trámite el presente recurso, que habiéndose dictado con fecha 25 de mayo de 1998 auto en las mismas actuaciones, en el que por unanimidad la Sala se declaró incompetente para el conocimiento del recurso, resolución que devino firme y que no fue expresamente revocada por el Tribunal Supremo, la consecuencia que de ello se derivaba no era otra que el archivo de las actuaciones, dejando a las partes las acciones que pudieran corresponderles para acudir en amparo al Tribunal Constitucional.

Entienden en consecuencia los firmantes que aquel auto de 25 de mayo de

1998 produjo cosa juzgada material y que por lo tanto no debió de haberse entrado a conocer del fondo del recurso, siendo este el sentido en que basan el voto discrepante, dejando a un lado los problemas genéricos de falta de competencia de esta Sala en materia casacional derivados de la reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

De acuerdo con lo anterior, el Fallo de la resolución a dictar debía haberse atendido a lo anteriormente expuesto absteniéndose de conocer del asunto planteado.

Siendo este el Voto Particular que conjuntamente formulan y firman a la referida Sentencia en su misma fecha.

B) RESOLUCIONES DE JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA (1997-98)

2

NÚM. 2

S. JPI Zaragoza nº 13, de 10 de febrero
de 1997

**6635: RÉGIMEN MATRIMONIAL
LEGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN:**
DIVISION: *No procede reconvertir la comu-
nidad derivada de la sociedad consorcial
en comunidad ordinaria. Siendo posible la
división de la vivienda y solar (único bien
consorcial) sin desmerecerlo, se ordena
practicarla.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 37, 55
ss. y 58 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio
Pastor Eixarch

*El actor, que fue marido de la demandada
—matrimonio disuelto por divorcio— solicita
división del único bien consorcial. La
demandada opone la privatividad de la finca,
por haber adquirido el solar por donación de
sus padres, y por accesión lo edificado, pero no
logra probar contra la compraventa constante
matrimonio.*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Acreditado, por la prueba
documental aportada, que el inmueble
consistente en solar sito en término de
Zuera fue adquirido por la sociedad con-

yugal compuesta por ambos litigantes y
no constando que sobre él hubiera nada
construido, queda también probada la
obra que sobre el solar se hizo, vigente la
sociedad conyugal de las partes, dando
lugar a la correspondiente declaración de
obra nueva otorgada mediante Escritura
del día 19 de junio de 1978, también en
beneficio de la propia sociedad conyugal.

Constando debidamente acreditados
los anteriores extremos, la alegación de
la demandada de ser simulada la compra-
venta otorgada, por ocultar una dona-
ción, y de estar ya construida obra cuan-
do se adquiere el solar, debe ser
debidamente justificada por la misma, no
sólo porque contradice lo que documen-
talmente se recogió, sino también por-
que es contraria a la propia admisión por
la demandada del estado de cosas men-
cionado durante toda la duración de su
matrimonio y aun después, hasta que se
plantea ante el Juzgado de Familia que
conoció de su separación y divorcio la
ejecución de la sentencia para alcanzar la
liquidación de la sociedad conyugal.

Segundo: Las pruebas aportadas en el
sentido indicado por la demandada no
permiten deducir sus rotundas afirmacio-
nes de que el solar fue donado y de que la
casa ya estaba hecha, pues de la certifica-
ción registral se deduce que es quien fue

esposo, y ahora demandante, quien abona los impuestos del solar, no habiendo ninguna otra prueba que permita entender como cierta la alegación de la demandada.

Tampoco por vía de presunciones cabe deducir que hubiera existido donación de los enajenantes a la demandada: el único dato a tener en cuenta en tal sentido es el de ser los transmitentes los padres de la demandada. Esta cuestión, sin embargo, por sí sola, no permite la deducción de donación del contrato, cuando, en contra de tal pretensión, resulta que los vendedores se reservaron el usufructo vitalicio y que las obras se hacen con patrimonio ganancial, hechos ambos contrarios a una real intención de donar el solar, sin más, sólo a la hija.

Tercero: Por tanto, de conformidad con lo establecido en los artículos 1445 y siguientes del Código para lo referente a la compra del solar y 37 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón para lo que afecta a la vivienda construida, ambos inmuebles deben declararse de carácter ganancial y, por tanto, susceptibles de liquidación por aplicación de los artículos 55 y siguientes de la Compilación citada, bien mediante adjudicación a uno de los antiguos esposos, bien mediante división que no desmerezca la cosa, con exclusión sin embargo de la solicitud del actor de reconvertir la comunidad derivada de la sociedad consorcial en comunidad ordinaria, por no ser tal la previsión legal derivada de las normas citadas, que ordenan la división directa de la sociedad conyugal sin pasos intermedios por comunidades de otra naturaleza.

Cuarto: No existiendo conformidad por las partes sobre si debe procederse a la enajenación del bien para dividirse entre ellos lo obtenido, resulta del detallado informe pericial que se practicó que es posible la división de la vivienda y solar sin desmerecerlo y mediando una proporcionalmente escasa compensación a efectuar, por lo que esta es la solución a adoptar, por aplicación de lo establecido en el artículo 58 de la Compilación Aragonesa.

Por ello, partiendo como base en todo caso del informe pericial mencionado,

(folios 211 a 226 de autos) se procederá en ejecución de sentencia, en defecto de acuerdo entre ambas partes, a sortear a cuál de ambos cónyuges debe corresponder cada una de las parcelas A) y B) resultantes de la división, con la carga de aquél que resulte adjudicatario de la parcela B) de asumir los gastos derivados de hacer la división material de la finca en la forma recogida en el informe y de abonar al otro la suma de 341.573 pts en que se valoran las obras a practicar en la parcela A).

Quinto: No cabe estimar el pronunciamiento interesado por el demandante relativo a si existen o no deudas respecto de terceros ni sobre la distribución entre cónyuges que, caso de existir tales deudas, debería hacerse de su pago, porque no probada su posible existencia tampoco se alegan ni prueban los datos precisos para ordenar su responsabilidad.

Sexto: Siendo estimada en parte la demanda y teniendo la acción ejercitada como fin la división del bien común de los litigantes, a ambos beneficia su ejercicio, por lo que no procede hacer expresa imposición de las costas causadas en el procedimiento.

NÚM. 3

S. JPI Zaragoza nº 13, de 8 de mayo de 1997

84: SERVIDUMBRES: DE DESAGÜE:
Usucapción. *No hubo adquisición por usucapción, pero, en todo caso, las alegadas servidumbres se extinguieron por contrato en el que se pacta que los desagües de una y otra vivienda serían absolutamente independientes.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 148 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch

En el cognición 888/96-C solicita la actora cumplimiento de contrato el que se pactó que los desagües de una y otra vivienda serían absolutamente independientes, siendo así que el demandado ha utilizado parte de las conducciones de la actora. El demandado opone usucapción de servidumbre por más de 10 años o bien por posesión inmemorial.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Como resulta del informe aportado como documento número cuatro de la demanda (folios 13 a 21 de los autos) y ambas partes admiten, parte del desagüe de la vivienda propiedad del demandado, sita en Boquiñeni, Plaza España nº 7, se realiza utilizando la misma instalación que la empleada por la vivienda de la demandante, yendo así a parar a la misma arqueta el desagüe de uno y otro inmueble.

Tal disposición de los desagües, conformada por el demandado cuando hizo, de común acuerdo con la actora, reformas en ambas viviendas, contraría tanto lo que pactaron los dos en el contrato celebrado al efecto el día 19 de febrero de 1982 como lo proyectado y conocido por ambos, para hacer la obra.

Incumplimiento que, salvo acreditación de hechos o actos que le sirvan de justificación legal, constituye inicialmente una inobservancia de lo contratado imputable sólo al demandado, por ser él quien hizo la obra, y por tanto, conllevaría la estimación de la demanda dirigida a que se recompongan los desagües hasta quedar en la situación pactada y proyectada.

Segundo: Las alegaciones formuladas en la contestación por el demandado, basada en posible servidumbres o uso de elementos comunes anteriores al momento en que contratan (el día 19 de febrero de 1982) no cabe tenerlas en cuenta para la situación surgida desde el contrato, porque, aunque pudieran haber existido tales figuras jurídicas, se extinguieron por la voluntad del propio demandado en cuanto convino con la contraparte que los desagües de una y otra vivienda serían totalmente independientes, desde su origen hasta la arqueta.

En cuanto a la situación posterior a la fecha citada, es indudable, como alega el demandado, que el desagüe es elemento común, pues ambos vecinos lo emplean. La cuestión litigiosa no es tal, sino si es legítima o no la situación fáctica creada por el demandado haciendo que el desagüe sea común. Cuestión que debe resolverse en contra de la tesis por él mantenida, porque

resulta evidente de lo contratado que el demandado actuó voluntariamente en contra de lo pactado y, modificando incluso de lo proyectado, cambió unilateralmente el sistema de desagüe que debió hacerse como habían acordado. Incumplimiento intencional que no consta fuera autorizado expresa o tácitamente por la demandada, porque ni voluntad en tal sentido se prestó por ella, ni cabe entender, como pretende el demandado, que al ver ella misma cómo se hacían las obras se dio cuenta de cómo iban los desagües, ya que para ello habría sido preciso tanto presencia física constante en el lugar, como conocimiento técnico respecto a canalizaciones y otras cuestiones, y no consta ni una ni otra circunstancia.

Tercero: Illegítimo el uso que como elemento forzosamente común impuso el demandado respecto del desagüe, tampoco es estimable su pretensión de haber adquirido como servidumbre y predio dominante el derecho a seguir empleando el desagüe en la forma en que lo ha venido haciendo de hecho. La posible adquisición de tal servidumbre en plazo de diez años requiere justo título y buena fe, y ni el uno ni el otro existen en el caso de autos: ausente el justo título por lo ya expuesto de haberse conseguido la disposición de tuberías precisamente en contra de lo que el título contractual establecía; ausente la buena fe por ser la actuación del demandado, de contravenir lo estipulado subrepticamente, sin aviso a la actora y aprovechando que quedaba oculto lo mal hecho, una conducta de notoria mala fe.

La posesión inmemorial como título de adquisición de la pretendida servidumbre tampoco es atendible, porque lejos de ser inmemorial la situación actual, la misma se remonta a tan solo 14 años, plazo que transcurre desde que contratan hacer las obras hasta que se presenta la demanda.

Cuarto: Desestimadas las excepciones y motivos de reconvención formulados por el demandado, procede, conforme se exponía en el primero de los Fundamentos de Derecho y por aplicación de los artículos 148 de la Compilación de Derecho Civil Aragonés y 1091, 1098 y 1258 del Código Civil, la íntegra admisión de

la demanda, con correlativa condena del demandado a hacer las obras precisas hasta que el desagüe de su vivienda sea totalmente independiente del de la vivienda de la actora, en la forma recogida en el informe aportado en los folios 13 a 21 de autos, o en la que se determine en ejecución de sentencia caso de ser jurídicamente o de hecho imposible el cumplimiento de la condena en la forma instrumental concretamente interesada.

Quinto: Estimando la demanda rectora del procedimiento y desestimada la reconvenicional planteada, procede imponer al condenado el pago de las costas causadas en el procedimiento, por aplicación del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4

NÚM. 4

A. JPII Monzón 8/1/98

76: SUCESIÓN INTESADA: DECLARACIÓN DE HEREDEROS: CONTRADICCIÓN ENTRE LOS INTERESADOS: *Existiendo contradicción entre los interesados en la herencia de la causante no es este expediente de jurisdicción voluntaria (de prevención de abintestato) el trámite oportuno para dilucidar el derecho que tienen los interesados sobre los bienes relictos cualquiera que sea su naturaleza troncal o troncal de abolorio, lo cual tendría que decidirse en la vía declarativa correspondiente.*

DISPOSICIONES CITADAS: ART. 960.3 LEC.

Ante el Juzgado de Primera Instancia de Monzón se sigue expediente de prevención de abintestato respecto de los bienes troncales y troncales de abolorio del caudal relicto de la causante a instancia de los parientes paternos (Autos 53/96-B); comparece y se opone a la tramitación del expediente un pariente por parte de madre; el Auto declara contencioso el expediente, procede al archivo de todas sus piezas y remite a las partes al procedimiento de la jurisdicción contenciosa que corresponda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.— El artículo 960.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que para que pueda prevenirse el juicio de abintes-

tato se necesita que no deje el finado descendientes ni ascendientes o colaterales dentro del cuarto grado, ni cónyuge legítimo que viviera en su compañía. La prevención del abintestato debe ceñirse a las más urgentes y perentorias diligencias de protección de los bienes del finado. No tiene sentido seguir tramitando este expediente y mantener la medida cautelar de administración acordada cuando han transcurrido casi quince años desde el fallecimiento de la causante. Por otro lado, es evidente que existe contradicción entre los interesados en la herencia de Dña. Josefa Solano Pui- bert, no siendo este expediente de Jurisdicción voluntaria el trámite oportuno para dilucidar el derecho que tienen los interesados sobre los bienes relictos cualquiera que sea su naturaleza troncal o troncal de abolorio, lo cual tendría que decidirse en la vía declarativa correspondiente. Por todo ello, en virtud de lo establecido en el artículo 981 de la Ley de Enjuiciamiento Civil procede declarar contencioso este expediente, procediéndose a su archivo, con todas sus piezas previo levantamiento de la administración cautelar acordada, sin ordenar rendición de cuentas habida cuenta de la indeterminación de los derechos de las partes sobre los bienes del procedimiento.

5

NÚM. 5

S. JPI Zaragoza n.º 14 de 24/2/98

6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: ACTIVO: BIENES COMUNES: *Participaciones sociales: Es cierto que es únicamente la mujer quien forma parte de la sociedad civil (para la construcción y adjudicación de viviendas a los socios), pero no lo es menos que la vivienda le fue adjudicada a la mujer como bien ganancial en virtud de su participación social; por ello, la deuda que grava la vivienda citada debe considerarse como carga de la comunidad (art. 41.5.º Comp), teniendo, en consecuencia, plena legitimación e interés en el pleito el esposo de aquélla.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art.41.5

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Jesús Ignacio Pérez Burred

Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Zaragoza se sigue juicio de menor cuantía (523/97) entre una Sociedad civil y un socio casado en reclamación de cantidad. La Sentencia estima la demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La Comunidad de Propietarios actora, constituida en sociedad civil cuyo objeto es la construcción de un edificio y la adjudicación de las viviendas y elementos independientes a los socios, reclama de los codemandados, miembros de la misma, el abono de la cantidad de 958.152 ptas., importe que corresponde satisfacer a los mismos como consecuencia del acuerdo adoptado en la Asamblea General Extraordinaria celebrada el día 11 de diciembre de 1996, en su punto quinto de la orden del Día, aprobándose la liquidación total de la deuda que mantenía la Comunidad con las entidades financieras mediante la individualización por departamentos, abriendo a cada uno de ellos una ficha de coste; a esta pretensión se oponen los mencionados demandados planteando, con carácter previo, la excepción de falta de legitimación pasiva de uno de ellos, D. Perfecto Alonso y oponiéndose, en cuanto al fondo del asunto, a la cantidad que les es reclamada.

Segundo: Aún siendo cierto que es únicamente la codemandada Sra. Canals Lizaño quien forma parte, con el n.º 130, de la sociedad civil, no lo es menos que el departamento número 181 del edificio le fue adjudicado a la citada demandada como bien ganancial (ver escritura de adjudicación) en virtud de su participación social, y habiéndose individualizado en dicho departamento la deuda aquí reclamada la misma debe considerarse como carga de la comunidad (art. 41.5.º de la Compilación de Derecho Foral) teniendo, en consecuencia, plena legitimación e interés en el pleito el esposo de aquélla quien, por otra parte, es el que ha asistido a las reuniones, votando y dirigiendo escritos en su nombre a la Comunidad.

Tercero: El argumento utilizado por los demandados para oponerse, respecto

al fondo, a la pretensión actora es que en la Asamblea celebrada en día 11 de diciembre de 1996 únicamente se tomó el acuerdo de hacer la individualización de la totalidad de la deuda pendiente por departamentos mediante la elaboración de una ficha de costa para cada uno de ellos (acuerdo al que el codemandado Sr. Alonso votó favorablemente) pero no se aprobó el modelo de ficha ni su contenido ni las cantidades que corresponden a cada comunero; ahora bien, de la lectura del libro de actas (testimoniado como diligencia para mejor proveer) se observa que la Asamblea del día 11 de diciembre se interrumpió, dado lo avanzado de la hora, con la aprobación del acuerdo antes mencionado, pero prosiguió al día siguiente (folios 72 a 86 del libro de actas) discutiéndose, una por una, las diferentes partidas constitutivas de la mencionada ficha (la cual se transcribió en el acta) procediéndose, tras dilatado debate, a nada menos que diez votaciones para aprobar o rechazar el mismo número de cuestiones planteadas por la administración, por lo que no son admisibles las alegaciones de los demandados de falta de aprobación de modelo y contenido de la ficha en la cual, como es de apreciar al folio 72 del libro de actas, ya se hace constar expresamente que la división se hace por enteros, y no habiendo sido impugnadas judicialmente los mencionados acuerdos (arts. 23 y 24 de los Estatutos) los mismos obligan plenamente a todos los socios (art. 12. a); las discrepancias opuestas por el codemandado Sr. Alonso en carta remitida a la comunidad en fecha 26 de marzo de 1997 contestada por ésta mediante escrito unido como anexo al punto cuarto de la Orden del Día de la Asamblea de 21-abril-97 dándosele las correspondientes explicaciones a los distintos problemas expuestos y siendo aquéllas, en definitiva, meros puntos de vista e interpretaciones personales que no afectan ni condicionan a los acuerdos adoptados, por lo que no habiendo satisfecho los demandados la cantidad que les corresponde y tampoco acreditado que dicha cantidad se hubiese calculado de forma distinta a lo acorda-

do, y habiéndose acordado en la Asamblea del 6 de marzo de 1997 el ejercicio de acciones contra los comuneros que no efectúen los ingresos de las derramas (punto cuarto), deberán abonar los demandados la cantidad reclamada.

Cuarto: Se alega por éstos la compensación de la mencionada cantidad con unas devoluciones efectuadas por la sociedad actora a sus socios de las que se ha excluido a los citados demandados, compensación que, según ellos, saldaría prácticamente la deuda, pero como quiera que para que proceda la compensación el art. 1196 del Código Civil exige que las dos deudas sean liquidadas, al desconocerse por completo el importe de la cantidad supuestamente a devolver no es posible llevar a cabo dicha compensación; sin perjuicio de que los demandados reclamen el pago de la cantidad adeudada.

Quinto: La estimación de la demanda conlleva la imposición de las costas causadas a la parte demandada (art. 523 L.E.C.).

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: No existiendo cuestiones incidentales ni excepciones que pudieran obstar un pronunciamiento sobre el fondo del pleito, procede entrarse en su estudio directamente.

Segundo: Del conjunto de la prueba practicada en las presentes actuaciones ha quedado acreditado que la actora es hija del demandado y la segunda esposa de éste D.^a GENEROSA PÉREZ RIO, la cual falleció el día 22 de febrero de 1995. Ha quedado igualmente acreditado que la demandante es única y universal heredera de su difunta madre y que el demandado es usufructuario de los bienes de ésta (doc. 1), que por la demandante se presentó demanda de juicio voluntario de testamentaria, en el que existía una discrepancia sobre el Fondo de dinero Postaldiner por importe de 2.542.319 ptas., motivo por el que se remitió por el Juzgado que conoció de la demanda al Juicio Declarativo correspondiente y que ha derivado en la presentación de la demanda que estamos conociendo.

Tercero: De lo expuesto está claro que el matrimonio formado por el demandado y la causante se disolvió por la muerte de ésta el 22 de febrero de 1995, por lo que para determinar los bienes que forman el caudal hereditario debemos entrar a conocer qué bienes son consorciales y cuales privativos. Existe acuerdo de las partes en cuanto a todos los bienes de la causante a excepción del Fondo de dinero Postaldiner por importe de 2.542.319 ptas, dicho fondo está claro que es consorcial, por cuanto se abrió constante matrimonio y ello no queda desvirtuado por las manifestaciones vertidas por el demandado, en las que afirma que la causante había decidido dejarlo a otra hija éste y su esposo en atención a los cuidados que de estos recibía, circunstancia ésta que en modo alguno ha quedado acreditada, ya que sólo se aporta como prueba la declaración de los propios interesados, así como se alega la existencia de una serie de deudas que en modo alguno se justifican, ambas alega-

6

NÚM. 6

X.JPII Huesca n.º 1 de 28/4/98

6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: ACTIVO: BIENES COMUNES: *La sentencia afirma que el fondo de dinero Postaldiner por importe de 2.542.319 ptas. es de naturaleza consorcial por cuanto se abrió constante matrimonio.*

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 55 Comp.

PONENTE: *Ilma. Sra. D.ª Amalia Sanz Franco*

Ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Huesca se sigue juicio declarativo de menor cuantía (autos núm. 17/98) derivado de las discrepancias surgidas en el juicio voluntario de testamentaria entre la hija y el padre a la hora de determinar los bienes, y su naturaleza privativa o consorcial, de la herencia de la causante (madre y esposa, respectivamente). La sentencia estima la demanda.

ciones, no obstante, en nada afectarían a la naturaleza del bien. Por todo ello, dada la naturaleza consorcial del citado fondo, en aplicación del art. 55-2.º de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, procede su inclusión en el inventario junto con los demás sobre los que no existe controversia y, en consecuencia, procede dictarse una sentencia estimando la demanda en su integridad.

Cuarto: A tenor de lo dispuesto en el art. 523 de la L.E.C. respecto a las costas, éstas son de imposición expresa a la demandada.

7

NÚM. 7

A. JPI Zaragoza n.º 14, de 18 de mayo de 1998

64: Relaciones entre ascendientes y descendientes: Autoridad familiar de otras personas. A petición propia, se atribuye a la abuela la autoridad familiar sobre su nieto, hijo de su hija ya fallecida y de padre desconocido.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 10 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Jesús Ignacio Pérez Burred

Procedimiento de jurisdicción voluntaria 28/98.

Único: Estando debidamente acreditado en las actuaciones el fallecimiento de la madre del menor Sergio, Dña. M.ª Del Mar Ochoa Souto, siendo desconocido el padre biológico del mismo proce- de, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 de la Compilación de Derecho foral de Aragón, visto el informe emitido por el Ministerio Fiscal, designar a la abuela del citado menor Dña. Margarita Dolores Souto Castillo, pariente más cercano y quien de hecho, viene ocupándose de él, para que ejerza la autoridad familiar sobre éste, por ser la persona más adecuada para el mejor cuidado y atención del menor, sin perjuicio de que, en caso de fallecimiento, imposibilidad o renuncia de la designada, se proceda a efectuar nueva designación.

NÚM. 8

A. JPI Zaragoza n.º 14, de 26 de mayo de 1998

683: EL USUFRUCTO VIDUAL: ENAJENACIÓN DE BIENES DETERMINADOS. La viuda usufructuaria se allanó a la pretensión de los nudos propietarios de venta judicial del pleno dominio del edificio: ello no implica que renunciase a subrogarse en el precio.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 83.2 y 86.1.1.ª Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. JESUS IGNACIO PÉREZ BURRED

El Auto resuelve recurso de reposición contra Propuesta de Providencia en procedimiento de menor cuantía 709/96. Con anterioridad la usufructuaria había pretendido que su derecho de usufructo sobre 1/6 parte del inmueble se concretara en el usufructo de dos plantas determinadas, pretensión que fue desestimada en anterior Auto.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero: El recurso planteado por la representación procesal de Dña. M.ª Fernanda de la Figuera Aranda contra la propuesta de providencia de fecha 30 de abril tiene una estrecha relación con los autos de fecha 19 de marzo y 22 de abril (resolutorio del recurso de reposición interpuesto contra el anterior) y en los que se desestimaba la pretensión de la usufructuaria Dña. Rosa M.ª Aranda Nicolás de que se acordase mantener su derecho de usufructo sobre 1/6 parte del inmueble, concretándolo en dos plantas determinadas, pretendiendo la citada recurrente que el contenido de estos autos resulta también aplicable al destino dado al dinero obtenido en la venta del inmueble, conclusión que no es de aceptar puesto que el tema discutido en los mencionados autos era el relativo a sí el allanamiento de la citada usufructuaria a la pretensión actora (que, recordemos, era la venta judicial del pleno dominio del edificio) suponía o no una renuncia del usufructo pero únicamente a efectos de la venta de la totalidad del inmueble, llegándose a una conclusión

8

afirmativa, pero no que la viuda usufructuaria renunciase a su subrogación en el precio obtenido, siendo en consecuencia de plena aplicación lo dispuesto en el art. 83.2 de la Compilación, no pudiendo admitirse la existencia del «pacto en contrario» al que dicho precepto legal se refiere, y sin que conste tampoco la existencia de una renuncia explícita en documento público, tal como establece el art. 86.1.1.^a del mencionado texto legal; no existe, por tanto, ninguna contradicción entre las mencionadas resoluciones pues las mismas hacen referencia a circunstancias distintas y procede, en consecuencia, la desestimación del recurso planteado.

Segundo: no se hace condena en costas.

demandante, por ello, carece de acción contra la esposa.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 41, 43 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Jesús Ignacio Pérez Burred.

Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Zaragoza se sigue juicio de cognición (Autos 10/98 A) entre la vendedora de una máquina de café y el adquirente y su esposa en reclamación del precio, intereses y costas. La sentencia, pese a considerar que la deuda es consorcial, estima la demanda sólo en relación al marido y la desestima respecto de la mujer porque la reclamación de la deuda se ha producido tras la disolución, liquidación y división de la comunidad conyugal.

NÚM. 9

S. JPI Zaragoza n.º 14 de 29/5/98

6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: PASIVO: DEUDAS COMUNES: *La deuda contraída unilateralmente por el marido (importe de la máquina de café) es una carga o deuda común al redundar en beneficio común y haber sido contraída en el ejercicio de una actividad útil a la comunidad (la explotación del negocio de bar al que se dedicaban ambos cónyuges), según establece el art. 41.5.ª Comp.*

6635: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN: RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES: Deudas comunes: *Considera la sentencia que, aunque la deuda contraída unilateralmente por el marido es sin duda una carga o deuda común, al haber otorgado luego los entonces esposos capitulaciones matrimoniales mediante las que disolvían el régimen consorcial existente hasta entonces, repartiéndose los bienes comunes y pactando el régimen de separación absoluta, y al no existir, por consiguiente, en el momento de la interposición de la demanda bien consorcial alguno, resulta de aplicación el art. 43.2 Comp. que obliga a responder sólo al cónyuge que contrajo la deuda (el marido), sin perjuicio de la facultad de repetición contra el otro. la*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La actora reclama en las presentes actuaciones la condena solidaria de los demandados al abono de la cantidad de 434.560 ptas., importe de la máquina de café vendida a los demandados en fecha 7 de noviembre de 1988, y aporta como prueba de ello el contrato de compraventa suscrito como comprador por el codemandado Sr. Ruber (documento n.º 3 de la demanda); pese a que éste aparece como único comprador, la actora dirige su acción contra ambos demandados (matrimonio en el momento de celebrarse el contrato) por considerar que la deuda es de carácter ganancial; a esta pretensión se oponen los citados demandados alegando la Sra. Gracia Seral con carácter previo la excepción de falta de legitimación pasiva «ad causam», y negando ambos adeudar cantidad alguna al estar ya pagada la deuda.

Segundo: Comenzando por esta última cuestión y habiendo cumplido la actora con su deber de prueba de la obligación cuyo cumplimiento reclama, corresponde a los demandados la prueba de la extinción de la misma mediante el pago, que es lo que alegan, y en este sentido argumentan que habiéndose pactado con la vende-

dora que el pago se haría en mano, algo reconocido expresamente por la demandante al absolver la posición primera de las formuladas por la representación procesal de la codemandada Sra. Gracia y que el propio escrito de demanda reconoce, se acordó que dicho pago se haría detrayendo semanalmente del 50 % del importe de la recaudación de las máquinas tragaperras que les correspondía a los titulares del negocio una parte para destinarla al pago de la cafetera, habida cuenta que la propietaria de las mencionadas máquinas era, a su vez, la hoy actora, habiéndose ya satisfecho, hace mucho tiempo, la totalidad del precio, para confirmar ésto aportan los demandados como testigo a su hija, Sra. Ruber Gracia, quien manifiesta (constatación a las repreguntas segunda B y C, y tercera), que cuando se efectuaba la recaudación se entregaba por el recaudador un documento donde se detallaba el importe total de la recaudación y lo que correspondía a cada una de las partes, el titular del bar y la dueña de las máquinas, declarándose todo ello a Hacienda, y que el recaudador les entregaba al bar el 50 %; pues bien, si esto es así, bastaba a los demandados con haber aportado los mencionados documentos contables, o al menos alguno de ellos, para acreditar que se había descontado efectivamente el pago de la cafetera, o incluso las declaraciones de Hacienda e I.V.A. donde también se vería tal circunstancia, pero nada de ello se ha acompañado, siendo los citados demandados quienes más facilidad tenían para acceder a dicha documentación, por lo que no es posible estimar acreditada la extinción de la obligación por la simple declaración testimonial de la hija de los demandados (artículo 1248 del Código Civil), y procede, en consecuencia, la condena del codemandado Sr. Ruber al pago de la cantidad reclamada, 434.560 ptas.

Tercero: Respecto a la codemandada Sra. Gracia, esposta del anterior en el momento de generarse la deuda, procede estimar no una falta de legitimación pasiva sino una falta de acción frente a ella por parte de la actora, y ésto por cuanto siendo sin duda la deuda contraída uni-

lateralmente por el marido una carga o deuda común al redundar en beneficio común y haber sido contraída en el ejercicio de una actividad útil a la comunidad (la explotación del negocio de bar al que se dedicaban ambos cónyuges), según establece el artículo 41.5ª de la Compilación, al haber otorgado los entonces esposos en fecha 7 de abril de 1993 escritura pública de capitulaciones matrimoniales mediante la que disolvían el régimen conсорsial existente hasta entonces, repartiéndose los bienes comunes y pactando el régimen de separación absoluta, y no existir, por consiguiente, en el momento de la interposición de la demanda bien alguno de dichas características, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 43.2 de la mencionada Compilación de Derecho Foral, y habiendo contraído la deuda común el marido responderá éste, y no su ex-esposa, de la deuda, sin perjuicio de la facultad de repetición que le concede el citado precepto.

Cuarto: Estimándose la demanda respecto al codemandado Sr. Ruber Belenguier, procede imponer a éste el pago de la mitad de las costas procesales de la actora, y desestimándose la demanda respecto a la otra codemandada, Sra. Gracia Seral, serán a cargo de la demandante las costas por ésta causadas (artículos 523 L.E.C.)

NÚM. 10

A. JPI Zaragoza nº13 de 5/6/98

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES: REHABILITACIÓN DE LA AUTORIDAD FAMILIAR:
En Aragón el contenido de la «patria potestad» rehabilitada, al concurrir las circunstancias de los arts. 171 en relación con el 234 Cc., deberá entenderse integrado, en primer lugar, por referencia a la regulación que bajo epígrafe de «autoridad familiar» se recoge en la Compilación (arts. 9 y ss.), con las diferencias que respecto del Cc. presenta. Y luego, en aquélla en que sea preciso, y con carácter supletorio, por las normas del Código civil. Se trata de la prolongación de las mismas atri-

10

buciones que los padres tenían cuando su hija era menor de edad.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 9 y ss. Comp.; 171 y 234 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch.

Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Zaragoza se sigue juicio de menor cuantía (núm. 694/97-C) en solicitud de constitución de la tutela sobre una hija declarada incapaz. El Auto declara rehabilitada a todos los efectos la autoridad familiar, y, en lo aplicable, la patria potestad de los padres sobre su hija declarada incapaz.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero: Declarada la incapacidad de Eloisa María Casas Nebra consta en autos tanto el deseo de sus padres de seguir encargados de su cuidado como el hecho de convivir la incapaz con ellos normalmente, por lo que se dan las circunstancias previstas en el artículo 171 en relación al artículo 234 del Código Civil para establecer como mecanismo de su guarda la rehabilitación de «la patria potestad» según término empleado y regulado en el propio Código.

El contenido de la patria potestad, en Aragón, deberá entenderse integrado, en primer lugar, por referencia a la regulación que bajo epígrafe de «autoridad familiar» se recoge en la Compilación de Derecho Civil Aragonés (artículo 9 y siguientes en concreto), con las diferencias que respecto del Código Civil presenta. Y luego, en aquello en que sea preciso, y con carácter supletorio, por las normas del Código Civil.

Segundo: Los efectos prácticos de lo anterior en orden al cuidado diario de la incapaz, teniendo en cuenta el cada vez mayor parecido del contenido de uno y otro Cuerpo Normativo, se traducen, en definitiva, y por lo que a los padres se refiere, en la prolongación de las mismas atribuciones que tenían cuando su hija era menor de edad, y que ha venido ejerciendo desde su nacimiento.

Vistos los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

NÚM. 11

S. JPI Zaragoza nº 14 de 9/6/98

83: LUCES Y VISTAS: RÉGIMEN NORMAL: Derecho del vecino a edificar o construir: *La sentencia reconoce el derecho del actor a abrir un hueco en pared propia sobre predio o fundo ajeno (el patio de luces de las comunidades demandadas) y con independencia de la distancia a que se encuentre (en este caso cae «a plomo» sobre dicho predio ajeno), y, por ello, condena a las Comunidades de Propietarios demandadas a que retiren a su costa la chapa de metal colocada sobre el hueco. Finalidad: La finalidad perseguida por el legislador al establecer este régimen normal de luces y vistas dentro de las relaciones de vecindad es permitir al propietario de un fundo que disfrute de luces y vistas procedentes del fundo vecino, pero impidiéndole a su vez el acceso a dicho fundo, y de ahí que se exija que los huecos carezcan de balcones y otros voladizos y estén provistos de reja de hierro y red de alambre, o protección semejante o equivalente, de tal manera que no pueda asomarse a la propiedad contigua. Reja y red: La finalidad de evitar que el propietario del hueco pueda asomarse a la propiedad contigua puede lograrse mediante reja y red o «protección semejante o equivalente», por lo que dados los modernos materiales de construcción, tal finalidad puede lograrse perfectamente a través de cristales traslúcidos que dejan pasar la luz pero no la imagen; sistema que incide mucho menos en la intimidad de los vecinos que el tradicional de reja y red, por lo que carece de sentido obligar al actor a colocar éstos. La expresión «reja remetida en la pared» debe entenderse como reja enclavada dentro de los límites del hueco y que no sobresalga de él, lo que también cumple el muro acristalado colocado a «ras» de fachada y sin sobresalir de ésta.*

DISPOSICIONES CITADAS Arts. 144 Comp. y 582 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Jesús Ignacio Pérez Burred

Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Zaragoza se sigue juicio verbal (autos núm. 191/98) entre el propietario de una casa y las Comunidades de Propietarios de las casas vecinas sobre apertura de hueco para luces. La sentencia estima la demanda, declara el derecho del actor a abrir el hueco, condena a las demandadas a que retiren a su costa la chapa de metal colocada sobre dicho hueco, y desestima la demanda reconvenzional.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: En base al régimen de luces y vistas que se establece en el art. 144.1 de la Compilación de Derecho Foral, plantea el actor la presente demanda en solicitud de que se le reconozca la facultad de abrir un hueco en pared propia para la obtención de luces y de que se condene a las Comunidades de Propietarios demandadas, sobre cuyo patio de luces se ha abierto dicho hueco, a que retiren la chapa de metal colocada sobre el mismo, pretensión a la que éstas se oponen formulando, a su vez, reconvencción en solicitud de que se le deniegue al actor lo que reclama y, alternativamente, que cumpla los requisitos del art. 144.2 de la Compilación.

Segundo: El art. 144.1 antes citado reconoce, con carácter genérico, el derecho de todo propietario a abrir en pared propia, y a cualquier distancia de predio ajeno, huecos para luces y vistas sin sujeción a dimensiones determinadas, por lo que en el presente caso, no existiendo duda de que la pared sobre la que ha obrado el actor es propia, tiene derecho a abrir un hueco (da igual que sea hueco o ventana) sobre predio o fundo ajeno (el patio de luces de las comunidades demandadas) y con independencia de la distancia a que se encuentre (en este caso cae «a plomo» sobre dicho predio ajeno), debiendo reconocerse, en consecuencia, a aquél el derecho reclamado en el nº 1 del «súplico» de la demanda, y como quiera que han sido las comunidades demandadas quienes han ordenado colocar la chapa metálica sobre el hueco, que se aprecia en las fotografías, debe condenarse a las mismas a que la retiren

a su costa; si la elaboración de dicho hueco ha causado algún tipo de perjuicio a las demandadas, en el sentido de caída de cascotes o defectuoso acabado con riesgo de filtraciones, deberán requerir al actor que subsane dichas deficiencias, y éste vendrá obligado a hacerlo, permitiéndole el acceso para ello a través de su propiedad, pero esto nunca puede suponer una negativa a que el demandante ejercite su derecho.

Tercero: La finalidad perseguida por el legislador al establecer este régimen normal de luces y vistas dentro de las relaciones de vecindad es lo de permitir al propietario de un fundo que disfrute de luces y vistas (en este caso solo serían luces dadas las características de translucidez del vidrio utilizado) procedentes del fundo vecino, pero impidiéndole, a su vez el acceso a dicho fundo, y de ahí que se exija que los huecos existentes dentro de las distancias del art. 582 del C. Civil, carezcan de balcones y otros voladizos y estén provistos de reja de hierro remetida en la pared y red de alambre, o protección semejante o equivalente, de tal manera que no pueda asomarse el propietario del hueco a la propiedad contigua; esta finalidad puede lograrse mediante la citada reja remetida y la red de alambre, pero no son los únicos medios posibles (de ahí que la ley hable de «protección semejante o equivalente») por lo que dados los modernos materiales de construcción, la finalidad antes citada puede lograrse perfectamente a través de los gruesos cristales traslúcidos que se observan en la fotografía nº14 y que dejan pasar la luz pero no la imagen; indudablemente el sistema elegido incide mucho menos en la intimidad de los vecinos que el tradicional de reja y red, por lo que carece de sentido obligar al actor a colocar éstos; por otra parte, la expresión «reja remetida en la pared» debe entenderse como reja enclavada dentro de los límites del hueco y que no sobresalga de él, lo que también cumple el muro acristalado colocado a «ras» de fachada y sin sobresalir de ésta, como se aprecia por la colocación de la chapa. En

definitiva, deben rechazarse las dos alternativas formuladas reconventionalmente.

Cuarto: La estimación de la demanda y la desestimación de la reconvencción conllevan la imposición de las costas causadas por ambas a la parte demandada. (art. 523 L.E.C)

NÚM. 12

A. JPI Zaragoza nº 7, de 15 de junio de 1998

723: TESTAMENTO MANCOMUNADO: PACTO AL MÁS VIVIENTE: «Sustitución fideicomisaria de residuo», Fallecido el esposo supérstite, heredero por «pacto al más viviente», procede declaración de herederos abintestado a a favor de los herederos del premuerto respecto de aquellos bienes así heredados sobre los que el supérstite no hubiese dispuesto

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 108.3 i. f. Comp.

PONENTE: Ilma. Sra. Dña. Carmen Royo Jiménez

El Juzgado acordó en un primer momento 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 haría imposible el posterior abintestato a favor de sus parientes (A. JPI Zaragoza núm. 7, 9 de septiembre de 1997, núm. 0711/97, ratificado en recurso de súplica por el de 19 del mismo mes). Tras el Auto APZ 27 abril 1998 (recogido en el marginal XXX), ordenando seguir adelante el trámite de la declaración de herederos, se hace así por este Auto, declarando sin matiz alguno únicos y universales herederos abintestato de la premuerta a sus siete hermanos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: La sucesión legítima tiene lugar, conforme a los artículos 912 del Código Civil y 127 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, cuando no exis-

ta testamento o pacto que la rijan, bien por no existir o no ser eficaz o aplicable por las diversas causas que en el Código se mencionan. En el presente caso existiendo una primera sucesión testada entre cónyuges con testamento mancomunado de pacto al más viviente, resulta de aplicación el párrafo tercero del art. 108 de la Compilación, respecto a los bienes que el cónyuges supérstite Sr. Nogués, heredó de su premuerta esposa y que permanecían en su caudal por no haber dispuesto de ellos, que pasarán a las personas llamadas en el momento del fallecimiento del sobreviviente a la herencia de la premuerta.

Segundo: A falta de ascendientes y descendientes, y en defecto de cónyuge, heredarán los parientes colaterales, sucediendo los hermanos con preferencia a los demás, y no existiendo en el presente caso otras personas con derechos a la herencia que hermanos de doble vínculo, éstos heredarán por partes iguales. (Artículos 912, 913, 943, 944, 945, 946 y 947 del vigente Código Civil).

Tercero: Que de los documentos aportados e información testifical ofrecida y practicada, aparece justificado el fallecimiento de María Victoria Rodrigo Ballarin, sin descendencia, estando casada con D. Jesús Nogués Escanero, quien, a su vez falleció posteriormente también sin descendencia; habiendo fallecido los padres de 1(a) causante, y siendo los herederos de más próximo parentesco con aquella sus hermanos de doble vínculo D. Carmen, D. Esperanza, D. Ines, D. Javier, D. Luis, D. Felicidad, y D. Dolores Rodrigo Ballarin, procede de conformidad con lo solicitado en el escrito inicial del expediente, el dictamen del Ministerio Fiscal, y lo establecido en el anterior Fundamento, declarar a dichos hermanos sus únicos y universales herederos, por partes iguales.

NÚM. 13

S. JPI Zaragoza nº 14, de 22 de junio de 1998

714: BENEFICIO LEGAL DE INVENTARIO: Confusión. El herede-

ro que concertó contrato de inquilinato con su causante no puede oponer éste (en virtud del beneficio de inventario) al acreedor hipotecario anterior al arrendamiento, que ejecuta después de producida la sucesión mortis causa. Se dice que, al ser declarado heredero abintestato, «se produjo una confusión en las condiciones de propietario e inquilino», «no pudiendo ser la misma persona a la vez propietario y arrendatario del mismo inmueble».

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 138.2 Comp. y art. 1.192 Cc.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Jesús Ignacio Pérez Burred

El actor adquirió la finca mediante auto recaído en procedimiento hipotecario; la hipoteca se había constituido en 1993. En estos Autos de menor cuantía 40/98-C demanda nulidad o, subsidiariamente, ineficacia, de arrendamiento concertado después de 1993 por los dueños hipotecantes a favor de su hijo, luego coheredero. Este opone que heredo a beneficio de inventario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: El actor, propietario de dos fincas rústicas sitas en el término municipal de Quinto de Ebro e identificadas catastralmente como finca 14-A del polígono 22 y finca 61-A del polígono 9, ejerce en las presentes actuaciones una acción tendente a obtener la declaración de nulidad, o subsidiariamente de ineficacia, del contrato de arrendamiento rústico efectuado sobre dichas fincas entre los anteriores propietarios de las mismas y el codemandado Sr. Dobato Tello, hijo de éstos, al entender que el mencionado contrato arrendaticio carece de causa alguna, habiendo sido elaborado únicamente con la finalidad de impedir que el actor, con quien los anteriores propietarios habían suscrito un préstamo poniendo como garantía hipotecaria las citadas fincas, pudiera posesionarse de las mismas caso de ejecutarse la mencionada garantía, y considerando, asimismo, ineficaz el citado

contrato al haberse producido en la persona del inquilino la consolidación de la condición de propietario de las fincas al haber fallecido su padre y aceptado la herencia; asimismo reclama la entrega de los frutos y el abono de los daños y perjuicios que se hayan generado con la ocupación; pretensiones todas ellas rechazadas por los codemandados, madre e hijo.

Segundo: De la prueba documental practicada en autos resulta plenamente acreditado que en fecha 7 de septiembre de 1993 el actor, la codemandada Doña Pilar Tello y su esposo, hoy fallecido, D. Joaquín Dobato, otorgaron una escritura pública de préstamo con la garantía hipotecaria de las dos fincas en cuestión, y que el 1 de enero de 1994 los entonces titulares de las fincas que poseían la declaración legal de invalidez concedida por el I.N.S.S., formalizaron un contrato de arrendamiento respecto de las citadas fincas con su hijo, contrato que resulta conforme con lo establecido en el art. 6, segundo de la Ley de Arrendamientos Rústicos y en el que, en vez de fijar una renta en dinero, se establecía que el inquilino se haría cargo de cuantos gastos, alfardas e impuesto se produzcan por las fincas detalladas, cláusula admisible a tenor de lo dispuesto en el art. 31.2 de la citada Ley arrendaticia, pues por renta en especie tanto debe entenderse la percibida en concepto de frutos como en concepto de pago por el inquilino de cuantos gastos e impuestos genera el inmueble arrendado; este contrato es de fecha muy anterior al inicio del procedimiento de ejecución sumaria del art. 131 de la Ley Hipotecaria, que tuvo lugar en 1996, y el mismo fue debidamente anotado en el correspondiente Registro del Departamento de Agricultura, Ganadería y Montes de la Diputación General de Aragón, tras haber satisfecho el impuesto de actos jurídicos documentados; asimismo está acreditado que con esa misma fecha, la del 1 de enero de 1994, el arrendatario se dio de alta como profesional de la agricultura y en el régimen especial agrario de la Seguridad Social, donde se

encuentra al corriente del pago de las cuotas, al igual que en el impuesto de bienes inmuebles rústicos, habiendo solicitado, y obtenido, la declaración de su explotación agraria como preferente, demandando de la administración, y percibiendo, diversas ayudas tanto para jóvenes agricultores como ayudas a superficies (P.A.C.), datos todos ellos que demuestran, con independencia de que la finca de regadío no esté trabajada actualmente por un problema de aguas con el Sindicato de Riesgos, que el contrato de arrendamiento suscrito en su día cumplía con los requisitos del art. 1261 del Código Civil, y no fue hecho con ánimo de perjudicar al actor, no habiéndose producido todavía en ese momento el impago que generó la ejecución hipotecaria, por lo que debe rechazarse la pretensión de nulidad del citado contrato.

Tercero: Subsidiariamente a esta pretensión, el actor solicita que se declare la ineficacia de dicho contrato como consecuencia de la confusión en la misma persona de las condiciones de propietario y arrendatario del mismo bien; esta causa de extinción del contrato (más que de ineficacia) es negada por los demandados alegando que al haber sido aceptada la herencia a beneficio de inventario y no haberse producido al tiempo de la ejecución hipotecaria la partición y división de los bienes de la misma, no se ha producido el efecto extintivo de la confusión, en virtud de lo dispuesto en el art. 1.192, párrafo segundo, del Código Civil; ahora bien, estando acreditado en autos que en fecha 30 de noviembre de 1995 falleció el padre del inquilino, D. Joaquín Dobato Jaso, que ostentaba la vecindad civil aragonesa, que en fecha 9 de mayo de 1996 el codemandado Sr. Dobato Tello acepta, junto con otro hermano, a beneficio de inventario tal como establece el art. 138.1 de la Compilación la herencia intestada de su padre, adjudicándose por mitad y proindiviso entre ellos, en nuda propiedad, una mitad indivisa de las fincas litigiosas, y que en fecha 8 de julio de 1996 fueron declarados mediante acta de

notoriedad herederos abintestato de su fallecido padre, es evidente que en ese momento se produjo una confusión en las condiciones de propietario e inquilino; el límite o condición que establece el mencionado párrafo segundo del art. 1.192 del Código civil es para el supuesto de la existencia de deudas de la herencia, extinguiéndose la obligación cuando concurren en la misma persona los conceptos de acreedor y deudor, en cuyo caso sí que hay que tener en cuenta el beneficio de inventario, pero aquí no se está hablando de ninguna deuda hereditaria ni de acreedores y deudores, sino de propietario e inquilino, por lo que no resulta de aplicación el mencionado precepto legal; en consecuencia, y no pudiendo ser la misma persona a la vez propietario y arrendatario del mismo inmueble, desde el 8 de julio de 1996 la condición de inquilino cede ante la de mayor entidad jurídica del título dominical, ocupando las fincas en concepto de dueño, pero como quiera que no es sino hasta el 10 de febrero de 1997, fecha del auto de adjudicación, cuando el actor adquiere su condición de titular de la finca, el derecho de éste a percibir los frutos que haya producido la finca (pues deterioro o pérdida no ha habido, dado que no se cultivaban) empezará a contar desde dicha fecha, de acuerdo con el art. 455 del Código Civil.

Cuarto: Estimándose en lo fundamental la pretensión actora, procede imponer las procesales causadas a los demandados (art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

NÚM. 14

S. JPI Zaragoza nº 14, de 25 de junio de 1998

6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL

LEGAL: PASIVO: Deudas posteriores privativas: Tercería de dominio. La deuda del marido, condenado en juicio en que no fue demandada su mujer, a reintegrar cierta cantidad de que dispuso indebidamente a la masa hereditaria de un primo suyo, es

deuda privativa. Embargada finca de la que ya es propietaria la mujer en virtud de convenio regulador aprobado en sentencia de separación, se aprecia la tercería de dominio y se ordena levantar el embargo.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 41.5 y 46.1 Comp.

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Jesús Ignacio Pérez Burred

En S. dictada contra el marido (en pleito en que no fue parte la esposa) se le condenó al reintegro de cierta cantidad a la masa hereditaria de un primo hermano suyo, suma de la que dispuso, junto con su hermana, sin tener en cuenta los derechos de otros herederos. La actora, esposa separada del ejecutado, interpone tercería de dominio (220/98-C), respecto de cierta finca que le fue adjudicada a la separación. La anotación de embargo se produce cuando ya estaba presentado en el Registro el título (convenio regulador aprobado judicialmente) de la tercerista.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La cuestión sometida a debate en las presentes actuaciones de tercería de dominio es si la vivienda propiedad de la actora, que le fue adjudicada en virtud de sentencia de separación de fecha 1 de octubre de 1997 que aprobaba la propuesta de convenio regulador presentado por los cónyuges, debe o no responder de la condena que se hace al esposo, en la sentencia dictada en autos de Menor Cuantía nº 875/96-C, al reintegro de la cantidad de 4.033.606 pts. a la masa hereditaria de un primo hermano suyo, suma de la que dispuso, junto con su hermana, sin tener en cuenta los derechos de otros herederos.

Segundo: A través de la prueba documental practicada en autos debe considerarse como fecha en la que la actora adquiere la titularidad de la vivienda en cuestión la de la citada sentencia de separación, 1 de octubre de 1997, que aprueba el convenio regulador de la separación suscrito por ambos cónyuges en el que se

adjudica a la esposa, la hoy actora, la vivienda objeto del presente pleito; este título tuvo acceso al Registro de la Propiedad nº 2 en fecha 21 de noviembre de 1997, según aparece en el sello puesto en el ejemplar aportado por la demandante, no practicándose, sin embargo, la inscripción hasta el 30 de diciembre de 1997 por ello, y pese a que en fecha 1 de diciembre de 1997 se practicase una anotación preventiva de embargo, consecuencia de la ejecución de la sentencia dictada en los autos principales el 18 de julio de 1998, lo cierto es que en dicho momento la titularidad de la vivienda ya correspondía a la hoy actora, algo que, en el fondo, vienen a reconocer los demandados (actores en el pleito principal) pues la línea argumental de su oposición va dirigida a acreditar la condición de carga o deuda común establecida en el nº 5 del art. 41 de la Compilación de Derecho Foral de la contraída por el esposo por entender que el haber hereditario redundó en beneficio de la comunidad consorcial entonces existente.

Tercero: Esta pretensión de los demandados no puede ser aceptada y ello por cuanto la deuda del marido no es una deuda común o de la sociedad sino que es privativa del mismo: aquélla surge a raíz de la sentencia condenatoria dictada contra dicho marido, D. Daniel Serrano Fierro, y su hermana Doña Pilar; en la citada sentencia no se condena a la hoy actora pues ni siquiera se dirigió la demanda contra la misma, y todas las cuestiones que los hoy demandados hacen respecto al destino dado al metálico de la herencia (ingreso en una c/c de titularidad de ambos esposos, renuncia a la herencia por parte de la hermana sin contraprestación alguna, etc...) debieron ser planteadas en su momento, al ejercitarse la «actio petitio hereditatis», si de verdad entendían que la hoy actora también se hallaba en posesión de la herencia, pues el art. 1021 del Código Civil no exige que el demandado sea heredero sino que basta con que esté en posesión de la herencia; en definitiva, debe entenderse acreditado el carácter privativo de la deuda contraída por el

esposo, y como el bien embargado también es privativo, pero de la esposa, no puede sujetarse el mismo para responder de la deuda de aquél (art. 46.1 Compilación), debiendo levantarse, en consecuencia, el embargo trabado.

Cuarto: La estimación de la pretensión actora conlleva la imposición de las costas causadas a la parte demandada (art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

15

NÚM. 15

A. JPI Zaragoza nº 13, de 1 de julio de 1998

65: RELACIONES PARENTALES Y TUTELARES: Autoridad familiar rehabilitada. *Solicitado por el M. Fiscal, en procedimiento de tutela, rehabilitación de la patria potestad sobre el declarado incapaz, el Juez acuerda rehabilitar la autoridad familiar de los padres.*

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 9 ss. *Comp.*

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Pastor Eixarch

Procedimiento de tutela núm. 21/81. El M. Fiscal «estima pertinente que, de conformidad con la normativa establecida en el art. 171 Cc., se proceda a rehabilitar la patria potestad».

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero: Declarada la incapacidad de D. Juan José Sáenz Ruiz y constando tanto el deseo de sus padres de seguir cuidando de él, como la existencia de circunstancias que aconsejan se aplique el régimen normativo previsto para la autoridad familiar aragonesa en lugar del de la tutela, procede acordarlo así, rehabilitando, aún siendo mayor de edad el hijo, tal institución, que se ejercitará conforme a las normas previstas en los artículos 9 y siguientes de la Compilación de Derecho Civil Aragonés, integrados por la costumbre y los principios generales de aplicación y supletoriamente completados con las normas reguladoras de la patria potestad del Código Civil.

NÚM. 16

A. JPI Zaragoza Instrucción nº 4, de 23 de julio de 1998

7: DERECHO DE SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE: *Querella. Querella por presuntos delitos de hurto y apropiación indebida (colección de sellos, anillo, reloj), procedentes de la herencia del padre, interpuesta por una hermana contra su hermano, tras ser «desheredada» por su madre viuda. Se acuerda el sobreseimiento libre y archivo, por no ser constitutivos de delito los hechos objeto del escrito de querella.*

DISPOSICIONES CITADAS: «El derecho foral».

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Mauricio Murillo y García-Atance

16

Diligencias Previas nº 3.540/97. Recurrido el Auto en apelación, fue confirmado por Auto de la Sec. 3ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 23 de septiembre de 1998, marginal XXX.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero: Pese a estar aún pendiente de practicarse dos diligencias de prueba, cuya práctica fué acordada en providencia de fecha 3 de julio de 1998, se han practicado las pruebas necesarias, suficientes y esenciales para poder dictarse la resolución que aquí se realiza.

Así, de las diligencias de prueba practicadas, e independientemente del valor de la colección de sellos, del anillo y del reloj, a que se hace referencia en la querella, desde la muerte de D. Salvador Amada Sanz, hasta la de su esposa Dª. Pilar Cinto Binué, las hermanas, y entre ellas la querellante conocieron y consintieron que su hermano aquí querrellado, continuara con la colección de sellos del padre y portara su anillo y su reloj; cuestión que se consideró normal. Constatado además que la causa de desheredación de la querellante por su madre fué una decisión exclusiva de ésta en el uso de su derecho foral, hay indicios suficien-

tes para concluir que los bienes aquí reclamados: colección de sellos, anillo y reloj, fueron donados por su madre al querellado, del mismo modo que otros bienes fueron donados a las hijas.

No siendo los hechos denunciados constitutivos de ninguna infracción penal, procede el Sobreseimiento Libre y Archivo de las actuaciones, conforme al art. 637-2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Segundo: Las costas deben declararse de oficio por ahora.

17

NÚM. 17

S.PJI La Almunia, de 27 de julio de 1998

6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: pasivo: Deudas comunes (de gestión). El marido (incapacitado, del que es tutora su mujer) rinde cuentas de provisión de fondos recibida en su profesión de abogado: la cantidad resultante a favor de la actora es deuda de la comunidad y de ella responde la mujer con su participación en los bienes comunes del patrimonio consorcial.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 42 Comp.

PONENTE: Ilma. Sra. Dña. Eva Atarés García

La actora solicita rendición de cuentas y entrega del saldo resultante a su favor. En el pleito compareció la esposa del demandado solicitando suspensión del procedimiento hasta nombramiento de tutor al demandado, incapacitado como consecuencia de accidente de circulación. Nombrada tutora la esposa, es emplazada en cuanto representante de defecto legal en el modo de proponer la demanda y falta de legitimación pasiva, son rechazadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Opuestas por la representación procesal de Dña. M. Pilar Pabla Solans Barberán las excepciones de defecto legal en la forma de proponer la

demanda y de falta de legitimación pasiva de la codemandada, debe entrarse a resolver sobre ellas en primer lugar.

Por lo que se refiere a la primera de ellas, ha de tenerse en cuenta que sólo se entiende que la demanda ha sido defectuosamente planteada cuando falta alguno de los requisitos que enumera el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que la jurisprudencia ha suavizado cualquier posible rigor al apreciar la concurrencia de estos requisitos, sobre todo cuando, como en este caso, se habla del incumplimiento del referente a la «determinación clara y precisa de lo que se pida», respecto al cual el Tribunal Supremo entiende que no ha lugar a la excepción cuando del conjunto del escrito puede determinarse con claridad qué es lo que el actor pide (Sentencia de 24 mayo de 1982). En el presente supuesto, y del suplico del escrito de ampliación de la demanda, se deduce claramente la remisión al «petitum» de la demanda respecto de Dña. M. Pilar Solans, por lo que se estiman cumplidos los requisitos del artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, desestimándose consiguientemente la excepción planteada.

En cuanto a la excepción de falta de legitimación pasiva de Dña. M. Pilar Solans, ha de partirse de que las cantidades entregadas por Industrias Aragonesas del Calzado S.A. a D. Santiago Izuzquiza como provisión de fondos constituyen un anticipo de los honorarios que a éste correspondían como abogado y de los gastos suplidos. Surgida posteriormente la obligación de liquidar las cantidades percibidas, ha de considerarse que se trata de una obligación contraída en el desempeño de su profesión. Dado que el artículo 42 de la Compilación Aragonesa dispone que cada cónyuge en el ejercicio de sus facultades legales de administración, así como en la explotación regular de sus negocios o en el desempeño de su profesión, obliga siempre, frente a terceros de buena fe, a los bienes comunes, ha de considerarse esta obligación como

cargo de la comunidad, estando por tanto su esposa legitimada pasivamente para ser llamada y traída en el presente procedimiento, debiendo en consecuencia ser desestimada la excepción planteada.

Segundo: Según ha resultado acreditado, habiéndolo reconocido así ambas partes, D. Santiago Izuzquiza fue contratado por la actora como Abogado, asumiendo su defensa técnica en el procedimiento de Juicio de Menor Cuantía nº 201/91 tramitado en este Juzgado. En el curso de tal relación y en concepto de provisión de fondos, la actora entregó al hoy demandado un total de veintiocho millones de pesetas, según ha resultado probado por la prueba documental y pericial contable practicada, cantidad que no ha sido liquidada, habiendo sufrido el Sr. Izuzquiza en agosto de 1994 un accidente de circulación cuyas graves secuelas han determinado su declaración de incapacidad, habiendo sido nombrada tutora su esposa.

Tercero: Dado que así lo reconoce la parte actora y según resulta del conjunto de la prueba practicada, han quedado acreditados los siguientes gastos efectuados por el Sr. Izuzquiza en la tramitación del procedimiento 201/91: 920.000 pesetas pagadas al diario «Cinco Días»; 9.858.080 pesetas a Zaragoza, S.L. (no procediendo el descuento del IVA, como pretende la actora, desde el momento en que ha quedado acreditado que dicha cantidad fue abonada completamente por el Sr. Izuzquiza, y que es un impuesto que debe ser abonado por el beneficiario del servicio, conforme a la legislación que lo regula); 38.000 pesetas a la Procuradora Emilia Bosch Iribarren; 10.876 pesetas a Foticos S.L., 39.580 pesetas por compra de botas; 7.462 pesetas a Intra (con la misma indicación antes efectuada respecto del IVA); 34.200 pesetas a Thomson & Thomson, y 24.200 pesetas a Naranjo, S. L.

Impugna la actora los gastos correspondientes a la actuación del perito calígrafo Sr. Cañadas, y a los honorarios de D. Ignacio Quintana Carlo e Ignacio Gallego Vázquez. Habiéndose acreditado

que el Sr. Cañadas prestó sus servicios como perito en el mencionado procedimiento devengando honorarios por importe de 287.500 pesetas, deben ser tenidos en cuenta para efectuar la liquidación, en cuanto si bien el perito declaró en comparecencia que no había cobrado tales honorarios, ha quedado probado que se trata de una obligación contraída por el Sr. Izuzquiza en el curso del procedimiento, generando un débito que podrá en su caso serle reclamado por su acreedor, quien no guarda relación alguna con los actores. Por el contrario, no pueden ser incluidas las minutas de honorarios devengados por los Sres. Quintana y Gallego, puesto que, contratado el Sr. Izuzquiza para asumir la defensa de la hoy actora en el procedimiento 201/91, el que a su vez encomendara la realización de dictámenes o la preparación de escritos a compañeros suyos en materias estrictamente jurídicas, es una decisión que sólo a él atañía, sin que pueda ser obligado su entonces cliente a asumir el gasto efectuado por el Sr. Izuzquiza que ha quedado acreditados asciende a un total de once millones doscientas doce mil cuatrocientas treinta y seis pesetas (11.212.436 pesetas).

Cuarto: Respecto de los honorarios de D. Santiago Izuzquiza, ha de estarse exclusivamente a los devengados en el procedimiento 201/91, ya que no se ha probado en forma alguna cuál fue, si existió, su participación en los procedimientos seguidos en Juzgados de Elche y Alicante. A falta de determinación por la parte demandada de la cuantía de los mismos, ha de atenderse al dictamen emitido por el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, que señala que la cuantía mínima de tales honorarios asciende a 1.620.547 pesetas. Se estima que dicha cantidad debe incrementarse en un treinta por ciento a los efectos de la rendición de cuentas que nos ocupa, valorándose así la complejidad del procedimiento señalado y la dedicación que exigió del Letrado hoy demandado, fijándose de esta manera sus honorarios un total de 2.106.711 pesetas.

Quinto: Ascendiendo por tanto la cantidad total de gastos y honorarios a la suma de 13.319.147 pesetas, ha de condenarse al demandado a abonar a la actora la cantidad de catorce millones seiscientos ochenta mil ochocientos cincuenta y tres pesetas (14.680.853). Tratándose de una cantidad ilíquida, la misma devengará el interés legal desde la fecha de la presente resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. De tal cantidad responderá la esposa codemandada, Dña. Pilar Solans, con su participación en los bienes comunes del consorcio conyugal, en los términos del artículo 42 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón.

Sexto: Habiéndose estimado la demanda en su pretensión principal, y por aplicación del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer a los demandados el pago de las costas causadas en este procedimiento.

la providencia de 9 de septiembre, conviene resolver tal cuestión con carácter previo a la acción ejercitada en este proceso, lo que, por razones de economía procesal, puede hacerse en la misma resolución que ponga fin al procedimiento, toda vez que las actuaciones se hallan a la vista para Sentencia.

Alega el demandado como causa de nulidad la indefensión que le produce la inadmisión a trámite del recurso de reposición contra la denegación de prueba por él propuesta. No obstante, no cabe hablar de indefensión cuando, como en este caso, se han respetado las normas del procedimiento, ya que si la resolución que rechazó la prueba fue adoptada durante la celebración del juicio verbal, debió ser también durante el mismo cuando se interpusiera el correspondiente recurso a fin de que éste fuera resuelto antes de que se diera por finalizado el acto y esto es así dado que, conforme a lo dispuesto en el art. 1644 L.E.C., las pruebas han de practicarse en el acto y tras ello quedan los autos a la vista para Sentencia, por lo que al no haber interpuesto el Letrado recurso alguno en el momento preciso, se entiende que ha precluido el plazo. En consecuencia, no observándose la pretendida infracción de normas procesales, puesto que el plazo de cinco días que el art. 567 L.E.C. concede para recurrir en reposición sólo es de aplicación para los procedimientos que, por su naturaleza, permitan otorgar dicho término (lo que no ocurre con los interdictos de obra nueva, por las razones ya expuestas), no cabe acceder a la nulidad solicitada, al no darse ninguno de los supuestos contemplados en el art. 238 L.O.P.J. En cualquier caso, aunque se admitiera el derecho del demandado a formular su recurso después de concluido el procedimiento, el hecho de haberle negado esta posibilidad tampoco sería constitutivo de nulidad, cuando el art. 240.2º de dicha Ley permite, antes de nada, proceder a la subsanación, por lo que podría entenderse que con lo razonado anteriormente queda ya resuelto en sentido desestimatorio el recurso, toda vez que no cabe admitir en

18

NÚM. 18

S. JPI Huesca nº 2, de 29 de septiembre de 1998

83: LUCES Y VISTAS: Derecho del vecino a edificar o construir. Se rechaza interdicto de obra nueva. El actor alegaba infracción de normas urbanísticas y lesión de derecho de luces y vistas que dice ostentar desde hace más de un siglo: pero los huecos no tienen signo aparente de servidumbre.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 144.3 y 145 Comp.

PONENTE: Ilma. Sra. Dña. Beatriz Balfagón Santolaria

La S. resuelve recurso de nulidad contra providencia que rechazó el interdicto. La S. manda alzar la suspensión de las obras, remitiendo al actor al procedimiento declarativo que corresponda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Dada la petición de nulidad que formula el demandado respecto de

los interdictos las pruebas que no puedan practicarse en el acto.

Segundo: Entrando ya en el fondo del asunto, el interdicto de obra nueva es un procedimiento de naturaleza especial, sumaria y de cognición limitada que viene a proteger de forma rápida la propiedad, posesión o cualquier otro derecho real perturbados por el efecto de una obra nueva sin que puedan discutirse en el mismo relaciones jurídicas ni hacer declaraciones de derecho, cuestiones éstas que deberán ventilarse en el juicio declarativo correspondiente, quedando limitado el proceso interdictal al examen de una posesión perjudicada o perjudicable, esto es, una situación fáctica modificada o modificable por efecto de la obra nueva y precisamente por la vía de hecho. Hecha esta consideración y en lo que respecta al caso de autos, la prueba practicada evidencia que efectivamente el demandado ha iniciado en su terreno una construcción que se asienta a tan solo un metro de distancia del lindero correspondiente a la finca del actor, lo que se pone de manifiesto con el proyecto de obra aportado por el demandado y las diversas fotografías obrantes en las actuaciones. Igualmente se constata que ello ha supuesto levantar una pared en el mismo plano que otra perteneciente a la edificación existente en la finca del actor y que, a juicio de éste, al no guardar la distancia debida, infringe las normas urbanísticas y lesiona el derecho de luces y vistas que dice ostentar desde hace más de un siglo.

El primero de los motivos en que se basa, por tanto, la acción interdictal no puede prosperar a la vista de la certificación del Ayuntamiento de La Sotonera aportada por el demandado en el que se concluye que, de acuerdo con las normas subsidiarias de planeamiento del municipio, no existe obligación de retranqueo entre linderos, habiéndose por ello concedido licencia de obras para la construcción del almacén sin la necesidad de que se respetara una determinada distancia respecto de la finca del actor. En cualquier caso, no debe ser el interdicto de obra nueva el instrumento adecuado para

prevenir o reprimir supuestas infracciones urbanísticas, por lo que si el actor entiende que realmente se vulneran normas de ámbito provincial, debió recurrir la decisión del Ayuntamiento y discutir la cuestión en la Jurisdicción Administrativa.

Se alega asimismo que la obra impide el derecho de luces y vistas que la finca del actor tiene sobre la del demandado, por lo que no se podría edificar, según lo preceptuado en el art. 585 del Código Civil a menos de tres metros de distancia. No obstante, no se ha podido acreditar la existencia de la mencionada servidumbre, si bien es cierto que no debe exigirse una demostración o justificación plena del citado derecho, bastando con una constatación indiciaria del mismo. Lo único que se observa en este caso es la existencia en la pared del actor, orientada hacia la finca del demandado, de dos huecos, que al parecer además han sido ampliados en una reciente obra de rehabilitación, pero ello no implica per se posesión del derecho de vistas, cuando, por otra parte, no hay signo aparente de servidumbre, conforme determina el art. 145 de la Compilación Aragonesa, de modo que aunque efectivamente esos huecos llevaran más de cien años abiertos no podría adquirirse por este solo hecho servidumbre alguna.

Tercero: No considerándose el interdicto de obra nueva como un juicio declarativo en el sentido estricto a que se refiere el art. 523 L.E.C., no resulta éste de aplicación y sí el criterio de la temeridad o mala fe procesales, y no apreciándose éstas en el presente caso ya que resulta comprensible, dados los hechos, que el actor se creyera en posesión de un derecho, no procede hacer especial pronunciamiento respecto a las costas causadas.

NÚM. 19

A. JPI Monzón, de 20 de octubre de 1998

723: TESTAMENTO MANCOMUNADO: *Pacto al más viviente. Fallecido el esposo supérstite heredero por «pacto al más viviente», procede declaración de herederos troncales y troncales de abolorio*

del primero fallecido en cuanto a los bienes de esta clase de que el supérstite heredero no dispuso.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 132 y 133 Comp.

PONENTE: *Secretaria Judicial Sra. Carmona Vergara*

El Juzgado había archivado el expediente de declaración de herederos abintestato, por entender que el causante murió con testamento (el mancomunado con «pacto al más viviente» en favor de su marido), pero la APH revocó en resolución de 18 julio 1998. En este «Auto Propuesta» n.º 125 se propone declarar herederos a los solicitantes.

AUTO PROPUESTA

Secretario Judicial Sra. Carmona Vergara

Monzón a veinte de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

HECHOS

Primero: Por escrito presentado el 7 de febrero del año 1996 ante este Juzgado, la procuradora Sra. Garzón Rodelgo en nombre y representación de D. Antonio Laspalas Aloy, Dña. M^a. Pilar Laspalas Aloy y Dña. María Giral Aloy y bajo la dirección letrada del Sr. Fernández de Vega, promovió expediente de Jurisdicción Voluntaria para la declaración de herederos abintestato sobre los bienes troncales y troncales de abolorio que constituyen el caudal relicto del causante Dña. Josefa Solano Puibert.

Segundo: El solicitante acredita en su demanda el fallecimiento del causante y de su cónyuge, así como que no tuvo descendencia. Asimismo, acredita por su aportación al expediente que el causante otorgó testamento mancomunado ante el Notario de Binéfar D. Jose Manuel Enciso Sánchez el 13 de Diciembre de 1997.

Tercero: Se admitió a trámite la solicitud abriéndose pieza separada de los autos principales en los que se tramitaba la prevención del abintestato y donde se

acordó la administración de los bienes inventariados en la persona del administrador Dña. M^a Pilar Laspalas Aloy, practicándose en dicha pieza la información testifical ofrecida en la que depusieron dos testigos idóneos que aseveraron la certeza de los hechos expuestos en la solicitud, y se publicaron los edictos prescritos en el art. 980 de la Ley de Enjuiciamiento Civil anunciando la muerte del causante y el grado de parentesco de los que reclamaban la herencia, y convocando a los que se creyeran con igual o mejor derecho para que comparecieran en el Juzgado a reclamarla en el término de treinta días, compareciendo en el expediente la procuradora Sra. Bestué Riera en nombre y representación de Dña. Pilar Giral Puibert.

Cuarto: Por auto de fecha 8 de enero del corriente se acordó el archivo del expediente y el levantamiento de la medida de administración acordada, auto que fué revocado por la Ilma. Audiencia provincial de Huesca en resolución de fecha 18 de julio.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único: El art. 132 de la Ley sobre la Compilación de Derecho Civil de Aragón, establece que la sucesión abintestato respecto de los denominados bienes troncales se defiende, en defecto de familiares más próximos y en tercer lugar, a los más próximos colaterales del causante hasta el cuarto grado, entre los que desciendan de un ascendiente común propietario de los bienes y en su defecto, entre los que sean parientes de mejor grado de la persona de quien los hubo dicho causante a título gratuito. Asimismo, el artículo 133 de la Compilación establece que tratándose de bienes troncales de abolorio, adquiridos por el causante a título lucrativo y que hubieran permanecido en la casa o familia durante dos o más generaciones, sucederán por su mismo orden los llamados en el artículo anterior aunque sin limitación de grado. Habida cuenta que lo que se plantea es la sucesión de los bienes troncales y troncales de abolorio de la causante Dña. Josefa Solano procedentes de

la rama paterna, debe proceder la declaración de herederos interesada en favor de las personas solicitantes.

PARTE DISPOSITIVA

En atención a todo lo expuesto, la Secretario Judicial titular de Primera Instancia de Monzón:

Propone: Procede declarar herederos abintestato de la causante Dña. Josefa Solano Puibert en cuanto a sus bienes troncales y troncales de abolorio procedentes de la rama paterna a D. Antonio Laspalas Aloy, Dña. María Giral Aloy y Dña. Mª Pilar Laspalas Aloy por terceras e iguales partes.

Firme este Auto, expídase testimonio del mismo y llévase el original al Libro de autos civiles.

Así lo propongo y firmo, doy fe
La Secretario Judicial

que el viudo dispuso, vendiendo inmueble usufructuado y comprando otro que los hermanos demandados pretenden que les donó.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Ejercita la parte actora en las presentes actuaciones, de forma acumulada, diversas acciones declarativas dirigidas contra sus dos hermanas, su cuñada y la herencia yacente de su difunto padre, solicitando una serie de reconocimientos de derechos referentes tanto a los bienes hereditarios de su madre como de su padre, y diversos pronunciamientos respecto al contenido del testamento de este último y a un inmueble adquirido por el mismo, pretensiones respecto a algunas de las cuales muestran su conformidad los demandados, oponiéndose a otras y habiendo llegado las partes en el curso del pleito a un acuerdo transaccional respecto a la cuestión también planteada de la existencia de bienes de la madre no incluidos en el inventario.

Segundo: No deben ser tenidas en cuenta la objeciones que, respecto a la acumulación de las acciones, plantean los demandados, pues en definitiva, bien sea respecto a la herencia de la madre o a la del padre, todas las peticiones tienen nexo común, incardinándose unas con otras, y siendo los mismos sujetos, por lo que deben entenderse cumplidos los requisitos del art. 156 de la L.E.C.

Tercero: Como ya se ha dicho, la actora plantea en el «suplico» de su demanda un total de nueve solicitudes (una vez transaccionada una de ellas), referentes todas ellas a la obtención de diversos pronunciamientos que tienen su origen en la misma circunstancia: al fallecer el 6 de septiembre de 1992 la madre de los litigantes intestada, la herencia de la misma se defirió «ab intestato», documentándose la liquidación de la sociedad conyugal de la causante y la división y adjudicación de los bienes hereditarios en escritura pública de fecha 28 de noviembre de 1992 (documento nº 1 de la demanda) en el que se atribuía a la actora la nuda propiedad, en una tercera parte, de una mitad

20

NÚM. 20

S. JPI Zaragoza nº 14, de 27 de octubre de 1998

683: El usufructo viudal: Sobre dinero y créditos. De las cantidades de que indebidamente dispuso el viudo usufructuario responden sus herederos, frente a los herederos del premuerto.

716: Colación. La entrega de cantidad de dinero a una hija poco después de su boda por su padre viudo no puede entenderse como pago de parte de la herencia materna, sino como donación no colacionable (pese a las aparentes malas relaciones entre padre e hija).

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 140 Comp.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Jesús Ignacio Pérez Burred

En procedimiento de menor cuantía la actora demanda a sus dos hermanos, la mujer de uno de ellos y la herencia yacente de su difunto padre. Tras ciertos acuerdos y reconocimientos, la cuestión se centra en las cantidades pertenecientes a la herencia materna de las

indivisa de los bienes inventariados; pese a esta adjudicación los citados bienes (entre los que se encontraban inmuebles y depósitos en metálico) se mantuvieron agrupados y disponiendo de los mismos el cónyuge superviviente (el padre), dada su condición de usufructuario, por lo que nada habría percibido la demandante, procediendo el mencionado usufructuario a la realización de diversas operaciones económicas (cancelación de cuentas y apertura de otras reuniendo el capital existente en una sola) y a la adquisición de una vivienda con dinero procedente de dichas cuentas (y por tanto también de la actora), siendo sus únicos titulares los demandados, reclamando ahora la demandante el reconocimiento de su derecho a la percepción de diversas cantidades y a que se le reconozca el dominio de una parte del mencionado inmueble.

Cuarto: Con el fin de obtener la mayor claridad expositiva se estima más adecuado dar primero respuesta a las cuestiones referidas a la herencia de la madre y, posteriormente, a la del padre, y en este sentido hay que comenzar indicando que la actora reclama, respecto a los bienes inventariados bajo los números 2 a 4 inclusive (y que consisten en saldos de cuenta de activos financieros, libreta de ahorros e imposición a plazo fijo), el reconocimiento de su derecho a la percepción de la cantidad de 2.082.411 pts., suma respecto de la cual están en principio de acuerdo los demandados si bien la reducen en la cantidad de 700.000 pts. ya entregada por el padre en fecha 3 octubre 94 a cuenta de su parte en la herencia, siendo en todo caso, un crédito que posee la actora contra la masa hereditaria del padre fallecido, al haber dispuesto este, en vida, de tal cantidad existente en los mencionados depósitos bancarios; pues bien, siendo cierta la entrega a la actora de la citada cantidad (docs. 1 y 2 de la contestación) poco tiempo después de tener lugar la boda de ésta, debe entenderse la citada entrega, pese a las aparentes malas relaciones entre padre e hija, como una donación efectuada por éste con motivo de la boda (art. 632 C.

Civil), al no existir dato alguno que permita inferir que dicha entrega lo fue en pago parcial de parte de la herencia materna, donación que, al ser las partes de vecindad civil aragonesa, no es colacionable (art. 140 Compilación) y por lo tanto no afecta a la masa hereditaria; en consecuencia debe reconocérsele a la actora el pleno dominio de la cantidad de 2.082.411 pts. correspondiente a los activos financieros existentes en el momento de la aceptación de la herencia materna, pero como quiera que el usufructuario de dichos bienes (padre de la causante) dispuso indebidamente de la citada cantidad, pues el usufructo únicamente le autorizaba a disfrutar de las rentas pero manteniendo el capital (art. 467 C. Civil), con independencia de que fuesen cotitulares de las cuentas bancarias padre e hijos, el derecho de crédito que le corresponde a la actora respecto a esa cantidad deberá hacerlo efectivo contra la masa hereditaria del padre, Sr. Galindo Alfaro.

Quinto: Reclama también la actora el reconocimiento de su pleno dominio (siempre en la proporción antes indicada de 1/3 de la 1/2 indivisa) respecto al mobiliario, enseres y ajuar de la casa que era el domicilio conyugal de los padres (sitio en la C/San Juan de la Cruz, 20 de esta ciudad), bienes inventariados con el nº 1 en la escritura de aceptación de herencia, reconocimiento que debe otorgarse si bien hay que hacer constar que resulta acreditado en autos la estancia de la actora, junto con sus hermanos, en la vivienda en cuestión retirando la misma, junto con objetos personales, diverso ajuar, por lo que llegado el momento de proceder a la división del contenido del piso deberá tenerse en cuenta, caso de no llegar a un acuerdo, la circunstancia anterior.

Sexto: También solicita la actora que se declare su pleno dominio respecto a diversas joyas y un abrigo propiedad de la madre y que le donó en vida, según manifiesta, pero con independencia de (sic) se desconoce en la actualidad el paradero de dichos bienes, lo cierto es que existe una prueba fehaciente de la

realidad de dicha donación, siendo en este punto contradictorias las declaraciones de las hermanas de la fallecida por un lado y las de la hermana del esposo, también fallecido, por otra, no concurriendo tampoco los requisitos de los arts. 620 y 632 del C. Civil, por lo que, en definitiva, dichos bienes, caso de aparecer, deberían integrarse en la masa hereditaria (como se han integrado en el transcurso del pleito otros bienes que eran desconocidos con anterioridad y respecto a los cuales las partes han llegado a un rápido acuerdo).

Séptimo: Reclama asimismo la actora el reconocimiento de su pleno dominio sobre 1.180.000 pts. como parte del precio de su participación en la propiedad del inmueble sito en la C/San Antonio Abad de esta ciudad (inmueble reflejado con el nº 5 en el inventario de la herencia materna), que fue vendido de común acuerdo por padre y hermanos en escritura pública de 3 de junio de 1996 (doc. nº 2 de la demanda) por el precio 7.080.000 pts., cantidad ingresada en una cuenta de la C.A.I. y de la que la actora no ha percibida suma alguna; los demandados se oponen a dicha pretensión alegando que la actora ya recibió su parte con anterioridad, y que por ello se hizo constar en la escritura que la parte compradora había recibido el precio con anterioridad al acto, otorgando carta de pago; ahora bien, si ponemos en relación las manifestaciones de la testigo Sra. Atienza (compradora de la vivienda en cuestión) quien señala, al contestar a la pregunta décimoquinta, que pagó 200.000 pts. previamente y 6.880.000 pts. después, y, que no es cierto, que pagase antes de la firma sino que entregó 200.000 pts. a cuenta y el resto en el momento de la firma de la escritura (repregunta décimosexta), con el extracto de la libreta de ahorros 3434-53 en la que aparece con fecha 4 de junio de 1996 (un día después de la venta) un ingreso mediante cheque de otra entidad bancaria (fólios 369 y 370), hay que concluir, con el perito contable judicialmente designado Sr. Oliván, que dicho ingreso corresponde al pago del resto del precio del piso, el cual no había

sido recibido con anterioridad, y por tanto a la actora le corresponde su parte proporcional de esta suma (no así de las 200.000 pts. pagadas previamente pues desconoce el destino de las mismas) que asciende a 1.146.666 pts. (1/3 parte de la mitad indivisa).

Octavo: Pasando a la herencia del padre, y aceptándose por los demandados las observaciones hechas por la actora respecto a los errores cometidos en los legados efectuado en el testamento de aquél (doc nº 12 de la demanda), y que conlleva el dejar sin efecto el legado del piso 1º derecho de la c/ San Antonio, 11 de esta ciudad a D. Ignacio Javier Galindo Alfaro, pues el mismo ya había sido enajenado con anterioridad, y el limitar el legado a favor del otro hijo, D. José Alberto únicamente a la mitad indivisa del piso 7º D de la c/ San Juan de la Cruz, 20, el objeto central de discusión, y sobre el que básicamente gira el pleito, es el determinar si la vivienda sita en Avda. de Madrid y adquirida por el padre en fecha 15 de mayo de 1996 fue pagada, en parte con dinero perteneciente a la actora y, en caso afirmativo, si ésta es dueña de una cuota parte del inmueble, algo que niegan los demandados quienes manifiestan que la citada vivienda fue satisfecha por su padre con dinero privativo suyo, haciendo donación de dicha vivienda a los dos hijos y a su nuera; asimismo, y respecto a la vivienda, se discute cual fue el precio realmente pagado al entender que el mismo, once millones de pesetas, fue notablemente superior a lo escriturado (6 millones). Comenzando por este último apartado, si bien los vendedores del inmueble (Sr. Mnez y Sra. Paco) manifiestan que el precio percibido es el mismo que consta en la escritura, de la valoración de la prueba documental practicada en autos, en especial de la copia de los documentos aportada por la C.A.I. como diligencias para mejor proveer en la que aparecen dos cheques distintos pagados a favor del vendedor Sr. Mnez por importe total de 6.500.000 pts. (lo que demuestra ya que no es cierto el precio escriturado) y un reintegro de la libreta 3434-53 en efectivo

el mismo día de la compra (15 de mayo de 1996) por importe de 4.500.000 pts., se desprende, de forma lógica, que el precio realmente satisfecho por la vivienda ascendió a 11 millones de pesetas, conclusión que resulta corroborada por el dictamen emitido por la A.P.I Sra. Delgado quien establece como valor de mercado del piso y trastero en la fecha de la venta aproximadamente 10.700.000 pts., y con las manifestaciones de diversos testigos, Sra. Villarreal (sobrina del fallecido), Sr. Per y Sra. Bartolomé, quienes manifiestan que el Sr. Galindo Pueyo les indicó que el piso le había costado once millones de pesetas, por lo que, en definitiva, debe fijarse éste como precio real satisfecho por la adquisición de la vivienda.

Determinado ésto, la siguiente cuestión a considerar es el origen de dicho dinero, manteniendo al respecto los demandados que el mismo correspondía en exclusiva a su padre y que éste donó el piso a los hijos y a la nuera, habida cuenta las malas relaciones con la hija, pero acreditado, como ya se ha visto, que el precio real satisfecho fue el de once millones y no el de seis, del estudio de las operaciones bancarias llevadas a cabo por el finado Sr. Galindo en la fecha inmediatamente anterior a la operación se observa la existencia de dos reintegros en fecha 14 de mayo de 1996 en la imposición a plazo de la cuenta nº 933-59 (fólio 398 vuelto), uno de 9 millones y otro de 1 millón de pesetas, que aparecen contabilizados en la misma fecha en la libreta 3434-53, contra la que se libraron los dos cheques y se efectuó el reintegro en efectivo para pagar la vivienda, por lo que, en consecuencia, debe entenderse que el precio de ésta fue satisfecho, en parte, con dinero propiedad de la actora, sin que pueda hablarse de una donación por parte del padre en favor de los hijos pues, aparte de que no se puede donar aquello de lo que no se es dueño (art. 624 C. Civil), la donación de bienes inmuebles exige el cumplimiento de una serie de requisitos formales (art. 633) que en el presente supuesto no concurren; en consecuencia, y siguiendo el dic-

tamen pericial emitido respecto a la valoración del usufructo que sobre la vivienda se reservó el Sr. Galindo Pueyo, que ascendía 2.750.000 pts., resulta que el importe imputable del precio a cada uno de los hermanos era 4.125.000 pts. (8.250.000 pts. en total), y como quiera que el haber de los mismos, tanto por lo que se refiere a los bienes de los que eran propietarios con anterioridad al fallecimiento de la madre como los adquiridos a consecuencia de la herencia, ascendía a 2.082.411 pts., para cada uno de ellos (en total 4.164.822 pts.), resulta que hay una diferencia de 4.085.178 pts. en la que va incluida la cantidad que le correspondía a la actora, las mencionadas 2.082.411 pts., crédito que posee frente a la masa hereditaria del padre y que deberá hacer efectivo cuando se proceda a la liquidación, división y adjudicación de la misma, pero sin modificar la titularidad de la vivienda adquirida.

Novena: Ejercitándose por la actora acciones de carácter meramente declarativo y no de condena, y no estando contrarios por nadie las cuestiones que se plantean en los puntos 7º y 10º del «súplico» de la demanda, procede rechazar la petición planteada por falta de acción de la demandante, pues conforme al criterio de la doctrina científica y jurisprudencial, sólo surge acción puramente declarativa para defender un derecho cuando existe una incertidumbre sobre el mismo que justifique la petición, en suma, cuando exista un interés en obtener la declaración judicial, cosa que no ocurre en el presente supuesto puesto que nadie ha discutido ni puesto en duda el mismo, debiendo, por lo demás, acudir la actora al procedimiento establecido al respecto en los arts. 1036 y siguientes de la L.E.C. (juicio de testamentaría) para la realización del inventario de bienes de la herencia paterna y división y adjudicación de los mismos, pues, no es posible su realización, como pretende, en ejecución de la presente sentencia.

Décimo: Estimándose parcialmente la demanda no procede hacer condena en costas (art. 523 L.E.C.)

21

NÚM. 21

S. JPI Zaragoza nº 12 de 4 de
noviembre de 1998

683: EL USUFRUCTO VIDUAL:

INTERDICTO DE ADQUIRIR: Legitimación:
La viuda, a tenor del testamento de su difunto esposo, ni es heredera, ni albacea, ni legataria pero el art. 79 Comp. le atribuye un derecho a poseer desde el fallecimiento del cónyuge, al igual que el art. 440 Cc para el heredero. En consecuencia, la actora (viuda usufructuaria) está legitimada para formular el interdicto, por cuanto tiene un derecho a poseer los bienes hereditarios.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 79 y 88 Comp.; arts. 440, 882, 885, 901 y 907 Cc.; arts. 1631 a 1635 Lec.

PONENTE: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Gracia Muñoz

M^a Ascensión Casas Rosell, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 12 de Zaragoza, interpone interdicto de adquirir frente a sus hijas, Esther y Gloria Remiro Casas, así como frente a la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Zaragoza, Aragón y Rioja, solicitando la posesión de un saldo que obra en dicha entidad a nombre de su difunto esposo.

El Juzgado, en sentencia de 4 de noviembre de 1998, declara amparada a la actora en la posesión solicitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: De los documentos aportados al procedimiento, y así se acepta por todos los intervinientes, resulta que D. Alfredo Remiro Serrano otorgó testamento notarial el 28 de octubre de 1996 en el que instituyó herederas a sus hijas, D^a M^a Gloria Remiro Casas y D^a Esther Remiro Casas, reconociendo a su esposa, D^a Ascensión la viudedad universal. El 16 de abril de 1997 D^a Gloria y D^a Esther Remiro Casas aceptaron la herencia de su padre, dejando a salvo el usufructo viudal.

Segundo: La primera cuestión que se ha formulado es la procedencia del interdicto de adquirir instado por la actora conforme a los arts. 1633 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

De los arts. 1633 a 1635 de la L.E.C. resulta que el mencionado interdicto puede ejercitarse por quien tenga título hereditario a su favor, es decir, en principio, por el heredero por cuanto el art. 440 del Código Civil establece que la herencia se posee por el heredero por ministerio de la ley y desde el momento de la muerte, sin necesidad de la aprehensión material de la cosa. Así, se acepta por la doctrina y jurisprudencia sin duda alguna la legitimación activa del heredero. Pero también se ha admitido que otros sujetos tengan esa legitimación: los albaceas y los legatarios. Los albaceas porque se han considerado mandatarios del testador (arts. 901 y 907 del C. Civil) (Sentencia T.S. 24-5-52). Los legatarios porque, conforme a los arts. 882 y 885 del C. Civil adquieren la propiedad de la cosa legada y pueden pedir su posesión al heredero o albacea.

Tercero: El art. 79 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón establece que el fallecimiento de un cónyuge atribuye al sobreviviente el derecho de usufructo de los bienes afectos y, desde ese momento, su posesión. En este procedimiento basa la actora su legitimación activa. Para determinar si aquella puede o no ejercitar el presente interdicto es preciso considerar las normas de la L.E.C. y el precepto especial mencionado.

La actora tiene a su favor una disposición testamentaria. No es heredera, ni albacea ni legataria, pero el art. 79 expuesto le atribuye un derecho a poseer desde el fallecimiento del cónyuge al igual que el art. 440 del C. Civil para el heredero. En el mismo sentido el art. 88 de la Compilación permite al propietario entrar en la posesión al extinguirse la viudedad, lo que indica que hasta ese momento la posesión se encontraba en quien indica el art. 79. El interdicto de adquirir (así Sentencia Audiencia Terri-

torial Las Palmas de 30-7-58) reconoce legitimación al heredero, administrador o albacea porque con arreglo al título tienen derecho a poseer los bienes de la herencia. En base a ello puede concluirse que la actora tienen legitimación para formular el interdicto por cuanto tiene un derecho a poseer los bienes hereditarios, pudiendo solicitarse o pretenderse la posesión frente al que tiene la condición de heredero, de la misma manera que el art. 885 del C. Civil establece que el legatario puede pedir la posesión al heredero o albacea.

Cuarto: Reconocida la legitimación de la actora ha de determinarse si concurren los requisitos del art. 1.633 L.E.C.: que nadie posea a título de dueño o de usufructuario los bienes solicitados, concurrencia que determina cumplir la finalidad del interdicto: que la posesión inmaterial producida desde la muerte pase a ser una posesión o aprehensión material.

La actora solicitó la posesión del saldo de determinada cuenta a la fecha del fallecimiento de su titular, saldo que, según la información testifical no era poseído por nadie a título de dueño o usufructuario. A aquella fecha, el metálico se encontraba en depósito en una entidad como consecuencia de la existencia de una libreta de ahorro de titularidad del fallecido, por lo que no era poseído por nadie a título de dueño o de usufructuario (art. 1633 L.E.C.).

Del juicio celebrado no resulta otra persona con mejor derecho a poseer que la actora (art. 1.646 de la L.E.C.), por lo que ha de mantenerse a la misma en la posesión solicitada y reconocida en el correspondiente auto. Todo ello al margen de las reuniones existentes entre las partes para la resolución de las cuestiones que les afectan y que no determinan la decisión a dictar en este procedimiento conforme al art. 1.646 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al ser continuado por la actora, pese a la existencia de aquellas.

Quinto: Las costas han de ser impuestas a los intervinientes opuestos a la pretensión actora al ser desestimada su reclamación (art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

NÚM. 22

S. JPI La Almunia de 16 de noviembre de 1998

6633: Régimen matrimonial legal: Gestión: Administración y disposición de bienes comunes: A tenor del art. 48 Comp. es preciso el consentimiento de ambos cónyuges para la enajenación de bienes comunes. La falta de dicho consentimiento de los cónyuges para la realización de actos de disposición sobre bienes comunes es cuestión de hecho, cuya determinación corresponde al Juzgador de instancia, pudiendo ser el consentimiento expreso o tácito, anterior o posterior a la venta y también inferido de las circunstancias concurrentes, valiendo incluso para apreciar su concurrencia la pasividad y la no oposición a la venta conociendo la misma, tal y como acontece en el caso de autos.

DISPOSICIONES CITADAS: art. 48 Comp., art. 1377 Cc.

PONENTE: Ilma. Sra. Dña. Eva Atares García

Dña. María Jesús Vicente de Vera Forcén, ante el JPI nº 1 de la Almunia de Doña Godina, interpone acción declarativa en autos seguidos en juicio de menor cuantía, contra Dña. Consuelo Omedes Zapata, interesando que ésta ratifique un contrato de compraventa de local comercial de naturaleza consorcial que fue otorgado por el esposo de la demandada en su propio nombre y derecho y en el de su cónyuge, aquí demandada.

El Juzgado, en sentencia de 16 de noviembre de 1998, estima íntegramente la demanda formulada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Antes de entrar a conocer del fondo del asunto, es preciso resolver

sobre la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por la demandada. De su planteamiento se deduce claramente que la representación procesal de la Sra. Omedes está haciendo referencia no a la llamada falta de legitimación pasiva «ad processum», por falta de las condiciones necesarias para actuar en el proceso, sino a la titularidad de la relación jurídico-procesal deducida en el pleito. Según se desprende de la doctrina del Tribunal Supremo, sentada entre otras, en la sentencia de 2 de septiembre de 1996, la legitimación pasiva «ad causam» se traduce en la relación que en la demanda se predica entre el objeto del pleito y la persona que según la pretensión del actor viene obligada a soportar la carga de ser demandada como consecuencia de dicha relación, independientemente de que, a la vista de la prueba practicada, se justifique tal relación con estimación de la pretensión actora o quede patente su improcedencia con la correspondiente desestimación de la demanda.

En el presente procedimiento, se ejercita acción por Dña. M^a Jesús Vicente de Vera Forcén para que se condene a la demandada Dña. Consuelo Omedes Zapata a otorgar escritura pública de ratificación de la compraventa documentada mediante escritura pública de 17 de diciembre de 1985, requisito necesario para que pueda procederse a la inscripción en el Registro de la Propiedad de la mencionada compraventa, existiendo claramente entre la pretensión de la actora y la demandada la relación requerida para que pueda considerarse que ésta está legitimada pasivamente, no pudiendo ser estimada por tanto la excepción planteada.

Segundo: Entrando ya a conocer del fondo del asunto, y según resulta de las actuaciones, con fecha 17 de diciembre de 1985 se otorgó escritura pública de compraventa de un local comercial sito en Illueca, actuando como vendedores sus copropietarios D. Juan José y D. Pedro Forcén Berdejo, y como compradora Dña. M^a Jesús Vicente de Vera Forcén. D. Pedro Forcén manifestó actuar en nombre y representación de su espo-

sa, la hoy demandada Dña. Consuelo Omedes Zapata, sin presentar poder alguno, pero manifestando que ésta ratificaría la escritura. Sin embargo, la demandada se niega a ello, alegando que nunca conoció ni prestó su consentimiento a dicha venta.

Tercero: Según resulta de las actuaciones, con fecha 4 de junio de 1985 D. Pedro Forcén y Dña. Consuelo Omedes otorgaron escritura de capitulaciones matrimoniales disolviendo el régimen económico matrimonial de sociedad conyugal tácita y estableciendo régimen de separación absoluta de bienes. Sin embargo, en el inventario no se hacía referencia alguna al local comercial objeto de la venta a la que se refiere el procedimiento, lo que la demandada atribuye a una omisión o error, y la actora a que en esa fecha ya se había producido la venta, con entrega de la cosa y pago del precio, aunque la escritura pública en que se formalizó el contrato sea de fecha posterior. Si bien no se aporta prueba documental para acreditar dicha circunstancia, pese a alegarse que existió un documento privado, en base a la prueba testifical practicada, en particular la declaración de D. Pedro Forcén, a la confesión de la actora, y al hecho mismo de que en las capitulaciones no se recogiera disposición alguna respecto de la cuota indivisa del local de negocio que pertenecía a la comunidad consorcial, cuya existencia en dicha comunidad era conocida por la propia demandada, según ésta manifiesta en confesión, se considera acreditado que la venta del local se había producido ya en la fecha de otorgamiento de la escritura de capitulaciones, habiendo sido entregada la cosa y el precio, no incluyéndose en el inventario porque el mencionado bien ya había salido de la comunidad. Por tanto, en el momento bien ya había salido de la comunidad. Por tanto, en el momento en que se efectuó la enajenación, el local comercial, en la cuota indivisa correspondiente, tenía condición de bien común, al haber sido adquirido, constante matrimonio, a costa del caudal común, según se señala en la escritura de venta.

Cuarto: El artículo 48 de la Compilación de Derecho Foral de Aragón, coincidente en su redacción con el artículo 51 de la redacción anterior a la modificación introducida por la Ley 3/85 de 21 de mayo, hace precisa la concurrencia del consentimiento de ambos cónyuges para la enajenación de los bienes comunes. La falta de dicho consentimiento implica la anulabilidad del contrato, y así lo señalan, en interpretación del Derecho Foral, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 10 de abril de 1995 ó 13 de febrero de 1992, pudiendo señalarse además la similitud esencial de la normativa del artículo 1.377 del Código Civil con la de la Compilación, por lo que puede tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo sobre esta materia. Por tanto, el acto dispositivo de un bien común, realizado por uno de los cónyuges sin el consentimiento del otro, mientras éste no postule su anulación judicial ejercitando la correspondiente acción, es válido y vinculante para ambos cónyuges.

Quinto: La apreciación del consentimiento de las cónyuges para la realización de actos de disposición de bienes comunes es una cuestión de hecho cuya determinación corresponde al Juzgador de instancia, pudiendo ser consentimiento expreso o tácito, anterior o posterior a la venta, y también inferido de las circunstancias concurrentes, valiendo incluso para apreciar su concurrencia la pasividad y la no oposición a la venta conociendo la misma, la ausencia de perjuicio o fraude, o incluso el silencio, que tiene la consideración jurídica de acuerdo o conformidad cuando el que calla tiene obligación de contestar o es normal que muestre su disenso, si no se quiere aprobar el hecho de que se tiene conocimiento (sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre y 5 de diciembre de 1983, 16 de abril de 1985, 6 de octubre de 1988 o 7 de junio de 1990).

En el presente procedimiento, y de acuerdo con los criterios señalados, no cabe sino considerar que la Sra. Omedes consintió en la venta del local de negocio. Así lo afirman coincidentemente todos los testigos, que manifiestan que la demandada conocía y consintió la venta al tiempo de efectuarse la misma, a lo que se unen en la consideración del Juzgador datos tales como el largo tiempo transcurrido desde ella, la realización en el local de actividades comerciales durante ese tiempo, la no acreditación de que se haya causado a la demandada perjuicio o fraude, y el hecho de que, como ella misma manifiesta en la prueba de confesión, conociendo en todo caso la venta una vez efectuada, no haya indicio de que se opusiera realmente a la misma, pues ninguna prueba se aporta al respecto, tanto más cuanto que en cualquier caso podría haber ejercitado la acción correspondiente para la anulación del contrato. Es por ello que se estima que el contrato de venta del local comercial realizada por su exmarido y formalizada por éste, es válido y vinculante para la Sra. Omedes.

Sexto: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil, se estima que entre las obligaciones del vendedor se encuentra la de facilitar al comprador los medios necesarios para la defensa y protección de la adquisición realizada, y en particular, para que la misma puede acceder al Registro correspondiente. Debe estimarse por tanto la pretensión de la actora, condenando a la demandada a otorgar escritura pública de ratificación de la escritura de compraventa otorgada con fecha 17 de diciembre de 1985 en favor de Dña. M^a Jesús de Vera Vicente Forcén en el plazo de dos meses a partir de la fecha de la presente resolución.

Séptimo: Conforme a lo dispuesto en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede imponer a la demandada las costas causadas en el presente procedimiento.

23

NÚM. 23

S. JPI Zaragoza n.º 2 de 11 de diciembre de 1998

6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: ACTIVO: PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD: Los bienes inmuebles adquiridos conjuntamente por los cónyuges constante matrimonio se someten a la presunción de comunidad (art. 40 Comp.). La manifestación de la esposa en un testamento de que dichos inmuebles se adquirieron a costa de su patrimonio privativo no tiene fuerza para destruir dicha presunción. **6634: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: DISOLUCIÓN: CAUSAS:** La comunidad conyugal está ya disuelta por la muerte de uno de los cónyuges (arts. 52.22.º Comp., y 1392.1.º y 85 Cc.). **Momento:** La separación de hecho no produce por sí misma la disolución de la comunidad matrimonial. En el caso de autos, la misma se ha disuelto por fallecimiento de la esposa y a la fecha de su muerte habrá de referir los efectos de la disolución. **682: EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD: EXTINCIÓN:** El Derecho expectante de viudedad se extingue, entre otras causas, por separación judicial, y en nuestro caso estamos ante una simple separación de hecho. Por lo tanto, le corresponde al viudo el usufructo vitalicio sobre la mitad de las dos fincas adquiridas constante matrimonio. **683: EL USUFRUCTO VIDUAL: EXTINCIÓN:** Prescripción: No puede estimarse la petición porque no han pasado veinte años desde la muerte de doña Victoriana, único caso de no reclamación por el cónyuge viudo contemplado en el artículo 86.5.º Comp. como causa de extinción del usufructo vidual.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 40, 52, 55 a 69, 71, 76, 78 y 86.5.º Comp., arts. 1392.1.º y 85 Cc.

PONENTE: Ilmo. señor don Ángel Dolado Pérez.

Don Crescencio Santos Asenjo, ante el JPI n.º 2 de Zaragoza, en autos de juicio declarativo de menor cuantía, interpone acción solicitando la división y partición del caudal relicto de su difunta madre frente a sus hermanas de vínculo sencillo, María Pilar y María Crespo Asenjo, así como también frente a su padre (y marido de la fallecida en segundas nupcias) Crescencio Santos Maluenda.

El Juzgado, en sentencia de 11 de diciembre de 1998, estima parcialmente la demanda formulada por el actor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Excepción de inadecuación del procedimiento. La defensa del code mandado, Crescencio Santos Maluenda, alega la excepción de inadecuación del procedimiento, por entender que debía haberse interpuesto demanda de juicio de testamentaria en lugar de un declarativo ordinario de menor cuantía. Dicha alegación ha de desestimarse porque la doctrina mayoritariamente (Gómez Orbaneja, Becena) considera los llamados «juicios universales sucesorios» como jurisdicción voluntaria, ya que se actúa en base a un principio de acuerdo de los interesados, pues cuando surge el elemento contradictorio termina el procedimiento, con invitación a las partes para que acudan a la vía ordinaria.

Así, el juicio de testamentaria (arts. 1036 y ss LEC) es un procedimiento que tiene como finalidad hacer la liquidación y división del caudal hereditario entre los titulares del derecho a la sucesión, reduciendo en lo posible la intervención judicial que, en numerosos casos, se limita a aprobar lo que los interesados acuerdan, pues cuando no existe conformidad han de acudir a la vía ordinaria.

En nuestro caso, la existencia de temas conflictivos es evidente, quedando patente la existencia de intereses contrapuestos no sólo entre parte demandante y codemandados, sino entre estos últimos igualmente, lo que motivó la necesidad del auto de fecha 9-VII-1998, concretando el *petitum* de la demanda y los extre-

mos a los que han de dar respuesta esta sentencia para no incurrir en ninguno de los supuestos de incongruencia típicos por *infra*, *extra* o *ultra petita*.

Segundo: Hechos considerados probados. Para la resolución de los distintos temas litigiosos derivados del fallecimiento de doña Victoriana Asenjo Andrés en fecha 9-IV-1997 en relación a la liquidación y disolución de su sociedad conyugal, el usufructo viudal de don Crescencio Santos Maluenda; el inventario y cuantificación económica de los bienes relictos del caudal hereditario y la división que proceda según el último testamento válido y eficaz de 27-VII-1994, consideramos imprescindible confeccionar una serie de hechos que entendemos probados, ya sea por acuerdo entre las partes, porque se deducen de pruebas basadas en documentos públicos o privados no cuestionados o sencillamente porque así lo entiende este juzgador de una valoración conjunta de la prueba, conforme a los principios de sana crítica y lógica racional.

2.1.º Doña Victoriana Asenjo Andrés estuvo casada en primeras nupcias con el fallecido don Pablo Crespo Martínez y tuvieron tres hijos llamados Justo (ya fallecido sin descendencia), doña María (conocida por Maruja) y doña María Pilar (Pilar) Crespo Asenjo.

El 17-VI-1942 contrae matrimonio con Crescencio Santos Maluenda, del cual nace Crescencio Santos Asenjo.

Este matrimonio se rige por el régimen matrimonial de la Compilación aragonesa (arts. 36 a 71), ya que el marido es aragonés y la fallecida la ha adquirido por el transcurso del tiempo al haber vivido más de diez años ininterrumpidos en Aragón. Hasta 1975 vivieron juntos en Tarazona y desde el 9-X-1978 al 30-IV-1994 la señora Asenjo vivió separada de su marido en la Residencia «Nuestra Señora del Pilar» de Tarazona. No es cierta la afirmación de las hermanas Crespo Asenjo en el escrito dirigido a la Dirección General de Tributos por el impuesto de sucesiones (DGA) de que su

madre era vecina de Vinuesa, a efectos de vecindad civil, porque nunca en los últimos tiempos estuvo diez años en Vinuesa, ya que incluso fallece en una residencia de Zaragoza en 1997.

2.2.º El matrimonio se separa de hecho, al menos desde el 9-X-1978 cuando la señora Asenjo se va a una residencia de Tarazona y su marido lo acepta, viviendo él solo. Así, en primer testamento de 12-XII-1978 ya manifiesta al notario que la ha abandonado y por ello en esos momentos le niega el usufructo de viudedad.

Esta situación de separación de hecho desde 1978 hasta su muerte en 1997 no sufre alteraciones, no existiendo períodos de reanudación de convivencia. Durante este período de tiempo existe independencia afectiva y económica, si bien formalmente no proceden a disolver su régimen económico matrimonial. Cada uno tiene fuentes de financiación propias y no existe lo que podríamos denominar «fondo consorcial común», no exigiéndose recíprocamente nada por posibles deudas privativas o comunes. En definitiva, ha existido una disolución y liquidación de hecho referida a bienes muebles y dinero, subsistiendo comunidad de bienes en los inmuebles, adquiridos constante matrimonio y antes de la separación de hecho, porque nunca realizaron actos de disposición o enajenación sobre los mismos.

2.3.º Durante el matrimonio de doña Victoriana y don Crescencio adquirieron conjuntamente y con presunción de ganancialidad, porque no existe prueba auténtica que demuestre la privatividad de cualquiera de los cónyuges (art. 40 de la Compilación aragonesa) los siguientes bienes inmuebles:

— Casa en calle Mayor, número 42, de Tarazona. Inscrita en el Registro de la Propiedad de Tarazona al tomo 571, folio 112, finca 5.041, inscripción 8.ª, con un valor catastral en 1997 de 2.455.110 pesetas.

— Olivar de regadío en el paraje de «Cabezolleros» de Tarazona, con una

cabida según el Registro de la Propiedad de 20 áreas 25 centiáreas, y valorado catastralmente en 14.524 pesetas.

Ambos bienes se adquirieron en 1958 y 1947 respectivamente y figuran escriturados a nombre de Crescencio Santos Maluenda y esposa. Aunque ésta en testamento de 12-XII-1978 menciona que el dinero de la compra proviene de la madera del monte de Vinuesa (baldío), propiedad de sus hijos menores del primer matrimonio, no ha sido confirmado por otros elementos probatorios y esta declaración de voluntad de la señora Asenjo carece de fuerza probatoria suficiente para convencer a este juzgador de tal extremo, por lo que consideramos bienes que integran la comunidad de bienes conyugal.

2.4.º Durante los últimos veinte años la principal fuente de ingresos de doña Victoriana era su pensión de la Seguridad Social que en 1994 era de catorce pagas de 49.020 pesetas y en 1997 de 53.435 pesetas, así como el dinero ahorrado en estos años, con imposiciones a plazo fijo, sus intereses y con el producto maderero de la finca de Vinuesa. En este punto es necesario analizar el documento auténtico de 8-III-1956 donde se relacionan una serie de fincas de Vinuesa, derivadas del primer matrimonio y en las que doña Victoriana tenía el usufructo vitalicio y dona pura e irrevocablemente a los hijos del primer matrimonio tres cuartas partes de las rentas líquidas que produzcan las fincas. Como la hija Pilar era menor de edad, se constituye una administración entre doña Victoriana y su actual marido, don Crescencio, de la que cada año darían cuenta a los hijos del primer matrimonio y se distribuirían los beneficios a una cuarta parte igual entre los tres hijos y la madre.

Pues bien, de la prueba de confesión de las hermanas Crespo Asenjo, del contenido de los distintos testamentos de doña Victoriana, del pago de contribuciones rústicas de la fallecida, es evidente que nunca dejó de administrar la señora Asenjo todas sus fincas y las de sus hijas,

sin rendición de cuentas de ningún tipo, sin que conste que sus hijas le exigieran tales obligaciones. Por tanto, los frutos de dichas fincas se integraron en las cuentas bancarias de la señora Asenjo.

2.5.º Sobre la disposición de dinero de las cuentas bancarias de Caja Duero e Ibercaja donde figuraban como titulares indistintas madre e hijas, realizadas con anterioridad al fallecimiento de doña Victoriana hemos de señalar que son perfectamente legales, no podemos presumir que se hayan hecho sin consentimiento de la misma o contra su voluntad, no existiendo prueba que acredite la comisión de ilícito civil o ilícito penal. Los motivos que llevaron a la fallecida a redactar seis testamentos desde 1978 a 1994 con diferentes contenidos, lo único que nos permite deducir es que vivió en absoluta situación de desamparo familiar, que mantuvo una posición de dominio como auténtica materfamilias hasta los últimos años de su vida, como se deduce del contenido de la carta que dirige a su marido en fecha 11-VIII-1993, quejándose sobre una presunta venta de los muebles de la casa en Tarazona realizada por el hijo, exigiendo al marido que verifique la realidad de los hechos y que no se lo consienta, con la expresión «tú pretale». Circunstancias todas ellas que en buena medida y dado su carácter provocaron la imposibilidad de vivir su vejez con sus hijas o con el hijo.

No se ha probado que en 1994 estuviera incapacitada física o psíquicamente, por lo que hemos de considerar que todo lo que hizo con el dinero de sus cuentas corrientes eran actos de mera liberalidad, no sujetos a ninguna restricción legal en base al principio «*standum est chartae*» que rige todo nuestro derecho civil aragonés, así como la libertad absoluta que existe en materia de disposiciones testamentarias. En definitiva, hemos de circunscribir el caudal hereditario a los bienes y derechos existentes en el momento del fallecimiento.

Por tanto, el dinero que constituye el caudal relicto era a fecha 9-IV-1997:

— Cuenta número 2104.0582.59.-0113002195 en Caja Duero por la cantidad de 500.000 pesetas.

— Cuenta número 2104.0582.55.000-3003163 en Caja Duero por la cantidad de 8.283 pesetas.

— Cuenta número 2085011611010-2823990 en Ibercaja por la cantidad de 576.939 pesetas.

Se consideran gastos de sepelio, exclusivamente la lápida de la fallecida por valor de 63.800 pesetas.

No habiendo demostrado las hermanas Crespo Asenjo que en dichas cuentas hubiesen realizado ingresos propios en los últimos años a pesar de su condición de titulares indistintas, considero probado que el dinero existente en la fecha del fallecimiento en su integridad es de la señora Asenjo, y no en su mitad o terceras partes como declaran ante la Dirección General de Tributos.

Tercero: A) Liquidación y disolución de la sociedad conyugal. De conformidad con el artículo 68.2.º de la Compilación Aragonesa en relación con el artículo 1392 y ss. del Código Civil, la comunidad conyugal continuada se disuelve por petición del supérstite y en este caso, en la contestación a la demanda. Don Crescencio Santos Maluenda, viudo de doña Victoriana Asenjo solicita dicha disolución de la comunidad conyugal. En consecuencia, en virtud del artículo 71 de la Compilación Aragonesa procede su liquidación y división conforme a los artículos 55 a 59 de dicho texto legal.

Si no consideramos aplicable la institución de la comunidad conyugal continuada porque no concurren los supuestos del artículo 60 de la Compilación Aragonesa, la sociedad conyugal está ya disuelta en virtud del artículo 52.2.º C.A. y artículos 1392.1.º y 85 del Código Civil por la muerte de uno de los cónyuges.

B) Extinción del usufructo viudal de Crescencio Santos Maluenda. No puede estimarse esta petición porque no han pasado veinte años desde la muerte de doña Victoriana, único caso de no recla-

mación por el cónyuge viudo contemplado por el artículo 86.5.º de la C.A. como causa de extinción del usufructo viudal.

El derecho expectante de viudedad (art. 76 C.A.) se extingue, entre otras causas, por separación judicial (art. 78 C.A.) y en nuestro caso estamos ante una simple separación de hecho.

Su extensión en este supuesto lo será, únicamente sobre la mitad de las dos fincas de Tarazona reflejadas en el hecho probado 2.3.º de esta sentencia y no sobre el dinero de cuentas corrientes de la fallecida porque durante más de veinte años han mantenido una clara separación personal y dineraria, reconocida por todas las partes implicadas en este proceso, a excepción del cónyuge viudo, que obviamente no quiere reconocer algo que le perjudica, pero que hemos considerado suficientemente probado en base a la documental obrante en autos (detalles bancarios, sucesión de varios testamentos, confesiones judiciales, etc.).

Cuarto: Determinación y cuantificación del inventario de los bienes relictos de la causante. Los bienes relictos de doña Victoriana Asenjo Andrés son la mitad de las dos fincas (urbana y rústica) descritas en el hecho probado 2.3.º de esta sentencia, y el montante de las tres cuartas partes bancarias reflejado en el hecho probado 2.5.º de esta resolución, que ascienden a un total de 1.085.222 pesetas, que queda reducido a 1.021.422 pesetas porque se descuenta la suma de 63.800 pesetas por la lápida de la fallecida, configurada como deuda de la masa hereditaria.

La valoración de los bienes inmuebles que integran el caudal hereditario se difiere a la fase de ejecución de sentencia.

Quinto: División, partición y adjudicación de los bienes relictos. En este punto existe conformidad entre el actor y las hermanas Crespo Asenjo que se han allanado a esta pretensión.

El usufructo viudal de don Crescencio Santos Maluenda es vitalicio y se

extiende a la mitad de las dos fincas de Tarazona, porque la otra mitad es de su propiedad. Cuando fallezca, la mitad indivisa de doña Victoriana será adjudicada en terceras partes iguales a sus tres hijos, si bien en este momento les corresponde la nuda propiedad.

El metálico cuantificado en 1.021.422 pesetas será distribuido en tercios iguales para los tres hijos litigantes.

Sexto: Dada la especial complejidad del asunto, no apreciando temeridad ni mala fe en ninguna de las partes, ya que cada una defiende lo que considera que le pertenece, no procede efectuar imposición de costas, por lo que cada parte sufragará las propias y en las comunes contribuirán los cuatro litigantes en partes iguales cada uno individualmente (art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

de más próximo grado (art. 128 Comp., y 946 Cc.).

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 100 y 128 Comp., arts. 785.2 y 946 Cc.

PONENTE: Ilma. señora doña Victoria Lara Domínguez.

Don Ramón y don Mariano Figuera Cera, ante el JPII de Monzón interponen acción declarativa solicitando la nulidad del testamento de su hermano don José María, así como la declaración de herederos abintestato a su favor en contra de los sobrinos del causante y de los actores, don Carlo Figuera Vidal y don José María Figuera Gracia, instituidos heredero y legatario respectivamente en el testamento que se impugna.

El Juzgado, en sentencia de 19 de diciembre de 1998, estima la demanda.

NÚM. 24

S. JPII Monzón de 19 de diciembre de 1998

73: SUCESIÓN PACCIONADA:

ACTIVO: CONTENIDO: Límites: *En razón de los pactos sucesorios contenidos en los capítulos matrimoniales de los progenitores del causante, éste se ve afectado por una prohibición de disponer mortis causa sobre los bienes adquiridos por herencia de aquéllos si el ahora causante fallecía sin descendientes, tal y como ha ocurrido. Prohibición que es perfectamente lícita tanto al amparo de la legislación civil común (art. 785.2 Cc. «a sensu contrario») como por la específica legislación foral aragonesa (art. 100 Comp.).*

76: SUCESIÓN INTESTADA: PROCEDENCIA: *Procede declarar la nulidad parcial del testamento dada la falta de capacidad del testador para disponer sobre los bienes adquiridos por herencia de sus padres. Por ello, y quedando sin cobertura testamentaria parte de los bienes del causante, procede respecto de éstos abrir la sucesión intestada que, en este caso, debe entenderse deferida en favor de los demandantes (hermanos del causante) en cuanto parientes*

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Quedando debidamente acreditada las relaciones de parentesco expuestas por los demandantes, y visto el contenido tanto de los pactos sucesorios comprendidos en las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los progenitores del causante don José María Figuera Cera (doc. n.º 10), como el testamento otorgado por éste (doc. n.º 9), procede declarar la nulidad parcial de este último dada la falta de capacidad del testador al tiempo de su otorgamiento para disponer de los bienes adquiridos por aquél por herencia de sus padres, al haberle sido impuesta una clara prohibición de disponer por título sucesorio de los mismos para el caso de fallecimiento sin descendientes (estipulación primera, apartado C, doc. 10, f. 22) prohibición perfectamente lícita tanto al amparo de la legislación civil común (art. 785.2.º «a sensu contrario»), como por la específica legislación foral aragonesa (art. 100 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón).

Segundo: Quedan por ello sin cobertura testamentaria parte de los bienes del causante, procede respecto de estos abrir la sucesión intestada que, en este caso,

debe entenderse deferida a favor de los demandados en cuanto parientes de más próximo grado, a tenor de lo dispuesto en el artículo 128 de la citada Compilación y 946 del Código Civil.

Tercero.— Por todo lo anterior, procede la plena estimación de la demanda, sin imposición de costas, al amparo de lo previsto en el artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

NÚM. 25

S. JPII Jaca nº 2 de 22 de diciembre de 1998

5: FUENTES: CÓDIGO CIVIL: Derecho supletorio: Familia y sucesiones: Los arts. 1261.1 y 1265 Cc. en relación con el art. 1335 Cc. son de aplicación supletoria al régimen matrimonial paccionado en virtud de lo dispuesto en los arts. 1.2 y 25 de la Comp. Igualmente resultan aplicables supletoriamente los arts. 1410 y 1.079 Cc. en virtud de los arts. 1.2 Comp. y 55.3 de la misma, que remite a las reglas de la partición de la herencia. 662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO: CAPITULACIONES: Contenido: A tenor del art. 25 Comp. las capitulaciones matrimoniales, aunque otorgadas con ocasión del matrimonio, pueden contener estipulaciones que incluso sean ajenas al mismo: creación de derechos de crédito y reconocimientos de deudas entre cónyuges, pactos sucesorios, e incluso estipulaciones que carezcan de contenido económico directo: el reconocimiento de un hijo, por ejemplo. Límites: El único límite de las capitulaciones matrimoniales es que no contengan pactos contrarios a los fines del matrimonio, siendo ello una consecuencia directa del principio *Standum est Chartae* recogido en el art. 3 Comp. Eficacia: La disolución del matrimonio por el divorcio extinguió el pacto matrimonial relativo al régimen de separación de bienes entre los cónyuges. Ahora bien, seguirán vigentes todos los demás pactos capitulares independientes del vínculo, como la distribución de bienes que hicieron los cónyuges (y que fue hecha constante matrimonio) por

razón de lo cual el marido se adjudicó el domicilio conyugal, así como el derecho de crédito de cinco millones que se constituyó en favor de la esposa, y que no extingue el divorcio de los cónyuges. 6635: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: LIQUIDACION Y DIVISION: CONTRACTUAL: No ha de perderse de vista que en la liquidación de la sociedad matrimonial a lo primero que se ha de estar es a lo expresamente pactado en capitulaciones matrimoniales, conforme al art. 23.1 Comp.; ya que las normas del capítulo segundo del título III, entre las que se encuentran las de la liquidación de la sociedad (arts. 55 y ss) sólo juegan en defecto de capítulos por disposición del art. 23.2 Comp.

DISPOSICIONES CITADAS: Arts. 1.2, 3, 23, 25, 54 y 55 Comp.; arts. 6.3, 1079, 1261.1, 1265, 1293, 1299, 1410 Cc.; Cláusula «*rebus sic stantibus*».

PONENTE: Ilmo. Sr. D. Fernando Solsona Abad.

D. Luis Arimont Planas, ante el JPII nº 2 de Jaca interpone acción declarativa de nulidad de capítulos matrimoniales frente a su esposa Dña. Ana María Ara Izarbez.

El Juzgado, en sentencia de 22 de diciembre de 1998, desestima íntegramente la demanda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: Puesto que la acción ejercitada, con carácter general y principal, es la de nulidad de la escritura de capitulaciones matrimoniales, forzoso parece analizar en primer lugar la alegación o excepción de caducidad de la misma que opone la parte demandada. Para ello se hace necesario estudiar la naturaleza de la acción ejercitada. Y es que, efectivamente, el actor pretende la nulidad de la escritura mencionada, sobre la base de causas muy variadas y diversas, expuestas en los diversos hechos de la muy alambicada demanda. Así, del estudio de dicha demanda se observa que el actor interesa

la «nulidad» referida y «subsidiariamente la invalidez» por las siguientes causas: a) en el hecho segundo de la demanda, al parecer, porque el Sr. Arimont cuando las firmó creía que estaba firmando un mero «papel» en la Notaría y estaba de tal suerte abatido por la reciente —y vigente— crisis matrimonial, que se hallaba en un estado apático y depresivo, de forma que no supo a ciencia cierta lo que firmaba. Por esta razón, las capitulaciones serían nulas. b) En segundo lugar, y en el hecho tercero y cuarto de la demanda, el demandado destaca que las capitulaciones son nulas, (con nulidad absoluta, indica), porque antes de la firma de tales Capítulos —que determinaron la modificación del régimen vigente hasta entonces entre los cónyuges, que era el legal tácito aragonés, por el de separación de bienes—, no se procesión a liquidar la sociedad consorcial que se disolvía por dichos capítulos. Ello además porque no puede decirse que tal liquidación se hiciese en las capitulaciones, ya que las mismas sólo recogían «pactos puntuales».

Por otra parte arguye que debido a que las capitulaciones matrimoniales (que se otorgaron pensando en una inminente separación de mutuo acuerdo), no se ratificaron por los cónyuges en procedimiento contencioso de separación que finalmente tuvo lugar, serían igualmente nulas y quedaría lo en ellas pactado debidamente sustituido «por lo establecido en las sentencias de separación y divorcio». En el hecho tercero se señala que disuelto el matrimonio (negocio principal), el negocio accesorio (capitulaciones) pierde su validez. c) En el mismo hecho cuarto de la demanda, recoge extensamente lo que a su juicio es asimismo causa de nulidad; y es que lo pactado en tales capitulaciones determinó un enriquecimiento injusto de la demandada, pues el Sr. Arimont sólo se adjudicó un inmueble gravado con hipoteca superior a su valor (que asimismo el hoy demandante), asumiendo además un crédito de tres millones de pesetas; por el contrario, se reconocía en favor de la Sra.

Ara, (la cual antes del matrimonio sólo contaba con su sueldo como empleada en la Notaría de Jaca), un crédito de 5 millones de pesetas.

Estas son, en síntesis, las diversas y variopintas razones o causas por las que en opinión del actor serían «nulas», o «subsidiariamente inválidas» pero eso sí, no totalmente: basta leer el suplico de la demanda para apreciar que lo que se pretende es que se declaren nulas las capitulaciones «en lo referente al pacto sobre abono de cuantías dinerarias de adjudicación por exceso». Esto es; que se declare nulo el crédito de 5 millones de pesetas en favor de la Sra. Ara pactado en dichas capitulaciones.

De las diversas causas de nulidad expuestas, puede decirse que: 1ª la alegación referida al presunto desconocimiento del Sr. Arimont acerca de la naturaleza del «papel» que estaba firmando debido a su afección de naturaleza psicológica, es en definitiva una alegación de vicio del consentimiento, (arts. 1261.1 y 1265 del Código Civil en relación con el artículo 1335 del Código Civil todos ellos de aplicación supletoria al régimen matrimonial y capitulaciones en que nos encontramos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.2 y 25 y concordantes de la Compilación Aragonesa). Se trataría pues de una invocación de nulidad absoluta y radical del pacto capitular, por falta de voluntad capitular, o más bien por voluntad capitular viciada por el error propio y aún dolo de la contraparte (que según el actor dijo sólomente que iban a firmar un «papel», lo cual, de ser cierto, integraría el concepto de «maquinación insidiosa» característico del dolo). En consecuencia y según doctrina jurisprudencial reiterada, tal acción es imprescriptible (sentencias del Tribunal Supremo de 14 de Noviembre de 1991 y de 19 de Mayo de 1995). 2ª) En cuanto a las causas de presunta «nulidad» que se han expuesto en el apartado b) y que aparecen desarrolladas a lo largo de los hechos tercero y cuarto de la demanda, si bien debido a lo confuso de la exposición del referido escrito es difícil de determinar, parece que con ellas se pre-

tende igualmente la nulidad absoluta de tales capitulaciones sobre la base de que habrían vulnerado normas sustantivas imperativas (artículo 6.3 del Código Civil). Tal norma imperativa sería a juicio del actor, por ejemplo aquella que en su opinión obliga a liquidar el régimen matrimonial antes de la firma de las capitulaciones (véase hecho cuarto, párrafo segundo de la demanda, folio tres de los autos). Siendo que se ejercita de nuevo (por causa distinta) acción de nulidad absoluta (esta vez por vulnerar una presunta norma imperativa), nos encontramos de nuevo ante la imprescriptibilidad de la acción (art. 6.3 del Código Civil y sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio y 26 de noviembre de 1968).

En la alegación contenida en el hecho tercero, que habla de «invalidez» (que más parece referirse a la presunta pérdida de eficacia de las capitulaciones una vez dictada la sentencia de divorcio por haberse disuelto el matrimonio, en cuanto que se predicaría la referida ineficacia desde dicha fecha), tampoco podría hablarse de prescripción; máxime si tenemos en cuenta que, a continuación, en el párrafo primero del hecho cuarto, relaciona esto con el hecho de que a su juicio las capitulaciones serían nulas por no haberse ratificado en el procedimiento de separación, lo que de nuevo parece llevarnos a una alegación de vulneración de un precepto imperativo. 3ª) En cuanto a la causa de nulidad alegada con base en haberse generado un presunto enriquecimiento injusto en favor de la demandada, tal pretensión es cierto que parece cercana a una solicitud «ex post» de rescisión parcial de las capitulaciones por lesión patrimonial sufrida por el Sr. Arimont, con lo que de ser esto así, habría caducado la acción ex art. 1299 del Código Civil, amén de constituir una pretensión inviable al no tratarse de ninguno de los casos del art. 1293 del C. Civil. Ahora bien, a pesar de los confusos términos del planteamiento, tal pretensión (las capitulaciones matrimoniales son nulas por haber creado un exclusivo enriquecimiento injusto y sin causa de la Sra. Ara en perjui-

cio del Sr. Arimont) puede entenderse como una pretensión de nulidad de las capitulaciones por falta de causa (art. 1261) es decir, por no responder las mismas al fin y a la naturaleza propia de tales capitulaciones y de una liquidación de la sociedad. Es por ello que, no obstante, los términos de la demanda, en general, ha de considerarse que se ejercita una acción de nulidad absoluta por varios y distintos motivos, la cual no ha prescrito, si bien el actor parece entremezclar sin claridad, los diversos conceptos jurídicos antes expuestos. Procede sin más entrar a valorar ya el fondo del asunto, analizando cada una de las causas de «nulidad» indicadas.

Segundo: En cuanto a la nulidad por falta de consentimiento, esto es, por haber firmado el Sr. Arimont un «papel» cuyo contenido ignoraba, en un estado de abatimiento (incluso de enfermedad psíquica), ninguna prueba se ha practicado —ni se ha propuesto siquiera en los presentes autos que ofrezca el más leve indicio de que el Sr. Arimont se hallase con discernimiento limitado el día en que firmó las capitulaciones matrimoniales, ni mucho menos que ignorase lo que firmaba. Antes al contrario, el hecho de que se trate de una escritura notarial, garantiza el conocimiento de la firma, o al menos, la posibilidad que se les dió de conocerlo; efectivamente, al último folio vuelto de las capitulaciones, folio 28 vuelto de los autos, se expresa: advierto a los comparecientes su derecho, que no usan, a leer esta escritura, la leo, prestan su consentimiento y firman». La fe pública de que goza el Sr. Notario y el tenor literal de lo que se acaba de transcribir, unido a que ninguna prueba hay de la presunta afección psicológica del Sr. Arimont (mucho menos que alcanzase hasta el punto de no entender tan importante documento), determinan la desestimación de este primer motivo de nulidad.

Tercero: Se ha dicho también que las capitulaciones son «inválidas», en opinión del actor, (hecho tercero de la demanda, folio tres), porque son accesorias del «contrato principal» que es el matrimonio; y disuelto este (negocio

principal), los capítulos pierden su «validez». Al margen del hecho de que el demandante parece confundir el concepto «validez» con el concepto «eficacia» (pues es ineficacia, más que invalidez, lo que sostiene), el demandante olvida que el artículo 25 de la Compilación Aragonesa establece que los capítulos matrimoniales podrán contener cualesquiera estipulaciones relativas al régimen familiar y sucesorio de los contrayentes. Esto es, aunque otorgadas con ocasión del matrimonio, las capitulaciones matrimoniales tienen autonomía y entidad propia y su ámbito no se circunscribe exclusivamente a regir las relaciones económicas de dicho matrimonio durante la vigencia de este, sino que es posible que en dichas capitulaciones puedan establecerse multitud de estipulaciones que incluso sean ajenas al matrimonio en sí (creación de derechos de crédito y reconocimientos de deuda, entre cónyuges, o pactos de carácter sucesorio), o que incluso carezcan de contenido económico directo (el reconocimiento de un hijo, por ejemplo). El único límite de las capitulaciones matrimoniales es que no contengan pactos que sean contrarios a los «fines del matrimonio», siendo ello una consecuencia directa del principio «*standum est chartae*» recogido en el artículo 3 de la Compilación Aragonesa. A diferencia de lo que opina el actor, es posible en consecuencia que dada la naturaleza autónoma de tales pactos capitulares, los mismos sobrevivan al matrimonio (ej. un reconocimiento de un hijo, un pacto sucesorio); es más: todas aquellas estipulaciones de cualquier tipo que fueren que sean independientes del vínculo matrimonial, aunque se disuelva éste, seguirán vigentes. En el caso que nos ocupa, es evidente que la disolución del matrimonio por divorcio extinguió, —como no podía ser de otra forma— el pacto capitular relativo al régimen de separación de bienes entre los cónyuges: lógicamente, disuelto el matrimonio, se extingue el régimen económico matrimonial de separación de bienes. Ahora bien, seguirán vigentes todos los demás pactos capitulares independientes del vínculo, entre ellos, la dis-

tribución de bienes que hicieron los cónyuges (y que fue hecha constante matrimonio) por la cual al actor se le adjudicó el muy valioso domicilio conyugal, así como también el establecimiento de un derecho de crédito por cinco millones de pesetas en favor de la demandada. Tal pacto, de naturaleza familiar, pero obligacional y dineraria y que tuvo como causa expresa la concreta adjudicación de bienes al marido, en nada se ve afectado por el hecho de que el matrimonio se haya disuelto: el acreedor (demandado) puede exigir al actor el pago del crédito al que el mismo voluntariamente se obligó.

Cuarto: Siguiendo con el «iter» de la demanda, ningún precepto imperativo existe que obligue a que, en caso de separación o de divorcio, las capitulaciones otorgadas constante matrimonio hayan de ser ratificadas en el procedimiento matrimonial, ya sea este contencioso o de mutuo acuerdo. Parece confundir el actor la naturaleza jurídica del convenio regulador con la de las capitulaciones matrimoniales, desde luego distinta, por más que en el presente caso existan pactos capitulares semejantes a los contenidos habitualmente en los convenios reguladores. Mientras que el primero tiene como vocación, precisamente, regular la situación económica para después de una crisis matrimonial, las capitulaciones matrimoniales tienen como objeto regular las relaciones económicas durante el matrimonio, sin perjuicio de que puedan contener cualesquiera pactos de carácter familiar o sucesorio entre los cónyuges y, en su caso, quienes hubiesen concurrido a su otorgamiento. En el presente caso no estamos ante ningún convenio regulador (el cual, desde luego, ninguna eficacia tendría sin ratificación). Estamos ante unas capitulaciones matrimoniales otorgadas por los cónyuges constante matrimonio, en escritura pública notarial, que reúnen todos los requisitos de forma y cuyo objeto es la modificación del régimen económico matrimonial legal aragonés por el de separación de bienes que expresamente pactan, liquidándose además la sociedad conсорcial mediante la distribución entre los

cónyuges de diversos bienes y deudas. Tales capitulaciones inscritas en el Registro Civil y de la Propiedad de Jaca, producen los efectos que les son propios, obligando plenamente lo en ellos pactado y no precisan de ratificación alguna en lo que propiamente son pactos capitulares.

Quinto: Alega también el actor que son nulas las capitulaciones con nulidad absoluta porque las capitulaciones matrimoniales no procedieron a liquidar el régimen de sociedad legal tácita aragonesa preexistente, conteniendo meros «pactos puntuales» y no una verdadera liquidación. Como quiera que en opinión del actor debió haberse liquidado el régimen de sociedad tácita aragonesa antes de que se firmasen las capitulaciones que establecían el régimen de separación de bienes, el actor considera que las capitulaciones son nulas.

Tal opinión no puede compartirse. En primer lugar, puede observarse que el hoy demandante parece sostener una tesis diametralmente opuesta a la que él mismo sostenía en el momento en que interpuso la demanda de separación matrimonial cuyo testimonio obra a los folios 408 y siguientes de los presentes autos. Efectivamente el Sr. Arimont, en el hecho octavo de su demanda de separación, (véase folio 412 de los presentes autos) sostenía (apartado b), lo siguiente: «No procede declaración alguna sobre el régimen económico matrimonial ya que quedó disuelto y liquidado en las mencionadas capitulaciones y pactado el de separación de bienes, que no compromete, el patrimonio que en su día se repartió —y quedó— en virtud de aquella escritura, privativo de cada cónyuge. El nuevo régimen económico pactado quedó inscrito en el Registro Civil». Más aún: en el suplico de la demanda de separación, el hoy actor continúa solicitando, entre los efectos de la separación...» 4º Habiéndose otorgado escritura de disolución y liquidación del régimen económico del matrimonio, no procede acordar nuevamente la liquidación del mismo». Sin embargo, en la demanda que ahora interpone parece considerar

que las capitulaciones no establecieron tal liquidación; y más todavía: que por esa razón son nulas. Evidentemente, la afirmación que hoy hace constituye una actuación contra sus propios actos que no sólo lleva aparejada la desestimación de esta concreta causa de nulidad sino, en general, como luego se verá, de toda la demanda. Pues si el demandante partió en su demanda de separación de que las capitulaciones eran válidas y de que la liquidación de la sociedad en ellas contenida era la que debía tenerse en cuenta en la separación matrimonial (lógicamente, pues no cabe liquidar lo ya liquidado), no puede ahora decir que no se liquidó y que sólo se contenían pactos puntuales, y mucho menos que las capitulaciones son nulas por esta causa.

Pero es que aún cabe añadir algo más; aún en el hipotético caso de que tal afirmación fuese cierta, esto es, que las capitulaciones sólo recogiesen pactos económicos «puntuales» y no una verdadera liquidación global del régimen matrimonial, ello no sería causa de nulidad. Sostiene el demandante que él «cargó» con todo el «pasivo» de la sociedad y que tales deudas no se computaron en la «liquidación» efectuada en las capitulaciones, que sólo contenían pactos puntuales siempre favorables a la Sra. Ara: por eso no hay verdadera liquidación y por eso esta es nula. Pues bien, aunque ello fuese cierto, no es causa de nulidad. Es perfectamente posible que después de las capitulaciones rija entre los cónyuges el régimen de separación de bienes, habiéndose disuelto la sociedad preexistente, hallándose esta pendiente de liquidación. La existencia de una sociedad disuelta pero no liquidada es aludida expresamente en el artículo 54 de la Compilación Aragonesa; se trataría de la tan doctrinalmente traída y llevada «comunidad postconsorcial» o «postganancial» (en el ámbito del C. Civil). En este caso, podría siempre instarse la liquidación de esa sociedad disuelta y no liquidada (que en principio es el juicio ordinario de testamentaria, art. 55.3. de la Compilación Aragonesa), sin que lo

pactado en capitulaciones se viese afectado. Y ello porque no debe perderse de vista que lo primero a que habría que estar en una hipotética liquidación sería a lo expresamente pactado en capitulaciones, conforme al artículo 23.1 de la Compilación; ya que las normas del capítulo segundo del Título III, entre las que se encuentran las de la liquidación de la sociedad (art. 55 y siguientes) sólo juegan en defecto de capitulaciones por disposición expresa del art. 23.2 de la Compilación. Completando, pues, los pactos capitulares, se aplicarían las normas de liquidación contenidas en los artículos 55 y siguientes.

Además, hay que tener en cuenta que conforme al art. 1.2 de la Compilación, cabe aplicar supletoriamente el artículo 1410 del Código Civil, el cual, en consonancia con la remisión al juicio de testamentaría establecido por el art. 55.3 de la Compilación, se remite a las reglas de partición de las herencias. Y entre ellas, por lo que a este caso se refiere, resalta con luz propia el artículo 1079 del Código Civil, que establece que la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos. Ello significa que aunque fuese cierta la alegación del actor de que en las capitulaciones no se recogió una verdadera liquidación sino que sólo se recogieron pactos puntuales, omitiéndose toda referencia a la gran parte de las deudas de la sociedad (las cuales ha ido pagando exclusivamente el sr. Arimont), ello no sería causa de nulidad ni sería de rescisión por lesión de dicha partición o liquidación practicada en las capitulaciones: el actor podría siempre ejercitar las acciones oportunas para que se añadiesen, completasen o adicionesen dichas deudas por él asumidas a la liquidación efectuada en capitulaciones; siempre y cuando, claro está, acreditase tales deudas y no se probase la privatividad de las mismas. Y ello nunca daría lugar a la nulidad de las capitulaciones.

Sexto: También se alega nulidad de las capitulaciones matrimoniales por haber estas generado un enriquecimiento injusto en favor de la demandada. En primer lugar, siendo que la situación de la que se predica enriquecimiento injusto tiene su origen, causa y fundamento en unas capitulaciones matrimoniales en las que el actor fue parte voluntaria y firmó libremente, no puede hablarse de enriquecimiento «sin causa» al existir como fundamento del mismo un convenio capitular libremente asumido por quien ahora lo impugna. De nuevo cabe aludir, pues, a la doctrina de los propios actos.

Los requisitos de esta figura del enriquecimiento sin causa son según reiterada jurisprudencia: a) un enriquecimiento de una parte, representado por un aumento de su patrimonio o por la no disminución del mismo; b) empobrecimiento del contrario a consecuencia de lo anterior. c) inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación de este principio del Derecho. Lo anteriormente expuesto deja bien a las claras que no se da este último requisito; pero aún más: no está probado el presunto empobrecimiento de la Sra. Ara. No en vano, el Sr. Arimont recibió adjudicado un inmueble sito en el Paseo de la Cantera nº 6 de Jaca que aunque gravado con una hipoteca de 37 millones de pesetas, fue tasada por «Tasamadrid» (según certificación obrante al folio 532 y siguientes de los autos), a tales efectos, en un valor de mercado de 52.300.000 pesetas, cifra esta nada despreciable y que aleja cualquier duda acerca del carácter paccionado y libremente asumido de la partición de haberes contenida en las Capitulaciones Matrimoniales; la constitución de un crédito por cinco millones de pesetas en favor de la hoy demandada no es sino una compensación equitativa ante tan importante adjudicación al actor. El hecho de que posteriormente el actor (quien a fecha de las capitulaciones matrimoniales ostentaba una posición «más que desahogada», debido a la «pequeña fortuna» que había «amassado», según literalmente se dice en el

hecho quinto de la demanda) no haya podido afrontar las deudas que pesaban sobre el inmueble (cuya adjudicación libremente consintió), no significa que las capitulaciones hayan consagrado ningún enriquecimiento injusto. Ninguna causa pues, hay de nulidad, debiéndose añadir que tampoco de «invalidez», no pudiéndose entender jurídicamente este concepto sino como un concepto indife-renciable de aquella.

Séptimo: Por último se solicita por el actor la aplicación de la cláusula «rebus sic stantibus» a la obligación de pago de cinco millones de pesetas consagrada en las capitulaciones matrimoniales, por alteración grave de las circunstancias económicas. El juego de la cláusula «rebus sic stantibus» exige una alteración sobrevenida de las circunstancias tenidas en cuenta por las partes en el momento de contraer la obligación, alteración que ha de ser de tal envergadura que pueda decirse racionalmente que ha destruido la relación de equivalencia entre las prestaciones; ha de ser además una alteración completamente imprevisible. En el presente caso no se dan estas exigencias de la cláusula «rebus sic stantibus»; si es cierto que el demandante, tras el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, experimentó una seria merma de sus ingresos económicos a consecuencia esencialmente del estado legal de suspensión de pagos en que se vieron incursas las empresas ATODA Y GENERAL SPORTS de las que era accionista mayoritario; así se desprende de los testimonios obrantes en autos. Ahora bien, la asunción de la obligación de pagar un crédito de 5 millones de pesetas a la hoy demandada no tuvo por causa la situación económica que en aquel momento ostentaba el Sr. Arimont; es más: la situación económica de uno u otro cónyuge no tuvo nada que ver en la constitución de tal obligación. Tal obligación (basta leer las capitulaciones) fue la contrapartida en favor de la Sra. Ara por la adjudicación al Sr. Arimont de un inmueble por valor superior a cincuenta millones de pesetas, aunque gravado con una hipote-

ca de treinta y siete millones de pesetas (véase tenor literal de la estipulación segunda, folio 27 vuelto, «in fine» y folio 28 de los autos). La única circunstancia que se tuvo en cuenta a la hora de constituir tal crédito de 5 millones de pesetas en favor de la Sra. Ara fue la adjudicación de tal bien inmueble al entonces su marido. Distinto fue el caso de la pensión indemnizatoria de cien mil pesetas mensuales pactada en esas mismas capitulaciones al folio 25 vuelto. Dicha pensión sí tuvo un claro contenido de «pensión por desequilibrio», y en su fijación sí se tuvieron en cuenta las circunstancias de uno y otro cónyuge; precisamente por eso, por haber variado tales circunstancias, fue dejada sin efecto en la sentencia firme de separación dictada por la Ilma. Audiencia Provincial de Huesca. Pero en el crédito a favor de la Sra. Ara por cinco millones —verdadera piedra angular de esta «litis»—, no se tuvo en cuenta al establecerlo más que un hecho que permanece hoy incólume: que al Sr. Arimont se le adjudicó un edificio por valor de más de cincuenta millones de pesetas. El hecho de que el Sr. Arimont no pudiese asumir luego la carga que lo gravaba y que voluntariamente asumió, no cambia este hecho. Piénsese que, por esa regla de tres, cada vez que una persona física o jurídica se viese en dificultades financieras más o menos serias o no pudiese pagar, podría solicitar que se dejaran sin efecto todas y cada una de sus deudas contractuales argumentando una alteración sobrevenida—de las circunstancias e invocando la cláusula «rebus sic stantibus». Esto no puede ser amparado, precisamente porque la situación económica de los cónyuges no fue circunstancia que determinó la constitución de ese crédito (la adjudicación de la vivienda al Sr. Arimont) permanece invariable.

Octavo: Habiéndose desestimado totalmente la demanda, aplicando el criterio del vencimiento consagrado en el artículo 523 LEC las costas se imponen al demandante.

26

NÚM. 26

S. JPII Jaca nº 2 de 28 de diciembre de 1998

5: FUENTES: CÓDIGO CIVIL: Derecho supletorio: Derechos reales: La regulación del Código civil acerca de la servidumbre predial de paso (art. 564 Cc.) resulta aplicable supletoriamente en Aragón: art. 1.2 Comp.

DISPOSICIONES CITADAS: Art. 1.2 Comp. y arts. 564 y 565 Cc.

PONENTE: Ilmo Sr. D. Fernando Solsona Abad

D. Gregorio Navarro Tomás, ante el JPI nº 2 de Jaca, interpone acción solicitando la constitución de una servidumbre legal de paso a su favor frente a María Bruned Ara y otros. El Juzgado, en sentencia de 28 de diciembre de 1998 estima la demanda interpuesta.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero: La servidumbre predial de paso, en vista del artículo 564 del Código Civil (aplicable supletoriamente ex artículo 1.2 de la Compilación Aragonesa), puede ser definida como un derecho real en fundo ajeno que faculta a su titular para obtener del predio gravado la utilidad de transitar por él, siempre que tal utilidad no sea la primordial a la que tal predio está destinado. El derecho concedido por el artículo 564 del Código Civil al propietario de una finca o heredad enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, para exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización, entraña una limitación del derecho de dominio del titular del predio que resulte sirviente, de acuerdo con el artículo 565 del Código Civil, al venir impuesto tal gravamen forzoso con la finalidad de evitar la colisión de derechos encontrados y la perturbación del orden jurídico que de ello pueda derivarse. Cuando el Código Civil emplea, al regular determinadas servidumbres, el vocablo vía o camino público, no se refiere a los bienes de uso público, sino a todos los terrenos que no siendo propie-

dad particular sirvan para poner en comunicación o para transitar por ellos, independientemente de su anchura o de las condiciones de policía o de urbanización que puedan tener a otros efectos. La finalidad perseguida por el precepto, por otra parte, afecta al denominado predio dominante, al objeto de permitir su comunicación o salida al exterior sin depender del simple acuerdo valorativo de los titulares interesados, por lo que tiene carácter forzoso, y más que de propia servidumbre predial, configura al instituto de auténtica limitación del derecho de propiedad; pero también, y muy principalmente, al llamado predio sirviente, en cuanto se exige que responda, no al capricho o simple conveniencia del titular, sino a la verdadera «necesidad», de tal modo que el derecho cesa cuando desaparece la referida necesidad, teniendo que mediar siempre la pertinente indemnización.

Tres son los requisitos que han de concurrir para la constitución la servidumbre legal de paso: a) que la finca se halle enclavada entre otras ajenas; b) que carezca de salida a camino público, entendiendo este de la forma antes expuesta; c) que se abone la correspondiente indemnización, siendo este un requisito o exigencia de naturaleza legal, de suerte que siempre que se constituya la servidumbre ha de establecerse, y aunque el actor no lo haya pedido. No incurriría la sentencia en incongruencia, pues la exigencia deriva de la ley, independientemente de lo que se manifieste en la demanda. En este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 13 de Febrero de 1992 establece que para que pueda solicitarse la constitución de una servidumbre de paso y deba accederse a su establecimiento son precisos los siguientes requisitos: 1º) Que la finca para cuyo ejercicio se solicita esté enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público. 2º) Que por ello sea la misma necesaria y no meramente conveniente. 3º) Que se dé por el punto menos perjudicial al predio sirviente y 4º) Que se abone previamente la oportuna indemnización o se ofrezca su pago.

Es preciso, pues, en el presente caso, analizar si concurren los antedichos requisitos; a su vez, es preciso determinar si procede la constitución de la servidumbre, —caso de proceder esta—, como permanente (art. 564.2 Código Civil), o sólo para el cultivo de la finca y para la extracción de las cosechas sin vía permanente (art. 564.3 Código Civil).

Segundo: Lo primero que ha de decirse es que no puede vincular a este Juzgador (ni a ningún otro) lo que a los meros efectos del propio procedimiento se haya declarado probado en una sentencia dictada en un procedimiento interdictal. Efectivamente los interdictos son procedimientos declarativos especiales y sumarios, con limitado margen de conocimiento y de prueba, cuya sentencia no produce el efecto de cosa juzgada. Siendo esta así, es perfectamente dable que en el cauce procesal plenario, con plena posibilidad de conocimiento y de prueba, se llegue a conclusiones distintas de aquellas que se obtuvieron en el procedimiento interdictal, habida cuenta del mencionado estrecho margen de conocimiento y prueba y el reducido objeto que caracteriza a tales procedimientos. Por lo tanto, no cabe maximizar tales conclusiones de la sentencia interdictal que precedió a estos autos y cuyo testimonio obra en autos, no produciendo «per se» tal resolución ningún efecto probatorio.

Para analizar la concurrencia de los requisitos expuestos en el fundamento anterior hay que estar a la prueba practicada en esta «líus»; y muy especialmente, a la pericial practicada. El informe pericial emitido por el perito Sr. González al folio 109 y siguientes de los autos es tajante al afirmar que la finca del actor carece de salida a camino público y se haya completamente enclavada entre otras fincas; en igual sentido se pronuncia el testigo Sr. Blanco Orús (folio 107), ratificando su informe obrante a los folios 25 y siguientes de los autos. Por lo tanto esta prueba contundente ha de prevalecer sobre cualquier consideración «obiter dicta» realizada por la sentencia interdictal precedente, repu-

tándose cumplidos los dos primeros de los requisitos antedichos.

En cuanto a la «previa indemnización», cierto es que el actor no la ha abonado pero sí la ha ofrecido en el súplico de la demanda, por lo que ha de entenderse asimismo cumplimentado este requisito, conforme a la doctrina jurisprudencial que establece que basta con dicho ofrecimiento, como puede observarse en la sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel citada en el fundamento anterior.

Tercero: Se cumplen, pues, los requisitos, y procede en consecuencia sustituir la servidumbre. Ahora bien, se hace preciso determinar si procede la creación de una servidumbre permanente o por el contrario sólo a los efectos de cultivos y cosechas, con carácter no permanente.

Para dilucidar esta cuestión hay que estar a la prueba practicada en relación a la naturaleza y circunstancias concurrentes en el predio dominante. Así tenemos que: a) en la escritura de aceptación de herencia obrante a los folios b y siguientes como documento uno de la demanda y que constituye el título que el actor presenta para fundar su propiedad del predio, —folio 9 vuelto— aparece descrito como un huerto de regadío. b) El testigo Sr. Blanco Orús, que elaboró el informe técnico que acompaña a la demanda a los folios 25 y concordantes de los autos, al contestar a la repregunta cuarta A, manifiesta que es una finca de regadío destinada en la actualidad a pastos. Destacando que «como finca de regadío que es puede destinarse a todo tipo de cultivos y por consecuencia en función de los que se establezcan será necesario el paso más permanente o continuado, (repregunta 4ª B). También manifiesta que si se destina a pastos (repregunta 4ª D), sólo será necesaria la entrada en la finca para realizar la recogida de cortes de hierba. c) La pericial practicada por el perito Sr. González —folios 110 y 111— pone de relieve que si la finca se destina a pastos necesita un paso permanente. Si es para cereal, el paso no tiene porqué ser permanente, «sólo en periodos punta o de

mayor necesidad para las labores cultivables».

A pesar de la discrepancia que se observa en la tesis del Sr. Blanco y la tesis del perito Sr. González, valoradas ambas, ha de prevalecer esta última, en el sentido de que si la finca se destina a pastos — como ahora, de hecho, se utiliza— precisa de un PASO PERMANENTE. De hecho, difícilmente puede acceder a ella el ganado con asiduidad si tal paso no es permanente. Por otro lado, la escritura de aceptación de herencia habla sólo de un huerto de regadío, lo que pone de relieve la susceptibilidad de muy variadas explotaciones; es más, precisamente su destino actual puede estar motivado por no tener acceso o salida a camino público, como puso de relieve el demandado Sr. D. Olegario Ramón Aso (folio 92 vuelto) al absolver la posición sexta de la confesión judicial: «desde hace tres años nadie entra en la finca y la hierba se muere y hasta hace tres años lo cultivaba».

Parece pues evidente, que para que el huerto pueda ser explotado —cualquiera que fuese la explotación—, precisa un paso; y que habida cuenta el destino actual (pastos), ese paso ha de ser permanente, no pudiéndose ahora especular sobre cuáles serán sus usos futuros. Por otra parte, dicha permanencia, es precisamente garante de la utilización y explotación futura de la finca.

Cuarto: Establecido lo anterior, sólo resta determinar EL LUGAR por donde debe discurrir el paso, y sus dimensiones, partiendo, lógicamente, de los criterios sentados por el artículo 565 del Código Civil: por el punto menos perjudicial del fundo sirviente, y en cuanto fuere conciliable con esta regla, por donde sea menor la distancia del predio dominante al camino público. En el presente caso son varios los candidatos a posibles predios sirvientes, por ser tres los fundos por los que podría trazarse el paso; los tres han sido demandados, siguiendo la reiterada doctrina Jurisprudencial que establece que se hace necesario demandar a todos los titulares de las heredades vecinas, sobre la base de que es

dentro del procedimiento donde hay que establecer por cuál de ellas deberá concederse el paso, sin que pueda dejarse al arbitrio del actor la fijación de antemano de cuál es la finca que se debe gravar con la servidumbre (en este sentido, sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 6 de febrero de 1987 y de la Audiencia Provincial de Zamora de 9 de Mayo de 1984). Es necesario determinar por dónde ha de fijarse ese paso, debiendo estar a este respecto a lo establecido por la prueba pericial (folios 109 y siguientes), que ha de prevalecer sobre el informe del Sr. Blanco porque este no constituye «per se» prueba pericial y porque el perito judicialmente designado ofrece mayores garantías de imparcialidad. El perito (folio 111) considera que el paso más factible, más corto y de menor coste, es el paso por el camino de Aurín y la Parcela o finca 75, la cual es propiedad de D. Vicente Otín según consta en el informe del Sr. Blanco (folio 26) y en la escritura documento 1 de la demanda. Por lo tanto ha de ser en esta finca, atendidos los parámetros del artículo 565 del Código Civil, donde se constituya la servidumbre, debiéndose fijar en ejecución de sentencia el importe de la indemnización, el cual, a la vista de que estamos ante una servidumbre permanente, ha de ser el valor del terreno que se ocupe y el importe de los perjuicios que se causaren en el predio sirviente. Es indiferente a esta conclusión el hecho de que en tiempos anteriores hubiese estado fijado el paso a través de la finca de la Sra. Bruned; obsérvese que no estamos ante una demanda de reivindicación de una servidumbre anterior preexistente sino ante la solicitud de constitución, «ex novo», de una servidumbre legal de paso. Y en este caso, el único criterio a tener en cuenta es el del artículo 565 del Código Civil; y según este criterio, el paso más idóneo es por la finca del Sr. Otín. Siendo que el perito no ha fijado el concreto trazado de la servidumbre, tal cuestión se deja para ejecución de sentencia. Si bien cabe ya decir que, puesto que el perito manifiesta al folio 111 que para trabajar la finca del actor bastaría un tractor con una anchura de eje de dos metros,

cabe concluir que, en buena lógica, la servidumbre no podrá tener una anchura superior a los 2 metros y medio. Igualmente queda para ejecución de sentencia el monto indemnizatorio.

Quinto: En materia de costas, el súplido de la demanda interesaba que se condenase en costas a aquel de los codemandados que resultase condenado, «liberando de tal pronunciamiento a los otros dos demandados que pudieran hallarse comparcidos». Para resolver la cuestión hay que tener en cuenta las peculiaridades del procedimiento; como hemos dicho, el actor estaba obligado —so pena de falta de litisconsorcio— a demandar a todos los colindantes, aunque, forzosamente, la

demanda sólo podría estimarse respecto de uno (caso de ser estimada): aquel demandado por cuya finca se estableciera el paso. Por ello sería injusto imponer al actor las costas de su demanda en cuanto a los codemandados absueltos, ya que estaba obligado a demandarlos. Es por ello que el criterio de vencimiento del art. 523 LEC, que se aplica respecto del codemandado condenado, ha de matizarse en lo demás. Así, procede imponer las costas del procedimiento en cuanto a la demanda dirigida contra D. Vicente Otín Rey y D^a María Pilar Oliván Caverro, a dichos codemandados, no haciendo especial pronunciamiento, sin embargo, respecto de las restantes costas procesales.

ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

5: FUENTES

CÓDIGO CIVIL

• DERECHO SUPLETORIO

S. JPII Jaca n° 2 22 de diciembre 1998

Los arts. 1261.1 y 1265 Cc. en relación con el art. 1335 Cc. son de aplicación supletoria al régimen matrimonial paccionado en virtud de lo dispuesto en los arts. 1.2 y 25 de la Comp. Igualmente resultan aplicables supletoriamente los arts. 1410 y 1.079 Cc. en virtud de los arts. 1.2 Comp. y 55.3 de la misma, que se remite a las reglas de la partición de la herencia.

25 2000, VI (núm. 1º)

S. JPII Jaca n° 2 28 diciembre 1998

La regulación del Código civil acerca de la servidumbre predial de paso (art. 564 Cc.) resulta aplicable supletoriamente en Aragón: art. 1.2 Comp.

26 2000, VI (núm. 1º)

• DERECHOS REALES

S. JPII Jaca n° 2 28 diciembre 1998

La regulación del Código civil acerca de la servidumbre predial de paso (art. 564 Cc.) resulta aplicable supletoriamente en Aragón: art. 1.2 Comp.

26 2000, VI (núm. 1º)

• FAMILIA Y SECESIONES

S. JPII Jaca n° 2 22 diciembre 1998

Los arts. 1261.1 y 1265 Cc. en relación con el art. 1335 Cc. son de aplicación supletoria al régimen matrimonial paccionado en virtud de lo dispuesto en los arts. 1.2 y 25 de la Comp. Igualmente resultan aplicables supletoriamente los arts. 1410 y 1.079 Cc. en virtud de los arts. 1.2 Comp. y 55.3 de la misma, que se remite a las reglas de la partición de la herencia.

25 2000, VI (núm. 1º)

64: RELACIONES ENTRE ASCENDIENTES Y DESCENDIENTES

AUTORIDAD FAMILIAR DE OTRAS PERSONAS

A. JPI Zaragoza n° 14 18 mayo 1998

A petición propia, se atribuye a la abuela la autoridad familiar sobre su nieto, hijo de su hija ya fallecida y de padre desconocido.

7 2000, VI (núm. 1º)

AUTORIDAD FAMILIAR REHABILITADA

A. JPI Zaragoza n° 13 5 junio 1998

En Aragón el contenido de la «patria potestad» rehabilitada, al concurrir las circunstancias de los arts. 171 en relación con el

234 Cc., deberá entenderse integrado, en primer lugar, por referencia a la regulación que bajo epígrafe de «autoridad familiar» se recoge en la Compilación (arts. 9 y ss.), con las diferencias que respecto del Cc. presenta. Y luego, en aquello en que sea preciso, y con carácter supletorio, por las normas del Código civil. Se trata de la prolongación de las mismas atribuciones que los padres tenían cuando su hija era menor de edad.

10 2000, VI (núm. 1º)

A. JPII Zaragoza nº 13 1 julio 1998

Solicitado por el M. Fiscal, en procedimiento de tutela, rehabilitación de la patria potestad sobre el declarado incapaz, el Juez acuerda rehabilitar la autoridad familiar de los padres

15 2000, VI (núm. 1º)

662: RÉGIMEN MATRIMONIAL PACCIONADO

CAPITULACIONES

• CONTENIDO

S. JPII Jaca nº 2 22 diciembre 1998

A tenor del art. 25 Comp. las capitulaciones matrimoniales, aunque otorgadas con ocasión del matrimonio, pueden contener estipulaciones que incluso sean ajenas al mismo: creación de derechos de crédito y reconocimientos de deudas entre cónyuges, pactos sucesorios, e incluso estipulaciones que carezcan de contenido económico directo (el reconocimiento de un hijo, por ejemplo).

25 2000, VI (núm. 1º)

• EFICACIA

S. JPII Jaca nº 2 22 diciembre 1998

La disolución del matrimonio por el divorcio extinguió el pacto matrimonial relativo al régimen de separación de bienes entre los cónyuges. Ahora bien, seguirán vigentes todos los demás pactos capitulares independientes del vínculo, como la distribución de bienes que hicieron los cónyuges (y que fue hecha constante matrimonio) por razón de la cual el marido se adjudicó el domicilio conyugal, así

como el derecho de crédito de cinco millones que se constituyó en favor de la esposa, y que no extingue el divorcio de los cónyuges.

25 2000, VI (núm. 1º)

• LÍMITES

S. JPII Jaca nº 2 22 diciembre 1998

El único límite de las capitulaciones matrimoniales es que no contenga pactos contrarios a los fines del matrimonio, siendo ello una consecuencia directa del principio *Standum est Chartae* recogido en el art. 3 Comp.

25 2000, VI (núm. 1º)

6631: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: ACTIVO

• BIENES COMUNES

S. JPII Huesca nº 1 28 abril 1998

La sentencia afirma que el fondo de dinero Postaldiner por importe de 2.542.319 pts. es de naturaleza consorcial por cuanto se abrió constante matrimonio.

6 2000, VI (núm. 1º)

• PARTICIPACIONES SOCIALES

S. JPII Huesca nº 14 24 febrero 1998

Es cierto que es únicamente la mujer quien forma parte de la sociedad civil (para la construcción y adjudicación de viviendas a los socios), pero no lo es menos que la vivienda le fue adjudicada a la mujer como bien ganancial en virtud de su participación social; por ello, la deuda que grava la vivienda citada debe considerarse como carga de la comunidad (art. 41.5º Comp.), teniendo, en consecuencia, plena legitimación e interés en el pleito el esposo de aquélla.

5 2000, VI (núm. 1º)

BIENES PRIVATIVOS

• FONDO DE COMERCIO

S. TSJA 9 mayo 2000

El fondo de comercio de una farmacia se origina fundamentalmente por la preparación

profesional del titular y de la persona o personas que en su función le asisten, es un elemento afecto a la explotación de la farmacia (art. 39.1 Comp.) y tiene, por ello, el mismo carácter privativo que tiene ésta (fué abierta antes del matrimonio)

1 2000, VI (núm. 1º)

PRESUNCIÓN DE COMUNIDAD

S. JPI Zaragoza nº 2 11 diciembre 1998

Los bienes inmuebles adquiridos conjuntamente por los cónyuges constante matrimonio se someten a la presunción de comunidad (art. 40 Comp.) ya que no existe prueba auténtica que demuestre la privacidad de cualquiera de los cónyuges. La manifestación de la esposa en un testamento de que dichos inmuebles se adquirieron a costa de su patrimonio privativo no tiene fuerza para destruir dicha presunción.

23 2000, VI (núm. 1º)

6632: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: PASIVO

• DEUDAS COMUNES

S. JPI Zaragoza nº 14 29 mayo 1998

La deuda contrída unilateralmente por el marido (importe de la máquina de café) es una carga o deuda común al redundar en beneficio común y haber sido contraída en el ejercicio de una actividad útil a la comunidad (la explotación del negocio de bar al que se dedicaban ambos cónyuges), según establece el art. 41.5º Comp.

9 2000, VI (núm. 1º)

S. JPII La Almunia 27 julio 1998

El marido (incapacitado, del que es tutora su mujer) rinde cuentas de provisión de fondos recibida en su profesión de abogado: la cantidad resultante a favor de la actora es deuda de la comunidad y de ella responde la mujer con su participación en los bienes comunes del patrimonio consorcial.

17 2000, VI (núm. 1º)

• DERIVADAS DEL EJERCICIO DEL COMERCIO

S. TSJA 9 mayo 2000

El reinvertir en el negocio propio (farmacia) parte de los rendimientos del mismo para su mejora supone la improcedencia de pretender el reintegro de los mismos cuando no existe la menor prueba de que los gastos se hicieran sin causa (art. 47.1 Comp.) y por el contrario deben estimarse legalmente como cargas propias de la comunidad.

1 2000, VI (núm. 1º)

DEUDAS POSTERIORES PRIVATIVAS

• TERCERÍA DE DOMINIO

S. JPI Zaragoza nº 14 25 junio 1998

La deuda del marido, condenado en juicio en que no fue demandada su mujer, a reintegrar cierta cantidad de que dispuso indebidamente a la masa hereditaria de un primo suyo, es deuda privativa. Embargada finca de la que ya es propietaria la mujer en virtud de convenio regulador aprobado en sentencia de separación, se aprecia la tercería de dominio y se ordena levantar el embargo.

14 2000, VI (núm. 1º)

REINTEGROS Y REEMBOLSOS

S. TSJA 9 mayo 2000

El reinvertir en el negocio propio (farmacia) parte de los rendimientos del mismo para su mejora supone la improcedencia de pretender el reintegro de los mismos cuando no existe la menor prueba de que los gastos se hicieran sin causa (art. 47.1 Comp.) y por el contrario deben estimarse legalmente como cargas propias de la comunidad.

1 2000, VI (núm. 1º)

6633: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: GESTIÓN

ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN DE BIENES COMUNES

S. JPII La Almunia 16 noviembre 1998

A tenor del art. 48 Comp. es preciso el consentimiento de ambos cónyuges para la

enajenación de bienes comunes. La falta de dicho consentimiento implica la anulabilidad del contrato. La apreciación del consentimiento de los cónyuges para la realización de actos de disposición sobre bienes comunes es cuestión de hecho, cuya determinación corresponde al Juzgador de instancia, pudiendo ser el consentimiento expreso o tácito, anterior o posterior a la venta y también inferido de las circunstancias concurrentes, valiendo incluso para apreciar su concurrencia la pasividad y la no oposición a la venta conociendo la misma, tal y como acontece en el caso de autos.

22 2000, VI (núm. 1º)

GESTIÓN DE LOS BIENES PRIVATIVOS

• REINVERSIÓN EN EL NEGOCIO PRIVATIVO

S. TSJA 9 mayo 2000

El reinvertir en el negocio propio (farmacia) parte de los rendimientos del mismo para su mejora supone la improcedencia de pretender el reintegro de los mismos cuando no existe la menor prueba de que los gastos se hicieran sin causa (art. 47.1 Comp.) y por el contrario deben estimarse legalmente como cargas propias de la comunidad.

1 2000, VI (núm. 1º)

6634: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: DISOLUCIÓN

• CAUSAS

S. JPI Zaragoza nº 2 11 diciembre 1998

En el caso de autos la comunidad conyugal está ya disuelta por la muerte de uno de los cónyuges (arts. 52.22º Comp. y 1392.1º y 85 Cc.).

23 2000, VI (núm. 1º)

• MOMENTO

S. JPI Zaragoza nº2 11 diciembre 1998

La separación de hecho no produce por sí misma la disolución de la comunidad matrimonial. En el caso de autos, la misma se ha disuelto por fallecimiento de la esposa y a la

fecha de su muerte habrá que referir los efectos de la disolución.

23 2000, VI (núm. 1º)

6635: RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL: LIQUIDACIÓN Y DIVISIÓN

• CONTRACTUAL

S. JPI Jaca nº 2 22 diciembre 1998

No ha de perderse de vista que en la liquidación de la sociedad matrimonial a lo primero que se ha de estar es a lo expresamente pactado en capitulaciones matrimoniales, conforme al art. 23.1 Comp.; ya que las normas del capítulo segundo del título III, entre las que se encuentran las de la liquidación de la sociedad (arts. 55 y ss) sólo juegan en defecto de capítulos por disposición del art. 23.2 Comp.

25 2000, VI (núm. 1º)

• DIVISIÓN

S. JPI Zaragoza nº 13 10 febrero 1997

No procede reconvertir la comunidad derivada de la sociedad consorcial en comunidad ordinaria. Siendo posible la división de la vivienda y solar (único bien consorcial) sin desmerecerlo, se ordena practicarla.

2 2000, VI (núm. 1º)

RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES COMUNES

• DEUDAS COMUNES

S. JPI Zaragoza nº 14 29 mayo 1998

Considera la sentencia que, aunque la deuda contraída unilateralmente por el marido es sin duda una carga o deuda común, al haber otorgado luego los entonces esposos capitulaciones matrimoniales mediante las que disolvían el régimen consorcial existente hasta entonces, repartiéndose los bienes comunes y pactando el régimen de separación absoluta, y al no existir, por consiguiente, en el momento de la interposición de la demanda bien consorcial alguno, resulta de aplicación el art. 43.2 Comp. que obliga a responder

sólo al cónyuge que contrajo la deuda (el marido), sin perjuicio de la facultad de repetición contra el otro. La demandante carece de acción contra la esposa.

9 2000, VI (núm. 1º)

682: EL DERECHO EXPECTANTE DE VIUDEDAD

• EXTINCIÓN

S. JPI Zaragoza nº 2 11 diciembre 1998

El Derecho expectante de viudedad se extingue, entre otras causas, por separación judicial, y en nuestro caso estamos ante una simple separación de hecho. Por lo tanto, le corresponde al viudo el usufructo vitalicio sobre la mitad de las dos fincas adquiridas constante matrimonio.

23 2000, VI (núm. 1º)

683: EL USUFRUCTO VIDUAL

ENAJENACIÓN DE BIENES DETERMINADOS

A. JPI Zaragoza nº 14 26 mayo 1998

La viuda usufructuaria se allanó a la pretensión de los nudos propietarios de venta judicial del pleno dominio del edificio: ello no implica que renunciase a subrogarse en el precio.

8 2000, VI (núm. 1º)

EXTINCIÓN

• PRESCRIPCIÓN

S. JPI Zaragoza nº 2 11 diciembre 1998

No puede estimarse la petición porque no han pasado veinte años desde la muerte de Dña. Victoriana, único caso de no reclamación por el cónyuge viudo contemplado en el art. 86.5º Comp. como causa de extinción del usufructo vidual.

23 2000, VI (núm. 1º)

INTERDICTO DE ADQUIRIR

• LEGITIMACIÓN

S. JPI Zaragoza nº 12 4 noviembre 1998

La viuda, a tenor del testamento de su difunto esposo, ni es heredera, ni albacea, ni legataria pero el art. 79 Comp. le atribuye un derecho a poseer desde el fallecimiento del cónyuge, al igual que el art. 440 Cc. para el heredero. En consecuencia, la actora (viuda usufructuaria) está legitimada para formular el interdicto, por cuanto tiene un derecho a poseer los bienes hereditarios.

21 2000, VI (núm. 1º)

SOBRE DINERO Y CRÉDITOS

S. JPI Zaragoza nº 14 27 octubre 1998

De las cantidades de que indebidamente dispuso el viudo usufructuario responden sus herederos, frente a los herederos del premuerto.

20 2000, VI (núm. 1º)

711: DERECHO DE SUCESIONES EN GENERAL

QUERELLA

A. JPI Zaragoza instrucción 23 julio 1998

Querella por presuntos delitos de hurto y apropiación indebida (colección de sellos, anillo, reloj), procedentes de la herencia del padre, interpuesta por una hermana contra su hermano, tras ser «desheredada» por su madre viuda. Se acuerda el sobreseimiento libre y archivo, por no ser constitutivos de delito los hechos objeto del escrito de querella.

16 2000, VI (núm. 1º)

714: BENEFICIO LEGAL DE INVENTARIO

CONFUSIÓN

S. JPI Zaragoza nº 14 22 junio 1998

El heredero que concertó contrato de inquilinato con su causante no puede oponer éste (en virtud del beneficio de inventario) al acreedor hipotecario anterior al arrendamiento, que ejecuta después de producida la sucesión mortis causa. Se dice que, al ser declarado heredero abintestato, «se produjo una confusión en las condiciones de propietario e inquilino», «no pudiendo ser la misma persona a la vez propietario y arrendatario del mismo inmueble».

13 2000, VI (núm. 1º)

716: COLACIÓN

S. JPI Zaragoza nº 14 27 octubre 1998

La entrega de cantidad de dinero a una hija poco después de su boda por su padre viudo no puede entenderse como pago de parte de la herencia materna, sino como donación no colacionable (pese a las aparentes malas relaciones entre padre e hija).

20 2000, VI (núm. 1º)

723: TESTAMENTO MANCOMUNADO

INSTITUCIÓN RECÍPROCA ENTRE CÓNYUGES

• PACTO AL MÁS VIVIENTE

A. JPI Zaragoza nº 7 15 junio 1998

Fallecido el esposo superviviente heredero por «pacto al más viviente», procede declaración de herederos abintestato a favor de los herederos del premuerto respecto de aquellos bienes así heredados sobre los que el superviviente no hubiese dispuesto.

12 2000, VI (núm. 1º)

A. JPI Monzón 20 octubre 1998

Fallecido el esposo superviviente heredero por «pacto al más viviente», procede declaración de herederos troncales y troncales de abolorio del primero fallecido en cuanto a los bienes de esta clase de que el superviviente heredero no dispuso.

19 2000, VI (núm. 1º)

73: SUCESIÓN PACCIONADA

CONTENIDO

• LÍMITES

S. JPI Monzón 19 diciembre 1998

En razón de los pactos sucesorios contenidos en los capítulos matrimoniales de los progenitores del causante, éste se ve afectado por una prohibición de disponer *mortis causa* sobre los bienes adquiridos por herencia de aquéllos si —el ahora causante— fallecía sin descendientes, tal y como ha ocurrido. Prohibición que es perfectamente lícita tanto al amparo de la legislación civil común (art. 785.2 Cc. «a sensu contrario») como por la específica legislación foral aragonesa: art. 100 Comp.

24 2000, VI (núm. 1º)

76: SUCESIÓN INTESTADA

DECLARACIÓN DE HEREDEROS

• CONTRADICCIÓN ENTRE LOS INTERESADOS

A. JPI Monzón 8 enero 1998

Existiendo contradicción entre los interesados en la herencia de la causante no es este expediente de jurisdicción voluntaria (de prevención de abintestato) el trámite oportuno para dilucidar el derecho que tienen los interesados sobre los bienes relictos cualquiera que sea su naturaleza troncal o troncal de abolorio, lo cual tendría que decidirse en la vía declarativa correspondiente.

4 2000, VI (núm. 1º)

• *PROCEDENCIA*

S. JPII Monzón 19 diciembre 1998

Procede declarar la nulidad parcial del testamento dada la falta de capacidad del testador para disponer sobre los bienes adquiridos por herencia de sus padres. Por ello, quedando sin cobertura testamentaria parte de los bienes del causante, procede respecto de éstos abrir la sucesión intestada que, en este caso, debe entenderse deferida en favor de los demandantes (hermanos del causante) en cuanto parientes de más próximo grado (art. 128 Comp. y 946 Cc.)

24 2000, VI (núm. 1º)

83: LUCES Y VISTAS

RÉGIMEN NORMAL

• *DERECHO DEL VECINO A EDIFICAR O CONSTRUIR*

S. JPI Zaragoza nº 14 9 junio 1998

La sentencia reconoce el derecho del actor a abrir un hueco en pared propia sobre predio o fundo ajeno (el patio de luces de las comunidades demandadas) y con independencia de la distancia a que se encuentre (en este caso cae «a plomo» sobre dicho predio ajeno), y, por ello, condena a las Comunidades de Propietarios demandadas a que retiren a su costa la chapa de metal colocada sobre el hueco.

1 1 2000, VI (núm. 1º)

S. JPII Huesca nº 2 29 septiembre 1998

Se rechaza interdicto de obra nueva. El actor alegaba infracción de normas urbanísticas y lesión de derecho de luces y vistas que dice ostentar hace más de un siglo: pero los huecos no tienen signo aparente de servidumbre.

18 2000, VI (núm. 1º)

• *FINALIDAD*

S. JPI Zaragoza nº 14 9 junio 1998

La finalidad perseguida por el legislador al establecer este régimen normal de luces y vistas dentro de las relaciones de vecindad es permitir al propietario de un fundo que disfrute de luces y vistas procedentes del fundo vecino, pero impidiéndole a su vez el acceso a dicho fundo, y de ahí que se exija que los huecos carezcan de balcones y otros voladizos y estén provistos de reja de hierro y red de alambre, o protección semejante o equivalente, de tal manera que no pueda asomarse a la propiedad contigua.

11 2000, VI (núm. 1º)

• *REJA Y RED*

S. JPI Zaragoza nº 14 9 junio 1998

La finalidad de evitar que el propietario del hueco pueda asomarse a la propiedad contigua puede lograrse mediante reja y red o «protección semejante o equivalente», por lo que dados los modernos materiales de construcción, tal finalidad puede lograrse perfectamente a través de cristales traslúcidos que dejan pasar la luz pero no la imagen; sistema que incide mucho menos en la intimidad de los vecinos que el tradicional de reja y red, por lo que carece de sentido obligar al actor a colocar éstos.

11 2000, VI (núm. 1º)

84: SERVIDUMBRES

DE DESAGÜE

• *USUCAPCIÓN*

S. JPI Zaragoza nº 13 8 mayo 1997

No hubo adquisición por usucapción, pero, en todo caso, las alegadas servidumbres se extinguieron por contrato en el que se pacta que los desagües de una y otra vivienda serían absolutamente independientes.

3 2000, VI (núm. 1º)

NORMAS DE PUBLICACIÓN PARA LOS AUTORES

1. Los trabajos que se remitan para su publicación en la *Revista de Derecho civil aragonés* habrán de ser inéditos y no estar pendientes de publicación en otra revista.
2. Los trabajos se remitirán mecanografiados a doble espacio, por una sola cara, en papel DIN A 4, con 30 a 35 líneas de entre 60 y 70 espacios en cada página. La extensión máxima, para la sección de estudios, será de cuarenta páginas.
3. Los trabajos se presentarán por duplicado, precedidos por una hoja en la que se hagan constar: título del trabajo, nombre del autor (o autores), dirección, número de teléfono (y de fax y dirección de correo electrónico, si procede), situación académica o profesional y nombre de la institución académica a que pertenece, si es el caso.

El trabajo mismo irá encabezado por su título, nombre del autor o autores, profesiones o cargos que hayan de figurar en la publicación e institución a la que pertenezcan.

4. Las notas, referencias bibliográficas, abreviaturas, subrayados, etc., se harán de acuerdo con las normas usuales en publicaciones jurídicas españolas. Además de las notas a pie de página o en sustitución de ellas podrá incluirse al final una breve referencia bibliográfica orientativa sobre la materia objeto de estudio en el trabajo.

Ejemplos de citas bibliográficas en notas a pie de página:

LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*. Librería Bosch, Barcelona, 1963, págs. 272 y stes.

LACRUZ BERDEJO, José Luis, «Contribución a la metodología del Derecho privado de Aragón», *Anuario de Derecho aragonés*, 1945, pág. 118, nota 7.

SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO de ASÍS, «Comentario al artículo 2», en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, vol. I, Zaragoza, 1988, págs. 211 y stes.

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

- M. GÓMEZ PUENTE: La prestación de servicios de transporte aéreo.
- A. GARCÍA URETA: Transposición del Derecho Comunitario y obligaciones de los poderes públicos. El caso de algunas normas ambientales.
- J. VALLÉS Y A. ZÁRATE: La descentralización del gasto público. Aragón en el contexto nacional.
- B. PORTA: Algunas consideraciones acerca de las ventas a distancia. La confusión derivada del comercio interregional.
- J.M. GARCÍA ASENSIO: Caracterización jurídica del Servicio de Protección de la Naturaleza (seprona) de la Guardia Civil.
- D. AZNAR: Las medidas cautelares limitativas de libertad en las Leyes Disciplinarias de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil.

ESPECIAL AGUAS

- J. L. MOREU: La oscura reducción del mercado del agua por la Ley 46/1999.
- A. FANLO: La reforma de la Ley de Aguas y las entidades locales: especial referencia a la articulación de competencias concurrentes.
- B. SETUÁIN: La reforma de la Ley de Aguas ante las cámaras legislativas: la tramitación parlamentaria de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre.
- A. EXQUERRA: En torno al régimen jurídico de las obras hidráulicas en Italia.

ARAGÓN

- J. ÁLVAREZ: Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2000.
- P.L. MARTÍNEZ PALLARÉS: Las novedades sobre los bienes, actividades, obras y servicios en la Ley de Régimen Local de Aragón.

DEBATES

- L. MARTÍN-RETORTILLO: Discurso de don Emilio Castelar en defensa de la libertad religiosa.
- J. RODRÍGUEZ-ARANA: Espacio local, pacto local.
- F. GARCÍA VICENTE: La protección de la víctima.
- M. LAFUENTE: El soporte electrónico en el procedimiento administrativo.
- I. GALLEGO: Notas sobre el nuevo régimen jurídico de la reversión expropiatoria.
- M.J. BERNUZ: Protección de los derechos de la infancia y prevención de la delincuencia juvenil.

DERECHO COMPARADO

S. RAIMONDI: El estatuto jurídico del personal docente universitario en Italia.

R. HOYOS: Balance jurisprudencial del Consejo de Estado en materia de responsabilidad a partir de la Constitución política de Colombia de 1991.

M.J. GONZÁLEZ ORDOVÁS: Aproximación socio-jurídica a los problemas urbanos de la ciudad de París y su periferia (Reflexión sobre la difusa fractura social).

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



C. S. I. C.



INSTITUCIÓN «FERNANDO EL CATÓLICO»



EXCMA. DIPUTACIÓN DE ZARAGOZA